

DESVINCULAÇÃO DAS RECEITAS DA UNIÃO E MUTAÇÃO CONSTITUCIONAL

Daniel Vieira Marins

Universidade do Estado do Rio de Janeiro

RESUMO: Busca-se correlacionar a alegação de inconstitucionalidade da desvinculação das receitas da União (DRU) com o fenômeno da mutação constitucional, sob o prisma da transformação da estrutura das receitas tributárias. De início, são apresentados alguns casos pendentes de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal, o que evidencia a possibilidade de revisão de entendimento pela corte. A seguir, apresenta-se o histórico da DRU e os argumentos, favoráveis e contrários, relativos à contraposição dos direitos sociais em relação à desvinculação de receitas. Logo depois, dá-se destaque à eventual violação do pacto federativo pela DRU, sendo analisado, para tanto, o instituto da mutação constitucional. Por fim, são indicados julgamentos em que o Supremo Tribunal Federal adotou o fenômeno da mutação constitucional, sendo demonstrado que esse instituto é válido e legítimo para uma futura análise da constitucionalidade da DRU.

PALAVRAS-CHAVE: Desvinculação das receitas da união. Mutação constitucional. Direitos sociais. Pacto federativo. Federalismo fiscal.

Introdução

Desde a edição da Emenda Constitucional (EC) nº 27/2000, questiona-se a compatibilidade entre a forma federativa de Estado e os direitos e garantias individuais (cláusulas pétreas da Carta de 1988, consoante o art. 60, § 4º, incisos I e IV)¹ e a chamada desvinculação das receitas da União (DRU). Nesse aspecto, a análise jurídica efetuada pela doutrina e pelos advogados em geral sobre o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) atém-se, basicamente, à violação direta: a) da estrutura da repartição das receitas tributárias fixadas pelo Poder Constituinte Originário, que buscaria o equilíbrio entre os entes federais nas três esferas de governo; e b) da proteção aos direitos fundamentais sociais, em razão da drástica diminuição das receitas dirigidas à educação, à saúde e à seguridade social (SCAFF, 2004, p. 33-50).

Contudo, os questionamentos levantados em sede judicial e acadêmica ainda não foram acolhidos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), de modo que não foi declarada a inconstitucionalidade das emendas constitucionais nº 27/2000, 42/2003 e 68/2011. Ao contrário do sustentado por tais juristas, asseverou o Excelso Pretório, em decisão monocrática firmada em abril de 2007, que não há clara incompatibilidade entre as ECs nº 27 e 42, que alteraram o art. 76 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, e “o restante do texto constitucional” - vide Ação Cível Originária (ACO) nº 952 MC/RR (rel. min. Cezar Peluso, j.: 20/4/2007, DJe-003, de 26/4/2007).

Frise-se que, desde então, o Supremo foi levado a analisar a constitucionalidade da DRU em algumas ocasiões, tendo, por exemplo, admitido a existência de repercussão geral em recurso extraordinário em que se discute a possibilidade, ou não, de haver direito à repetição de indébito tributário proporcional ao percentual da DRU,

efetivada pelas ECs nº 27/2000 e 42/2003 - v. Recurso Extraordinário (RE) nº 566.007/RS (rel. min. Cármen Lúcia). Aliás, situação análoga também ocorre: a) no RE nº 793.565/CE (rel. min. Luís Roberto Barroso, decisão de 30/4/2014); b) no RE nº 793.566/CE (rel. min. Luís Roberto Barroso, decisão de 18/3/2014); c) no RE nº 793.570/CE (rel. min. Cármen Lúcia, decisão de 24/2/2014); d) no RE nº 793.616/CE (rel. min. Rosa Weber, decisão de 21/2/2014); e) no RE nº 627.840/PE (rel. min. Ayres Britto, decisão de 5/3/2012); f) no RE nº 503.888/CE (rel. min. Ayres Britto, decisão de 14/9/2011); g) no RE nº 627.287/PR (rel. min. Luiz Fux, decisão de 9/5/2011); e h) no RE nº 452.335/MG (rel. min. Marco Aurélio, decisão de 19/11/2010).

Destaque-se, por oportuno, que, no RE nº 793.565/CE (rel. min. Luís Roberto Barroso), autuado em janeiro de 2014, o recorrente sustentou: a) que a EC nº 27/2000, ao desvincular 20% das receitas provenientes da arrecadação das precitadas contribuições, retirou desses tributos característica que lhes é essencial, atribuída pelo constituinte originário, e que servia como fundamento de validade perante o sistema jurídico tributário nacional; b) que as contribuições referidas, na parte suscetível de ser desviada por força da alteração do art. 76 do ADCT (20%), foram convertidas em impostos - instituídos, porém, sem o necessário respaldo constitucional; e c) que a desvinculação das receitas provenientes da arrecadação das contribuições sociais fere o disposto no art. 60, § 4º, da CF88. Na prática, a questão da constitucionalidade da DRU foi, novamente, levada para o Supremo Tribunal Federal.

Já no que tange ao RE nº 793.566/CE (rel. min. Roberto Barroso), também autuado em janeiro de 2014, o recorrente busca a declaração de inconstitucionalidade das ECs nº 27/2000 e nº 42/2003, as quais desvincularam 20% da arrecadação da União relacionada ao recolhimento de contribuições sociais. Assim, foi requerida a inexigibilidade do recolhimento do tributo quanto ao percentual mencionado, uma vez que se teria configurado a instituição de contribuição social sem a determinação da finalidade a ser atribuída à totalidade dos recursos dela decorrentes.²

A partir do cenário exposto acima, propõe-se um enfoque diverso sobre a questão da arguição de inconstitucionalidade da desvinculação das receitas da União (DRU), qual seja: a apreciação do tema sob a ótica do fenômeno da mutação constitucional, tendo por base a futura transformação da estrutura das receitas tributárias, as quais, a cada ano que passa, se centralizam mais sobre os valores arrecadados através das chamadas contribuições parafiscais (ou especiais).

1 A origem e os fundamentos da desvinculação das receitas da União (DRU)

Convém observar que a chamada desvinculação das receitas da União (DRU) não foi criada, de maneira genuinamente inovadora, com a EC nº 27/2000, mas, sim, instituída e desenvolvida a partir da criação do Fundo Social de Emergência (FSE),³ à época da implementação do Plano Real, como “medida necessária à estabilização da economia” (DIAS, 2011, p. 5). Com a edição da Emenda Constitucional de Revisão nº 1/1994,

criou-se, “nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica”, cujos recursos seriam aplicados “no custeio das ações dos sistemas de saúde e educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social”.⁴

Após diversas alterações legislativas,⁵ inclusive com mudanças de nomenclatura, tal como o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF)⁶, chegou-se ao atual modelo da desvinculação das receitas da União (DRU) sob a égide da EC nº 27/2000, que assim alterou o caput do artigo 76 do ADCT: “Art. 76. É desvinculado de órgão, fundo ou despesa, no período de 2000 a 2003, vinte por cento da arrecadação de impostos e contribuições sociais da União, já instituídos ou que vierem a ser criados no referido período, seus adicionais e respectivos acréscimos legais [...]”.

O modelo da desvinculação das receitas da União - o qual ainda foi alterado pelas ECs nº 42/2003, 56/2007 e 68/2011 - tinha como fundamento, sob a ótica do administrador público, a dificuldade do governo federal em “alocar recursos de acordo com suas prioridades sem trazer endividamento adicional para a União” (DIAS, 2011, p. 6), o que viabilizaria a alocação mais adequada de recursos orçamentários, o atendimento das prioridades de cada exercício e a obtenção de superávits primários.

Em todo caso, o excesso no número de emendas constitucionais referentes à matéria, como não poderia deixar de ser, foi objeto de forte crítica da doutrina,⁷ tal como se extrai das seguintes observações desenvolvidas por Luís Cesar Souza de Queiroz, o qual também indica algumas inconstitucionalidades apontadas por parcela da doutrina:

Lamentavelmente, essa situação especial de desvinculação do produto da arrecadação das contribuições especiais tem sido vivenciada no Brasil desde o ano de 1994 e perdura até os dias atuais. Esse cenário, no mínimo anômalo, teve início com o advento da EC de Revisão nº 1/1994, que criou o Fundo Social de Emergência - FSE. Posteriormente, sucedido pelo Fundo de Estabilização Fiscal - FEF, instituído pela EC nº 10/1996 e prorrogado pela EC nº 17/1997, para vigorar até 31/12/1999. A partir do ano 2000, essa situação de desvinculação passou a existir sob a roupagem conhecida “DRU”, sistema de desvinculação de receitas da União, conforme disposto na EC nº 27/2000. Esse sistema que estava previsto para vigorar no período de 2000 a 2003, foi inicialmente prorrogado pela EC nº 42/2003, para vigorar no período de 2003 a 2007, e mais uma vez prorrogado pela EC nº 56/2007, para vigorar até 31/12/2011. Pelo exposto, atesta-se que, durante 16 dos 21 anos que tem a Constituição de 1988, prevalece algum tipo de sistema que dispõe sobre a desvinculação de receitas da União, inclusive as provenientes de contribuições especiais. O que nasceu como uma exceção, revelou-se regra.

Essa anormalidade jurídico-política, que atinge o regime das contribuições especiais, não tem sido ignorada pela doutrina.

Parcela representativa da doutrina nacional defende a tese de que essas Emendas Constitucionais veiculam normas inconstitucionais. Há quem argumente que a desvinculação dos recursos das contribuições especiais afronta a Constituição, à medida que prejudica o atendimento aos direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações, ou que desrespeita os direitos e garantias individuais dos contribuintes ou que restaria afetado o princípio federativo. Neste caso, preconiza-se que a desvinculação

transformaria as contribuições especiais em *impostos disfarçados*, com relação aos quais os demais entes constitucionais não participam do produto da respectiva arrecadação. Desse modo, a União, ao criar ou ao aumentar as 'contribuições especiais desvinculadas', não precisa repartir com os Estados, o Distrito Federal e os Municípios o respectivo produto da arrecadação, diversamente do que ocorreria se tivesse majorado os impostos referentes a sua competência ordinária (art. 153 c/c arts. 157 e 158 da Constituição) ou se tivesse instituído os denominados impostos residuais (art. 154, I, c/c art. 157, II, da Constituição). (QUEIROZ, 2009, p. 660-661, grifo do autor)

Na mesma esteira, e sintetizando a insatisfação dos tributaristas pátrios quanto ao tema, assim asseverou Misabel Derzi, dando destaque à não aplicação de recursos das contribuições, além da possível prática de desvio e tredestinação dos valores arrecadados:

Então, para socorrer o agente político e público, que já tinha reiniciado a prática condenável, vieram novas mudanças da Constituição. Primeiro o Fundo Social de Emergência; depois, com mais sinceridade, o Fundo Fiscal de Emergência; e, depois, as chamadas DRUs - Desvinculação das Receitas da União. [...]. Estavam justificadas a tredestinação ou a aplicação apenas parcial dos recursos. (DERZI, 2007, p. 14)

Logo, nota-se que a desvinculação das receitas da União (DRU) não passaria incólume às críticas da doutrina. É, desde a sua criação, objeto de questionamentos jurídicos diversos, em especial quanto à sua eventual inconstitucionalidade.

2 Os efeitos da desvinculação das receitas da União sobre a implementação dos direitos sociais

Com a desvinculação das receitas na esfera do governo federal no formato fixado pela EC nº 27/2000, tornou-se possível, segundo Fernando Facury Scaff (2004, p. 41), a "redução dos valores gastos nas finalidades constitucionalmente estabelecidas", o que fez com que o gestor financeiro não esteja mais obrigado a utilizar a verba em questão na sua finalidade original. Logo, surgiram dúvidas quanto ao efetivo atendimento dos direitos sociais constantes da Constituição de 1988, pois, como destacado pelo próprio autor ao analisar documento originário do Ministério do Planejamento: "Ao desvincular os recursos das finalidades constitucionalmente previstas, poder-se-á até mesmo destinar uma sua parcela para fazer frente às despesas decorrentes destes gastos, mas outra parte deverá ser utilizada no pagamento da dívida pública" (SCAFF, 2004, p. 47).

Paralelamente, outro problema também surgiria da diminuição dos gastos com educação e saúde: o atendimento dos direitos sociais ante a escassez de recursos e o custo desses mesmos direitos. Isso porque, com a desvinculação de 20% da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico,⁸ menor seria o montante proporcional disponibilizado para a implementação dos chamados "direitos humanos de 2ª geração" (SCAFF, 2004, p. 49), os quais dependem de uma prestação estatal.

No ponto, cumpre transcrevermos as seguintes observações feitas por Daniel Wang atinentes aos direitos sociais e à aplicação de recursos:

[...] vale ressaltar que o fato dos direitos sociais exigirem recursos para serem efetivados não faz deles direitos que não devam ser levados a sério. Não é uma opção dos administradores ou do Poder Legislativo cumprir a Constituição. Embora possa haver discricionariedade quanto aos meios para se efetivar um direito social, sua efetivação é uma obrigação constitucional e, para não a cumprir, há um ônus argumentativo da parte dos poderes políticos. E, dentro deste ônus argumentativo, pode caber a discussão a respeito dos custos dos direitos e dos recursos escassos. Importa lembrar que a escassez de recursos não pode ser tomada de forma absoluta, a ponto de se sobrepor totalmente à fundamentalidade dos direitos, ela é apenas um dos elementos a ser levado em consideração, mas nunca o único: (WANG, 2007, p. 5)

Aliás, se até mesmo os direitos fundamentais de primeira geração também geram gastos para a sua proteção,⁹ como se poderia negar a necessidade de aplicação de recursos públicos para a efetivação dos direitos sociais?

Em suma, a desvinculação de 20% da arrecadação tributária da União poderia, sim, ensejar a diminuição da aplicação orçamentária na efetivação dos direitos sociais, o que viabilizaria o questionamento teórico de sua compatibilidade com o art. 60, § 4º, IV, da CF88.

Contudo, a visão apresentada acima parte da premissa de que a desvinculação das receitas da União, por si mesma, causaria um prejuízo à execução de políticas públicas que venham a dar efetividade aos direitos sociais. Vale dizer, a redução da vinculação na arrecadação tributária diminuiria, automaticamente, as prestações estatais na esfera social - mormente as atinentes à educação, saúde e assistência social - em favor do atendimento de políticas públicas estranhas aos direitos fundamentais de 2ª geração (*v.g.*, pagamento da dívida pública).

Ocorre que não existe elo necessário entre a desvinculação das receitas da União e o não atendimento dos direitos sociais. Pelo contrário, se a desvinculação das receitas visa, justamente, à realocação de recursos orçamentários - o que permitiria o atendimento das prioridades de cada exercício e a obtenção de superávits primários -, cria-se, na verdade, uma flexibilização na organização do orçamento capaz de fazer com que o Governo Federal possa enfrentar crises econômicas eventuais e, paralelamente, alterar o perfil da dívida pública - em especial, a dívida externa.

Sob este prisma, nada impede - ao contrário, pode-se até recomendar -, que a utilização dos valores desvinculados, no limite de 20% da arrecadação, venha a reestruturar as finanças públicas e, com isso, permitir que os gastos, na esfera social,¹⁰ continuem existindo,¹¹ protegendo os direitos fundamentais de 2ª geração ou o chamado "mínimo existencial".¹²

Aliás, no que tange ao direito ao "mínimo existencial" (ou "mínimo social"), revela-se obrigatória a transcrição das palavras de Ricardo Lobo Torres sobre a matéria:

Os mínimos sociais, expressão escolhida pela Lei nº 8.742/93, ou mínimo social (*social minimum*), da preferência de John Rawls, entre outros, ou mínimo existencial, de larga tradição no direito brasileiro e no alemão (*Existenzminimum*),

ou direitos constitucionais mínimos, como dizem a doutrina e a jurisprudência americanas, integram também o conceito de direitos fundamentais. Há um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos (= imunidade) e que ainda exige prestações estatais positivas.

O direito é mínimo do ponto de vista objetivo (universal) ou subjetivo (parcial). É objetivamente mínimo por coincidir com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por ser garantido a todos os homens, independentemente de suas condições de riqueza; isso acontece, por exemplo, com os direitos de eficácia negativa e com direitos positivos como o ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc. Subjetivamente, em seu *status positivus libertatis*, é mínimo por tocar parcialmente a quem esteja abaixo da linha de pobreza. (TORRES, 2009, p. 35-36)

Ademais, ao tratar do *status positivus libertatis* do mínimo existencial - o qual se relaciona, diretamente, com a aplicação de recursos públicos e a necessidade de se gerir, de maneira adequada e responsável, os gastos e as prestações estatais, em especial na esfera social -, cumpre, mais uma vez, dar relevo aos comentários de Ricardo Lobo Torres:

Os direitos fundamentais, de *status negativus*, carecem da proteção estatal positiva. Jellinek já observava que a garantia jurisdicional constituía o *status positivus* da liberdade. Ao lado da prestação jurisdicional, o Estado deve garantir também positivamente as liberdades através da polícia, das forças armadas, da diplomacia e de outros serviços públicos relacionados com a segurança. De notar que o *status positivus libertatis* envolve a segurança jurídica e, no que concerne aos direitos fundamentais sociais, a seguridade social. Esta última pode compor, na sua região periférica, o *status positivus socialis*, vinculando-se a considerações de justiça. [...] Os direitos fundamentais, inclusive em sua configuração de mínimo existencial, são garantidos pelos *serviços públicos*. Aliás, a própria definição de serviço público está ligada aos direitos da liberdade, posto que, como observa R. Cirne Lima 'os direitos fundamentais, assegurados na Constituição, ao revés de limite, são, quanto aos serviços públicos, o fundamento e a razão de ser destes.' A proteção positiva das liberdades através do serviço público específico e divisível projeta, no campo tributário, como contraprestação financeira, a figura da *taxa*.

Outra forma de proteção positiva do mínimo existencial consiste nas *prestações financeiras* do Estado, consubstanciadas, por exemplo, nas *subvenções* às instituições assistenciais. [...]

São os seguintes os direitos que compõem positivamente o mínimo existencial: direito à seguridade social, direito à educação, direito à moradia e direito à assistência jurídica. (TORRES, 2009, p. 241-244)

Destarte, haja vista a necessidade de atendimento dos direitos fundamentais de 2ª geração, ou do mencionado "mínimo existencial", revela-se importante compatibilizar a efetivação dos direitos sociais com os efeitos da EC nº 16/1997 - que viabilizou a reeleição dos chefes do Poder Executivo. Isso porque, atualmente, é possível que o mandato do presidente da república, de quatro anos (art. 82 da CF88),¹³ seja estendido a oito anos (art. 14, § 5º),¹⁴ de forma que a prestação estatal, voltada para as áreas da saúde, educação e assistência social, deve ser analisada sob o prisma da administração do grupo político detentor da representação eleitoral para aquele período, e não de maneira estanque, resumida ao orçamento anual.

Aliás, não é à toa que a própria Constituição exige a elaboração de um plano plurianual a partir de lei de iniciativa do próprio Poder Executivo, o qual também deverá estabelecer as diretrizes orçamentárias e os orçamentos anuais,¹⁵ tal como dispõe o art. 165, em especial os §§ 1º e 2º, da CF88.

Dessa forma, seria, no mínimo, simplista defender a inconstitucionalidade das EC nº 42/2003, 56/2007 e 68/2011 unicamente em razão da existência da desvinculação de 20% da arrecadação da União de “impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados” até 31/12/2015 (redação dada pela Emenda Constitucional nº 68/2011), sem se atentar para a forma de implementação das políticas públicas pelo Poder Executivo nos períodos dos mandatos presidenciais. Do contrário, a própria manifestação democrática, efetivada pelo voto dos eleitores a cada quatro anos, teria efeitos limitados, pois poderia tornar o mandato presidencial ineficaz em tempos de crise econômica, além de impedir que o próprio administrador público possa melhorar o perfil da dívida pública.

4 Os efeitos da desvinculação das receitas da União sobre o pacto federativo

Menos explorada do que o suposto conflito entre a DRU e os direitos fundamentais sociais é a compatibilidade entre a desvinculação das receitas tributárias da União e o pacto federativo.

Como é cediço, o Poder Constituinte originário estruturou, de maneira pormenorizada, a repartição das competências e das receitas tributárias entre as três esferas de governo, de modo que cada ente da federação tivesse meios: a) de exercer, de maneira plena, sua competência tributária própria; e b) de arrecadar valores suficientes para a manutenção de sua organização administrativa e para a execução das políticas públicas que lhes foram atribuídas pela Lei Fundamental. Para tanto, foram definidos os impostos de competência da União (art. 153 da CF88),¹⁶ dos estados (art. 155)¹⁷ e dos municípios (art. 156).¹⁸

Ademais, fixou-se uma repartição de receitas tributárias que viabilizasse a participação dos estados e dos municípios na arrecadação dos principais impostos exigidos pela União, além dos municípios quanto aos impostos de competência dos seus respectivos estados (arts. 157 a 159 da CF88). Assim, foram estabelecidas participações sobre a arrecadação dos impostos cujos fatos geradores possuíam, à época, a maior repercussão econômica, quais sejam, as hipóteses de incidência envolvendo o consumo e a renda. Desta forma, por exemplo, 20% do produto da arrecadação do IR passou a pertencer aos estados e ao Distrito Federal (art. 157, II), bem como 25% por cento do produto da arrecadação do ICMS, inclusive o relativo ao serviço de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, passou a pertencer aos municípios (art. 158, IV). Paralelamente, foram instituídos o Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal (art. 159, I, “a”) e o Fundo de Participação dos Municípios (art. 159, I, “b”), ambos vinculados ao produto da arrecadação do IR e do IPI, na proporção de 48%. Somando-se a isso, o constituinte originário ainda previu que 20% do produto da arrecadação do imposto que a União vier a instituir no exercício da competência que lhe é atribuída pelo art. 154, I, pertença aos estados e ao Distrito Federal (art. 157, II).

O formato da repartição de receitas tributárias, por conseguinte, permitia, teoricamente, que todos os entes federativos dispusessem de valores suficientes e proporcionais, para executar as políticas públicas de sua competência, na linha dos art. 21, 23, 25 e 30 da CF88. Contudo, por haver um acréscimo no número de contribuições especiais – as quais são de competência da União, de acordo com o art. 149, *caput*, da Carta Magna¹⁹ – e se criar uma desvinculação de receitas arrecadas pela União, que se estendeu durante anos, verificou-se que o formato original da CF88 se esvaiu. Assim sendo, surge a seguinte indagação: poderia a desvinculação das receitas da União, em futuro próximo, provocar um desequilíbrio na repartição de receitas tributárias e, com isso, desestabilizar o pacto federativo? Ou seja, poderia a DRU prejudicar a estrutura do federalismo fiscal brasileiro e, assim, gerar uma inconstitucionalidade, ao violar o art. 60, § 4º, I, da CF88?

Para respondermos a essa pergunta, convém analisar o fenômeno da mutação constitucional, desde o surgimento até a compreensão atual do STF sobre o tema.

4 Mutação constitucional: histórico e origem

O fenômeno da mutação constitucional não é novo. Tem como origem o problema das transformações informais pelas quais passou a Constituição do Império Alemão de 1871. À época, foi criado, pela doutrina publicista, o termo “mutação constitucional” (*Verfassungswandlung*) para descrever a mudança de significado ou sentido da Constituição, sem que fosse alterada sua expressão escrita (URRUTIA, 2000, p. 105). Os autores da chamada Escola Alemã de Direito Público foram os primeiros a tratar, de maneira direta, desse fenômeno, sendo proposto o estudo do problema da “mutação constitucional” como mudança da realidade constitucional à margem dos procedimentos formais de reforma.²⁰

Apenas após se conceber a Constituição como norma obrigatória é que se tornou possível apreciar o fenômeno da “mutação constitucional”, algo que, na Alemanha, somente ocorreu a partir do novo ordenamento jurídico de 1871: a Constituição do Império Alemão fez com que a Carta Magna fosse sobreposta às confederações anteriores e ao regime de organização de cada um dos Estados-membros, fato que teria provocado a observação de Georg Jellinek no sentido de que, em muitos casos, não teria existido uma adaptação formal dos ordenamentos particulares ao ordenamento do Império (URRUTIA, 2000, p. 106-107).

Quanto à relevância da Constituição do Império Alemão de 1871 para o surgimento dos estudos da “mutação constitucional”, cumpre destacar as palavras de Ana Victoria Sánchez Urrutia:

No marco da Constituição imperial se realizam trabalhos teóricos que começam a abordar o problema da mutação constitucional. Os pressupostos necessários para que se desenvolva este conceito na Europa se dão precisamente neste período do último terço do século passado: um certo grau de rigidez da Constituição e sua compreensão como instrumento normativo. Pois se no caso dos Estados Unidos da América, a Constituição

teve a consideração de norma obrigatória desde o princípio, na Europa a concepção da Constituição como norma que podia se observar no primeiro constitucionalismo liberal, se diluiu durante a etapa intermediária das constituições flexíveis da restauração e começou a retomar timidamente nesta época. (URRUTIA, 2000, p. 107, trad. nossa²¹)

Da Escola Alemã de Direito Público, surgiram autores renomados, como Paul Laband, o qual afirmava que, embora as constituições sejam normas jurídicas em sentido estrito, a ação do Estado poderia transformá-las sem necessidade de sua modificação formal. Por sinal, a ausência de regulação constitucional das instituições centrais do Estado alemão fazia com que a transformação da situação constitucional do *Reich* se desenvolvesse à margem da modificação formal da Constituição (URRUTIA, 2000, p. 108).

Outro que também cuidou das transformações informais da Constituição do *Reich* foi Georg Jellinek, o qual se utilizou do critério da “intencionalidade de transformação” para distinguir a mutação - ou seja, a transformação - da reforma constitucional. No caso, para o filósofo alemão, a reforma seria a modificação do texto constitucional resultante das ações voluntárias e intencionais, enquanto a mutação constitucional seria a transformação operada por atos não intencionais, os quais não alterariam, expressamente, o texto da Constituição. Nesse aspecto, para Jellinek, a mutação poderia ocorrer, por exemplo, através de práticas parlamentares, pela administração e pela jurisdição (URRUTIA, 2000, p. 110-111).

A Constituição de Weimar de 1919 inaugurou uma nova geração de diplomas constitucionais, a qual, junto aos direitos individuais clássicos, regula direitos sociais. Tentou-se criar um regime constitucional-liberal, que combinava direitos individuais e direitos coletivos. Sob a Carta de 1919, não havia controle jurisdicional centralizado de constitucionalidade, mas apenas sistemas parciais de controle das leis, os quais envolviam direitos dos *Länder*, conflitos entre órgãos constitucionais ou entes regionais e controle difusos dos juízes (URRUTIA, 2000, p. 114-115).

Foi justamente no período entre-guerras que surgiu a concepção de Hermann Heller sobre “normalidade” e “normatividade”. Para o jurista alemão, era necessário distinguir a constituição “não normada” (“normalidade”) da Constituição “normada” (“normatividade”) e, dentro desta última, entre a “normada extrajudicialmente” e a “normada juridicamente”; de modo que a relação entre o “ser” e o “dever ser” da Constituição seja recíproca: a “normalidade” cria “normatividade”, mas, paralelamente, a “normatividade” cria “normalidade”. Assim, sob os termos conceituais de Heller, a norma constitucional pode se transformar de maneiras distintas, quais sejam: pela transformação do conteúdo dos elementos “normados não jurídicos” - tais como os princípios constitucionais e os princípios gerais do direito - ou pelas mutações constitucionais que supõem a superação dos elementos “normados” pela “normalidade”. Frise-se que Heller identificava os elementos “normados não jurídicos” com os princípios, tal como a igualdade. Ademais, a “normatividade” do sistema constitucional estaria, de maneira constante, tentando se adequar à “normalidade”; e, quando essa operação obtém êxito, preserva-se a continuidade do ordenamento (URRUTIA, 2000, p. 116-118).

Com um ponto de vista oposto, Rudolf Smend acreditava em uma teoria dinâmica da Constituição. Assim, propôs uma reformulação da Filosofia do Estado e da Teoria do Estado. Para Smend, somente se poderia conceber a ideia de Estado como fluxo circular, como uma tensão dialética indivíduo-sociedade que não poderia ser entendida ideologicamente, mas apenas ser descrita: o Estado seria uma realização cultural e precisaria de renovação e mudanças constantes. O indivíduo seria o núcleo constitutivo do Estado, porém sua vinculação somente poderia ser explicada partindo de sua natureza dialética; em contrapartida, a realidade estatal não poderia ser explicada isoladamente a partir do indivíduo ou sobre uma noção finalística do Estado. Ademais, haveria um caráter ambíguo da realidade estatal que, por um lado, contribui com a realização dos valores do “espírito” (*Geist*)²² e, por outro, com a realização do direito estatal. Esse seria o Estado como integração “espiritual” (URRUTIA, 2000, p. 118-120).

Somando-se a isso, Smend aproximava o conceito de Constituição ao de movimento e concebia a Constituição como uma unidade, como um fim em si mesmo e como uma estrutura completa, que seria a tradução legal ou normativa do processo de integração estatal. Destarte, a Constituição, ao regular o processo de integração, geraria os elementos de sua própria “mutação”. Assim, considera que a Constituição, em si mesma, contém elementos para sua própria transformação por via da mutação constitucional (URRUTIA, 2000, p. 123).

Em suma, Smend propõe que o intérprete constitucional deva considerar a Constituição como um todo, desde o preâmbulo até o final. Pode-se, por derradeiro, extrair duas ideias dominantes da sua teoria da interpretação: o movimento como parte do conceito de Constituição e a globalidade. Deve-se ter a consciência de que cada elemento pertence a um todo e que cada elemento somente pode ser entendido completamente por referência à globalidade a que pertence, isto é, os detalhes somente podem ser entendidos a partir da visão do conjunto (URRUTIA, 2000, p. 124-125).

Por fim, destaca-se a obra de Hsü Dau-Lin, que teve a oportunidade de ser orientado por Smend e viver a época da vigência da Constituição de Weimar.²³ Para o jurista chinês, a mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) é definida como uma incongruência entre a norma constitucional e a realidade, podendo existir sob quatro modalidades: a) por meio de uma prática estatal formal que não viola a Constituição; b) pela impossibilidade do exercício de determinadas atribuições descritas na Constituição; c) por meio de uma prática constitucional contrária à Constituição; e d) por meio da interpretação da Constituição (URRUTIA, 2000, p. 125-126). Quanto à última modalidade, Dau-Lin asseverou que, quando as prescrições constitucionais são interpretadas de acordo com as cambiantes concepções e necessidades da época, sem se ater ao teor literal da Constituição ou sem considerar o sentido com o que o legislador constitucional dotou, originalmente, as normas em questão, desenvolve-se o que se chama de mutação constitucional²⁴ por meio da interpretação da Constituição (URRUTIA, 2000, p. 129-130).

5 A mutação constitucional e o Supremo Tribunal Federal

O fenômeno da mutação constitucional já foi acolhido, em algumas oportunidades, pelo Supremo Tribunal Federal, em regra capitaneado pelo ministro Gilmar Mendes, entusiasta do instituto, que permite a expansão do controle de constitucionalidade pelo Excelso Pretório.

Nesse aspecto, cumpre transcrever trecho do voto do min. Gilmar Mendes na análise da Reclamação nº 4.374/PE, em que se demonstra não só o tipo de visão do magistrado sobre a função ampliada das reclamações como também se evidencia a tendência de se aumentar o enfoque das questões levadas ao STF sob a ótica da mutação constitucional:

É por meio da reclamação, portanto, que as decisões do Supremo Tribunal Federal permanecem abertas a esse constante processo hermenêutico de reinterpretção levado a cabo pelo próprio Tribunal. A reclamação, dessa forma, constitui o *locus* de apreciação, pela Corte Suprema, dos processos de *mutação constitucional* e de *inconstitucionalização de normas* (*des Prozess des Verfassungswidrigwerdens*), que muitas vezes podem levar à redefinição do conteúdo e do alcance, e até mesmo à superação, total ou parcial, de uma antiga decisão.

Como é sabido, a evolução interpretativa no âmbito do controle de constitucionalidade pode resultar na declaração de inconstitucionalidade de lei anteriormente declarada constitucional. Analisando especificamente o problema da admissibilidade de uma nova aferição de constitucionalidade de norma declarada constitucional pelo *Bundesverfassungsgericht*, Hans Brox a considera possível desde que satisfeitos alguns pressupostos. É o que anota na seguinte passagem de seu ensaio sobre o tema: 'Se se declarou, na parte dispositiva da decisão, a constitucionalidade da norma, então se admite a instauração de um novo processo para aferição de sua constitucionalidade se o requerente, o tribunal suscitante (controle concreto) ou o recorrente (recurso constitucional = *Verfassungsbeschwerde*) demonstrar que se cuida de uma nova questão. Tem-se tal situação se, após a publicação da decisão, se verificar uma *mudança do conteúdo da Constituição* ou da *norma objeto do controle*, de modo a permitir supor que outra poderá ser a conclusão do processo de subsunção. Uma *mudança substancial das relações fáticas* ou da *concepção jurídica geral* pode levar a essa alteração' (ênfases acrescidas) [Hans Brox, *Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht*, in *Festschrift für Willi Geiger*, cit., p. 809 (826)]. [...]

Em síntese, declarada a constitucionalidade de uma lei, ter-se-á de concluir pela inadmissibilidade de que o Tribunal se ocupe uma vez mais da aferição de sua legitimidade, *salvo no caso de significativa mudança das circunstâncias fáticas ou de relevante alteração das concepções jurídicas dominantes* [*BVerfGE* 33/199 e 39/169; Brun-Otto Bryde, *Verfassungsentwicklung, Stabilität und Dynamik im Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, cit., p. 409; Hans Brox, *Zur Zulässigkeit der erneuten Überprüfung einer Norm durch das Bundesverfassungsgericht*, in *Festschrift für Willi Geiger*, cit., p. 809 (818); Stern, *Bonner Kommentar*, 2. tir., art. 100, n. 139; Christoph Gusy, *Parlamentarischer Gesetzgeber und Bundesverfassungsgericht*, cit., p. 228]. (BRASIL, STF. Reclamação nº 4.374/PE. Rel.: min. Gilmar Mendes. J.: 18/4/2013, Pleno, DJe-173, de 4/9/2013, grifo do original)

Portanto, na esteira do entendimento desenvolvido por Brun-Otto Bryde, o min. Gilmar Mendes entende que o Direito e a própria Constituição estão sujeitos à mutação e que uma lei declarada constitucional pode vir a se tornar, tempos depois, inconstitucional.

Ou seja, haveria a possibilidade de uma questão já decidida pelo órgão de cúpula do Poder Judiciário voltar a ser submetida novamente pela corte constitucional. Sob esta ótica, o ato de negar a possibilidade de uma nova análise das leis seria equivalente a congelá-las “no estágio do parâmetro de controle à época da aferição”, fato que impediria a evolução do Direito Constitucional. Em suma, o processo de mutação constitucional exigiria que fosse admitida uma nova aferição da constitucionalidade da lei no caso de mudança da concepção constitucional.

Frise-se que o acolhimento do fenômeno da mutação constitucional pelo STF já havia sido exteriorizado em outras oportunidades, tal como no julgamento do RE nº 637.485/RJ, em 1º/8/2012, momento em que o rel. min. Gilmar Mendes teceu as seguintes considerações, com fundamento, entre outros, em Peter Häberle, segundo o qual não existe norma jurídica, mas norma jurídica interpretada:

Ressalte-se, neste ponto, que não se trata aqui de declaração de inconstitucionalidade em controle abstrato, a qual pode suscitar a *modulação dos efeitos* da decisão mediante a aplicação do art. 27 da Lei nº 9.868/99. O caso é de substancial *mudança de jurisprudência*, decorrente de nova interpretação do texto constitucional, o que impõe ao Tribunal, tendo em vista razões de *segurança jurídica*, a tarefa de proceder a uma ponderação das consequências e o devido ajuste do resultado, adotando a técnica de decisão que possa melhor traduzir a mutação constitucional operada. Esse entendimento ficou bem esclarecido no julgamento do RE nº 353.657/PR, Rel. Min. Marco Aurélio e do RE nº 370.682/SC, Rel. Min. Ilmar Galvão (caso IPI alíquota zero). [...]

Talvez o caso historicamente mais relevante da assim chamada *mutação constitucional* seja expresso na concepção da igualdade racial nos Estados Unidos. Em 1896, no caso *Plessy versus Ferguson*, a Corte Suprema americana reconheceu que a separação entre brancos e negros em espaços distintos, no caso específico - em vagões de trem - era legítima. Foi a consagração da fórmula “equal but separated”. Essa orientação veio a ser superada no já clássico *Brown versus Board of Education* (1954), no qual se assentou a incompatibilidade dessa separação com os princípios básicos da igualdade.

Nos próprios Estados Unidos, a decisão tomada em *Mapp versus Ohio*, 367 US 643 (1961), posteriormente confirmada em *Linkletter versus Walker*, 381 US 618 (1965), a propósito da busca e apreensão realizada na residência da Sra. Dollree Mapp, acusada de portar material pornográfico, em evidente violação às leis de Ohio, traduz uma significativa mudança da orientação até então esposada pela Corte Suprema. A condenação de Dollree Mapp foi determinada com base em evidências obtidas pela polícia quando adentraram sua residência, em 1957, apesar de não disporem de mandado judicial de busca e apreensão. A Suprema Corte, contrariando o julgamento da 1ª Instância, declarou que a ‘regra de exclusão’ (baseada na 4ª Emenda da Constituição), que proíbe o uso de provas obtidas por meios ilegais nas Cortes federais, deveria ser estendida também às Cortes estaduais. A decisão provocou muita controvérsia, mas os proponentes da ‘regra de exclusão’ afirmavam constituir esta a única forma de assegurar que provas obtidas ilegalmente não fossem utilizadas. A decisão de *Mapp v. Ohio* superou o precedente *Wolf v. Colorado*, 338 U.S. 25 (1949), tornando a regra obrigatória aos Estados e àqueles acusados cujas investigações e processos não tinham atendido a estes princípios, era conferido o direito de *habeas corpus*. [...]

Todas essas considerações estão a evidenciar que as mudanças radicais na interpretação da Constituição devem ser acompanhadas da devida e cuidadosa reflexão sobre suas consequências, tendo em vista o postulado da segurança jurídica.

Não só a Corte Constitucional, mas também o Tribunal que exerce o papel de órgão de cúpula da Justiça Eleitoral, deve adotar tais cautelas por ocasião das chamadas ‘viragens jurisprudenciais’ na interpretação dos preceitos constitucionais que dizem respeito aos direitos políticos e ao processo eleitoral. (BRASIL. STF. Recurso Extraordinário nº 637.485/RJ, rel. min. Gilmar Mendes, j.: 1º/8/2012, DJe-095, de 21/5/2013, grifo do autor)

A interpretação constitucional sob o instituto da mutação constitucional também já havia sido realizada por outros ministros da corte. Abaixo, segue, por exemplo, acórdão de relatoria do min. Celso de Mello que, ao julgar *habeas corpus*, assim comentou sobre o fenômeno em debate:²⁵

A INTERPRETAÇÃO JUDICIAL COMO INSTRUMENTO DE MUTAÇÃO INFORMAL DA CONSTITUIÇÃO

A questão dos processos informais de mutação constitucional e o papel do Poder Judiciário: a interpretação judicial como instrumento juridicamente idôneo de mudança informal da Constituição. A legitimidade da adequação, mediante interpretação do Poder Judiciário, da própria Constituição da República, se e quando imperioso compatibilizá-la, mediante exegese atualizadora, com as novas exigências, necessidades e transformações resultantes dos processos sociais, econômicos e políticos que caracterizam, em seus múltiplos e complexos aspectos, a sociedade contemporânea. (BRASIL. STF. *Habeas Corpus nº 96.772/SP*, rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, j.: 9/6/2009, DJe-157, de 21/8/2009)

Parte da doutrina, contudo, promove severas críticas em face da postura do STF, seja pela adoção, pura e simples, por parte do tribunal, do fenômeno da mutação constitucional - a qual estaria sendo aplicada de maneira descontextualizada - seja pela prática da “correção” da Constituição, a qual, ao cabo, estaria sendo “reescrita” pela corte. Em suma, de acordo com esse ponto de vista, os ministros do tribunal estariam partindo da alteração *da norma de um texto* para a alteração *do próprio texto* - o que seria abusivo e antidemocrático. No que tange aos posicionamentos refratários ao comportamento atual do STF, destacam-se as palavras de Lenio Luiz Streck, Marcelo Andrade Cattoni de Oliveira e Martonio Mont’alverne Barreto Lima:

Numa palavra, o processo histórico não pode, desse modo, delegar para o Judiciário a tarefa de alterar, por mutação ou ultrapassagem, a Constituição do País (veja-se, nesse sentido, só para exemplificar e esse é o ponto da presente discussão -, o “destino” dado, em ambos os votos, ao art. 52, X, da Constituição do Brasil).

Paremos para pensar: uma súmula do Supremo Tribunal Federal, elaborada com oito votos (que é o quorum mínimo), pode alterar a Constituição. Para revogar essa súmula, se o próprio Supremo Tribunal Federal não o fizer, são necessários três quintos dos votos do Congresso Nacional, em votação bicameral e em dois turnos. Ao mesmo tempo, uma decisão em sede de controle de constitucionalidade difuso, proferida por seis votos, pode proceder a alterações na estrutura jurídica do país, ultrapassando-se a discussão acerca da tensão vigência e eficácia de uma lei.

Não se pode deixar de frisar, destarte, que a mutação constitucional apresenta um grave problema hermenêutico, no mínimo, assim como também de legitimidade da jurisdição constitucional.

Com efeito, a tese da mutação constitucional é compreendida mais uma vez como solução para um suposto hiato entre texto constitucional e a realidade social, a exigir uma ‘jurisprudência corretiva’, tal como aquela a que falava Büllow, em fins do século XIX (veja-se, pois, o contexto histórico): uma jurisprudência corretiva

desenvolvida por juizes éticos, criadores do Direito (*Gesetz und Richteramt*, Leipzig, 1885) e atualizadores da constituição e dos supostos envelhecimentos e imperfeições constitucionais; ou seja, mutações constitucionais são reformas informais e mudanças constitucionais compreendidas por uma *suposta* interpretação evolutiva. [...]

Na verdade, o conceito de mutação constitucional mostra apenas a incapacidade do positivismo legalista da velha *Staatsrechtslehre* do Reich alemão de 1870 em lidar construtivamente com a profundidade de sua própria crise paradigmática. E não nos parece que esse fenômeno possui similaridade no Brasil. E mesmo em Hsü-Dau-Lin (referido pelo Ministro Eros Grau) e sua classificação 'quadripartite' do fenômeno da mutação constitucional não leva em conta aquilo que é central para o pós-Segunda Guerra e em especial para a construção do Estado Democrático de Direito na atualidade: o caráter principiológico do Direito e a exigência de integridade que este direito democrático expõe, muito embora, registre-se, Lin tenha sido discípulo de Rudolf Smend, um dos primeiros a falar em princípios e espécie de fundador da doutrina constitucional alemã pós-Segunda Guerra.

Em síntese, a tese da mutação constitucional *advoga em última análise uma concepção decisionista da jurisdição e contribui para a compreensão das cortes constitucionais como poderes constituintes permanentes*. Ora, um tribunal não pode mudar a constituição; um tribunal não pode "inventar" o direito: este não é seu legítimo papel como poder jurisdicional, numa democracia.

A atividade jurisdicional, mesmo a das cortes constitucionais, não é legislativa, muito menos constituinte (e assim não há o menor cabimento, diga-se de passagem, na afirmação do min. Francisco Rezek, quando do julgamento da ADC nº 1, quando este dizia que a função do STF é a de um oráculo (sic) que "diz o que é a Constituição"). De uma perspectiva interna ao direito, e que visa a reforçar a normatividade da constituição, o papel da jurisdição é o de levar adiante a tarefa de construir interpretativamente, com a participação da sociedade, o sentido normativo da constituição e do projeto de sociedade democrática a ela subjacente. Um tribunal não pode paradoxalmente subverter a constituição sob o argumento de a estar garantindo ou guardando.

Há, portanto, uma diferença *de princípio* entre legislação e jurisdição (Dworkin). O "dizer em concreto" significa a não submissão dos destinatários - os cidadãos - a conceitos abstratalizados. A Suprema Corte não legisla (muito embora as súmulas vinculantes, por exemplo, tenham adquirido explícito caráter normativo em *terrae brasilis*). (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 19-22, grifo dos autores)

Ante tais considerações, há de se ter cuidado ao se acolher o fenômeno da mutação constitucional, sob pena de se negar vigência ao próprio texto constitucional. Não se quer afirmar que a mutação constitucional seja incompatível com o ordenamento jurídico brasileiro ou que a sua adoção sempre leve a uma distorção da interpretação constitucional, permitindo-se uma "metafísica", nas palavras de Lenio Streck. A mutação constitucional é parte natural do processo de releitura da Constituição, do qual o Supremo Tribunal Federal - mesmo que quisesse - não poderia se desvincular. Contudo, é inegável que o seu surgimento se relaciona a um período histórico em que, salvo nos EUA, sequer havia um sistema estável de controle de constitucionalidade. Assim, nos dias de hoje, o próprio fenômeno da mutação constitucional deveria passar por uma espécie de "filragem" conceitual, à luz da estrutura contemporânea do Direito, medida esta: a) que viabilizaria uma aplicação mais segura da norma jurídica criada, de forma a proteger os administrados públicos ou os contribuintes de abusos ou excessos do Poder Judiciário; e b) que implementaria uma metodologia de interpretação coerente com uma Constituição rígida, em um país onde, há anos, existe um sistema de controle difuso e concentrado de constitucionalidade.

Conclusões

Dos 25 anos de vigência da Constituição de 1988, por aproximadamente 20 esteve em funcionamento alguma espécie de desvinculação de receitas na esfera federal. Do Fundo Social de Emergência, passando pelo Fundo de Estabilização Fiscal, até a desvinculação das receitas da União, criada pela EC nº 27/2000, manteve o Poder Constituinte Derivado uma forma de flexibilizar a alocação mais adequada de recursos orçamentários, cujo objetivo principal sempre foi o atendimento das prioridades definidas pelos grupos políticos detentores dos mandatos presidenciais em cada período eleitoral, além da obtenção de superávits primários, capazes de, por exemplo, viabilizar o pagamento da dívida pública externa brasileira.

Durante essas duas décadas, o STF nunca questionou a constitucionalidade das emendas à Constituição que alteraram o perfil original de repartição de receitas e a destinação das contribuições especiais (ou parafiscais). Ao contrário, tal como decidido nos autos da ACO nº 952 MC/RR (rel. min. Cezar Peluso), em 20/4/2007, não haveria clara incompatibilidade entre as ECs nº 27 e 42, que alteraram o art. 76 do ADCT, e “o restante do texto constitucional”.

Entretanto, desde a decisão proferida na ACO nº 952, chegaram ao STF alguns recursos extraordinários questionando a constitucionalidade da DRU, em especial discutindo a possibilidade de haver direito à repetição de indébito tributário proporcional ao percentual da DRU, efetivada pelas ECs nº 27/2000 e nº 42/2003 (RE nº 566.007/RS, rel. min. Cármen Lúcia). Reconhecida a repercussão geral no RE nº 566.007/RS, o tribunal acabou suspendendo o andamento de outros recursos extraordinários que cuidam de situação análoga ao tema, como os já citados RE nº 793.565/CE, RE nº 793.566/CE, RE nº 793.570/CE, 793.616/CE, RE nº 627.840/PE, RE nº 503.888/CE, RE nº 627.287/PR e RE nº 452.335/MG. Dentre esses recursos, o nº 793.565/CE e o RE nº 793.566/CE, ambos autuados em janeiro de 2014, questionam, claramente, a constitucionalidade das ECs nº 27/2000 e nº 42/2003, o que leva a crer que existe a possibilidade, real e provável, de o STF revisitar a matéria.

A maior parte da doutrina manteve-se contrária à constitucionalidade desta alteração no texto da Lei Fundamental, havendo, especialmente a partir da EC nº 27/2000, arguido a incompatibilidade entre a forma federativa de Estado e os direitos e garantias individuais (cláusulas pétreas da Carta de 1988, consoante o art. 60, § 4º, I e IV) e a DRU.

No que tange à violação dos direitos fundamentais de 2ª geração, a tese ainda se mostra frágil, uma vez que, como visto, nada impede que a utilização dos valores desvinculados, no limite de 20% da arrecadação, venha a reestruturar as finanças públicas e, assim, permitir que os gastos, na esfera social, continuem existindo, protegendo os direitos sociais ou o chamado “mínimo existencial”.

Entretanto, no que concerne ao pacto federativo, nota-se que, sob a ótica da mutação constitucional, há chance real de, em futuro próximo, surgir um desequilíbrio na repartição de receitas tributárias e, com isso, se desestabilizar a Federação. Vale dizer, alterada a realidade social e econômica, a desvinculação das receitas da União pode prejudicar a estrutura do federalismo fiscal brasileiro e, conseqüentemente, gerar uma inconstitucionalidade, por violar o art. 60, § 4º, I, da CF88.

Fato é que a União, através do modelo fixado no art. 76 do ADCT, sempre terá como alterar a sua dívida externa e orientar suas políticas públicas de maneira mais livre e flexível.²⁶ Por outro lado, os estados e municípios, cuja receita principal é limitada a poucos tributos cujo fato gerador envolve o consumo (v.g., ICMS e ISS) ou a propriedade (v.g., IPVA e IPTU) carecem de instrumentos próprios de captação de receita capazes de alterar o perfil da dívida pública interna, mantendo-se dependentes de programas de refinanciamento, tal como o Programa de Reestruturação de Dívidas Estaduais.²⁷ Assim, alimenta-se a dependência dos estados e municípios ao FPE e ao FPM, criando-se um estrangulamento orçamentário.

Destarte, em havendo alteração fática, com a deteriorização das contas públicas estaduais e municipais, abre-se a oportunidade para o STF, com base no fenômeno da mutação constitucional, declarar a inconstitucionalidade da EC nº 68/2011, ou a que lhe sobrevier, em virtude da violação ao pacto federativo, por inviabilizar o formato da repartição de receitas tributárias que, originalmente, permitia a todos os entes federativos dispor de valores suficientes, e proporcionais, para executar as políticas públicas de sua competência, na linha dos artigos 21, 23, 25 e 30 da Constituição.

“DE-EARMARK” OF FEDERAL REVENUES AND CONSTITUTIONAL MUTATION

ABSTRACT: The aim is to correlate the claim of unconstitutionality of the “de-earmark” of federal revenues (“DRU”) with the phenomenon of constitutional mutation from the perspective of changes in the structure of tax revenues. At the beginning, some cases awaiting trial by the Federal Supreme Court are presented, which proves the possibility of revision of understanding by the court. In addition, it is presented the history of the “DRU” and the arguments, in favor and against, related to the opposition of social rights in relation to the “de-earmark” of revenues. After that, it is given special emphasis to the possible violation of the federative pact by the “DRU”, being analyzed, as a result, the institute of constitutional mutation. Finally, trials are indicated in which the Federal Supreme Court has adopted the phenomenon of constitutional mutation, that shows that this institute is valid and legitimate for a future judicial review of the “DRU” constitutionality.

KEYWORDS: De-earmark of federal revenues. Constitutional mutation. Social rights. Federative pact. Fiscal federalism.

Referências

AIRES FILHO, Durval. *Contribuições sociais, parafiscalidade e intervenção no domínio econômico: caso de desvio*. In: *As Contribuições no Sistema Tributário Brasileiro*. Fortaleza: Dialética, 2003. p. 176-205.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 23 out. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Ação Cível Originária nº 952 MC/RR*. Rel. min. Cezar Peluso, decisão monocrática, j.: 20.04/2007, DJe 003 divulgado em 25.04/2007, publicado em 26.04/2007.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus nº 96.772/SP*. Rel. min. Celso de Mello, 2ª Turma, j.: 9/6/2009, DJe-157, de 21/8/2009.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Reclamação nº 4.374/PE*. Rel. min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j.: 18/4/2013, DJe-173, de 4/9/2013.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 452.335/MG*. Rel. min. Marco Aurélio, j.: 19.11/2010, DJe-235, de 6/12/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 503.888/CE*. Rel. min. Ayres Britto, j.: 14/9/2011, DJe-189, de 3/10/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 566.007/RS*. Rel. min. Cármen Lúcia, j.: 13.5/2010, DJe-116, de 25/6/2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 627.287/PR*. Rel. min. Luiz Fux, j.: 9/5/2011, DJe-094, de 19/5/2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 627.840/PE*. Rel. min. Ayres Britto, j.: 5/3/2012, DJe-071, de 12/4/2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 637.485/RJ*. Rel. min. Gilmar Mendes, Pleno, j.: 1º.08/2012, DJe-095, de 21/5/2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 793.565/CE*. Rel. min. Roberto Barroso, j.: 30/4/2014, DJe-086, de 8/5/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 793.566/CE*. Rel. min. Roberto Barroso, j.: 18/3/2014, DJe-059, de 26/3/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 793.570/CE*. Rel. min. Cármen Lúcia, j.: 24/2/2014, DJe-041, de 27/2/2014.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Recurso Extraordinário nº 793.616/CE*. Rel. min. Rosa Weber, j.: 21/2/2014, DJe-040, de 26/2/2014.

COSTA, Alcides Jorge. Direitos fundamentais e tributação: emendas constitucionais e tributação. *Revista de Direito Tributário*. São Paulo, Malheiros, n. 98, 2007.

DERZI, Misabel. *Revisitando as contribuições da Constituição da República*. In Revista de Direito Tributário, n. 98. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 11-21.

DIAS, Fernando Álvares Correia. Desvinculação de Receitas da União, ainda necessária? *Núcleo de Estudos e Pesquisas do Senado*. Textos para Discussão 103, out. 2011. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-103-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-ainda-necessaria>>. Acesso em: 9 jul. 2013.

MARTINEZ, Gregorio Peces-Barba. *Lecciones de derechos fundamentales*. Madrid: Dykinson, 2004.

PARRA-BERNAL, Guillermo; OTONI, Luciana. Tesouro anuncia mandato de emissão e recompra de bônus soberanos. *Reuters Brasil*. São Paulo/Brasília, 23 out. 2013. Disponível em: <<http://br.reuters.com/article/topNews/idBRSP99M07X20131023>>. Acesso em: 26 nov. 2013.

PULIDO, Carlos Bernal. O caráter fundamental dos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Estado*. Rio de Janeiro, ano 5, n. 19-20, p. 17-35, jul./dez. 2010.

QUEIROZ, Luís Cesar Souza de. Critério finalístico e o controle de constitucionalidade das contribuições. *VI Congresso Nacional de Estudos Tributários*. São Paulo: Noeses, 2009. p. 631-666.

SCAFF, Fernando Facury. Direitos Humanos e a desvinculação das receitas da União - DRU. *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 236, p. 33-50, abr./jun. 2004.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros. In: *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 515-551.

STRECK, Lenio Luiz; OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de; LIMA, Martonio Mont'alverne Barreto. *A nova perspectiva do Supremo Tribunal Federal sobre o controle difuso: mutação constitucional e limites da legitimidade da jurisdição constitucional*. 2007. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_docman&Itemid=40>. Acesso em: 23 out. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

URRUTIA, Ana Victoria Sánchez. Mutación constitucional y fuerza normativa de la constitución. uma aproximación al origen del concepto. *Revista Española de Derecho Constitucional*. Madrid, año 20, n. 58, p. 105-135, enero/abril 2000.

WANG, Daniel Wei Liang. Escassez de recursos, custos dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Latin American and Caribbean Law and Economics Association: Annual Papers*. Berkeley Program in Law and Economics, 5 fev. 2007. Disponível em: <<http://www.escholarship.org/uc/item/26q0r0ns>>. Acesso em 9 set. 2013.

Enviado em 22/1, aprovado em 5/6, aceito em 17/10/2014. Versão revisada e expandida do trabalho final apresentado na disciplina “Direito Constitucional Financeiro e Tributário”, da linha de mestrado em Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento da Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Agradecimento: professor Gustavo da Gama Vital de Oliveira, por sugestões, críticas e revisão do texto.

Daniel Vieira Marins é mestrando em Direito (Finanças Públicas, Tributação & Desenvolvimento) pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro; procurador da Fazenda Nacional. Faculdade de Direito, Pós-Graduação. Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: daniel.marins@gmail.com.

Notas

- ¹ “Art. 60. [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: I - a forma federativa de Estado; [...] IV - os direitos e garantias individuais. [...]”.
- ² Ademais, uma tentativa indireta de apreciação da DRU ocorreu com o ajuizamento, em agosto de 2007, da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.949 MC/DF (rel. min. Gilmar Mendes), na qual, em sede de medida cautelar, o tribunal assentou que, não obstante existir termo final de vigência da contribuição provisória sobre movimentação financeira (CPMF) e da DRU (à época, 31/12/2007), não seria exigível outro comportamento do Poder Executivo, na elaboração da proposta orçamentária, e do Poder Legislativo, na sua aprovação, que não o de levar em consideração, na estimativa de receitas, os recursos financeiros provenientes dessas receitas derivadas, as quais já eram objeto de proposta de Emenda Constitucional (PEC nº 50/2007). No ponto, ainda se destacou o princípio da universalidade em matéria orçamentária, o qual exige que todas as receitas sejam previstas na lei orçamentária, sem possibilidade de qualquer exclusão.
- ³ O Fundo Social de Emergência vigorou somente de 1994 a 1995. Mencionando caso curioso, assim se manifestou Durval Aires Filho (2003, p. 199-200) sobre o desvio de valores do antigo FSE: “Apenas para lembrar um exemplo prático do caos, quando se criam contribuições sem um destino certo e definido, no passado, o Fundo Social de Emergência foi usado para cobrir despesas com o cerimonial do Ministério das Relações Exteriores, na compra de flores e uma partida de panos para mesa de chá; para pagar suprimento de frutas e peixes do Palácio do Planalto, sob a justificativa de que, ali, encontraram uma autorização orçamentária disponível. Ao contrário do que se dava com 90% dos recursos do Orçamento da União, o fundo não era composto de ‘dinheiro carimbado’, isto é, dinheiro com destinação definida, pelo menos foi essa a explicação dos técnicos do Ministério do Planejamento, colhida por um dos repórteres do *Jornal do Brasil*”.
- ⁴ ADCT: “Art. 71. Fica instituído, nos exercícios financeiros de 1994 e 1995, o Fundo Social de Emergência, com o objetivo de saneamento financeiro da Fazenda Pública Federal e de estabilização econômica, cujos recursos serão aplicados no custeio das ações dos sistemas de saúde e

educação, benefícios previdenciários e auxílios assistenciais de prestação continuada, inclusive liquidação de passivo previdenciário, e outros programas de relevante interesse econômico e social”.

⁵ V. emendas constitucionais nº 10/1996 e 17/1997, por exemplo.

⁶ V. EC nº 10/1996, que criou o Fundo de Estabilização Fiscal (FEF), cuja vigência iniciou-se em 1996 e terminou no 1º semestre de 1997. Frise-se que o fundo foi prorrogado, pela EC nº 17/1997, até 1999.

⁷ De qualquer forma, como bem lembrou Alcides Jorge Costa (2007, p. 23): “É claro que todas essas emendas no campo tributário mexem um pouco com a Federação, isto é óbvio. Mas eu devo dizer o seguinte: mormente uma Constituição tão detalhista como a nossa - costume dizer que no capítulo tributário ela chega a adquirir, por vezes, um ar de instrução normativa - leva claramente à necessidade de modificações mais frequentes do que se ela fosse mais geral”.

⁸ Vide redação dada pela Emenda Constitucional nº 68/2011 ao art. 76 do ADCT: “Art. 76. São desvinculados de órgão, fundo ou despesa, até 31 de dezembro de 2015, 20% (vinte por cento) da arrecadação da União de impostos, contribuições sociais e de intervenção no domínio econômico, já instituídos ou que vierem a ser criados até a referida data, seus adicionais e respectivos acréscimos legais. § 1º O disposto no caput não reduzirá a base de cálculo das transferências a Estados, Distrito Federal e Municípios, na forma do § 5º do art. 153, do inciso I do art. 157, dos incisos I e II do art. 158 e das alíneas a, b e d do inciso I e do inciso II do art. 159 da Constituição Federal, nem a base de cálculo das destinações a que se refere a alínea c do inciso I do art. 159 da Constituição Federal. § 2º Excetua-se da desvinculação de que trata o caput a arrecadação da contribuição social do salário-educação a que se refere o § 5º do art. 212 da Constituição Federal. § 3º Para efeito do cálculo dos recursos para manutenção e desenvolvimento do ensino de que trata o art. 212 da Constituição Federal, o percentual referido no caput será nulo”.

⁹ Nas palavras de Daniel Wang (2007, p. 4): “Pode-se afirmar que mesmo os chamados direitos de primeira geração, tradicionalmente conhecidos como direitos negativos por demandarem uma não intervenção estatal, na realidade também dependem de prestações estatais, do estabelecimento de instituições e de dispêndio de dinheiro público”.

¹⁰ Sobre a justificação do Direito na hipótese da existência de necessidades básicas do ser humano não atendidas pela ordem social, em razão da escassez de recursos para todos, leia-se Gregorio Peces-Barba Martinez: “Em primeiro lugar, e de um modo geral, a escassez é uma das razões para a existência do Direito, pois em uma sociedade de abundância, como dizia Hume em *Uma investigação sobre os princípios da moral*, esta virtude da justiça, o Direito diríamos nós, não é necessária. Nesse sentido, o subsistema dos direitos participará dessa justificação da sua existência. Além desse quadro geral, a escassez fornecerá motivos específicos para justificar alguns direitos vinculados à existência de necessidades básicas, que devem ser desfrutadas por todos e que exigem uma ação, pela via dos direitos de prestação e dos correlatos deveres positivos gerais que orientam uma igualdade como equiparação, algumas vezes, e como diferenciação, em outras ocasiões. Estamos em uma escassez referente a uma distribuição desigual, que permite correções com uma intervenção em forma de direitos fundamentais. Nesse caso, a realidade da escassez incentiva o surgimento de direitos e, por conseguinte, influi positivamente no fortalecimento do subsistema. A escassez econômica dos que vivem de um salário, por exemplo, não lhes permitirá uma formação para seus filhos, se não fosse a educação básica gratuita e obrigatória, nem a segurança frente às enfermidades ou à velhice, sem a generalização da saúde pública ou sem a existência de uma seguridade social financiada com meios públicos” (MARTINEZ, 2004. p. 260-261, trad. nossa). No original: “En primer lugar y con carácter general la escasez es una de las razones de la existencia del Derecho, porque en una sociedad de abundancia, como decía Hume en *Una investigación sobre los principios de la moral*, esta virtud de la justicia, el Derecho diríamos nosotros, no es necesario. En ese sentido el subsistema de los derechos participará de esa justificación, de su existencia. Además de ese marco general, la escasez proporcionará razones específicas para justificar algunos derechos vinculados a la existencia de necesidades básicas, que deben ser disfrutadas por todos y que exigen una acción, por la vía de derechos prestación y de los correlativos deberes positivos generales que orientan una igualdad como equiparación unas veces y como diferenciación otras. Estamos en una escasez referida a una desigual distribución, que permite correcciones con una intervención en forma de derechos fundamentales. En este caso esa realidad de la escasez incentiva la aparición de derechos y por consiguiente influye positivamente en el fortalecimiento del subsistema. La escasez económica de los que viven de un salario, por ejemplo no les permitiría una formación para sus hijos, si no existiera la gratuidad de la enseñanza

básica y obligatoria, ni el aseguramiento frente a la enfermedad o la vejez, sin la generalización de la sanidad pública o sin la existencia de una seguridad social financiada con medios públicos”.

¹¹ No que tange aos gastos públicos e o atendimento dos direitos sociais, em especial das necessidades básicas das pessoas naturais, eis as observações delineadas por Carlos Bernal Pulido (2010, p. 33): “A teoria do Estado Social pressupõe uma dimensão da pessoa política. Na base dessa dimensão aparecem as necessidades básicas. Essa concepção se opõe às teorias liberais e democráticas por entender que a proteção da liberdade e da autonomia não é suficiente para garantir o status fundamental do indivíduo. Em toda sociedade existe um grande número de pessoas que não podem satisfazer suas necessidades básicas mediante o exercício de sua liberdade e de sua autonomia. O objeto dessas necessidades são os bens necessários para se ter uma boa vida - tais como a alimentação, a moradia, a atenção à saúde, o mínimo vital etc. - e para o exercício das liberdades individuais e políticas. O princípio da solidariedade fundamenta a ideia de que quando uma pessoa não pode satisfazer por si mesma essas necessidades, a sociedade deve fazê-lo por meio da ação do Estado”.

¹² Em crítica à abordagem proposta pelos defensores do “mínimo existencial”, Cláudio Pereira de Souza Neto (2008, p. 535-536) apreciou o tema nos seguintes termos: “Em sua versão predominante, o conceito de mínimo existencial serve à finalidade de estabelecer quais são os direitos sociais que representam condições para o exercício efetivo da ‘liberdade’. O conceito de mínimo existencial exige, assim, o *status positivus libertatis*. Outro fundamento para o mínimo existencial também frequentemente suscitado é o princípio da ‘dignidade da pessoa humana’, que, nesse contexto, costuma ser reduzido às condições indispensáveis para a ‘subsistência’. A partir da jurisprudência alemã, o conceito de mínimo existencial estaria vinculado às condições sociais mínimas para que o indivíduo buscase a sua própria dignidade, como sintetizado na expressão ‘ajuda para a autoajuda’”.

¹³ “Art. 82. O mandato do Presidente da República é de quatro anos e terá início em primeiro de janeiro do ano seguinte ao da sua eleição”.

¹⁴ “Art. 14. [...] § 5º O Presidente da República, os Governadores de Estado e do Distrito Federal, os Prefeitos e quem os houver sucedido, ou substituído no curso dos mandatos poderão ser reeleitos para um único período subsequente”.

¹⁵ Sobre a legislação orçamentária, urge transcrevermos as observações feitas por Luís Cesar Souza de Queiroz (2009, p. 651-652): “É útil esclarecer que as expressões ‘lei de natureza orçamentária’ ou ‘leis orçamentárias’ representam as três leis que pela Constituição tratam especificamente de matéria orçamentária, quais sejam: a lei do plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei anual. Incluem-se nesse rol as leis que disponham sobre os créditos adicionais (créditos suplementares, especiais e extraordinários - art. 167, II, da Constituição) e, por extensão, a lei complementar financeira (art. 165, § 9º, da Constituição)”.

¹⁶ “Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre: I - importação de produtos estrangeiros; II - exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados; III - renda e proventos de qualquer natureza; IV - produtos industrializados; V - operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários; VI - propriedade territorial rural; [...]”.

¹⁷ “Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre: I - transmissão *causa mortis* e doação, de quaisquer bens ou direitos; II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior; III - propriedade de veículos automotores” (redação dada pela EC nº 3/1993).

¹⁸ “Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: I - propriedade predial e territorial urbana; II - transmissão “inter vivos”, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição; III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar” (redação dada pela EC nº 3/1993).

¹⁹ “Art. 149. Compete exclusivamente à União instituir contribuições sociais, de intervenção no domínio econômico e de interesse das categorias profissionais ou econômicas, como instrumento de sua atuação nas respectivas áreas, observado o disposto nos arts. 146, III, e 150, I e III, e sem prejuízo do previsto no art. 195, § 6º, relativamente às contribuições a que alude o dispositivo”.

²⁰ No ponto, eis o histórico apresentado por Streck, Cattoni de Oliveira e Lima (2007, p. 20): “Essa tese foi formulada pela primeira vez em fins do século XIX e inícios do século XX por autores como Laband (*Wandlungen der deutschen Reichsverfassung*, Dresden, 1895) e Jellinek (*Verfassungsänderung und Verfassungswandlung*, Berlim, 1906), e mereceu mais tarde conhecidos desenvolvimentos por

Hsü-Dau-Lin (*Die Verfassungswandlung*, Leipzig, 1932). Como bem afirmam os professores Artur J. Jacobson (New York) e Bernhard Schlink (Berlim), em sua obra *Weimar: A Jurisprudence of Crisis* (Berkeley: University of Califórnia, 2000, p. 45-46), o dualismo metodológico positivismo legalista-positivismo sociológico que perpassa toda a obra de Jellinek *Verfassungsänderung und Verfassungswandlung* (Berlim, Häring, 1906) e que serve de base para a tese da mutação constitucional (*Verfassungswandlung*) impediu o jurista alemão de lidar normativamente com o reconhecimento daquelas que seriam “as influências das realidades sociais no Direito”. A mutação constitucional *é assim tida como fenômeno empírico e não é resolvido normativamente*: “Jellinek não apresenta um substituto para o positivismo legalista, mas apenas tenta suplementá-lo com uma análise empírica ou descritiva dos processos político-sociais”.

²¹ No original: “En el marco de la Constitución imperial se realizan trabajos teóricos que empiezan a abordar el problema de la mutación constitucional. Los presupuestos necesarios para que se desarrolle este concepto en Europa se dan precisamente en este período del último tercio del siglo pasado: un cierto grado de rigidez de la Constitución y su comprensión como instrumento normativo. Pues si en el caso de Estados Unidos de América, la Constitución tuvo la consideración de norma obligatoria desde el principio, en Europa la concepción de la Constitución como norma que podía atisbarse en el primer constitucionalismo liberal, se diluyó durante la etapa intermedia de las constituciones flexibles de la restauración y se empezó a retomar tímidamente en esta época”.

²² Refere-se aqui ao “espírito” (*Geist*) como algo do “ser humano”, ainda que sob um ponto de vista específico e diferenciado. Envolve a distinção, sob a ótica filosófica alemã, entre “ciências da natureza” e “ciências do espírito”, ou seja, “ciências naturais” e “ciências sociais ou humanas”.

²³ “De todo modo, lembremos que Hsü Dau Lin escreveu o seu texto no contexto da República de Weimar, havendo todo um debate sob a Lei Fundamental, por exemplo, com Konrad Hesse e Böckenförde.” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 20-21, nota de rodapé 15).

²⁴ “Sabe-se que na época em que foram escritas as obras de Lin e Smend, não havia Tribunais Constitucionais nos moldes construídos posteriormente. A tese da mutação não significa que não tenha sido dado valor fundamental às práticas políticas no parlamento ou no governo. A consequência das teses “mutacionistas” em tempos de “cortes constitucionais” poderia ser diferente” (STRECK; OLIVEIRA; LIMA, 2007, p. 20-21, nota de rodapé 17).

²⁵ No mesmo sentido, Habeas Corpus nº 90.450/MG (rel.: min. Celso de Mello, 2ª Turma, unânime, j.: 23/9/2008, DJe-025, de 6/2/2009).

²⁶ Em caráter ilustrativo, pode-se ler a seguinte notícia publicada em 23/10/2013 pela Reuters Brasil, a qual evidencia a maior facilidade de negociação da dívida externa pelo Tesouro Nacional: “O Tesouro Nacional informou que concedeu nesta quarta-feira mandato para emissão e recompra de bônus soberanos do governo brasileiro. O papel a ser emitido tem vencimento em janeiro de 2025 e é denominado em dólares. Ao mesmo tempo, o Tesouro Nacional fará a recompra de até 12,591 bilhões de dólares em nove títulos com vencimento variando de 2017 a 2030. ‘O objetivo da operação é melhorar a eficiência da curva denominada em dólares’, informou o Tesouro em nota divulgada à imprensa. A emissão anunciada nesta quarta, segundo fonte com conhecimento da transação, deve ser de pelo menos 500 milhões de dólares e a recompra tem como objetivo reduzir o custo de financiamento dos papéis. Segundo operadores afirmaram ao IFR, um serviço da Thomson Reuters, o governo tem como objetivo emitir entre 500 milhões de dólares e 1 bilhão de dólares e recomprar entre 2 e 3 bilhões de dólares. Mais cedo, a demanda aproximava-se de 6 bilhões de dólares. Se necessário e conveniente, o governo poderia optar a não recomprar todos os papéis, adquirindo apenas os papéis que representariam maior economia no financiamento, disse a fonte. As sugestões iniciais de preço apontam spread de entre 180 e 185 pontos básicos ante o rendimento dos Treasuries, títulos de dívida pública dos Estados Unidos, o que representa prêmio de até 35 pontos básicos por ser uma nova emissão. Esta é a segunda emissão externa do ano. Em maio, o governo havia lançado bônus Global com vencimento em 2023 no valor total de 800 milhões de dólares. Os coordenadores da emissão são Bradesco BBI, Deutsche Bank e HSBC, enquanto os últimos dois bancos coordenam a operação de recompra”.

²⁷ No ponto, atente-se à Lei nº 9.496/1997, a qual estabeleceu critérios para a consolidação, a assunção e o refinanciamento, pela União, da dívida pública mobiliária e de outras que específica, de responsabilidade dos estados e do Distrito Federal.