

SUSTENTABILIDADE FISCAL E ESTADO SOCIAL DE DIREITO¹*SOSTENIBILIDAD FISCAL Y ESTADO SOCIAL DEL DERECHO*Andrea Alarcón Peña²

Resumo: O presente artigo, mediante uma metodologia dedutiva baseada na análise doutrina constitucional econômica, analisa as implicações que para o Governo Nacional e as administrações públicas territoriais supôs a adoção do critério da sustentabilidade fiscal. Essa reforma constitucional gerou importante debate entre aqueles que acreditavam que a inclusão desse critério transformava o Estado Social de Direito em Estado Fiscal - ao condicionar, aparentemente, o gozo dos direitos à disponibilidade orçamentária. Para tanto, o artigo descreve o regime constitucional da Economia Social de Mercado e a relação que existe entre ele e a necessidade de uma política econômica previsível e confiável; posteriormente descreve as implicações deste sistema para a sustentabilidade fiscal e o incidente da sustentabilidade fiscal como uma ferramenta que aparentemente limita o poder do Poder Judiciário; e culmina com uma revisão da regra fiscal na perspectiva espanhola.

Palavras-chave: Regra Fiscal; Sustentabilidade Fiscal; Economia Social de Mercado; Estado Social de Direito.

1 Este artigo constitui uma prévia do projeto de pesquisa nº INV-DER-2318, intitulado “Constituição econômica e economia social de mercado: uma análise do subsistema constitucional econômico colombiano”. Financiado pela Vice-Reitoria de Pesquisas da *Universidad Militar de Nueva Granada*, Colômbia. O projeto faz parte do Centro de Pesquisa da Faculdade de Direito da UMNG. Convém registrar, além do mais, que o artigo foi inicialmente publicado em espanhol na Revista Estado Finanças e Tributação, do Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação (Geieft) da UFF, ISSN 2595-5209. A revista, inclusive por conta da pandemia da Covid-19, acabou institucionalmente descontinuada e agora o artigo, com versão traduzida inédita em português, segue na prestigiada Revista Culturas Jurídicas. A tradução, no âmbito do Geieft, foi levada a cabo por (i) Letícia Pereira de Araujo: Advogada. Mestranda em Direito Constitucional pelo Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense – PPGDC/UFF. Pós-graduada em Direito do Trânsito pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito Público pela Faculdade Legale. Pós-graduada em Direito Previdenciário pela Faculdade Legale. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6454-6606>; (ii) Paulo Roberto dos Santos Corval: Doutor em Ciência Política na Universidade Federal Fluminense - UFF. Mestre em Ciências Jurídicas na Pontifícia Universidade Católica – PUC/RJ. Graduado em Direito na Pontifícia Universidade Católica – PUC/RJ. Professor de Direito Financeiro e Tributário da Faculdade de Direito da UFF, no Município de Niterói, Estado Rio de Janeiro. Professor do Programa de Pós-Graduação em Direito Constitucional da Universidade Federal Fluminense - PPGDCUFF. Coordenador do Grupo de Estudos Interdisciplinares sobre Estado, Finanças e Tributação – GEIEFT. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9210-1375>; (iii) e Priscila Petereit de Paola Gonçalves: Doutora em Ciências Sociais e Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense - PPGSD/UFF. Mestre em Ciências Sociais e Jurídicas pelo Programa de Pós-Graduação em Sociologia e Direito da Universidade Federal Fluminense - PPGSD/UFF. Professora Adjunta do Departamento de Direito da Universidade Federal Fluminense, Macaé. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4331-220X>.

² Advogada *Cum Laude* da Universidade Santo Tomás. Especialista em Direito Comercial e Empresarial. Mestre em Direito Econômico pela *Universidad Externado de Colombia*. Destaque de Doutora *Cum Laude* em Estudos Jurídicos, Ciência Política e Criminologia pela *Universidad de Valencia* (Espanha). Professora pesquisadora da *Universidad Militar Nueva Granada*, Colômbia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4926-4288>.

Resumen: El presente artículo mediante una metodología deductiva basada en el análisis de doctrina constitucional económica analiza las implicaciones que para el Gobierno Nacional y las administraciones públicas territoriales supuso la adopción del criterio de la sostenibilidad fiscal. Esta reforma constitucional generó un importante debate entre aquellos que estimaban que la inclusión de este criterio transformaba al Estado Social de Derecho en un Estado Fiscal -al condicionar, en apariencia, el disfrute de los derechos a la disponibilidad presupuestal-. Para ello el artículo describe el sistema constitucional de Economía Social de Mercado y la relación que existe entre este y la necesidad de una política económica previsible y confiable; posteriormente describe las implicaciones de este sistema de cara a la sostenibilidad fiscal y el incidente de sostenibilidad fiscal como herramienta que limita, en apariencia, el poder de la Rama Judicial; y culmina con una revisión de la regla fiscal en perspectiva española.

Palabras claves: Regla fiscal; Sostenibilidad Fiscal; Economía Social de Mercado; Estado Social de Derecho.

Introdução

A adoção do modelo de Estado Social de Direito na Colômbia a partir da Constituição de 1991 (art. 1, CP) permite inserir a economia colombiana no problema constitucional. No entanto, o constituinte não deu uma qualificação expressa ao sistema econômico colombiano, circunstância que pode ser interpretada de várias maneiras: 1) o constituinte evadiu-se deliberadamente da adoção de uma determinação sobre a Constituição Econômica (talvez pelas divergências ideológicas dos que fizeram parte da Assembleia Nacional Constituinte); 2) o constituinte, considerando o modelo do Estado Social de Direito, previu que embora não houvesse expressasse um sistema de Economia Social de Mercado, este acaba sendo o único compatível com um sistema democrático como o colombiano, ou 3) o constituinte estimou que a inclusão de um amplo catálogo de direitos, liberdades e princípios — de conteúdo econômico — constitui um roteiro claro para o legislador e o governo desenvolverem políticas econômicas variadas.

Destas três possibilidades resultam apontar que a evasão deliberada nunca foi uma opção para a Assembleia Nacional Constituinte. Como será desenvolvido mais adiante, as opções 2 e 3 acabam por se ajustar à posição que o Tribunal Constitucional tem desenvolvido a partir da jurisprudência sobre o subsistema constitucional econômico. Por sua vez, em aplicação do princípio da unidade constitucional, não é possível falar de uma Constituição Política e de outra Constituição Econômica, sendo esta última parte integrante da primeira e satisfazendo os mesmos princípios, valores e finalidades que a primeira considera.

O que está absolutamente claro é que a expressa inexistência de um sistema econômico não pode ser interpretada como uma demarcação entre a economia e o Estado, muito menos como uma Constituição indiferente em matéria econômica (C-713 de 1998). As cláusulas que a Norma Fundamental³ registra nesta matéria são abundantes e que não se limitam a estabelecer campos de atuação, mas “também reconhecem direitos e permitem especificar os poderes que são outorgados ao Estado e ao indivíduo para exercer sua ação econômica ” (Sánchez Torres, 2007: 22). Os princípios, valores e normas que proclama estão claramente em harmonia com um sistema de Economia Social de Mercado em que o mercado livre desempenha um papel fundamental mas a intervenção geral do Estado na economia se estabelece como pedra angular da ação estatal, considerando o mecanismo ideal para corrigir falhas, promover o desenvolvimento econômico equitativo e garantir a supremacia do bem comum — o que em um sistema liberal de mercado não é prioridade. Nesse esquema não é possível pregar confiança na mão invisível do mercado, muito menos liberdade absoluta para o Estado intervir na economia.

O processo constitucional colombiano de 1991 demonstrou que o Estado não deve ser indiferente às relações econômico-sociais (Torres A, 2012). Ajusta-se Conforma-se com a tendência do constitucionalismo do pós-guerra que permeou boa parte dos textos constitucionais ao incorporar, de forma diversa, a estruturação da ordem econômica. A Constituição de 1991 apresenta um Estado amplamente integrado à vida socioeconômica, com

³ Embora não seja uma lista exaustiva, a Corte Constitucional na sentença C-713 de 1998 apontou os princípios que, em sua opinião, compõem a ordem econômica, assim,“(1) a efetividade dos direitos fundamentais, econômicos, sociais e culturais obriga o Estado e suas autoridades a promover um desenho da economia e dos diferentes processos sociais que seja funcional para esse fim; (2) é garantida a propriedade privada, associativa e solidária, mas fica estabelecido que tem função social e ecológica; (3) a qualidade dos bens e serviços oferecidos e prestados à comunidade deve estar sujeita à regulamentação legal e à vigilância pública; (4) o manejo e uso dos recursos naturais, bem como o meio ambiente saudável, são elementos que integram núcleo dos direitos coletivos e, portanto, passam a ser objeto de regulamentação e proteção intensa; (5) as políticas econômicas, sociais e ambientais são articuladas por meio de planos de desenvolvimento, que devem estar de acordo com o conceito de “desenvolvimento sustentável”; (6) sejam garantidas a liberdade econômica e a iniciativa privada, dentro dos limites do bem comum, do meio ambiente e do patrimônio cultural da nação; (7) promove-se o correcto e transparente funcionamento dos mercados, como garantia e pressuposto da liberdade econômica e do funcionamento eficiente da economia, pelo que o Estado deve controlar os abusos que são cometidos e que desvirtuam os seus mecanismos; (8) o Estado é ordenado a estimular e manter altos níveis de produtividade e competitividade; (9) Ressalte-se que a direção da economia estará a cargo do Estado e que este intervirá por mandato da lei no processo econômico a fim de melhorar a qualidade de vida das pessoas, a distribuição equitativa de oportunidades e a preservação do meio ambiente saudável; (10) as atividades financeiras, bolsistas, seguradoras e outras relacionadas com a poupança estão sujeitas à estrita vigilância do Estado e à regulamentação emitida; (11) o Estado deve promover a democratização do crédito; (12) monopólios públicos só podem ser estabelecidos por lei como receita de aluguel, com finalidade de interesse público ou social; (13) é dever do Estado assegurar a prestação de serviços públicos a todos os habitantes do território nacional; (14) Considera-se que o objetivo fundamental da atividade do Estado é solucionar as necessidades não satisfeitas de saúde, educação, saneamento ambiental e água potável”.

real capacidade — às vezes com obrigação — de intervir e entrar em determinados espaços do mercado para materializar a teleologia constitucional. Não se trata de uma regra que segue os preceitos do liberalismo clássico, que confia na mão invisível como motor da vida socioeconômica, que cede aos mandatos do *laissez-faire*, mas sim de uma Lei Fundamental que exige uma ação efetiva dos poderes públicos⁴.

E essa atuação efetiva dos poderes públicos se encontra materializada nos princípios constitutivos, normativos e supletivos que da doutrina econômica foram suscitados como mandatos para os diversos órgãos do poder público. Os princípios constitutivos —ou estruturais— são sete São sete e criam a estrutura da livre concorrência, supõem requisitos mínimos que devem ser cumpridos no mercado, garantindo o alcance da atividade econômica, por esta razão devem ser consignados e protegidos por um sistema regulatório forte — com instituições que garantem o seu cumprimento — que permitem a ordem necessária ao seu funcionamento. Estas condições são: a) Sistema de preços efetivado em ambiente de concorrência realizável; b) Estabilidade da moeda aliada a uma política de estabilidade monetária; c) Liberdade de acesso ao mercado⁵; d) Reconhecimento e proteção do direito à propriedade privada ⁶; e) Respeito e reconhecimento da liberdade contratual; f) Regime de responsabilidade integral; e g) Constância e confiança na política econômica (Ernste, 2011: 56)⁷. Estes princípios estão associados à individualidade e à liberdade dos agentes econômicos, razão por qual diante do funcionamento inadequado de uma delas, é necessária a intervenção do Estado.

⁴ Não obstante esta afirmação e a incontestável mudança na forma de Estado que se assumiu a partir de 1991, SÁCHICA reconhece que o sistema econômico colombiano não experimentou uma "mudança deliberada diferente do modelo que trouxemos [...] de economia mista" (SÁCHICA, 1991, p. 147). No entanto, a combinação da proteção das liberdades econômicas típica de um sistema de economia de mercado com nuances intervencionistas em determinados setores, reconhecidas pelo autor como definidoras do sistema defendido, não permite per se predicar a imutabilidade do sistema econômico de 1991 em relação a modificação de 1936, uma vez que o reconhecimento de um Estado Social de Direito implicava importantes variações quanto à finalidade de tal intervenção e aos objetivos perseguidos pelo Estado na execução de planos e políticas públicas. Essas e outras razões, que serão desenvolvidas nesta seção, permitem superar a visão do autor e reconhecer a existência de um sistema econômico diferente daquele reconhecido pela Constituição de 1886.

⁵ Esta liberdade de acesso ao mercado refere-se à ausência de tarifas e outras medidas proibitivas que impeçam o acesso ao mercado através da imposição de barreiras à entrada, por isso, era essencial uma política clara para proteger o mercado nacional de qualquer medida predatória.

⁶ A dicotomia presente na história desde o final do século XVIII, todo o século XIX e início do século XX em relação à propriedade, visava determinar se a propriedade privada ou coletiva constituía a forma adequada de desenhar políticas econômicas (EUCKEN, 1963 (1948) .), página 68).

⁷ Para Radke, a partir dos anos 1980 é possível acrescentar um princípio constitutivo adicional: o problema ambiental, por isso "o sistema alemão não deve ser apenas social, mas também garantir que a conduta econômica não destrua as bases naturais da vida humana. Essa nova perspectiva é traduzida no termo economia de mercado social e ecologicamente compatível" (1995, p. 23).

A intervenção do Estado, por meio de princípios normativos que garantem a existência e proteção do referido sistema, visa resolver quatro problemas derivados do abuso de liberdades e respaldar a redistribuição de benefícios de forma social e justa (Lluch Frechina, 2014). : a) Estabelecimento de uma política de defesa da concorrência que elimine qualquer poder de mercado exercido por qualquer agente económico (monopólios, oligopólios, abusos de posição dominante); b) Política fiscal com imposto de renda progressivo para evitar um desenvolvimento social desigual; c) Correção de externalidades; e d) Correção de situações anómalas presentes no mercado de trabalho.

Finalmente, quando se torna necessário intervir, porque surgem estes problemas, e para não afetar a ordem do mercado, surgem quatro princípios complementares que se orientam para a) evitar intervenções pontuais; b) formular legislação em termos de regras; c) fazer uso prudente de políticas de estabilização; e d) promover uma política social de acordo com o mercado que privilegie o investimento social sobre as oportunidades de consumo.

A Economia Social de Mercado critica, como ponto de partida, a existência de uma força autorreguladora secreta que permite o funcionamento efetivo do mercado com base na segurança absoluta de que por si só pode gerar equilíbrio e eficiência econômica. A confiança incondicional da economia de mercado na ordem estabelecida omite a impossibilidade de uma economia em um sistema liberal puro que pode criar uma ordem social válida que considere as necessidades do Estado e da vida cultural, há uma grande discrepância entre crescimento econômico e justiça social (Marktanner, 2011: 238).

Talvez a contribuição mais importante do ESM tenha a ver com o reconhecimento da impossibilidade do mercado, com base nas suas leis, regular toda a vida social, sendo necessário o seu reconhecimento como meio de organização que deve ajustar-se a uma regulação superior das relações sociais e ordem social. Para este sistema, a procura, a produção e o investimento são coordenados pelo mercado, circunstância que exige preços livres, ausência de barreiras à entrada no mercado e livre concorrência (Binder & Dürr, 2004: 59). Partindo destas considerações, Müller-Armack considerou que este sistema implicava uma ordem econômica “que funcionava segundo as regras da economia de mercado, mas dotada de complementos e segurança social” (1963 (1948): 118).

Para alcançar essa simbiose, será necessária uma intervenção político-econômica e uma série de apoios construtivos. É aí que o sistema de Economia Social de Mercado se destaca do seu antecessor (economia de mercado) que negava e rejeitava qualquer tipo de intervenção. O novo sistema reconhece que “o sistema de ordenamento da economia de mercado nem sempre

funciona e nem sempre sem atritos. Diversos fatores perturbadores, externos e inerentes ao sistema, requerem, assim como o desejo da sociedade de obter compensação social, medidas corretivas para poder realizar e garantir o objetivo do conceito” (Hasse, Schneider, & Weigelt, 2004: 168).

Todos eles expressam de maneira clara a necessidade de garantir consistência e confiança na política econômica que requer um sistema de finanças públicas saudável e estável. Para isso, evidenciam-se como concretizações desse mandato a inclusão da norma fiscal, do critério de sustentabilidade fiscal e da incidência do impacto fiscal na recente reforma constitucional e nas leis que desenvolvem o referido ato legislativo.

1. Lei de Regra Fiscal e incidente de impacto fiscal

A Lei de Normas Fiscais aprovada pela Lei 1.473 de 2011 busca implementar uma regra quantitativa nas finanças do Governo Central Nacional - com claro impacto nas administrações departamentais e municipais -, a fim de garantir a sustentabilidade da dívida pública e a estabilidade macroeconômica do país, tendendo a eliminar os vieses da política fiscal para a prociclicidade, o endividamento e a compressão do investimento público. Para garantir o cumprimento desse mandato, foi criado o Fundo de Poupança e Estabilização Macroeconômica, que acumulará recursos provenientes da poupança da regra fiscal e das contribuições adicionais do Orçamento do Estado, a fim de apoiar o gasto anticíclico quando necessário, à amortização da dívida e o financiamento da necessidades produzidas por eventos extraordinários que possam implicar em suspensão temporária da regra fiscal.

Desde o início, reconheceu-se que os resultados que esta regra fiscal pode se encontram condicionados pelo fato de que na Colômbia o governo nacional não tem o monopólio da iniciativa do gasto público. Fica claro que a partir da Constituição de 1991 a iniciativa de leis que decretam gastos públicos é compartilhada entre o Executivo e o Legislativo, com a agravante de que o Tribunal Constitucional também tem iniciativa de gastos e algumas de suas decisões estão associadas a enormes custos fiscais.

O critério de sustentabilidade fiscal modifica o artigo 334 da Constituição Política incorporando o conceito de sustentabilidade fiscal como critério que orienta os Poderes e Órgãos do Poder Público no âmbito de suas competências em um marco de colaboração harmoniosa. Da mesma forma, condiciona os artigos 339º e 346º da Constituição para que o

Plano Nacional de Desenvolvimento e a Lei do Orçamento Geral da Nação se ajustem a este quadro de sustentabilidade fiscal.

A lei em questão (Lei 1.473 de 2011) indica que em longo prazo, o gasto estrutural não pode exceder a receita estrutural em mais de 1%. Com a referida Lei, o Governo Nacional seguirá uma trajetória anual decrescente do déficit fiscal estrutural, o que lhe permitirá atingir um déficit estrutural de 2,3% do PIB ou menos em 2014, de 1,9% do PIB ou menos em 2018 e de 1,0% do PIB ou menos em 2022. No entanto, a realidade econômica colombiana assume que para o ano de 2016 o déficit fiscal foi de 4%.

Como sustenta Arango Rivadeneira, a reforma do Ato Legislativo nº 01 de 2011 ao artigo 334 constitucional⁸ produziu uma "modificação no seio do modelo econômico constitucional para introduzir um incidente fiscal e conciliar o reconhecimento judicial de direitos com a estabilidade econômica do Estado " (2012: 14). Em virtude disso, será possível condicionar ou limitar a execução de sentença, de um dos mais altos órgãos judiciais, sem que seja necessário o consentimento dos sujeitos afetados em seus direitos judicialmente reconhecidos, quando o réu for o Estado.

O novo mecanismo de controlo fiscal, uma iniciativa do Governo, visa garantir a sustentabilidade fiscal das finanças públicas, contribuindo para a estabilidade macroeconômica do país, introduzindo o conceito de disciplina fiscal que visa evitar grandes défices orçamentais, limitando a diferença entre o rendimento nacional e o gastos públicos para finalmente alcançar um equilíbrio na gestão da economia, reduzindo o déficit fiscal. A racionalização da despesa e

⁸ O artigo 334.º do C.P. agora prescreve: "A direção geral da economia estará a cargo do Estado. Esta intervirá, por mandato da lei, na exploração dos recursos naturais, no uso da terra, na produção, distribuição, uso e consumo de bens, e nos serviços públicos e privados, para racionalizar a economia com o fim de alcançar a nível nacional e territorial, *em um marco de sustentabilidade fiscal*, a melhoria da qualidade de vida dos habitantes, a distribuição equitativa das oportunidades e os benefícios do desenvolvimento e preservação de um meio ambiente saudável. *Tal marco de sustentabilidade fiscal deve servir como instrumento para atingir progressivamente os objetivos do Estado Social de Direito*. De qualquer forma, o gasto público social será prioritário. O Estado, de modo especial, intervirá para dar pleno emprego aos recursos humanos e assegurar progressivamente que todas as pessoas, em particular as de menor rendimento, tenham acesso efectivo a todos os bens e serviços básicos. Também promover a produtividade e competitividade e o desenvolvimento harmonioso das regiões. *A sustentabilidade fiscal deve orientar os Poderes e Órgãos do Poder Público*, dentro de suas atribuições, em um quadro de colaboração harmoniosa. O Procurador-Geral da Nação ou um dos ministros do Governo, proferida a sentença por qualquer dos mais altos órgãos judiciais, pode requerer a abertura de Incidente de Impacto Fiscal, cujo processo será obrigatório. Serão ouvidos os esclarecimentos dos proponentes sobre as consequências do despacho sobre as finanças públicas, bem como o plano específico para o seu cumprimento e decidir-se-á sobre a modulação, modificação ou diferimento dos efeitos do mesmo, de forma a evitar graves alterações da sustentabilidade fiscal. *Em nenhum caso o núcleo essencial dos direitos fundamentais será afetado*. Parágrafo. Na interpretação deste artigo, em hipótese alguma qualquer autoridade de natureza administrativa, legislativa ou judicial poderá invocar a sustentabilidade fiscal para atentar contra direitos fundamentais, restringir seu alcance ou negar sua proteção efetiva" (grifo do texto). Esta reforma também modificou os artigos 339º e 346º acima de forma a que o Plano de Desenvolvimento Nacional e a Lei do Orçamento Geral Nacional se conformam com o princípio da sustentabilidade fiscal.

dos recursos públicos assentará em vários critérios como a sustentabilidade, a rentabilidade e a conveniência, promovendo assim a satisfação do mandato constitucional de prevalência do interesse geral sobre o individual —em termos econômicos— no marco do critério de sustentabilidade fiscal —objetivo político coletivo— que, por sua vez, deve ser harmonizado com a prioridade de respeitar o gasto público social, caracteriza a política econômica, e com a satisfação do núcleo essencial dos direitos de quem vê a execução de um decisão condicionada foi favorável a ele.

Esse condicionamento se dá pela determinada e limitada capacidade do Governo de financiar suas despesas e arrecadar receitas diante da necessidade de atingir os objetivos constitucionais de superação da desigualdade, redução da pobreza e da iniquidade com crescimento econômico estável. Os direitos implicam um custo financeiro e os recursos existentes, escassos e insuficientes, não permitem a generalização do seu gozo; Através de ações judiciais, os cidadãos obtêm o reconhecimento de que não conseguiram o contrário e que supõem um aumento da despesa — os órgãos judiciais, especialmente o Tribunal Constitucional, tornaram-se a autoridade ordenadora da despesa. Com recursos limitados, a reforma buscou garantir maior disciplina em matéria fiscal diante dos enormes gastos que as decisões judiciais geram para as finanças públicas.

Com esta medida, os gastos do Estado devem ser limitados às suas receitas não financeiras a fim de evitar excedentes futuros que devem, nos termos da Lei 1.473 de 2011, ser remetidos ao "Fundo de Poupança e Estabilidade Fiscal e Macroeconômica" cujos recursos poderão ser usados para regular o ciclo econômico ou para honrar a dívida, fazendo com que os gastos sejam reduzidos em momentos de normalidade econômica e os investimentos sejam feitos em momentos de crise.

A sustentabilidade fiscal em sentido estrito propõe o debate entre o gozo permanente dos direitos de uma pessoa ou grupo, reconhecidos judicialmente, e o direito que toda a sociedade tem de ter finanças saudáveis, além da proteção que deve ser proporcionada aos futuros gerações quanto à possibilidade de dispor de recursos suficientes para gozar de seus direitos; um debate entre direitos e fins políticos⁹ (Arango Rivadeneira, Substituição do Estado

⁹ Como Dworkin apontou, direitos são baseados em argumentos de princípio e objetivos coletivos em argumentos políticos, a diferença entre esses dois supõe que “argumentos políticos justificam uma decisão política mostrando que ela favorece ou protege algum objetivo coletivo da comunidade como um todo. O argumento a favor de subsidiar fabricantes de aeronaves, que alegam proteger a defesa nacional, é um argumento político. Argumentos de princípio justificam uma decisão política ao demonstrar que tal decisão respeita ou garante algum direito individual ou coletivo. O argumento a favor de leis anti-discriminação [...] e que sustenta que uma minoria tem direito a igual consideração e respeito, é um argumento de princípio” (1984, p. 148). Nesse sentido, os direitos seriam uma proteção dos indivíduos contra os objetivos coletivos.

Social de Direito por um Estado Fiscal, 2011: 71). No entanto, embora a questão se coloque, aparentemente, em termos dicotômicos, é preciso reconhecer que a finalidade coletiva — qualquer que seja — não pode restringir o gozo do núcleo essencial de um determinado direito institucionalizado, exceto em casos de extrema urgência, uma vez que estas “constituem normas constitutivas e reguladoras de uma democracia onde os cidadãos têm direito a igual consideração e respeito” (Arango Rivadeneira, 2012: 20).

Se for considerar que é possível limitar o gozo de um direito, reconhecido judicialmente, por razões de eficiência econômica, o indivíduo seria reificado tornando-o instrumento para a realização de um fim político coletivo, rompendo assim com o princípio de dignidade que constitui pilar fundamental em um DSU, além de transformá-lo em um Estado Fiscal de Direito¹⁰ em que prevalecem os argumentos econômicos em relação às conquistas individuais, não é possível, no âmbito do modelo estatal constitucionalmente reconhecido, dar prevalência a princípios que contenham interesses econômicos baseados em argumentos orçamentários ou econômicos sobre qualquer direito dos cidadãos (Mejía Quintana & Galindo Poblador, 2005).

É possível assinalar, nestes termos, que poderá haver uma limitação ao gozo do direito mas nunca um esvaziamento do mesmo, atentando-se em todo o caso para o respeito pelo princípio da progressividade dos direitos. Como antecipou, a Colômbia assinou vários instrumentos internacionais que comprometem o respeito à progressividade dos direitos sociais, econômicos e culturais e, portanto, exceto pelas possibilidades excepcionais que foram analisadas anteriormente, não será viável -mesmo no âmbito de incidente de sustentabilidade fiscal — adotar determinações que impliquem retrocesso no reconhecimento e gozo de direitos.

Haverá, então, um condicionamento quanto a esse critério, dado pela recusa à adoção de medidas regressivas ou destinadas a diminuir o núcleo essencial da lei, circunstância que significaria a impossibilidade de adoção de medidas que impliquem retrocessos em futuras decisões judiciais de alta -classificando corporações contra conquistas e reivindicações no reconhecimento ou gozo de direitos anteriormente conquistados. O problema será então apresentado, nessa perspectiva, diante de decisões posteriores que vão além do que é

¹⁰ Como indica Barbosa Delgado, a inclusão do critério da Sustentabilidade Fiscal na Constituição transformou a EDS num Estado Fiscal com “uma Constituição sem direitos, sem justiça, sem separação de poderes e com grave violação do pacto social” (2014, p. . 19). Suas críticas se dirigem principalmente à Resolução C-288 de 2012, através da qual o Tribunal Constitucional declarou a exigibilidade do ato legislativo que introduziu este critério.

historicamente reconhecido, uma vez que sua efetivação poderia estar condicionada pela escassez de recursos públicos¹¹.

É claro que a introdução deste incidente gera grandes desafios na interpretação da Constituição Econômica que passou a condicionar a efetividade do Estado Social de Direito ao estabelecer a possibilidade de diferir, modular ou limitar os efeitos de uma decisão judicial quando seus efeitos fiscais podem ser prejudiciais à estabilidade macroeconômica. Para o governo, e de acordo com Suescún, a reforma “foi inspirada nas crescentes obrigações de maior gasto público decorrentes de recentes decisões judiciais que impuseram grandes custos à política fiscal. Exemplos disso são as demandas das pirâmides que chegam a 42 bilhões de pesos ou as da UPAC de 32 bilhões. Ao não introduzir o princípio da sustentabilidade, essas decisões significariam: i) assumir uma trajetória de maior gasto e endividamento, criando maiores restrições fiscais e gerando insustentabilidade das finanças públicas; ou ii) reorganizar a despesa, sacrificando rubricas sensíveis como o investimento, nomeadamente o investimento em infraestruturas” (2011: 10).

Com esta alteração, no prazo de 3 dias a contar da data em que for conhecida uma decisão de um tribunal de encerramento de qualquer uma das jurisdições¹², ou uma ordem emitida posteriormente (art. 1 Lei 1.695 de 2013)¹³, o Procurador Geral da Nação ou qualquer Ministro do Gabinete —sem possibilidade de delegação a outro funcionário [(C-288 de 2012) e (C-1052 de 2012)]— poderá solicitar à corporação que emitiu a decisão a abertura de Incidente de impacto fiscal. Nisso, a Corporação Judiciária tem a obrigação de ouvir o proponente sobre as razões e o impacto econômico que a sentença poderia ter. A partir desse

¹¹ Idêntica preocupação é sentida por Rodríguez Bereijo que, ao fazer um estudo sobre o princípio da estabilidade orçamentária incorporado à Constituição espanhola, assinala que o sistema estatal gerou nos cidadãos expectativas e compromissos sociais muito amplos que “aos poucos se consolidaram como uma espécie de de “direitos adquiridos” da comunidade tornando-se premissas normativas de qualquer programa de governo. O combate ao desemprego ou à inflação, a manutenção de padrões de vida adequados, a provisão de bens e serviços públicos, pressionam e se impõem aos governos” (2014, p. 148). Circunstância que coloca em apuros o Estado, que se encontra em permanente tensão entre a capacidade econômica e a satisfação das necessidades sociais, lembrando que a solução desta questão passa por uma decisão política que depende sempre da capacidade financeira do Estado.

¹² Entender-se-á que o incidente procede a respeito das sentenças do Tribunal Constitucional, Tribunal Supremo de Justiça, Conselho de Estado e Conselho Superior da Magistratura (art. 3 Lei 1.695 de 2013). No entanto, o artigo 16 da mesma norma amplia a possibilidade de que o incidente possa ser avançado em nível departamental ou municipal quando uma dessas altas corporações condenar as entidades territoriais e, assim, ameaçar sua sustentabilidade fiscal.

¹³ No entanto, a Corte Constitucional na Sentença C-870 de 2014 indicou, a respeito da possibilidade de interposição do incidente contra os autos, que não procede contra as decisões que se adotem em matéria de tutela —porque o desenvolvimento desta matéria só procede mediante lei estatutária e a Lei 1.695 de 2013 é uma lei ordinária—, processando-se contra aqueles “pelos quais, independentemente de seu nome, os despachos judiciais são ajustados ou modificados, ou acrescentados novos, com incidência autônoma em matéria tributária”.

exercício, este poderá modular, condicionar ou diferir os efeitos da decisão, tendo em conta os argumentos propostos.

O incidente gera questionamentos diante do princípio da separação de poderes consagrado no artigo 113 da Constituição, a possibilidade de o governo e o Ministério Público instaurarem esse procedimento parece supor uma interferência indevida nas atribuições do Poder Judiciário, no entanto, poderia ser indicado, em Segundo o mesmo artigo, que a colaboração harmoniosa entre ramos e órgãos do poder público, considerando a identidade das finalidades do Estado, permite reconhecer a constitucionalidade desta medida (de la Calle, 2011). Por sua vez, de acordo com a lei que desenvolve este critério, embora seja obrigatório que os órgãos judiciais processem o Incidente de Sustentabilidade Fiscal, não é obrigatório modular, modificar ou diferir os efeitos da sentença; Tampouco é obrigatório o cumprimento ou observância, mesmo com o Plano de Conformidade específico apresentado pelo Governo Nacional, no processo, é apenas um elemento de julgamento. Caso contrário, poderia concluir-se, sem qualquer ponderação, que a independência do Poder Judiciário estaria condicionada aos interesses do Executivo e que a separação do poder público teria sido desconhecida.

O incidente pretende devolver ao Executivo o monopólio da iniciativa de gastos, ou pelo menos um controle sobre eles, que foi diminuído pela possibilidade de órgãos judiciais decretarem, via sentença, despesas que afetem as finanças, a fim de proteger um direito violado. Ficou claro como, durante a vigência da Constituição de 1991, múltiplas sentenças geram obrigações fiscais importantes.¹⁴ cobrados do orçamento público, porém, todos eles destacam o papel que o Judiciário tem assumido na proteção de direitos que, de outra forma, não teriam encontrado satisfação¹⁵.

¹⁴ Afirmou-se que “entre 2010 e 2012 os gastos com formação bruta de capital fixo passaram de 0,7% para 1,1% do PIB. Na saúde, por efeito dos custos derivados da jurisprudência e da evolução do sistema (decisões do Tribunal e dos juízes e necessidades de universalização do acesso aos serviços de saúde, unificação dos pacotes de benefícios e mudanças demográficas), o aumento dos gastos é esperado de 1,2% a 1,5% do PIB entre 2010 e 2015. Na atenção aos desprezados, os compromissos de gastos passam de 0,3% do PIB para 0,5% entre 2010 e 2013, e permanecem nesse patamar nos anos seguintes” (Técnico Interinstitucional Comitê (Banco de la República, Ministério da Fazenda, DNP), 2010, p. 40).

¹⁵ Apenas, e a título de exemplo, pode-se assinalar que os avanços mais relevantes em matéria de proteção da população desprezada, da população reclusa em estabelecimentos penitenciários e dos cuidados de saúde têm sido produzidos por mandato judicial do Tribunal Constitucional. O Tribunal em múltiplas questões, relacionadas com algumas destas matérias, tem declarado que existe um “estado de coisas inconstitucional” que obriga o Governo Nacional e múltiplas instituições públicas a adotar políticas públicas para ultrapassar tal situação. Esta corporação judiciária tem desempenhado um importante papel no cumprimento do mandato do Estado Social de Direito, em matéria de direitos sociais, o que lhe permitiu qualificá-la tanto como uma verdadeira “jurisdição social” quanto como uma “jurisdição econômica” (Molina Betancur, 2010, págs. 387 e 407). O qualificador de jurisdição social foi desenvolvido por Arango Rivadeneira (2003) aplicado à ação de tutela e o papel desempenhado, sobretudo, pelo Tribunal Constitucional quando revê sentenças e unifica jurisprudência.

Contemplar a possibilidade de o Executivo e o Procurador-Geral da República requererem a instauração do incidente de sustentabilidade fiscal em face de decisão do Poder Judiciário não põe fim ao princípio da separação do poder público —elemento definidor do modelo ESD—; Embora seja claro que cada um deles exerce funções autônomas e independentes, é pertinente considerar que a colaboração harmônica e o controle recíproco e interorgânico não anulam a autonomia e a independência (C-971 de 2004) seguindo a linha de um modelo flexível de distribuição das diferentes funções do Estado em harmonia com o princípio de freios e contrapesos assumido constitucionalmente. A inexistência de poderes absolutos ou abrangentes na ESD legitima a possibilidade de, para o caso concreto, os competentes terem de requerer a abertura do incidente sem que isso implique um sacrifício deste princípio.

Os desafios que este incidente coloca à Constituição Económica devem ser analisados face aos princípios constitutivos da Economia Social de Mercado de estabilidade monetária e constância e confiança na política económica. É claro que os direitos sociais desempenham um papel importante no Estado Social de Direito, sua efetivação justifica, entre outros, a prioridade que se prega constitucionalmente quanto ao gasto público social. A esta prioridade, porém, junta-se a obrigação que corresponde ao Estado de manter o poder de compra da moeda, que é diminuído pelo aumento da despesa pública, que não encontra respaldo nos rendimentos da nação, ao que associa o défice a um aumento da dívida e aumento da inflação.

Todas essas variáveis afetam a estabilidade macroeconômica e exigem a intervenção do Estado na economia, a sustentabilidade fiscal é uma dessas medidas, que apesar de sua pretensão encontra claras restrições dadas pela progressividade dos direitos sociais e a impossibilidade de afetar seu núcleo essencial. A sustentabilidade e o crescimento de longo prazo, objetivos da sustentabilidade fiscal (Grupo Macroeconomía Banco de la República, 2006: 61), podem ser afetados pelo aumento insustentável do gasto, gerado por gastos extremamente altos ordenados por decisões judiciais. Para garantir o equilíbrio macroeconômico, a redução das oscilações do ciclo econômico exige que o poder público se comprometa com o alcance de objetivos de política econômica com baixas taxas de inflação que favoreçam esse ciclo e mantenham o poder de compra da população do grosso da população. Se isso não acontecer, haverá desemprego, aumento da inflação e afetações em setores estratégicos da economia, como o financeiro, condicionando o acesso ao crédito e limitando os planos de consumo e investimento (Ramírez Plazas, 2012: 152).

No entanto, é claro entender que não é possível condicionar a satisfação dos objetivos do DSU a questões orçamentárias, pois o contrário significaria pensar no condicionamento dessa forma de Estado em função dos recursos disponíveis. A principal crítica a esse critério aponta para o fato de ele condicionar a efetividade do DSU às políticas orçamentárias: se não houver recursos suficientes, o gozo dos direitos não poderá ser concretizado.

Por isso, mesmo com a reforma do artigo 334 da Constituição, é possível indicar, a) o gasto público social passa a ser prioritário, b) a sustentabilidade fiscal não pode condicionar o gozo ou o reconhecimento de um direito fundamental, c) deve ser progressivamente assegurado aos cidadãos o acesso a bens e serviços que garantam uma vida digna (Archila, 2013: 03), d) não são possíveis, em princípio, medidas regressivas em matéria de direitos sociais, e) no quadro do incidente de sustentabilidade fiscal que é não É imperativo concordar com o pedido de modular, condicionar ou diferir os efeitos da decisão, apresentado pelo Ministério Público ou pelo Ministro do ramo, f) a autonomia do Poder Judiciário não é cerceada por ser um espaço de diálogo entre os Tribunais Superiores e a Administração (C-584 de 2014); g) embora a situação fiscal deva ser considerada, no momento da prolação da sentença, não constituirá um dogma a que esteja condicionada a materialização dos direitos no âmbito de um DSU, h) num quadro de escassez de recursos, a concepção de igualdade material que norteia a EDS gera a obrigatoriedade de proteção especial à população mais fragilizada na gestão e distribuição de recursos, por isso o gasto público social é prioritário, portanto, i) a sustentabilidade fiscal está subordinada ao alcance do fins do Estado que lhe são próprios (bem-estar geral e melhoria da qualidade de vida dos habitantes, visível na solução das necessidades básicas não satisfeitas em matéria de saúde, educação, saneamento básico e água potável – art. 366 C.P. –); j) O critério em causa constitui uma das condições que regem a intervenção do Estado na economia, vinculada às indicadas nos artigos 350.º e 366.º do C.P.; j) a sustentabilidade fiscal não é um fim constitucional em si, mas uma ferramenta para atingir os objetivos do Estado (C-288 de 2012) e; k) Quando os órgãos superiores judiciais proferirem uma sentença, não terão a obrigação de propor uma análise detalhada das implicações fiscais da mesma, pois isso ultrapassaria o âmbito das suas competências.

Essas conclusões devem ser reforçadas com a precisão de que, em matéria judicial, diante das conquistas alcançadas, não será possível retroceder, mas diante de reconhecimentos ou desdobramentos posteriores que busquem ampliar o alcance ou a garantia de um direito pela jurisprudência se haverá condição dada pelo critério de sustentabilidade fiscal que deve ser considerada por todos os órgãos do Estado.

É possível chegar a essa conclusão a partir da combinação de três pressupostos, sendo que o primeiro encontra referência no Ato Legislativo, e aponta para a impossibilidade de afetar o núcleo essencial dos direitos fundamentais; a segunda, encontra referência na farta jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre a impossibilidade de adoção de medidas regressivas, salvo algumas exceções que passam pela fiscalização da constitucionalidade, em matéria de direitos; e o restante teria como respaldo a necessidade de atender ao critério de sustentabilidade fiscal em sentenças dos altos órgãos judiciais que tenham algum impacto fiscal, sem que esse critério necessariamente nos impeça de continuar adotando medidas progressistas em termos de direitos, não apenas fundamentais, mas também vários.

No entanto, deve-se ter em conta que o incidente de impacto fiscal tem efeitos a nível territorial porque para evitar alterações na sustentabilidade fiscal das entidades territoriais, o juiz no momento de proferir uma sentença que condene um município ou departamento, deve ter em conta a capacidade fiscal da entidade territorial para dar cumprimento ao despacho. Para o efeito, e de acordo com as condições do artigo 15.º desta lei aplicáveis, qualquer das mais altas instâncias judiciais pode, em qualquer fase do processo, requerer ao representante legal da entidade territorial vinculada no processo, a emissão de conceito sobre os efeitos de uma eventual condenação nas finanças públicas.

2. Critério de sustentabilidade fiscal e princípio + constitucional da estabilidade orçamentária na Espanha

Embora se tenha mencionado expressamente no título desta parte que a análise se enquadraria no caso colombiano, vale a pena rever o princípio da estabilidade orçamentária na Espanha, levando em consideração que, embora pareçam idênticos, há claras diferenças entre eles. No caso espanhol, o artigo 135º da Constituição espanhola e, a nível europeu, o Tratado de Estabilidade, Coordenação e Governança na União Económica e Monetária (TECG) - de 2 de março de 2012 e ratificado por autorização concedida pela Lei Orgânica 3/2012, de 25 de julho – que está intimamente relacionado com o Tratado Constitutivo do Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEDE)¹⁶ — de 2 de fevereiro de 2012— fornecem a estrutura para abordar o estudo do referido princípio.

¹⁶ O objetivo deste Mecanismo, nos termos do artigo 3.º, será “mobilizar fundos e prestar apoio de estabilidade, em estrita condicionalidade, adaptado ao instrumento de assistência financeira escolhido, aos membros do MEE que enfrentem ou corram o risco de enfrentar graves problemas de financiamento, quando tal é essencial para salvaguardar a estabilidade financeira da área do euro no seu conjunto e dos seus Estados-Membros.

O Tratado de Estabilidade tem por função, nos termos do seu artigo 1.º, "reforçar o pilar econômico da União Económica e Monetária através da adopção de um conjunto de regras destinadas a promover a disciplina orçamental através de um pacto orçamental, através do reforço da coordenação das suas políticas económicas e melhorar a governação da zona do euro, apoiando assim a consecução dos objetivos da União Europeia em termos de crescimento sustentável, emprego, competitividade e coesão social". Este tratado promove a disciplina orçamental e, entre outras coisas, obriga os Estados contratantes a informarem sobre os planos de emissão de dívida pública, para além de "apresentar um programa de associação económica e orçamental para os Estados em processo de défice excessivo" (Exposição de Fundamentos da Lei Orgânica 3 /2012), numa clara manifestação do sistema evolutivo que se enquadra na Constituição e no Direito da União Europeia que tem sofrido modificações substanciais para se ajustar às finalidades e finalidades comunitárias que, nos termos do regime jurídico das funções públicas os gastos se traduzem numa política económica supranacional (STC 171/2004, de 23 de Outubro).

O tratado pretende avançar para uma zona económica mais forte que assenta em três pilares essenciais, a) um pacto orçamental que promova a disciplina orçamental e obrigue os Estados a registar saldos ou excedentes nas suas contas públicas, obrigando-os a adotar mecanismos corretivos, automaticamente, não em caso de desvios significativos¹⁷, b) coordenação das políticas económicas (art. 11º), e c) melhor governação económica¹⁸. Estas disposições são adotadas devido à forte relação intereconómica entre os dois países da zona do euro em que os graves riscos de instabilidade financeira criam graves problemas para a estabilidade financeira da zona do euro como um todo.

Em sintonia com estes instrumentos internacionais, Espanha – depois da Alemanha, que o tinha feito em 2009, e da Suíça (que embora não fizesse parte da UE, introduziu uma disposição a este respeito) em 2001 (Bar Cendón, 2012: 62) . — modificou o conteúdo do artigo 135 de sua Constituição¹⁹ e aprovou a Lei Orgânica 2/2012, de 27 de abril, sobre Estabilidade

¹⁷ Nos termos do n.º 1 do artigo 3.º e do artigo 4.º do Tratado, os Estados contratantes devem registar um saldo ou um excedente nas suas contas públicas que será cumprido caso o saldo estrutural anual atinja o objetivo de médio prazo (OMP) com um máximo inferior limite de 0,5% do PIB a preços de mercado (aumentado a 1% se a avaliação da dívida pública for inferior a 60% e os riscos da sua sustentabilidade forem reduzidos). Neste sentido, não é possível haver um défice superior a 3% do PIB para nenhum dos Estados-Membros.

¹⁸ A gerada a obrigação de realizar pelo menos duas cimeiras do Euro por ano.

¹⁹ No entanto, a constitucionalização do princípio da estabilidade orçamental era nova sem que o próprio princípio fosse novo, desde o Legislativo RD 2/2007, de 28 de dezembro, que aprovou o Texto Consolidado da Lei Geral da Estabilidade Orçamental, já era uma realidade no regulamento espanhol.

Orçamental e Sustentabilidade Financeira²⁰, que "aumenta o controle do Estado sobre a capacidade de gasto e endividamento das demais administrações públicas (fundamentalmente sobre as Comunidades Autónomas)" (Sala Sánchez, 2014: 37), além de estabelecer o princípio da limitação do défice estrutural²¹ e dívida pública²² que obriga as empresas locais a manterem uma situação de equilíbrio ou um excedente orçamental, obrigando o Estado e as comunidades autónomas a obter autorização judicial prévia à emissão de dívida pública ou endividamento.

Estas disposições, e as reformas que elas geraram para os países que fazem parte da União Européia, encontram seu fundamento em um claro objetivo de coordenação porque, como adverte Bárcena, é claro que em uma área "onde existe uma moeda única e uma política cambial controlada por uma única instituição, o fato de a política fiscal ser gerida discricionariamente pelos governos nacionais pode facilitar a instauração de déficit nos países, déficit cujas consequências seriam distribuídas negativamente entre todos os países membros que compartilham a zona do euro, como hoje estamos a ter oportunidade de verificar" (2013: 146). A necessidade então de adotar essa série de medidas, apesar das reações que poderia gerar, era consistente.

Como no caso colombiano, a incorporação deste mandato gera fortes debates sobre o desmantelamento do Estado Social de Direito e que parecem encontrar confirmação na Declaração de Motivos da modificação do artigo 135 constitucional que afirma que "a estabilidade orçamentária adquire um verdadeiro valor estrutural e determinante da capacidade de actuação do Estado, da manutenção e desenvolvimento do Estado Social proclamado no n.º

²⁰ Várias disposições desta lei foram acusadas de inconstitucionais perante o Tribunal Constitucional pelo Governo das Canárias, considerando que houve uma violação da lei orgânica por referência a outros regulamentos ou decisões, além de violar a autonomia financeira, a lealdade institucional, o princípio da segurança jurídica e interdição da arbitrariedade ao restringir a autonomia orçamental e fiscal às comunidades autónomas. No entanto, a ação foi vencida e o Acórdão 215/2014, de 18 de dezembro, dá conta disso, nele o Tribunal indicou a partir da competência que o Estado tem em matéria de estabilidade orçamental e de acordo com os artigos 149.1 incisos 11 (fundamentos da gestão do crédito), 13 (bases e coordenação do planeamento geral da actividade económica), 14 (tesouro geral e dívida do Estado) e 18 (bases do regime jurídico das Administrações Públicas) que constituem autorizações ao Estado para "adotar as necessárias medidas de cumprimento dos mandatos da União Europeia, com vista à redução do défice público e à consecução da estabilidade económica e da recuperação gradual do equilíbrio orçamental [...]". Uma análise interessante dessa decisão pode ser encontrada em Orón Moratal (2015).

²¹ "Definido como o défice ajustado ao ciclo, líquido de medidas excepcionais e temporárias. No entanto, no caso de reformas estruturais com efeitos orçamentais de longo prazo, de acordo com os regulamentos europeus, um défice estrutural de 0,4 por cento do Produto Interno Bruto nacional expresso em termos nominais, ou do estabelecido nos regulamentos europeus quando este for inferior" (nº 2 art. 11). No entanto, em caso de catástrofes naturais, recessão económica grave ou situações extraordinárias de emergência cujo controlo fuja às administrações públicas e ameacem a sua situação orçamental e financeira, pode incorrer em défice, desde que não ameace a sustentabilidade orçamental a médio prazo.

²² Para as Comunidades Autónomas, o limite da dívida pública não pode ultrapassar os 13%, para a administração central não pode ultrapassar os 44% e para o conjunto das empresas locais não pode ultrapassar os 3%. Somado a isso, a dívida pública não pode ultrapassar 60% do PIB nacional (art. 13).

1 do artigo 1.º da própria Lei Fundamental e, em última instância, da prosperidade presente e futura dos cidadãos. Valor, então, que justifica a sua consagração constitucional, com o efeito de limitar e orientar, com o mais alto grau normativo, a atuação dos poderes públicos.

Como assinalam Sala (2014: 37-38) e Bárcena (2013: 24-25), esta modificação não implica o dismantelamento da componente social do Estado na medida em que economias não financeirizadas possam gerar crescimento econômico, que é o que permite a criação de emprego e recursos necessários às políticas sociais, nem determina qualquer prioridade ou adiamento ao nível da despesa social, muito menos admite condicionamentos às necessidades que esta forma particular de Estado exige em termos de investimento. Para outros autores como Rey Pérez (2011: 241), a adoção desta medida —objetivo de todo bom governante— supõe o pressuposto constitucional de políticas neoliberais que atentam contra o Estado Social de Direito ao não estabelecer um gasto mínimo para satisfazer as demandas sociais e impedir o aumento do nível de endividamento sem especificar se este está condicionado ao investimento produtivo ou à despesa corrente. É claro entender que a componente social do Estado pode levar à existência de défices fiscais estruturais que, no entanto, não podem ser excessivos porque poriam em causa a própria estabilidade do modelo.

Por último, e tendo em conta a necessidade de fazer uma interpretação harmoniosa das disposições comunitárias, é possível referir que o princípio da estabilidade orçamental visa concretizar os objetivos de “crescimento sustentável, emprego, competitividade e coesão social” (art.º 1.º do TCEG), que deve ser integrado com o disposto no Tratado de Lisboa de 13 de dezembro de 2007 —que altera o Tratado da União Europeia e o Tratado Constitutivo da União Europeia— nos seus artigos 2.º e 3.º n.º 3, e do Funcionamento da União Europeia, consolidados no referido Tratado de Lisboa, nos seus artigos 9.º, 14.º e 126.º, permitem concluir que o referido princípio não limita os pressupostos básicos do Estado social, mas antes destaca a necessidade de otimizar os recursos públicos necessários para a "garantia de uma protecção social adequada, com o combate à exclusão social e com um elevado nível de educação, formação e protecção da Saúde humana".

Conclusões

A diversidade de princípios, valores e normas de conteúdo econômico harmonizam-se claramente com um sistema de Economia Social de Mercado em que o reconhecimento do mercado como instituição indispensável desempenha um papel fundamental mas a intervenção

geral do Estado na economia se estabelece como uma premissa essencial da ação do Estado. Considera-se então que este mandato permitirá corrigir falhas, promover um desenvolvimento econômico equitativo e garantir a supremacia do bem comum. Entende-se que a proteção do mercado é relevante, mas não é o único objetivo a ser perseguido. Assim, fingir que funcionará de acordo com suas próprias regras não corresponde ao modelo de Estado nem aos objetivos que persegue. Um Estado abstencionista em matéria econômica não se concilia com um Estado Social de Direito, pelo contrário, este será amplamente integrado na vida socioeconômica de modo a materializar a teleologia constitucional.

O sistema da Economia Social de Mercado parte do reconhecimento do mercado como a instituição mais eficiente para permitir o processo de troca e redistribuição da riqueza, porém, consciente de que, sem limites ou regulamentação clara, não poderá garantir que este processo ocorre em condições de equidade, sacrificando os princípios do Estado Social de Direito. Por isso, são necessárias regras claras de intervenção com dois perfis: um como garantia e outro como corretor. A primeira delas reconhece a necessidade de proteger e promover as liberdades econômicas necessárias ao funcionamento de um sistema de mercado (propriedade privada, livre iniciativa privada, livre concorrência) e as demais acentuam o papel do mercado como instrumento que permite alcançar o bem-estar social ser e indivíduo por meio de princípios como igualdade, dignidade, solidariedade e justiça social, exigindo a adoção de um marco regulatório que reprima e sancione comportamentos que restrinjam ou prejudiquem as liberdades econômicas que articulam o sistema constitucional econômico. Reconhece-se então que o mercado sem intervenção ou regulação pode garantir crescimento econômico e eficiência, mas não necessariamente equidade.

O critério de estabilidade orçamentária no caso colombiano não tem caráter de princípio —com consequências normativas obrigatórias—, mas sim de critério —ferramenta orientador de menor valor normativo.

A adoção do critério não surge como uma ferramenta macroeconômica típica de um processo de integração consolidado, ao contrário do caso espanhol. Responde à intenção de devolver ao Executivo o monopólio da iniciativa de gastos que vem sendo diminuído pela jurisprudência dos tribunais superiores.

Surge como ferramenta necessária para que os Estados mantenham uma disciplina econômica que evite o déficit fiscal e não coloque em risco as finanças públicas, obrigando o governo central e as autoridades territoriais a seguirem a regra fiscal no planejamento de seus orçamentos.

No caso colombiano, com base neste critério, foi incluído o Incidente de Impacto Fiscal, que permite ao Ministério Público e ao Ministro da Fazenda iniciar este processo quando a decisão de um dos Tribunais Supremos (Constitucional, Tribunal Supremo e Conselho de Estado) afeta ou ameaça afetar a sustentabilidade fiscal. Esta circunstância é inexistente no ordenamento jurídico espanhol.

No caso espanhol, surge como necessidade de responder às exigências da União Europeia no sentido de garantir a estabilidade orçamental de todos os países que a integram devido à interdependência econômica.

O critério da sustentabilidade fiscal surge como uma necessidade para evitar elevados déficits fiscais que possam comprometer a garantia e satisfação dos direitos das gerações futuras. No entanto, isso não obriga as autoridades territoriais a solicitar autorização ao Governo Central em caso de endividamento ou emissão de dívida pública, ao contrário do caso espanhol.

Esse critério não pode violar a prioridade constitucional do gasto público nem prejudicar a progressividade dos direitos.

Na União Europeia surge como uma disposição que visa garantir que todos os países que a compõem mantenham as suas finanças públicas sãs e a coordenação das suas políticas orçamentais. Quem não cumprir o objetivo fiscal proposto (déficit menor que 3% e dívida pública maior que 60% do PIB) poderá receber sanções, circunstância que não se aplica ao caso colombiano.

Referências

ARANGO RIVADENEIRA, R. Sustitución del estado social de derecho por un Estado fiscal. *Revista Zero Universidad Externado de Colombia*, 27(13), 2011, p. 70-72.

ARANGO RIVADENEIRA, R. Derechos y fines políticos. *Revista Jurídicas*, 9(1), jan./jun., 2012, p. 13-31.

ARANGO RIVADENEIRA, R. La jurisdicción social de la tutela. In: C. M. Molina Betancur, *Corte Constitucional 10 años. Balances y perspectivas*. Bogotá: Universidad del Rosario, 2003, p. 107-128.

ARCHILA, E. J. El dilema de la sostenibilidad fiscal. *Contexto*, 40, jul./dez., 2013, p. 3-4.

BAR CENDÓN, A. La reforma constitucional y la gobernanza económica de la Unión Europea. *Teoría y Realidad Constitucional*, 30, 2012, p. 59-88.

BÁRCENA, J. La reforma constitucional y la nueva gobernanza de la Unión Europea. *Estudios de Deusto*, 61(2), jul./dez., 2013, p. 135-171.

BINDER, K.; DÜRR, E. La Economía Social de Mercado. In: C. Botero Marino, & G. M. (Coord.), *Economía Social de Mercado y Tratados de Libre Comercio en Colombia. Análisis y propuestas sobre el impacto del TLC en la pobreza, los derechos laborales y la pequeña y mediana industria*. Bogotá: Fundación Social-Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2004, p. 57-66.

BOTERO RESTREPO, C. *El Derecho antitrust o de la libre competencias en los Estados Unidos*. Medellín: Librería Seña Editora, 2002.

DE LA CALLE LOMBANA, H. Reflexiones sobre la sostenibilidad fiscal. *La sostenibilidad fiscal como principio constitucional*. Bogotá: Fedesarrollo- Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 19-20. Acceso em: 13 set. 2016.

ERNSTE, D. H. Economía social de mercado desde una perspectiva ordoliberal. In: A. Muller-Armack, L. Erhard, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Kloten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado*. La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006/2011, p. 53-70.

EUCKEN, W. El problema político de la ordenación. In: W. Eucken, A. Müller-Armack; H. Von Stackelberg; W. Röpke; F. Machlup; F. A. Lutz, *La economía de mercado*. Tradução por J. Cerezo, v. 1. Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, 1963/1948, p. 25-80.

GRUPO MACROECONOMÍA BANCO DE LA REPÚBLICA. *La economía colombiana: situación actual frente a los noventa y sus perspectivas*, dez., 2006. Disponível em: <http://www.banrep.gov.co/docum/ftp/borra429.pdf>.

HASSE, R. H., Schneider; WEIGELT, K. Diccionario Economía Social de Mercado. *Política económica de la A a la Z*. Ciudad de México: Fundación Konrad Adenauer, 2004.

MARKTANNER, M. The social market economy - Conception and misconceptions. In: *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía social de mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia*. La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2011, p. 235-257.

MOLINA BETANCUR, C. M. Protección de derechos sociales y economía. *Revista de la Maestría en Derecho Económico*, 6(6), jan./dez., 2010, p. 387-424.

MEJÍA QUINTANA, O.; GALINDO POBLADOR, C. La tercera Corte Constitucional. Tensiones y desplazamientos. El giro de la jurisprudencia social a la neoliberal en la Constitución del 91 en J. Estrada, *Intelectuales, Tecnócratas y Reformas Neoliberales en América Latina*. Bogotá: Universidad Nacional, 2005, p. 383-406.

MÜLLER-ARMACK, A. Las ordenaciones económicas desde el punto de vista social. En W. Eucken, A. Muller-Armack, H. von Stackleberg, W. Röpke, F. Machlup, & L. Friedrich, *La economía de mercado*. Tradução por J. Cerezo. Madrid: Sociedad de estudios y publicaciones, v. 1, 1963/1948, p. 81-147.

ORÓN MORATAL, G. Sobre la constitucionalidad de la Ley Orgánica de estabilidad presupuestaria y la ausencia de valoración del art. 153 C.E. *FORO. Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva Época*, 18(1), 2015, p. 395-407.

PÉREZ GONZÁLEZ-RUBIO, J. Ponencia para Segundo Debate. "Régimen económico, libre empresa e intervención del Estado". *Gaceta Constitucional*, Bogotá, 1991

PERLOFF, J. *Microeconomía*. Madrid: Pearson Addison Wesley, 2004.

RADKE, D. *Economía Social de Mercado ¿una opción para los países en transición y en desarrollo?* Buenos Aires: Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo Latinoamericano, 1995.

RÖPKE, W. *La teoría de la Economía*. Madrid: Unión Editorial.

RAMÍREZ PLAZAS, J. (2012). Sostenibilidad Fiscal en Colombia. *Revista Piélagus Universidad Surcolombiana*, 11(11), 1989/1966, p. 149-165.

REY PÉREZ, J. L. La reforma del artículo 135: una alteración del Título Preliminar (Estado Social) por la puerta de atrás. *Revista jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid* (24), 2011, p. 231-245.

SÁCHICA, L. C. Título XII Del Régimen económico y de la Hacienda pública. In: L. C. Sáchica, & J. Vidal Perdomo, *Aproximación crítica a la Constitución de 1991*. Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá, 1991, p. 147-160.

SALA SÁNCHEZ, P. La garantía constitucional de los derechos económicos y sociales y su efectividad en situaciones de crisis económica. *Revista española de control externo*, 16(46), 2014, p. 11-121.

SÁNCHEZ TORRES, C. A. *Constitución Económica*. Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura, 1ª ed., 2007.

SUESCÚN, R. La sostenibilidad fiscal como pilar de la estabilidad macroeconómica. (F. -K. Stiftung, Ed.) *Debates de coyuntura económica y social*, 86, maio, 2011, p. 9-14.

TORRES AVILA, J. *El mandato del Estado social de derecho en la Constitución colombiana: los derechos sociales y el mínimo vital*. Bogotá: Universidad Santo Tomás, 1ª ed., 2012.

Jurisprudência

C-1052 de 2012 (Corte Constitucional).

C-288 de 2012 (Corte Constitucional).

C-584 de 2014 (Corte Constitucional).

C-713 de 1998 (Corte Constitucional).

C-971 de 2004 (Corte Constitucional).

STC 171/2004, de 23 de outubro.

Como citar este artigo:

ALARCÓN PEÑA, Andrea. Sustentabilidade fiscal e Estado Social de Direito. **Revista Culturas Jurídicas**, *Ahead of Print*, Vol. 10, 2023. Disponível em: <https://periodicos.uff.br/culturasjuridicas/>.