

AS INCONSTITUCIONALIDADES DO “NOVO REGIME FISCAL” INSTITUÍDO PELA PEC Nº 55, DE 2016 (PEC Nº 241, DE 2016, NA CÂMARA DOS DEPUTADOS)

Ronaldo Jorge Araujo Vieira Junior¹

APRESENTAÇÃO

O presente artigo objetiva analisar o “Novo Regime Fiscal” que se pretende instituir no país, por intermédio da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados), *que altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências*, sob o enfoque jurídico-constitucional.

Esse enfoque consiste no juízo de admissibilidade da PEC. Em outras palavras, busca-se aferir se ela viola as cláusulas imodificáveis elencadas pelo § 4º do art. 60 da Constituição Federal (CF). Como o âmbito de abrangência da PEC é a União, não há aferição de violação ao pacto federativo (inciso I). Serão analisadas as violações ao voto direto, secreto, universal e periódico (inciso II), à separação de Poderes (inciso III) e aos direitos e garantias individuais (inciso IV), à medida que surjam no texto da PEC.

Entendemos por bem conferir destaque no texto às espécies de direitos e garantias individuais violadas pela PEC nº 55, de 2016. Assim, as violações ao princípio da razoabilidade, da segurança jurídica, da intranscendência da pena em sua dimensão institucional, e da vedação ao retrocesso social serão tratadas em itens específicos e não em um item genérico que englobe violações aos direitos e garantias individuais.

O texto que será analisado é o texto aprovado pela Câmara dos Deputados, encaminhado ao Senado Federal em 26 de outubro de 2016. Priorizaremos, na análise, os dispositivos considerados essenciais à conformação do “Novo Regime Fiscal”.

¹ Consultor Legislativo do Senado Federal na área do Direito Constitucional, Administrativo, Eleitoral e Partidário. Mestre em Direito e Estado pela Universidade de Brasília (UnB). Ex-Consultor-Geral da União da Advocacia-Geral da União (2007-2010).

INTRODUÇÃO

Há muito tempo consolidou-se no Brasil, tanto no campo doutrinário como no campo jurisprudencial, o entendimento de que é possível analisar a constitucionalidade das emendas constitucionais.

Assim, mesmo que tenham sido obedecidas formalmente todas as graves exigências do texto constitucional no que concerne à apresentação, tramitação e aprovação de emendas constitucionais, o que abarca a verificação de adimplemento dos requisitos formais e circunstanciais de constitucionalidade, a emenda constitucional aprovada pode, ainda assim, ser submetida por um dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, incisos de I a IX, da CF) ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão que ostenta em nosso ordenamento o *status* de guardião da Constituição, em sede de controle concentrado de constitucionalidade das normas (*caput* do art. 102 da CF).

Nessa modalidade de controle de constitucionalidade, a norma, no caso, a emenda constitucional aprovada pelas Casas do Congresso Nacional, será submetida à verificação de sua compatibilidade vertical com o texto constitucional.

Caso essa emenda constitucional viole alguma das cláusulas imodificáveis de nossa Constituição, elencadas nos quatro incisos do § 4º de seu art. 60, será considerada inconstitucional.

Admite-se, pois, o controle de constitucionalidade de emendas constitucionais, decorrentes da atuação do Poder constituinte derivado. Em outras palavras, é possível verificar se as emendas constitucionais afrontam cláusulas pétreas, explícitas ou implícitas, previstas no texto constitucional originário.

O caso determinante para a fixação da orientação jurisprudencial do STF (o chamado *leading case*, para o direito anglo-saxão) quanto à possibilidade de controle concentrado de emendas constitucionais, já sob a égide da Constituição Federal de 1988, foi a apreciação da instituição do Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira – IPMF, pela Emenda Constitucional (EC) nº 3, de 17 de março de 1993, em sede do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 939, ocorrido em 15 de dezembro de 1993, relator o Ministro Sydney Sanches. Eis a parte da ementa do referido acórdão que nos interessa neste momento:

EMENTA: 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua é de guarda da Constituição (art. 102, I, "a", da C.F.). (...) (grifamos)

Registre-se, por oportuno que a alegação de inconstitucionalidade material por violação a cláusulas pétreas tem sido apreciada com cautela pelo STF.

E quais são essas cláusulas tornadas infensas ao poder de reforma da Constituição pelo constituinte originário?

Vejamos o que expressamente estabelece o art. 60, § 4º, da CF:

Art. 60.

.....

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I – a forma federativa de Estado;

II – o voto direto, secreto, universal e periódico;

III – a separação dos Poderes;

IV – os direitos e garantias individuais.

.....(grifamos)

O controle de constitucionalidade de emenda constitucional, que ocorre após a conclusão do respectivo processo legislativo, não é a única possibilidade de controle em sede de reforma do texto constitucional.

A mais abalizada interpretação do texto constitucional extrai da norma contida na cabeça do § 4º do art. 60 da CF a conclusão de que a própria proposta de emenda à Constituição pode ser alvejada quando for constatada tendência de ser abolida uma das cláusulas pétreas acima reproduzidas.

Nesse contexto, não é necessário que o processo legislativo se exaure. Basta que um parlamentar, deputado federal ou senador, no exercício de direito subjetivo de não ser obrigado a deliberar sobre proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir cláusulas pétreas, impetre mandado de segurança perante o Supremo Tribunal Federal (STF).

Importa trazer ao debate o caso determinante para a fixação dessa orientação jurisprudencial do STF.

Trata-se do Mandado de Segurança (MS) nº 20.257, julgado pelo Plenário do STF em 8 de outubro de 1980, tendo como Relator o Ministro Décio Miranda. Eis a ementa do mencionado acórdão:

MANDADO DE SEGURANÇA CONTRA ATO DA MESA DO CONGRESSO QUE ADMITIU A DELIBERAÇÃO DE PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL QUE A IMPETRAÇÃO ALEGA SER TENDENTE A ABOLIÇÃO DA REPUBLICA. CABIMENTO DO MANDADO DE SEGURANÇA EM HIPÓTESES EM QUE A VEDAÇÃO CONSTITUCIONAL SE DIRIGE AO PRÓPRIO PROCESSAMENTO DA LEI OU DA EMENDA, VEDANDO A SUA APRESENTAÇÃO (COMO É O CASO PREVISTO NO PARAGRAFO ÚNICO DO ARTIGO 57) OU A SUA DELIBERAÇÃO (COMO NA ESPÉCIE). NESSOS CASOS, A INCONSTITUCIONALIDADE DIZ RESPEITO AO PRÓPRIO ANDAMENTO DO PROCESSO LEGISLATIVO, E ISSO PORQUE A CONSTITUIÇÃO NÃO QUER – EM FACE DA GRAVIDADE DESSAS DELIBERAÇÕES, SE CONSUMADAS – QUE SEQUER SE CHEGUE A DELIBERAÇÃO, PROIBINDO-A TAXATIVAMENTE. A INCONSTITUCIONALIDADE, SE OCORRENTE, JÁ EXISTE ANTES DE O PROJETO OU DE A PROPOSTA SE TRANSFORMAR EM LEI OU EM EMENDA CONSTITUCIONAL, PORQUE O PRÓPRIO PROCESSAMENTO JÁ DESRESPEITA, FRONTALMENTE, A CONSTITUIÇÃO. INEXISTÊNCIA, NO CASO, DA PRETENDIDA INCONSTITUCIONALIDADE, UMA VEZ QUE A PRORROGAÇÃO DE MANDATO DE DOIS PARA QUATRO ANOS, TENDO EM VISTA A CONVENIENCIA DA COINCIDENCIA DE MANDATOS NOS VARIOS NIVEIS DA FEDERAÇÃO, NÃO IMPLICA INTRODUÇÃO DO PRINCÍPIO DE QUE OS MANDATOS NÃO MAIS SÃO TEMPORARIOS, NEM ENVOLVE, INDIRETAMENTE, SUA ADOÇÃO DE FATO. MANDADO DE SEGURANÇA INDEFERIDO.

Essa orientação jurisprudencial, anterior à promulgação da Constituição Federal de 1988, foi preservada após sua promulgação, como se pode depreender, por todos, do que ficou assentado no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 466, em 3 de abril de 1991, relator o Ministro Celso de Mello e no julgamento do MS nº 24.138, em 28 de novembro de 2002, Relator o Ministro Gilmar Mendes.

A Corte Suprema, órgão que, como já vimos, ocupa o ápice do sistema de controle de constitucionalidade das normas, decidirá, então, à luz do que contém a proposição legislativa analisada, se se encontram presentes os fundamentos para que sua tramitação seja interrompida ainda no âmbito do Congresso Nacional.

Trata-se, sem dúvida, de medida extrema, uma das mais extremas, diríamos, no que concerne ao sistema de freios e contrapesos existente em nosso ordenamento constitucional, mas ela existe e, constatada a incidência de seus requisitos constitucionais, há de ser avaliada pela Suprema Corte.

Perceba-se que o texto constitucional não exige a abolição direta, frontal e desabrida das cláusulas imodificáveis. A mitigação subliminar, dissimulada, indireta,

também é objeto dessa espécie de controle de constitucionalidade da feitura de normas constitucionais.

O texto do § 4º do art. 60 prevê, apenas, que a proposta de emenda à Constituição tenda a abolir uma de suas cláusulas pétreas.

Em clássica formulação sobre o tema, José Afonso da Silva² asseverou:

É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação..., ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...”. **A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outro direito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.** (grifamos)

Poder-se-á sempre ponderar no sentido de que o STF não vem exercendo, historicamente, esse poder constitucional extremo de interromper o processo legislativo das propostas de emenda à Constituição, valendo-se, para tanto, do argumento de que cabe ao Congresso Nacional o exercício da prerrogativa precípua de elaboração das normas.

Nessas circunstâncias, diz o STF, mais prudente seria aguardar a conclusão do processo legislativo e aguardar a eventual provocação por um dos legitimados em sede de ação direta de inconstitucionalidade para decidir, não mais sobre a constitucionalidade da proposta de emenda à Constituição, mas, sim, sobre a própria emenda constitucional já aprovada.

Foi isso que aconteceu no julgamento do Mandado de Segurança (MS) nº 34.448, impetrado pela Deputada Federal Jandira Feghali e outros deputados federais do Partido Comunista do Brasil (PCdoB) e do Partido dos Trabalhadores (PT), especificamente sobre a PEC examinada neste trabalho, conhecida vulgarmente como a “PEC do teto dos gastos públicos”.

Em juízo monocrático, o relator da matéria, Ministro Luís Roberto Barroso, em decisão proferida em 10 de outubro de 2016, indeferiu a cautelar pleiteada. A matéria foi assim ementada:

² In: *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 69.

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL. NOVO REGIME FISCAL. PEDIDO DE SUSTAÇÃO DA TRAMITAÇÃO, POR VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA PÉTREA.

1. O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais tem caráter excepcional e exige inequívoca afronta a alguma cláusula pétrea da Constituição. **Mais excepcional ainda é o controle preventivo de constitucionalidade, visando a impedir a própria tramitação de proposta de emenda constitucional.**

2. O Congresso Nacional, funcionando como poder constituinte reformador, é a instância própria para os debates públicos acerca das escolhas políticas a serem feitas pelo Estado e pela sociedade brasileira, e que envolvam mudanças do texto constitucional. **Salvo hipóteses extremas, não deve o Judiciário coibir a discussão de qualquer matéria de interesse nacional.**

3. Por significarem severa restrição ao poder das maiorias de governarem, cláusulas pétreas devem ser interpretadas de maneira estrita e parcimoniosa. Não há, na hipótese aqui apreciada, evidência suficiente de vulneração aos mandamentos constitucionais da separação de Poderes, do voto direto, secreto, universal e periódico e dos direitos e garantias individuais.

4. A responsabilidade fiscal é fundamento das economias saudáveis, e não tem ideologia. Desrespeitá-la significa predeterminar o futuro com déficits, inflação, juros altos, desemprego e todas as consequências negativas que dessas disfunções advêm. A democracia, a separação de Poderes e a proteção dos direitos fundamentais decorrem de escolhas orçamentárias transparentes e adequadamente justificadas, e não da realização de gastos superiores às possibilidades do Erário, que comprometem o futuro e cujos ônus recaem sobre as novas gerações.

5. Por certo, há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos. Porém, esta não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica, e não com judicialização.

6. Medida liminar indeferida.

Trata-se, no nosso modo de ver, de exercício exagerado de autocontenção por parte do STF. O texto constitucional prevê, expressamente, os dois momentos de possibilidade de intervenção: um, após a conclusão do processo legislativo, por intermédio do controle concentrado da constitucionalidade das normas, e outro, durante o processo legislativo, com o claro objetivo de sustar a deliberação dos atos que afetem direito subjetivo dos parlamentares, suscitado mediante a impetração de mandado de segurança por parlamentar.

Fazendo as ressalvas que devem ser feitas na comparação de institutos jurídicos, a omissão do STF no que concerne ao exercício de uma de suas mais importantes competências, qual seja, a interrupção do processo legislativo de proposta de emenda à Constituição tendente a abolir cláusula pétrea, muito se assemelha àquela referente ao julgamento do mandado de injunção, visto que, por vinte anos, o STF se limitou a declarar a inconstitucionalidade da omissão do Poder Legislativo na elaboração das normas que dessem concretude a direitos fundamentais dos cidadãos e não a prover a solução normativa ao caso concreto que lhe era submetido.

Entendemos, assim, que a posição do Ministro relator no julgamento do MS que impugnou a PEC nº 241, de 2016 (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal), não tem o condão de eliminar o debate que deve ser travado no Congresso Nacional sobre a suposta violação de cláusulas pétreas por essa PEC, visto que a Corte Suprema optou por não enfrentar o tema de fundo e se reservou a aguardar o resultado do processo legislativo, em flagrante renúncia ao exercício de importante competência.

Essas considerações iniciais objetivam, pois, deixar claro que remanesce intocado o direito de os Senadores se posicionarem pela eventual violação de cláusulas pétreas pela PEC nº 55, de 2016, no juízo de admissibilidade a ser proferido ao longo de sua tramitação no Senado Federal, a despeito da decisão monocrática, em sede de liminar, proferida pelo Ministro Roberto Barroso do STF.

Cabe-nos avaliar, agora, se a PEC nº 55, de 2016, tende a abolir alguma das cláusulas pétreas da Constituição Federal de 1988.

Apresentaremos uma análise tópica, dispositivo por dispositivo, em face da complexidade, abrangência e gravidade dos efeitos a serem eventualmente gerados por esta proposição.

1 O QUE É O “NOVO REGIME FISCAL”?

A PEC nº 55, de 2016, composta de três artigos, visa a alterar o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), para instituir o denominado “**Novo Regime Fiscal**” (NRF), e dá outras providências.

O “Novo Regime Fiscal” é instituído pelo acréscimo dos arts. 101 a 109 ao ADCT pelo art. 1º da PEC. Esse NRF é complementado com a revogação do art. 2º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, promovida pelo art. 2º da PEC. O art. 3º veicula a cláusula de vigência imediata da emenda constitucional que eventualmente resultar da aprovação desta PEC.

O primeiro aspecto de grande relevância do NRF é o seu horizonte temporal. O **art. 101** estabelece que **ele vigorará por vinte exercícios financeiros**. O segundo aspecto a ser considerado é que **sua abrangência se limita ao âmbito da União**.

O **art. 102** estabelece, para cada exercício financeiro, **limites individualizados para as despesas primárias – que são as despesas que excluem o pagamento de juros – dos seguintes Poderes e órgãos**: do Poder Executivo (**inciso I**); do Supremo Tribunal Federal; do Superior Tribunal de Justiça; do Conselho Nacional de Justiça; da Justiça do Trabalho; da Justiça Federal; da Justiça Militar da União; da Justiça Eleitoral; e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário (**inciso II**); do Senado Federal; da Câmara dos Deputados; e do Tribunal de Contas da União (TCU), no âmbito do Poder Legislativo (**inciso III**); do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público (**inciso IV**); e da Defensoria Pública da União (**inciso V**).

Definido o âmbito de abrangência subjetiva da norma, o **§ 1º do art. 102** cuida de definir **os limites a serem aplicados nos vinte exercícios financeiros durante o qual o NRF vigorará**.

O **inciso I do § 1º do art. 102** estabelece que **o limite das despesas primárias equivalerá, para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento)**. Esse percentual de correção equivale à taxa de inflação presente em 2016.

Para os **demais 19 (dezenove) exercícios financeiros**, consoante determina o **inciso II do § 1º**, o **limite das despesas primárias equivalerá ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária**.

Em síntese, o limite de despesas primárias em um exercício será a resultante do limite referente ao exercício imediatamente anterior corrigido pelo índice indicado que apura a variação da inflação no período indicado.

O **§ 2º do art. 102** prescreve que os limites a serem observados pela Câmara dos Deputados (art. 51, *caput*, inciso IV, da CF), pelo Senado Federal (art. 52, *caput*, inciso XIII, da CF), pelos Tribunais que integram o Poder Judiciário (art. 99, § 1º, da CF), pelo Ministério Público (art. 127, § 3º, da CF) e pela Defensoria Pública da

União (art. 134, § 3º, da CF) na elaboração de suas respectivas propostas orçamentárias, **não poderão ser superiores aos estabelecidos nos termos deste artigo.**

Cumpra-se destacar que os dispositivos constitucionais mencionados preveem que a elaboração da proposta orçamentária anual desses órgãos deverá observar os limites estabelecidos na respectiva lei de diretrizes orçamentárias.

Depreende-se, então, da análise desse dispositivo que inexistirá qualquer margem para discussão e fixação de novos limites máximos para as despesas desses órgãos, incluindo as despesas com pagamento de remunerações e aposentadorias e pensões de seus servidores, no âmbito das leis de diretrizes orçamentárias anuais, eis que os limites máximos para as despesas primárias serão necessariamente os fixados nos incisos I e II do § 1º do art. 102, acrescido ao ADCT pelo art. 1º da PEC nº 55, de 2016.

Os §§ 3º e 4º do art. 102 materializam esse entendimento quando se tratar da elaboração do projeto de lei orçamentária anual.

O § 3º estabelece que a mensagem que encaminhar o projeto de lei orçamentária demonstrará os valores máximos de programação compatíveis com os limites individualizados calculados na forma do § 1º deste artigo, observados os §§ 7º a 9º deste artigo.

Já o § 4º dispõe que as despesas primárias, autorizadas na lei orçamentária anual, sujeitas aos limites de que trata este artigo, não poderão exceder os valores máximos demonstrados nos termos do § 3º do mesmo artigo.

O § 5º do art. 102 cuida de eliminar qualquer possibilidade de extrapolamento do limite fixado ao vedar a abertura de crédito suplementar ou especial que amplie o montante total autorizado de despesa primária sujeita aos limites de que trata o artigo.

O § 6º do art. 102 trata das **exceções do NRF e dispõe que não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos** as transferências constitucionais estabelecidas pelos art. 20, § 1º (royalties da exploração do petróleo, de recursos hídricos para a geração de energia elétrica e de outros minerais devidos aos Estados, Distrito Federal, Municípios e órgãos da administração direta da União); art. 146, parágrafo único, inciso III (distribuição de recursos que cabem aos entes federados em face da centralização e unificação do recolhimento de impostos e contribuições no regime de tratamento diferenciado e favorecido às microempresas e empresas de

pequeno porte); art. 153, § 5º (transferência da parte que cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios dos recursos arrecadados com a tributação do ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial); art. 157 (participação dos Estados e do Distrito Federal na arrecadação de recursos de impostos de competência da União); art. 158, incisos I e II (participação dos Municípios na arrecadação de recursos de impostos da competência da União); art. 159 (recursos da União distribuídos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e Fundo de Participação dos Municípios); art. 212, § 6º (cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação); e as despesas referentes ao art. 21, *caput*, inciso XIV (Fundo Constitucional do Distrito Federal), todos da Constituição, e as complementações de que trata o art. 60, *caput*, incisos V e VII (complementação pela União dos valores mínimos por aluno no âmbito do FUNDEB), do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (**inciso I**).

Não se submetem, também, às balizas do NRF, conforme o disposto **no inciso II do § 6º do art. 102**, os **créditos extraordinários** a que se refere o art. 167, § 3º (despesas imprevisíveis e urgentes), da Constituição.

Da mesma forma, estão excluídas as **despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral** com a realização de eleições (**inciso III**).

Por fim, são retiradas do âmbito de abrangência do NRF **as despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes (inciso IV)**.

O § 7º estabelece que nos três primeiros exercícios financeiros da vigência do Novo Regime Fiscal, o Poder Executivo poderá compensar com redução equivalente na sua despesa primária, consoante os valores estabelecidos no projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Poder Executivo no respectivo exercício, o excesso de despesas primárias em relação aos limites de que tratam os incisos II a V (Poder Judiciário federal, Congresso Nacional, Ministério Público da União e Defensoria Pública da União) do *caput* deste artigo.

O § 8º prevê que a compensação prevista no § 7º não excederá a 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) do limite do Poder Executivo.

O § 9º dispõe que, respeitado o somatório em cada um dos incisos de II a IV do *caput* deste artigo, a lei de diretrizes orçamentárias poderá dispor sobre a compensação entre os limites individualizados dos órgãos elencados em cada inciso.

O § 10 estipula que para fins de verificação do cumprimento dos limites de que trata este artigo, **serão consideradas as despesas primárias pagas, incluídos os**

restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário no exercício.

Por fim, o § 11 do art. 102 prevê que o pagamento de restos a pagar inscritos até 31 de dezembro de 2015 poderá ser excluído da verificação do cumprimento dos limites de que trata este artigo, até o excesso de resultado primário dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social do exercício em relação à meta fixada na lei de diretrizes orçamentárias.

2 O “NOVO REGIME FISCAL” E AS VIOLAÇÕES ÀS CLÁUSULAS PÉTREAS

Definido o que vem a ser o “Novo Regime Fiscal”, empreenderemos, a partir deste momento, a checagem de sua compatibilidade vertical com as cláusulas imodificáveis da Constituição Federal, previstas nos incisos do § 4º de seu art. 60, a fim de aferir se a PEC nº 55, de 2016, preenche os requisitos essenciais para que possa ser convertida em emenda constitucional ou se, ao contrário, deverá ter sua tramitação interrompida no Congresso Nacional, ou se, em caso de sua aprovação, deverá ter sua constitucionalidade impugnada perante o Supremo Tribunal Federal.

2.1. A violação ao princípio da separação dos Poderes

O “Novo Regime Fiscal” – que consiste, em síntese, no estabelecimento de limites individuais de despesas primárias para os próximos vinte exercícios financeiros para Poderes e órgãos da União com base na despesa paga, no ano de 2016, corrigida anualmente pela inflação apurada até junho do exercício anterior –, é medida draconiana que possui graves consequências.

De um lado, estrangula e mitiga a independência e a autonomia financeira do Poder Legislativo e do Poder Judiciário, e a autonomia financeira do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União, na medida em que impõe, na realidade, o congelamento de despesas primárias por vinte exercícios financeiros.

Dessa forma, qualquer perspectiva de ampliação da atuação desses Poderes e órgãos fica inviabilizada pelos próximos vinte anos.

Parte-se de uma premissa inconsistente, qual seja, de que o montante das despesas apurado em 2016 é minimamente adequado para projetar a atuação do Poder/órgão pelos próximos vinte anos. Nada mais falso.

Tomemos, como exemplo, a situação da Defensoria Pública da União. Órgão indispensável para assegurar o acesso da população carente ao Poder Judiciário enfrenta, nos dias de hoje, graves dificuldades para minimamente manter suas ações.

Não dispõe de recursos humanos e materiais aptos a acompanhar o processo de crescimento e interiorização da Justiça Federal de primeira instância o que leva à indesejada situação de existirem diversas comarcas no interior do país que não possuem um Defensor Público da União pronto para promover a necessária assistência jurídica ao cidadão pobre em face das ilegalidades perpetradas por autoridades e órgãos da União.

Assim, partindo de uma base insuficiente, verificar-se-á, no caso da Defensoria Pública da União, o protraimento, nos próximos 20 anos, da penúria na qual se encontra. Essas circunstâncias certamente gerarão insatisfação e levarão os poucos Defensores Públicos da União que hoje existem a buscar outros cargos que lhes ofereceram condições mais dignas de trabalho e remuneração. A grande prejudicada em todo esse processo será a população mais carente do país, que se verá impossibilitada de buscar a reparação de seus direitos que foram lesados ou ameaçados.

A supressão da possibilidade de rediscutir, num universo de vinte anos, os limites de suas despesas primárias retira da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, do Tribunal de Contas da União, de todos os órgãos do Poder Judiciário, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União o elemento central para o efetivo exercício de sua autonomia na elaboração de seu orçamento.

Atinge-se, assim, o núcleo essencial do princípio da separação de Poderes, que é considerada cláusula imodificável de nosso ordenamento constitucional por força do que estabelece o art. 60, § 4º, inciso III, da CF, razão pela qual as regras previstas nos incisos II a V, §§ 1º e 2º do art. 102 que o art. 1º da PEC pretende acrescentar ao ADCT não de ser consideradas inconstitucionais.

A Secretaria de Relações Institucionais da Procuradoria-Geral da República apresentou, em 7 de outubro de 2016, a **Nota Técnica PGR/SRI nº 82/2016**, aprovada pelo Procurador da República e Secretário de Relações Institucionais, Peterson de Paula Pereira, que conclui, com base em argumentos semelhantes aos manejados até aqui neste trabalho, **pela inconstitucionalidade da proposição**. Eis alguns trechos dessa Nota Técnica:

Em outras palavras, a **autonomia** administrativa e financeira assegurada ao **Poder Judiciário** e a autonomia funcional e administrativa assegurada ao **Ministério Público** e às **Defensorias Públicas** são **elementos indispensáveis** para que essas instituições exerçam suas funções constitucionais com independência, e sempre voltadas para a proteção dos **direitos fundamentais**, da **cidadania** e

da **dignidade da pessoa humana**, fundamentos da República. (...) Com efeito, a proposta em tela, **que pretende impor limitação orçamentária vintenária e que toma por parâmetro exercício financeiro (2016) marcado por um agressivo corte orçamentário**, que só no caso do Ministério Público da União implicou numa glosa de R\$ 110 milhões da proposta inicial, **já reduzida em R\$ 5,9 milhões em relação ao executado em 2015 (no Judiciário o corte foi de R\$ 70 milhões)**, conforme amplamente divulgado na mídia, **implica, inexoravelmente, no enfraquecimento das instituições do Estado**. E tal se dá porque sem os recursos necessários ao adimplemento de reajustes/restruturação de carreira concedidos a seus servidores; reposição do quadro de pessoal; congelamento das remunerações; pagamento de inativos, entre outras hipóteses, **impede-se por via indireta, o crescimento e a expansão da instituição e, em última análise, implica no seu aniquilamento, considerado o lapso temporal que se pretende estabelecer para vigorar a medida impugnada**. (...) Com efeito, a partir do momento em que se **propõe uma limitação de gastos públicos conforme apresentado pela PEC 241, por vinte anos, percebe-se, claramente, que a proposta de emenda tende a afrontar a independência e autonomia dos Poderes Legislativo e Judiciário e a autonomia das instituições do Sistema de Justiça** (Funções Essenciais à Justiça, em especial o Ministério Público e as Defensorias Públicas), razão pela qual, respeitosamente, **a Proposta de Emenda à Constituição (PEC) 241, de 2016 é inconstitucional**. (grifamos)

Ainda sob essa ótica, vemos que o **art. 103**, que se pretende acrescentar ao ADCT, estabelece que o Presidente da República poderá propor, somente a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal, projeto de lei complementar para alteração do método de correção dos limites a que se refere o inciso II do § 1º do art. 102.

Trata-se de limitação absolutamente desarrazoada da prerrogativa que possui o Presidente da República de encaminhar projetos de lei ao Congresso Nacional e, dessa forma, deflagrar o processo legislativo, no momento que entenda oportuno. É o *caput* do art. 61 da CF que veicula essa regra geral concernente à iniciativa das leis complementares e ordinárias no âmbito federal.

Não é possível que essa prerrogativa seja manietada, nem mesmo em proposta de emenda à Constituição, eis que viola a cláusula pétrea da separação dos Poderes contida no inciso III do § 4º do art. 60 da CF.

O **parágrafo único do art. 103** engendra violação não menos grave à Constituição Federal. Esse dispositivo estabelece que será admitida apenas uma proposta de alteração do método de correção dos limites por mandato presidencial a partir do décimo exercício de vigência do NRF.

Assim, além de fixar uma teratológica carência constitucional decenal para exercício de prerrogativa ínsita à independência dos Poderes de dar início ao processo legislativo, o **parágrafo único do art. 103** da PEC nº 55, de 2016, arbitra a quantidade de vezes em que uma determinada proposta de alteração, via projeto de lei complementar, pode ser encaminhada pelo Presidente da República!

Perceba-se que esse dispositivo admite outra interpretação tão desarrazoada quanto à veiculada no parágrafo anterior.

Podemos entender que, a partir do décimo exercício de vigência do NRF, regra prevista no *caput* do art. 103, o Presidente pode encaminhar quantos projetos de lei complementar de alteração da sistemática de fixação de limites das despesas primárias entender necessários por mandato presidencial. A restrição prevista no parágrafo único do art. 103 aplicar-se-ia ao Congresso Nacional que poderia aprovar apenas uma proposta de alteração por mandato presidencial.

Dito de outra forma, o Poder Legislativo federal estaria proibido de promover mais do que uma alteração na “regra de ouro” do NRF por mandato presidencial ou legislatura.

Nessa mesma senda, o **§ 4º do art. 104** estabelece que as vedações previstas neste artigo (aos Poderes que descumprirem os limites individualizados) se aplicam também a proposições legislativas. Confessamos que tivemos grande dificuldade em compreender o que o Presidente da República e a Câmara dos Deputados pretenderam com esse dispositivo.

Pretendem proibir a apresentação de proposições legislativas que violem ou tendam a violar os limites fixados? Será essa a interpretação dessa bizarra disposição?

As proposições legislativas (emendas à Constituição, decretos legislativos e resoluções) não produzem qualquer efeito na vida real até que sejam aprovadas, promulgadas, publicadas e assim transformadas em norma jurídica pelo Poder Legislativo.

Essa regra vale também para os projetos de lei (complementares, ordinárias e delegadas) e de projetos de lei de conversão oriundos de medidas provisórias, que somente ingressam no ordenamento jurídico após a sanção do Presidente da República. Não há qualquer inovação no ordenamento jurídico até que esse iter descrito em detalhes no art. 66 da CF seja percorrido até o fim, inclusive com a apreciação de eventuais vetos pelo Congresso Nacional.

De outro giro, é prerrogativa inafastável de qualquer parlamentar apresentar proposições sobre quaisquer assuntos, incluindo aqueles mais teratológicos, aparentemente incompatíveis verticalmente com a Constituição Federal.

Trata-se de direito subjetivo de cada parlamentar que integra as Casas do Congresso Nacional à luz do que estabelecem os arts. 48, 49, 50, 51, 52, 60 e 61 da Constituição Federal. Caberá às Casas do Congresso Nacional, ao longo do processo legislativo e, eventualmente ao Presidente da República, ao apresentar vetos por inconstitucionalidade ou contrariedade ao interesse público, fazer os reparos necessários a torná-las compatíveis com a Constituição Federal e com o ordenamento jurídico pátrio.

Não raras são as circunstâncias em que, mesmo aprovadas pelo Congresso Nacional e sancionadas pelo Presidente da República, as normas venham a ser consideradas inconstitucionais pelo STF.

Nesse sentido, é flagrantemente inconstitucional dispositivo que vise a impedir a apresentação de proposição legislativa, seja ela qual for, por parlamentar, em face do que estabelecem os arts. 51, inciso IV, e 52, inciso XIII. Trata-se de mitigação da autonomia das Casas do Congresso Nacional que possuem a competência de dispor sobre sua organização e funcionamento e intolerável violação ao princípio da separação dos Poderes.

É preciso destacar que o único momento em que a CF vedou a própria deliberação sobre matéria inconstitucional foi no caso das PECs violadoras de cláusula pétrea, permitindo fulminar a iniciativa já no seu nascedouro. Todavia, para que o controle seja exercido, ele pressupõe que a PEC seja apresentada, diferentemente do que preconizado pelo § 4º do art. 104, em que se pretende impedir até a apresentação da proposição, inclusive PEC.

Por fim, o **art. 109** que se pretende inserir no ADCT prevê que a tramitação de proposição elencada no *caput* do art. 59 da Constituição Federal (emendas à Constituição, leis complementares, leis ordinárias, leis delegadas, decretos legislativos e resoluções), ressalvada a referida no seu inciso V (medidas provisórias), quando acarretar aumento de despesa ou renúncia de receita, será suspensa por até 20 (vinte) dias, a requerimento de um quinto dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal.

Esse é outro dispositivo bastante peculiar da PEC nº 55, de 2016. Pretende-se impor às Casas do Congresso Nacional regras genéricas sobre o processo legislativo

de todas as proposições, excetuadas as medidas provisórias, em evidente violação à prerrogativa de auto-organização e funcionamento que detêm a Câmara dos Deputados (art. 51, inciso IV, da CF) e o Senado Federal (art. 52, inciso XIII, da CF).

O que se almeja é a grave medida de suspensão da tramitação de dada matéria em que se constate aumento de despesa ou renúncia de receita.

O **art. 109** constitui-se, pois, em intolerável e inconstitucional intromissão no funcionamento do Congresso Nacional, eis que viola a cláusula pétreia prevista no inciso III do § 4º do art. 60 da CF, que tutela a separação dos Poderes.

2.2. A violação ao princípio da segurança jurídica

No que concerne ao **inciso I do caput do art. 102**, que fixa limites ao Poder Executivo federal seguindo essa mesma lógica – utilização das despesas primárias de 2016 como base real das despesas a serem realizadas nos próximos vinte exercícios, sobre a qual somente incidirá a atualização inflacionária –, **o cenário é muito mais alarmante.**

Cabe ao Poder Executivo, no âmbito do sistema presidencialista de governo, formular e implementar as políticas públicas que tornarão efetivo o acesso da população a bens e serviços públicos previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional.

Cabe, ainda, ao Poder Executivo, elaborar os planos, programas, projetos e ações que transformarão as promessas eleitorais em intervenções efetivas na realidade das pessoas, fato indispensável à preservação do próprio Estado Democrático de Direito.

Em estudo denominado “**Impactos do ‘Novo Regime Fiscal’ – Subsídios à análise da Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 241/2016**”³, a Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira (COFF) da Câmara dos Deputados, realiza profunda análise sobre os impactos da PEC nº 241, de 2016, (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal).

Extraímos do estudo algumas considerações relacionadas às futuras dificuldades quanto à implementação de políticas públicas e a preservação dos serviços públicos pelo Poder Executivo:

12. A PEC é formulada em meio à crise. Ainda que seja eficaz para contribuir para a reversão da trajetória atual da dívida pública, a **duração do regime fiscal parece excessiva**, especialmente se o País

³ *Estudo Técnico nº 12, de 2016*. Brasília: Câmara dos Deputados, agosto/2016, 58 pag.

voltar a crescer. **A expansão dos serviços públicos no período de ajuste, em particular, pode ser insuficiente frente ao aumento da demanda.**

13. A mudança do "método de correção" prevista para o décimo ano não é obrigatória e a iniciativa de projeto de lei com essa finalidade é exclusiva do Executivo. Soluções intermediárias poderiam contribuir para o aperfeiçoamento da PEC, **envolvendo alguma redução de prazo ou a possibilidade de progressão do método**, sempre que satisfeitas algumas condições fiscais suficientemente sólidas para assegurar trajetória decrescente da dívida pública.

16. A PEC altera a regra de fixação das aplicações mínimas de recursos nas áreas de saúde e educação. **As projeções para avaliar o impacto da PEC nos pisos da saúde e educação mostram que as diferenças entre os mínimos atuais e os propostos podem se ampliar no futuro, com a retomada do crescimento econômico.** O governo argumenta que a PEC estabelece valores mínimos, nada impedindo alocações superiores, como está ocorrendo em 2016. Ademais, questiona a comparação de cenários fiscais, com e sem a PEC, na medida em que, na ausência da PEC 241/16, PIB e receitas cresceriam menos, com prejuízo para o conjunto do País.

17. Registre-se o debate jurídico acerca da convivência dos ditames do ajuste fiscal com a necessidade de o Estado prover recursos para despesas atinentes à concretização dos direitos sociais fundamentais da Constituição. Diante dessa percepção, e dado o longo período de vigência da PEC, poderia ser considerada a possibilidade de, estabilizado o quadro fiscal ou no momento de revisão do "método de correção", serem efetuados ajustes nos pisos que considerem de algum modo o aumento da demanda populacional.

22. Ainda em relação às renúncias de receitas, a PEC apenas veda novas concessões e ampliações. **Aparentemente, o cenário atual requer mais do que limitar sua ampliação, mas uma revisão geral de todas as renúncias que venham a ser caracterizadas como tratamento diferenciado ou privilegiado, e que se perpetuam pela inércia da legislação. A propósito, os desajustes fiscais decorrem de uma combinação de receitas e despesas, e não apenas do gasto.** (grifamos)

O que se faz quando se congela as despesas primárias para os próximos vinte anos no âmbito do Poder Executivo, com base nas despesas efetivamente realizadas em 2016, num cenário recessivo, de retração de investimentos, em que foram constatados os maiores contingenciamentos na execução orçamentária dos últimos vinte anos, é estender, por um período de tempo absolutamente desarrazoado, as restrições e insuficiências hoje verificadas na implementação das políticas públicas.

São fartas as informações provenientes de diversas áreas da atuação estatal a justificar o alegado. Deixaremos o debate sobre educação e saúde para mais adiante

neste estudo, visto que há dispositivo específico na PEC nº 55, de 2016, que trata dessas áreas. Focaremos nossa atenção em outras áreas de atuação estatal.

Tomemos, como exemplo, a área de segurança pública, mais precisamente, o sistema prisional.

Em 13.08.2015, o Plenário do STF decidiu que o Poder Judiciário pode determinar à administração pública que realize obras ou reformas emergenciais em presídios para garantir os direitos fundamentais dos presos, como sua integridade física e moral.

A decisão foi tomada no julgamento do Recurso Extraordinário (RE) nº 592.581, com repercussão geral, interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul (MP/RS), relator o Ministro Ricardo Lewandowski, contra acórdão do Tribunal de Justiça local (TJ/RS). O TJ entendera não caber ao Poder Judiciário intervir em matéria reservada à competência administrativa do Poder Executivo gaúcho.

O tema da repercussão geral era o de nº 220 e estabelecia:

Competência do Poder Judiciário para determinar ao Poder Executivo a realização de obras em estabelecimentos prisionais com o objetivo de assegurar a observância de direitos fundamentais dos presos.

Eis o que decidido pelo STF:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, apreciando o tema 220 da repercussão geral, deu provimento ao recurso extraordinário para cassar o acórdão recorrido, a fim de que se mantenha a decisão proferida pelo juízo de primeiro grau. Ainda por unanimidade, o Tribunal assentou a seguinte tese: É lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais para dar efetividade ao postulado da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, nos termos do que preceitua o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal, não sendo oponível à decisão o argumento da reserva do possível nem o princípio da separação dos poderes. (grifamos)

Decidiu o STF impor obrigação de fazer ao Poder Executivo no âmbito da política penitenciária, para dar efetividade ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana e assegurar aos detentos o respeito à sua integridade física e moral, afastados os princípios da separação dos Poderes e da reserva do financeiramente possível.

Posteriormente, em 08.09.2015, essa posição da Corte Suprema foi reforçada no julgamento da Medida Cautelar na ADPF nº 347, ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade (PSOL), em que a agremiação partidária pugnavia pelo reconhecimento da violação de direitos fundamentais da população carcerária e que fosse determinada a adoção de diversas providências no tratamento da questão prisional do país.

O Ministro Marco Aurélio, relator da matéria, ao proferir seu voto, determinou, entre outras providências, **que a União liberasse o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização na finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos.**

Em seu voto, o Ministro Marco Aurélio assinalou **a falência do sistema penitenciário com gravíssimas violações à dignidade e a outros direitos fundamentais do preso, assim como a violação do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e a Convenção contra a Tortura, além da própria Lei de Execução Penal.**

O extrato da decisão do STF no julgamento, em 08.09.2015, da ADPF nº 347, relator o Ministro Marco Aurélio, demonstra que, nesse ponto, o STF, acolheu as formulações do relator:

Decisão: O Tribunal, apreciando os pedidos de medida cautelar formulados na inicial, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio (Relator), (...) **em relação à alínea “h”, por maioria e nos termos do voto do Relator, deferiu a cautelar para determinar à União que libere o saldo acumulado do Fundo Penitenciário Nacional para utilização com a finalidade para a qual foi criado, abstendo-se de realizar novos contingenciamentos;** (...) (grifamos)

Ficou evidenciado, assim, que, sob o fundamento do reconhecimento do “estado de coisas inconstitucional”, o STF consolidou e aprofundou orientação jurisprudencial identificada, em 2004, com o julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45, no **sentido de efetivamente interferir no âmbito de competência administrativa do Poder Executivo e de afastar o argumento da reserva do financeiramente possível.**

Há, aqui, duas considerações sobre os efeitos da PEC nº 55, de 2016.

O estabelecimento de limites para as políticas públicas com base nas despesas efetivamente realizadas no ano de 2016, ano em que se verificou uma das maiores contrações na execução orçamentária, certamente fará que se disseminem

situações, como a da política penitenciária mencionada acima, em que os recursos alocados não assegurarão o mínimo de dignidade dos destinatários.

A manutenção, na melhor das hipóteses, ou o agravamento desse cenário para os próximos vinte anos produzirá efeitos catastróficos. Essa é a primeira consideração.

A segunda consideração é um prognóstico sobre a atuação do STF nessas situações.

O mesmo STF que até agora se omitiu em enfrentar as evidentes inconstitucionalidades identificadas na PEC nº 55, de 2016, será provocado a se manifestar de modo a assegurar o acesso da população aos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição.

Com base nos precedentes mencionados – RE nº 592.581 e ADPF nº 347 –, é bastante provável que a Corte preserve a orientação jurisprudencial no sentido de interferir na alocação de recursos orçamentários por parte do Poder Executivo de modo a assegurar os direitos fundamentais e a dignidade da população atendida pelas políticas e programas governamentais.

Assim, correremos o risco de passar de um cenário de extrema contenção e restrição orçamentária para um quadro de extrema insegurança jurídica, pautado pelas decisões tópicas do Poder Judiciário que não garantem a priorização, a homogeneidade e a organicidade necessária na implementação das políticas públicas.

2.3. A violação ao princípio da razoabilidade

Prosseguindo na análise da admissibilidade da PEC nº 55, de 2016, postos os elementos essenciais que a caracterizam – fixação de limites de despesas primárias de Poderes e órgãos da União para os próximos vinte anos com base na despesa primária de 2016, corrigida anualmente pela inflação do ano anterior –, adentraremos a verificação de sua consistência em vista do princípio da razoabilidade, dimensão substantiva do princípio do devido processo legal previsto no art. 5º, inciso LIV, da CF.

Para verificarmos a **razoabilidade** (para os americanos) ou **proporcionalidade** (para os alemães) de uma proposição legislativa devemos submetê-la ao **tríplice teste dos subprincípios que integram**, segundo Suzana de Toledo Barros⁴, o **princípio da proporcionalidade**, a saber: o **subprincípio da adequação ou**

⁴ In: *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, pp. 71-83.

da idoneidade; o subprincípio da necessidade ou da exigibilidade; e o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito.

Aplicando esse construto teórico ao caso concreto em análise, sob a ótica do **subprincípio da adequação ou da idoneidade**, devemos responder se a PEC nº 55, de 2016, **é a medida adequada para obter o resultado pretendido**. Caso não seja, ela deverá ser considerada inconstitucional.

Já sob a perspectiva do **subprincípio da necessidade ou da exigibilidade**, há que se aferir se a medida restritiva proposta é indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e se **não pode ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa**. Violado o subprincípio, ela deverá ser considerada inconstitucional.

Por fim, a PEC nº 55, de 2016, deve atender ao exigido pelo **subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**, vale dizer, se a medida proposta **impõe uma sobrecarga aos atingidos** (falamos aqui de cidadãos, Poderes e órgãos), o que não se compadece com a ideia de justa medida. Trata-se, em outras palavras, de verificar se a PEC **impõe ônus demasiados aos por ela atingidos**. Violado o subprincípio, a PEC deverá ser considerada inconstitucional.

Para que esse cotejamento seja possível é imperioso que recorramos a outros campos do conhecimento, como a economia. Deixamos claro que não é o objetivo central deste estudo aprofundar a análise econômica da matéria, que será efetuada com mais propriedade em outros estudos. Ela será utilizada para lastrear a análise de constitucionalidade da proposição a fim de verificar de sua compatibilidade com o princípio da proporcionalidade e com os subprincípios que a integram.

Em audiência pública realizada em 11 de outubro de 2016, Laura Carvalho, doutora em economia e professora da Universidade de São Paulo (USP), sustentou, com base em dados históricos referentes às despesas realizadas a partir do segundo mandato do ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso, que a crise fiscal brasileira não é uma crise de crescimento maior de despesas, mas, sim, de crescimento menor de receitas⁵.

Nesse sentido, a PEC nº 55, de 2016, que contém, unicamente, medidas destinadas a limitar a evolução das despesas – entendidas como suficientes e necessárias a debelar a crise fiscal atual, desconsideradas outras medidas que buscassem maximizar

⁵ Notas taquigráficas disponíveis em: <http://www25.senado.leg.br/web/atividade/notas-taquigraficas/-/notas/r/5479>. Acesso em 12 de outubro de 2016.

a ampliação da arrecadação – é inadequada e, portanto, **violadora do subprincípio da adequação ou da idoneidade**.

Essa inadequação da PEC já seria suficiente para a declaração de sua inconstitucionalidade por violação ao princípio da razoabilidade, cláusula pétrea por força do que determina o inciso IV do § 4º do art. 60 da CF. Mas entendemos oportuno avançar um pouco mais.

Laura Carvalho sustentou, ainda, que **a PEC não é necessária para combater a inflação** eis que “de acordo com o Banco Central (BC), mais de 40% da inflação do ano passado foi causada pelo reajuste brusco dos preços administrados que estavam represados (combustíveis, energia elétrica...). Hoje, a inflação já está em queda e converge para a meta. Ainda mais com o desemprego aumentando e a indústria com cada vez mais capacidade ociosa, como apontam as atas do BC⁶.

Alegou, ademais, que **a PEC não é a única alternativa a fazer frente à crise fiscal**. Segundo ela, “há muitas outras, que passam pela elevação de impostos sobre os que hoje quase não pagam (os mais ricos têm mais de 60% de seus rendimentos isentos de tributação segundo dados da Receita Federal), o fim das desonerações fiscais que até hoje vigoram e a garantia de espaço para investimentos públicos em infraestrutura para dinamizar uma retomada do crescimento. Com o crescimento maior, a arrecadação volta a subir”.

Assim, pelo fato de se constatar que as medidas restritivas previstas na PEC não são necessárias e podem ser substituídas, com êxito, por outras medidas menos gravosas, há que se considerar que ela viola, também, o subprincípio da necessidade ou da exigibilidade, e deve ser considerada inconstitucional.

Por fim, a professora Laura Carvalho argumentou que a PEC não protege os mais pobres, diversamente do que sustentam os economistas do Governo, ao contrário, sacrifica-os, eis que a PEC “não só comprime despesas essenciais e diminui a provisão de serviços públicos, como inclui sanções em caso de descumprimento que seriam pagas por todos os assalariados. Se o governo gastar mais que o teto, fica impedido de elevar suas despesas obrigatórias além da inflação. Como boa parte das despesas obrigatórias é indexada ao salário mínimo, a regra atropelaria a lei de reajuste do salário mínimo impedindo sua valorização real – mesmo se a economia estiver crescendo. O sistema político tende a privilegiar os que mais têm poder. Reajusta salários de magistrados no meio da recessão, mas corta programas sociais e investimentos. Se nem

⁶ Disponível em: <https://blogdaboitempo.com.br/2016/10/13/10-perguntas-e-respostas-sobre-a-pec-241/>. Acesso em 18 de abril de 2016.

quando a economia cresce há algum alívio nessa disputa (pois o bolo continua igual) é difícil imaginar que os mais vulneráveis fiquem com a fatia maior”.

Por fim, pelo fato de impor **ônus demasiados aos por ela atingidos**, especialmente os cidadãos mais pobres que dependem dos serviços públicos de saúde, educação, previdência e assistência social, pelo fato de congelar despesas que resultarão no sucateamento de políticas públicas redistributivas, a PEC nº 55, de 2016, deverá ser considerada inconstitucional, pois viola o **subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito**.

Assim, avaliada sob os três ângulos de testagem que aferem a razoabilidade/proporcionalidade de medidas legislativas restritivas de direitos, podemos afirmar que a PEC nº 55, de 2016, é inconstitucional.

Em alentado estudo intitulado “**O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a Política de Assistência Social no Brasil**”⁷, de autoria das pesquisadoras do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Andrea Barreto de Paiva, Ana Cleusa Serra Mesquita, Luciana Jaccoud e Luana Passos, **são analisados os efeitos da PEC nº 241, de 2016** (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal), **sobre a assistência social no Brasil**.

Eis a conclusão a que chegaram as autoras:

O Brasil vem experimentando uma redução sensível da pobreza monetária e da desigualdade de renda, com sensível melhoria do acesso aos serviços de saúde, educação e assistência por parte da população mais vulnerável. No campo da assistência, a consolidação do Benefício de Prestação Continuada (BPC), a criação e a expansão do Programa Bolsa Família (PBF) e a construção do Sistema Único de Assistência Social (SUAS) foram instrumentos estratégicos para a melhoria de condições de vida da população e promoção de uma cidadania inclusiva. Nos últimos 10 anos, a despesa do MDSA passou de 0,89% do PIB em 2006 para 1,26% do PIB em 2015, que refletiu uma estratégia deliberada de ampliar a cobertura e a efetividade dessas políticas de forma a prover um modelo de desenvolvimento inclusivo, **e não representou, portanto, um “crescimento acelerado e descontrolado do gasto” (grifo nosso)**, conforme diagnóstico apresentado na Exposição de Motivos da PEC 241/16. **Mas o país ainda convive com níveis inaceitáveis de desigualdade social, os quais exigem uma agenda governamental que priorize seu enfrentamento, visando uma sociedade mais justa e civilizada.**

⁷ In: *Nota Técnica nº 27*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília: setembro/2016, 34 pags.

O Novo Regime Fiscal (NRF) atua, portanto, na contramão da continuidade do enfretamento dos níveis de desigualdade social. **Além do risco de descontinuidade de serviços, o esforço fiscal proposto na PEC 241/16 constrangerá as proteções assistenciais no campo da garantia de renda operada pelo BPC e pelo PBF.**

Conforme demonstram as projeções apresentadas na terceira seção, caso o NRF entre em vigor, a restrição no financiamento será crescente, ano a ano, impondo, por conseguinte, o encolhimento da cobertura e a redução da efetividade da política de assistência social. **Isto significa, de um lado, desproteger segmentos sociais antes protegidos e, por outro, dificultar novos acessos ao PBF e ao BPC.** Estudos do IPEA não apontam erros de inclusão expressivos nos dois programas de modo a justificar uma expressiva redução da cobertura das famílias atualmente atendidas. A limitação para inclusão de novas famílias, por sua vez, teria graves consequências em caso de agravamento da crise econômica, cujos efeitos negativos – como já se vê no aumento da taxa de desemprego e queda da renda das famílias – exigiria resposta do Estado na forma de garantia de uma renda mínima que assegure ao menos a sobrevivência das famílias deslocadas para situação de pobreza.

Considerando que parte expressiva das despesas primárias, objeto da PEC 241/16, reflete a própria atuação do Estado no campo social, pode-se concluir que o congelamento real dessas despesas por 20 anos representa uma desresponsabilização do Estado com a situação social do país, com impactos em uma progressiva – e deletéria – desvinculação entre a atuação pública no campo social e a dinâmica de desenvolvimento do país. Em outras palavras, a configuração da PEC parece ancorar-se em uma concepção de progresso que desconsidera o papel proeminente dos investimentos públicos em educação, saúde, assistência social e cultura no desenvolvimento. Desse modo, a PEC parece passar ao largo da perspectiva de despesas sociais como um investimento capaz de dinamizar a economia e seu próprio financiamento.

Por fim, cabe problematizar a premissa que sustenta a adoção deste ajuste fiscal de longo prazo, com impactos significativos para a assistência social em seu período de vigência. Na **Exposição de Motivos**, argumenta-se que o NRF seria o único caminho possível para o país sair da crise e a economia voltar a crescer. Entretanto, sabe-se que, recentemente, até mesmo economistas do Fundo Monetário Internacional (FMI) revisaram suas recomendações para os países em crise sobre as políticas de austeridade fiscal: admitiram que tais políticas não só tem custos para o bem-estar social, impactando no aumento das desigualdades sociais, como também podem aumentar o desemprego, prolongando e agravando as crises (Ostry; Loungani; Forceri, 2016). Além disso, Vieira (2016), em meticulosa análise dos principais estudos publicados sobre crises econômicas e ajuste fiscal na área de saúde, revela que, por outro lado, a preservação de determinados programas de proteção social pode ser relevante para a retomada do crescimento econômico em prazo mais curto. **Finalmente, Gobetti e Orair (2015) apontam que o equacionamento dos problemas fiscais não depende exclusivamente do resultado primário, e destacam que a solução não passa pela fragilização do Estado de Bem-Estar Social**

brasileiro, mas sim pela correção de distorções, eliminação de privilégios injustificáveis e por outros mecanismos de distribuição de renda como a progressividade tributária.

Diante de inúmeras evidências sobre os possíveis malefícios da adoção de uma política de ajuste fiscal tão restritiva, **que impactará de forma irreparável as redes protetivas erguidas para atender a população vulnerabilizada pela pobreza e vítimas de diversas situações de violação de direitos, bem como apresentará restrições das políticas sociais como um todo, é imprescindível que se discuta se este é realmente o único caminho para o retorno do crescimento.** (grifamos)

Os impactos detectados pelas pesquisadoras do IPEA para a assistência social são nefastos. Consta-se, assim como o fizera a Professora Laura Carvalho, **a inadequação, a desnecessidade, a existência de alternativas mais efetivas e a sobrecarga da parcela mais pobre de nossa população.**

Também sob a ótica da assistência social, a PEC nº 55, de 2016, é desabridamente inconstitucional, por impor retrocesso social em campo essencial dos direitos fundamentais que dizem diretamente com a vida e com a dignidade dos mais pobres. Exploraremos detalhadamente a violação ao princípio da vedação ao retrocesso social mais adiante neste estudo.

Em todo esse debate sobre a violação do princípio da razoabilidade pela PEC nº 55, de 2016, avulta a questão de seu prazo de vigência – vinte exercícios financeiros, de 2017 a 2036 – combinado com a abrangência de suas regras.

Note-se que a fixação de um prazo determinado para vigência das medidas contidas na PEC foi destacada na Exposição de Motivos Interministerial (EMI) nº 83/2016/MF/MPDG, do Ministério da Fazenda e do Ministério do Planejamento, datada de 15 de junho de 2016, que acompanhou o encaminhamento da PEC nº 241, de 2016 (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal), ao Congresso Nacional. Eis os trechos que nos parecem oportunos:

9. O Novo Regime Fiscal, válido para União, terá duração de vinte anos. Esse é o tempo que consideramos necessário para transformar as instituições fiscais por meio de reformas que garantam que a dívida pública permaneça em patamar seguro. (...) 10. Por ser de duração previamente estabelecida, o Novo Regime Fiscal será inscrito no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. (...) (grifamos)

De fato, destina-se o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias a acolher as proposições que de alguma forma excepcionem as regras gerais contidas na parte permanente da Constituição.

Ademais, a doutrina constitucional reserva às disposições constitucionais transitórias o papel de veicular regras específicas que vigorarão por um prazo determinado. Ocorrido o termo final do prazo estipulado, a situação jurídica volta a ser regrada pelas normas gerais que constam da parte permanente da Constituição Federal.

Essa é a lógica da doutrina constitucional e que, aparentemente, acha-se contemplada pela PEC nº 55, de 2016. Se há propostas específicas que afastam temporariamente as regras permanentes, essas regras não de estar, na topologia constitucional, aninhadas no ADCT.

Trata-se de poderoso argumento de convencimento que detém o Governo em face dos parlamentares e da população em geral. Argumentarão seus defensores que as medidas veiculadas na PEC são duras, mas vigorarão por um período determinado.

Sustentamos, todavia, que, em face da abrangência das disposições e do dilatado prazo de vigência, temos a introdução em nosso ordenamento constitucional de regras permanentes travestidas de temporárias.

Basta uma rápida olhada em nossa história constitucional republicana para constatar que, à exceção primeira Constituição (1891) e da atual Constituição Federal de 1988, todas as demais Constituições⁸ tiveram vigência inferior aos vinte anos propostos para as “regras transitórias” contidas na PEC nº 55, de 2016.

Importante que desenvolvamos esse raciocínio, também, no que se refere, especificamente, ao horizonte temporal das normas permanentes da Constituição de 1988 que regem o processo orçamentário.

Essas normas constam da Seção II (Dos Orçamentos), do Capítulo II (Das Finanças Públicas), do Título VI (Da Tributação e Orçamento). Abrangem os arts. 165 a 169 da CF.

Nelas consta precisamente delineado, sistema lógico, interconectado, que promove as relações necessárias entre as diretrizes, metas e prioridades da administração federal, contidas na lei de diretrizes orçamentárias (LDO) (art.165, II, e § 2º, da CF), que é anual e orienta a elaboração da lei orçamentária anual (LOA) para o exercício financeiro subsequente.

A lei orçamentária anual compreenderá o orçamento fiscal, o orçamento de investimento das estatais e o orçamento da seguridade (art. 165, III, e § 5º, da CF).

⁸ A Constituição de 1946, a despeito de ter sido formalmente substituída pela Constituição de 1967, perdeu sua força normativa e eficácia com a ruptura institucional promovida pelo Golpe Militar de 1964.

A lei de diretrizes orçamentárias (LDO) e a lei orçamentária anual (LOA) devem ser compatíveis com o plano plurianual (PPA) que tem a função de reduzir desigualdades inter-regionais (art. 165, § 7º) e estabelecer, de forma regionalizada, as diretrizes, objetivos e metas da administração federal para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (art. 165, I, e § 4º, da CF) e tem vigência até o final do primeiro exercício financeiro do mandato presidencial subsequente (art. 35, § 2º, do ADCT).

É fundamental que atentemos para o prazo de vigência dos instrumentos de planejamento e orçamento previstos na parte permanente da Constituição Federal: **a LDO e a LOA são anuais enquanto o PPA, que é o instrumento de planejamento de longo prazo previsto na parte permanente da CF, tem a validade de 4 (quatro) anos.**

Todos esses instrumentos de planejamento e orçamento são de iniciativa do Poder Executivo, por força do que determina o *caput* do art. 165.

Assegura-se a continuidade das políticas, programas e projetos com a previsão de que o último ano de vigência de um PPA elaborado num determinado governo coincida com o primeiro ano do outro governo. Impede-se, assim, a solução de continuidade de importantes ações governamentais.

Trata-se, pois, de sistema lógico, articulado e estruturado. E mais, o horizonte temporal máximo de vigência de seu instrumento de planejamento de longo prazo é de 4 anos.

Percebe-se, pois, o total descabro de pretender inserir regras “transitórias” que disciplinam a elaboração orçamentária por 20 (anos)!

Não nos esqueçamos, ainda, que o texto constitucional previu, em seu art. 163, a disciplina, por lei complementar, das finanças públicas.

O texto constitucional foi integrado nessa parte pela Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que *estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*, a chamada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF), que confere tratamento mais do que suficiente ao tema. Inclusive com a previsão de sanções aos gestores que a descumprirem.

As regras previstas na PEC nº 55, de 2016, que impõem um drástico congelamento das despesas primárias de todos os Poderes da União, além do Ministério Público e da Defensoria Pública da União, com impactos generalizados em todos os

serviços públicos e em todas as políticas públicas são, na verdade, normas permanentes e paralelas ao regramento atual.

É pacífico para a doutrina e jurisprudência constitucional que as normas transitórias representem exceções à regra geral contida na parte permanente da Constituição.

Há uma relação estreita entre a parte transitória e a parte permanente dos textos constitucionais. Aquela existirá para disciplinar relações jurídicas enquanto determinadas circunstâncias factuais e jurídicas não se implementarem.

Assim que se implementarem essas circunstâncias – e o prazo aí há de ser razoável, compatível com a natureza transitória da norma – passarão a ser regidas pelas regras permanentes da Constituição.

Veja-se, nesse sentido, extrato da ementa do que decidido pelo STF, no julgamento da ADI nº 829, ocorrido em 14 de abril de 1993, relator o Ministro Moreira Alves:

EMENTA: (...) CONTENDO AS NORMAS CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS EXCEÇÕES A PARTE PERMANENTE DA CONSTITUIÇÃO, NÃO TEM SENTIDO PRETENDER-SE QUE O ATO QUE AS CONTÉM SEJA INDEPENDENTE DESTA, ATÉ PORQUE É DA NATUREZA MESMA DAS COISAS QUE, PARA HAVER EXCEÇÃO, É NECESSÁRIO QUE HAJA REGRA, DE CUJA EXISTÊNCIA AQUELA, COMO EXCEÇÃO, DEPENDE. A ENUMERAÇÃO AUTÔNOMA, OBVIAMENTE, NÃO TEM O CONDÃO DE DAR INDEPENDÊNCIA AQUILO QUE, POR SUA NATUREZA MESMA, É DEPENDENTE. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE QUE SE JULGA IMPROCEDENTE.
(grifamos)

Não é isso que ocorre na PEC nº 55, de 2016.

A caracterização desses dispositivos que conformam o “Novo Regime Fiscal” como normas transitórias, constitui mais uma violação ao ordenamento jurídico-constitucional prático, uma clara inconstitucionalidade que consiste na violação ao princípio do devido processo legal aplicado ao processo legislativo e ao princípio da razoabilidade, direitos fundamentais albergados no inciso LIV do art. 5º da CF, cláusula pétrea de nossa Constituição pelo que determina o inciso IV do § 4º de seu art. 60, visto que a abrangência e a perspectiva temporal de vigência das regras do NRF em nada são compatíveis com o perfil de normas temporárias e transitórias.

Apreciando ainda a questão da violação ao princípio da razoabilidade, temos que o **§ 3º do art. 104**, que o art. 1º da PEC pretende acrescentar ao ADCT, assevera que no caso de descumprimento de qualquer dos limites individualizados de que trata o *caput* do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, **fica vedada a concessão da revisão geral prevista no inciso X do *caput* do art. 37 da Constituição.**

Trata-se de disposição que viola o princípio da razoabilidade, dimensão substantiva do devido processo legal, previsto no inciso LIV, do art. 5º da CF, com *status* de direito fundamental, e que rompe a lógica orgânica da própria proposta de emenda à Constituição.

O “Novo Regime Fiscal” funda-se, essencialmente, no congelamento das despesas com valores de 2016, admitindo-se, a partir de 2017, que essas despesas sejam corrigidas pelo valor da inflação apurado no exercício anterior por intermédio da adoção do IPCA/IBGE. Esse é o limite de despesas primárias de todos os Poderes e órgãos elencados no art. 102 do ADCT proposto pela PEC nº 55, de 2016.

Ora, o que a revisão geral da remuneração prevista no inciso X do art. 37 da CF estabelece é a mera recomposição do poder de compra da remuneração dos servidores, corroído pela espiral inflacionária, consoante entendimento pacífico do STF.

Como impor a sanção de vedar a recomposição com base na inflação se esse é um dos principais vetores do NRF?

Interessante constatar que a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, que *estabelece normas de finanças públicas voltadas para a responsabilidade na gestão fiscal e dá outras providências*, a chamada Lei de responsabilidade Fiscal (LRF), confere tratamento distinto e, a nosso sentir, adequado e constitucional ao tema.

Ao tratar das despesas obrigatórias, seu **art. 17** dispõe de forma detalhada sobre os requisitos a serem adimplidos em caso de criação ou aumento de despesa obrigatória. O *caput* conceitua despesa obrigatória de caráter continuado. Seu **§ 1º** prevê que os atos que criarem ou aumentarem despesa de que trata o *caput* **deverão ser instruídos com a estimativa prevista no inciso I do art. 16 e demonstrar a origem dos recursos para seu custeio.** O inciso I do art. 16, referenciado pelo § 1º do art. 17, estabelece, por seu turno, que a **criação, expansão ou aperfeiçoamento de ação governamental que acarrete aumento da despesa será acompanhado de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva entrar em vigor e nos dois subsequentes.**

Todavia, seu § 6º excepciona, em sua parte final, a aplicação das exigências e requisitos previstos no § 1º do art. 17 da LRF às despesas destinadas ao reajustamento de remuneração de pessoal de que trata o inciso X do art. 37 da Constituição. E o faz, de maneira correta, por entender que a revisão geral anual da remuneração dos servidores públicos é obrigatória em face do que dispõe o inciso X do art. 37, com a redação conferida pela Emenda Constitucional nº 19, de 4 de junho de 1998, e tem o único objetivo de preservar o poder de compra dessas remunerações.

Constatamos outra violação ao princípio da razoabilidade ao analisarmos o art. 107, que prevê que as disposições introduzidas pelo NRF não constituirão obrigação de pagamento futuro pela União ou direitos de outrem sobre o erário (inciso I).

Trata-se de inusitado, desarrazoado e inconstitucional mecanismo de defesa criado pela PEC que, em síntese, sustenta que, se do regime instituído por essa PEC, em caso de sua aprovação pelo Congresso Nacional, resultarem direitos e benefícios a quem quer que seja oponíveis ao erário, esses direitos não poderão ser exercidos.

Cuida-se da reinstituição da irresponsabilidade absoluta do Estado sobre seus atos que decorram de normas aprovadas em sede de emenda constitucional, em grave afronta ao regime da responsabilidade objetiva instituído pelo art. 37, § 6º, da CF, que obriga o Estado a indenizar os danos causados por seus agentes, independentemente da apuração da existência de dolo ou culpa. Pior do que não ressarcir os danos causados aos particulares, a PEC visa a eximir o Estado de assegurar direitos criados por normas constitucionais por ele aprovadas.

Objetiva-se evitar questionamentos futuros em face das vedações impostas pelo art.104.

Prevê, ainda, que essas disposições não revogam, dispensam ou suspendem o cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas (inciso II do art. 107).

Pretende-se com essa regra genérica que as normas excepcionais e transitórias criadas pela PEC nº 55, de 2016, não eliminem outras regras constitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas. Visa-se à suposta harmonização do novo regime fiscal com o ordenamento constitucional e infraconstitucional vigente relacionado às finanças públicas.

Como pretender a harmonização se as regras criadas ou eliminam as existentes ou a elas se superpõem?

2.4. A violação ao voto direto, secreto, universal e periódico

Há outra natureza de violações às cláusulas pétreas, dispositivos imodificáveis, de nosso texto constitucional, perpetrada pela PEC nº 55, de 2016.

Trata-se da violação ao voto direto, secreto, universal e periódico, previsto no inciso II do § 4º do art. 60 da CF, a despeito de inexistir qualquer menção em seu texto à suspensão ou à vedação de realização de eleições diretas para Presidente da República e para os membros do Congresso Nacional. Intactas estão as regras dos arts. 44, 45, 46 e 77 da CF. Explicamos.

No sistema presidencialista, a elaboração da peça orçamentária anual assim como do plano de longo prazo (plano plurianual) e seu encaminhamento ao Poder Legislativo para discussão e aprovação são atribuições das mais nobres do Chefe do Poder Executivo.

O art. 84, inciso II, da CF dispõe ser competência privativa do Presidente da República exercer a direção superior da administração federal com o auxílio dos Ministros de Estado.

É na peça orçamentária que se materializam as concepções de organização e funcionamento do Governo; é onde se externam o papel do Estado e os mecanismos de articulação com a sociedade. É nesse instrumento que as políticas públicas, programas e projetos de governo ganham forma.

A Constituição de 1988, como vimos, trata desse tema nos arts. 165 a 169 da CF, estabelecendo, no *caput* do art. 165, a reserva de iniciativa que cabe ao Poder Executivo em matéria orçamentária. Essa competência consta, também, no inciso XXIII do art. 84 da CF.

Na construção das peças orçamentárias de curto e longo prazo, a definição das metas e limites de despesas e de receitas, a priorização da alocação dos recursos e a fixação de objetivos são elementos centrais e estratégicos.

Eliminar, como pretende a PEC nº 55, de 2016, a possibilidade de o Chefe do Poder Executivo – legitimamente eleito pelo povo, por intermédio do voto direto, secreto, universal e periódico – definir o limite de despesas de seu Governo significa retirar-lhe uma de suas principais prerrogativas de orientação, direção e gestão. Significa atar-lhe as mãos e impedi-lo de fixar suas diretrizes e definir suas estratégias. Em última análise, significa impedi-lo de exercer, em sua plenitude, o mandato que lhe foi conferido pela soberania popular, prevista no parágrafo único do art. 1º da CF.

Reiteramos que, aprovada a PEC, essa circunstância limitadora da atuação do Chefe do Poder Executivo federal vigorará por 20 (vinte) exercícios financeiros, que correspondem a 20 (vinte) anos, **que por sua vez correspondem a 5 (cinco) mandatos presidenciais e a 5 (cinco) legislaturas do Congresso Nacional.**

Adotando esse mesmo raciocínio, temos que as prerrogativas de debater e decidir os desígnios do Governo e de participar ativamente da alocação de recursos orçamentários reconquistadas pelo Congresso Nacional na Constituição de 1988 – na medida em que, durante a ditadura militar, as peças orçamentárias eram aprovadas, em regra, por decurso de prazo, consoante previsão constitucional existente à época – deixam de existir, na prática, com a aprovação da PEC nº 55, de 2016, eis que um dos núcleos essenciais do debate, a fixação do limite das despesas primárias de todos os Poderes da União, do Ministério Público da União e da Defensoria Pública da União já se encontra pré-estabelecido por vinte anos.

Assim, nas próximas cinco legislaturas a partir de 2017 e até 2036, os representantes da população na Câmara dos Deputados e os representantes dos Estados e do Distrito Federal no Senado Federal, eleitos democraticamente pelo povo, sabem que exercerão um mandato fracionado, amputado, em que lhes é interdito debater o teto de gastos linear e tecnocraticamente fixado pela PEC nº 55, de 2016.

Entendemos, pelo exposto, estar caracterizada a mitigação do voto direto, secreto, universal e periódico, cláusula pétrea de nosso ordenamento constitucional, consoante o estipulado pelo inciso II o § 4º do art. 60 da CF.

2.5. A violação ao princípio da intranscendência da pena em sua dimensão institucional

O **art. 104** proposto pelo art. 1º da PEC estabelece que no caso de descumprimento de limite individualizado, aplicam-se, até o final do exercício de retorno das despesas aos respectivos limites, ao Poder Executivo ou a Poder ou órgão elencado nos incisos II a V do *caput* do art. 102 do ADCT que o descumpriu, sem prejuízo de outras medidas, as seguintes vedações:

I – concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal decorrente de atos anteriores à entrada em vigor desta Emenda Constitucional;

II – criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III – alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV – admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios;

V – realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV;

VI – criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares;

VII – criação de despesa obrigatória; e

VIII – adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do *caput* do art. 7º da Constituição.

O § 1º do art. 104 estabelece que as vedações previstas nos incisos I, III e VI do *caput*, quando descumprido qualquer dos limites individualizados dos órgãos elencados nos incisos II (diversos Tribunais e ramos da Justiça Federal), III (Casas do Congresso Nacional e TCU) e IV (Ministério Público da União e CNMP) do *caput* do art. 102 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aplicam-se ao conjunto dos órgãos referidos em cada inciso.

Assim, por exemplo, se o TCU descumprir os limites a ele estabelecidos, os servidores da Câmara dos Deputados não poderão ter sua carreira reestruturada. Na mesma linha, se o STF extrapolar seu teto de despesas individualizado, o servidor da Justiça Federal de primeira instância de Roraima não poderá ter majorado nenhum auxílio recebido com base em disposições legais.

Trata-se, a toda evidência, de transbordamento inconstitucional e desarrazoado de sanção que atingiria determinado Poder ou órgão.

Esse mecanismo viola o princípio da individualização da pena, em analogia ao disposto no art. 5º, inciso XLV, da CF. Nesse sentido, registre-se existir jurisprudência no STF (ver Agravo Regimental na Ação Cível Originária nº 2099, DJ de 22/02/2016) que inadmite a transcendência da pena no caso de punições fixadas com base no descumprimento de preceitos da Lei de Responsabilidade Fiscal.

2.6. A violação ao princípio da vedação ao retrocesso social

A PEC nº 55, de 2016, **também trata das aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino, direitos sociais fundamentais previstos na parte permanente da CF, respectivamente, no inciso I do § 2º do art. 198 e no caput do art. 212.**

O art. 105 desmembra em **dois momentos** as aplicações mínimas em saúde e em educação no âmbito do NRF.

No primeiro momento, no exercício de 2017, consoante o estabelecido no inciso I do art. 105, preservam-se as regras constitucionais permanentes atualmente em vigor.

Afirma-se nesse dispositivo que as aplicações mínimas em saúde e educação equivalerão, *no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição.*

E o que estabelecem os mencionados dispositivos da parte permanente da CF?

As aplicações mínimas em saúde no âmbito da União correspondem, consoante o estabelecido no inciso I do § 2º do art. 198 da CF, **a um percentual da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro**. Eis o dispositivo ao qual nos referimos:

Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes:

.....

§ 2º A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarão, anualmente, em ações e serviços públicos de saúde **recursos mínimos derivados da aplicação de percentuais calculados sobre:**

I – no caso da União, a receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro, não podendo ser inferior a 15% (quinze por cento);

.....(grifamos)

Logo, pelo texto permanente da Constituição, a União é obrigada a aplicar anualmente, no mínimo, 15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro.

No que tange à educação, a regra geral prevista na parte permanente da CF, mais precisamente no *caput* do art. 212, é a seguinte:

Art. 212. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino.

.....(grifamos)

A aplicação de recursos mínimos anuais na manutenção e desenvolvimento do ensino preserva a lógica de estar atrelada à arrecadação dos entes federados, **devendo a União aplicar não menos do que 18% de sua receita resultante de impostos.**

Essas regras são preservadas pela PEC apenas para o exercício de 2017, consoante o **inciso I do art. 105**, que se pretende acrescer ao ADCT.

O segundo momento quanto à aplicação dos recursos mínimos em saúde e educação é previsto no inciso II do art. 105 e se destina aos dezenove exercícios posteriores (de 2018 a 2036) abrangidos pela PEC.

Estabelece o **inciso II do art. 105** que, nos exercícios posteriores, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e educação equivalerão aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior (2017), corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, qual seja, **pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.**

Assim, a partir de 2018, **em vez de ser uma função da receita corrente líquida** (15% da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro) **no caso da saúde, e de uma função da arrecadação com impostos** (18% no caso da União) **na educação, os recursos mínimos aplicados nessas duas áreas estratégicas** da atuação do Estado brasileiro que buscam assegurar acesso universal a dois dos mais importantes direitos sociais fundamentais, **passam a ser uma mera atualização monetária** (correção pela variação inflação do ano anterior medida pelo IPCA) **dos recursos alocados em 2017.**

O ano de 2017 passa a ser, num delírio ficcional constitucional, arbitrado artificialmente, a base ideal de recursos mínimos em saúde e educação sobre a qual incidem as revisões inflacionárias para os próximos dezenove anos na área da educação e da saúde.

Para que essa nova perspectiva de alocação de recursos orçamentários para a área da saúde prevaleça, a PEC nº 55, de 2016, teve que propor a revogação do art. 2º da Emenda Constitucional (EC) nº 86, de março de 2015, que *altera os arts. 165, 166 e 198 da Constituição Federal para tornar obrigatória a execução da programação orçamentária que especifica*, aprovada há pouco mais de um ano.

O **art. 2º da EC nº 86, de 2015**, estabelece, ao tratar sobre os recursos mínimos a serem aplicados pela União na área de saúde, que o disposto no inciso I do § 2º do art. 198 da CF será cumprido progressivamente, garantidos, no mínimo: **em 2016, 13,2% (treze inteiros e dois décimos por cento) da receita corrente líquida no primeiro exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (**inciso I**); **em 2017, 13,7% (treze inteiros e sete décimos por cento) da receita corrente líquida no segundo exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (**inciso II**); **em 2018, 14,1% (quatorze inteiros e um décimo por cento) da receita corrente líquida no terceiro exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (**inciso III**); **em 2019, 14,5% (quatorze inteiros e cinco décimos por cento) da receita corrente líquida no quarto exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional (**inciso IV**); **em 2020, 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida no quinto exercício financeiro subsequente** ao da promulgação desta Emenda Constitucional.

Os dados disponíveis demonstram que os gastos em saúde e em educação em 2016 foram submetidos a profundos cortes. Assim, ainda que a PEC preserve num primeiro momento (2017) os mecanismos de fixação de recursos mínimos para esses dois setores com base na arrecadação, a base sobre a qual incidirão será bastante reduzida.

A partir de 2018, então, a utilização do mecanismo previsto para correção do limite de despesas para os próximos dezenove exercícios terá o condão de apenas atualizar monetariamente os valores obtidos em 2017.

Trata-se, na realidade, de congelamento dos gastos em educação e saúde de 2018 até 2036, com o agravante de saber que os recursos atualmente alocados são incapazes de atender a demanda de universalização do atendimento na área de saúde e de educação.

Entendemos necessário aprofundar um pouco a análise da matéria. Iniciemos pela **área da saúde**.

É ocioso falar das limitações do Sistema Único de Saúde a despeito de todo o esforço de todos os profissionais que nele atuam em todos os níveis da federação e dos gestores que nos últimos anos alocaram recursos de forma crescente. Muito há a ser feito e o congelamento das despesas por dezenove anos além de impedir que se avance no sentido da universalização, resultará em regressão da cobertura social já promovida.

Sabemos que em períodos de recessão as taxas de desemprego aumentam drasticamente e as pessoas, além de perderem seus empregos, perdem seus planos de saúde vinculados ao emprego, fazendo com que a pressão sobre os serviços públicos de saúde aumente.

Ademais são evidentes as perspectivas de aumento populacional, das taxas de expectativa de vida e de envelhecimento da população o que gera outro vetor de pressão sobre a saúde pública, tanto no que se refere ao atendimento hospitalar, com consultas e exames, como na demanda por remédios para doenças crônicas e outras doenças.

Assim, congelar despesas em saúde, com base nos recursos efetivamente pagos em 2016, que já foram submetidos a forte contração em face dos ajustes fiscais que já vem sendo feitos nos últimos dois anos, levará, inexoravelmente, a uma diminuição da cobertura dos serviços públicos de saúde.

No estudo intitulado “**Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil**”⁹, os pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), Fabíola Vieira e Rodrigo Benevides, **analisam, com detalhe, os efeitos da PEC nº 241, de 2016** (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal), **sobre a saúde**.

Os pesquisadores apresentam vários cenários sobre a evolução dos recursos mínimos aplicados em saúde com as regras constitucionais e infraconstitucionais em vigor, que se baseiam em percentual aplicado sobre a receita corrente líquida e com aquelas propostas pela PEC nº 241, de 2016 (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal), com base nas despesas primárias corrigidas anualmente, a partir de 2018, já que em 2017 mantêm-se as regras atuais. As conclusões são aterradoras.

⁹ In: *Nota Técnica nº 28*. Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA). Brasília: setembro/2016, 25 pags.

Segundo os pesquisadores,

Pelo exposto nesta Nota Técnica, fica claro que a PEC 241 impactará negativamente o financiamento e a garantia do direito à saúde no Brasil. Congelar o gasto em valores de 2016, por vinte anos, parte do pressuposto equivocado de que os recursos públicos para a saúde já estão em níveis adequados para a garantia do acesso aos bens e serviços de saúde, e que a melhoria dos serviços se resolveria a partir de ganhos de eficiência na aplicação dos recursos existentes. Ademais, o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará e envelhecerá de forma acelerada. Assim, o número de idosos terá dobrado em vinte anos, o que ampliará a demanda e os custos do SUS.

Caso seja aprovada, a PEC 241 tampouco possibilitará a redução das desigualdades na oferta de bens e serviços de saúde no território nacional. Não só não haverá espaço no orçamento para tanto, como o teto das despesas primárias, em um contexto de aumento acelerado das despesas previdenciárias, levaria a um processo de disputa das diversas áreas do governo por recursos cada vez mais escassos. **Como o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, a redução do gasto com saúde e dos gastos com políticas sociais de uma forma geral afetará os grupos sociais mais vulneráveis, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais e para a não efetivação do direito à saúde no país.**

Não se desconhece o problema da queda da arrecadação e da crise econômica no país. O que se espera é que a solução para o déficit público seja pensada de acordo com as suas reais e diversas causas. A proposta de um ajuste fiscal focado exclusivamente nas despesas primárias, por vinte anos, afeta particularmente as políticas sociais e desconsidera o efeito de tal medida para o desenvolvimento econômico e social do país no médio e longo prazos.

É possível melhorar o desempenho da administração pública no Brasil e, por conseguinte, do SUS, mas **é necessário haver decisão política para implementar medidas que promovam o uso eficiente dos recursos em toda a federação.** Não parece crível que os recursos do SUS possam ser reduzidos na atual situação e que se possa ao mesmo tempo melhorar sua eficiência. **É preciso investir em pessoas e tecnologias, além de melhorar a infraestrutura do sistema, algo difícil de fazer no curto prazo. Para tanto, é necessário alocar recursos.**

Por fim, o que se espera é que a PEC 241 seja amplamente debatida e que seus efeitos sejam avaliados não apenas para a economia, mas acima de tudo para as pessoas, para os 206 milhões de cidadãos do país. Essa mudança constitucional reduzirá o grau de liberdade da política fiscal dos dois próximos mandatos presidenciais, e não deveria ser aprovada sem um amplo debate. Que visão de futuro se tem para o Brasil? Espera-se ter um país socialmente mais desenvolvido daqui a vinte anos? Então é preciso refletir sobre os impactos de uma decisão que ocasionaria o desfinanciamento de políticas que promovem a saúde e a inclusão social no país. (grifamos)

Depreende-se da análise realizada pelos pesquisadores do IPEA, que o Governo parte de um diagnóstico correto sobre a existência de severa crise fiscal, todavia, apresenta proposta equivocada para seu equacionamento no âmbito da saúde.

Ademais, indicam que, ao contrário do proposto, a necessária busca por melhor desempenho no âmbito da administração pública como um todo e no Sistema Único de Saúde, em especial, passa pela adoção de medidas alternativas, de longo prazo, como o investimento em pessoas e tecnologias, além da melhoria em infraestrutura do sistema e alocação de recursos.

Como se percebe, resta demonstrado que a PEC nº 55, de 2016, sob a ótica da saúde pública, é totalmente desproporcional, porquanto é inadequada, desnecessária e ignora as alternativas que efetivamente equacionariam o problema da gestão eficiente dos recursos no âmbito do SUS, além de gerar ônus demasiados a serem suportados pela população mais pobre do país.

Estando presentes todos os elementos exigidos pela doutrina constitucional, não há como afastar, também sob a ótica da saúde, o juízo de inconstitucionalidade por violação do princípio da razoabilidade ou proporcionalidade previsto no inciso LIV do art. 5º da CF, direito fundamental e cláusula imodificável de nossa Constituição.

No campo da educação, o raciocínio é o mesmo. Longe estamos de atender ao dever constitucional atribuído ao Estado e à família, contida no *caput* do art. 205 da CF de promover a educação visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho.

Acha-se, também, distante de ser cumprida, a promessa de universalização do ensino contida no inciso II do art. 208, no § 4º do art. 211, no § 3º do art. 212, e no inciso II do art. 214, todos da CF.

Os valores alocados em 2016, que serão a base para a incidência dos mecanismos de reajuste propostos na PEC, são totalmente insuficientes.

O congelamento real a partir de 2017 significará verdadeiro retrocesso no atendimento às demandas crescentes endereçadas à educação pública. Paralelamente ao esforço de assegurar escola na idade adequada para todas as crianças, há que se registrar que em períodos recessivos, muitos pais retiram seus filhos de escolas particulares e os matriculam em escolas públicas. A tendência do sistema nos próximos anos é de acolher um número crescente de estudantes.

Os recursos atuais, que já são insuficientes, serão escassos, com impactos negativos no atendimento dos usuários dos serviços públicos.

Registramos que o art. 214 da CF faz menção ao Plano Nacional de Educação (PNE), estabelecido em lei, com vigência de dez anos, e que tem como principal objetivo articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração.

O Plano Nacional de Educação possui ambiciosos objetivos fixados no âmbito da Constituição (incisos do art. 214), que demandam a ampliação dos recursos investidos e o aumento da eficiência em sua utilização, quais sejam: erradicação do analfabetismo (inciso I); universalização do atendimento escolar (inciso II); melhoria da qualidade do ensino (inciso III); formação para o trabalho (inciso IV); promoção humanística, científica e tecnológica do País (inciso V); estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto (inciso VI).

Chama atenção o objetivo, previsto no inciso VI do art. 214 da CF, de estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.

O Plano Nacional de Educação (PNE) foi aprovado pela Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014.

Seu art. 2º, inciso VIII, veicula a diretriz de estabelecer *meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do Produto Interno Bruto – PIB, que assegure atendimento às necessidades de expansão, com padrão de qualidade e equidade*.

Consta, ainda, do Anexo à Lei do PNE, que elenca suas metas e estratégias, a Meta de nº 20, que estabelece:

Meta 20: ampliar o investimento público em educação pública de forma a atingir, no mínimo, o patamar de 7% (sete por cento) do Produto Interno Bruto – PIB do País no 5º (quinto) ano de vigência desta Lei e, no mínimo, o equivalente a 10% (dez por cento) do PIB ao final do decênio. (grifamos)

A PEC nº 55, de 2016, ao propor, como piso de aplicação de recursos na educação, para os próximos vinte anos, as aplicações mínimas corrigidas apenas pela inflação, desrespeita expressamente determinação constitucional contida na parte permanente da Constituição. Trata-se de situação contraditória plantada em nosso ordenamento pela PEC nº 55, de 2016, e que gerará conflitos, judicialização e insegurança jurídica.

Não há espaço razoável para harmonização da regra prevista no art. 214, inciso VI, da parte permanente da CF, e na Lei do PNE, com a regra proposta pela PEC nº 55, de 2016, para aplicação de recursos mínimos na educação. A PEC nº 55, de 2016, faz tábula rasa dessas determinações constitucionais.

Importante tratar, neste momento do estudo, em que já dispomos de análises mais detalhadas sobre saúde, educação e assistência social, **do princípio da vedação ao retrocesso social**.

Ainda no século XX, o constitucionalismo mundial se deparou com a afirmação dos direitos sociais de segunda geração, ou dimensão, que visava a exigir do Estado comportamento ativo na realização da justiça social. Era o direito de participar do bem-estar social que se pleiteava.

Esses direitos fundamentais alcançaram os textos das constituições em diversas partes do mundo e caracterizam-se, segundo Ingo Sarlet, como outorga ao indivíduo do direito a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, etc.¹⁰

Em nosso ordenamento constitucional atual, por serem direitos fundamentais, eles se encontram protegidos contra qualquer iniciativa legislativa e administrativa que vise a mitigar sua abrangência e a violar seu núcleo essencial, à luz do que estabelece o art. 60, § 4º, inciso IV, c/c o art. 5º, § 2º e art. 6º, todos da CF.

Para Paulo Bonavides¹¹ a caracterização dos direitos sociais como direitos fundamentais está a exigir a proteção devida do Poder Judiciário contra leis que visem atingi-los em seu núcleo essencial:

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, **interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. (...) Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais**, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, **padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade**, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição. (grifamos)

¹⁰ In: *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004, p. 55.

¹¹ In: *Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 594-595.

A perspectiva de redução de recursos alocados à saúde e à educação, por intermédio de PEC, mitiga a essência protetora dos direitos sociais, considerados direitos fundamentais de segunda geração.

Além de impedir a ampliação de beneficiários, a restrição imposta pelo congelamento por vinte anos das despesas com saúde e educação imporá redução na cobertura hoje realizada.

Será possível admitir, constitucionalmente, essa espécie de retrocesso na abrangência dos direitos sociais?

A doutrina da vedação ao retrocesso social muito se inspirou em J.J. Gomes Canotilho¹² que afirmara:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, **sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação”, ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.** Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um *status quo* social, mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial. **A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.** (grifamos)

Constatamos, ao analisar a PEC nº 55, de 2016, a **inexistência de quaisquer medidas compensatórias ou “esquemas alternativos”,** no dizer de Canotilho, **que pudessem mitigar a aniquilação dos direitos sociais promovida pelo congelamento de despesas primárias pelos próximos vinte anos, o que reforça a compreensão de estarmos diante de flagrante violação ao texto constitucional,** que consiste na mitigação de direitos fundamentais, direitos esses considerados inatingíveis pelo inciso IV do § 4º do art. 60 da CF.

A ex-Diretora da Escola da Advocacia-Geral da União e Advogada da União, Juliana Sahione Neiva, tem se valido, em suas pesquisas no Mestrado em Direitos Fundamentais na Universidade de Lisboa sobre crise financeira e normas constitucionais, da moderna doutrina constitucional portuguesa de Jorge Reis Novais¹³ e

¹² In: Direito Constitucional e Teoria da Constituição. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000, pp.339-340.

¹³ *Em Defesa do Tribunal Constitucional*: resposta aos críticos. Coimbra: Almedina, 2016.

de Paulo Otero¹⁴. Ambos os autores trabalham com a temática da vedação ao retrocesso social na edição de leis restritivas de direitos fundamentais.

Em trecho significativo de sua obra, Paulo Otero afirma¹⁵:

Pode uma norma que cria ou desenvolve um direito fundamental ser revogada ou modificada no sentido de reduzir o nível de protecção ou o âmbito de operatividade desse direito fundamental? Será que o legislador goza de uma margem de liberdade de retrocesso em direitos fundamentais?

Entendemos que a resposta a tais interrogações exigem que se diferenciem duas situações: (1^a) **existem casos de proibição absoluta de retrocesso e, por outro lado, (2^a) casos de mera proibição de arbitrariedade no retrocesso. Na primeira hipótese, estando em causa direitos fundamentais directamente ligados à inviolabilidade da vida humana e às condições mínimas inerentes à dignidade humana, deve entender-se que vigora uma proibição absoluta de retrocesso; o legislador nunca pode colocar em causa o nível já alcançado de protecção da inviolabilidade da vida humana, nem reduzir os parâmetros mínimos indispensáveis à garantia da dignidade humana. Se o fizer, decididamente que a conduta será sempre inconstitucional.** Na segunda hipótese, estando em causa situações de simples proibição de arbitrariedade no retrocesso, uma vez que não se trata de direitos fundamentais directamente ligados à inviolabilidade da vida humana ou às condições mínimas inerentes à dignidade humana, regista-se que tais normas gozam, no entanto, de uma particular resistência contra alterações que visem diminuir o seu âmbito de protecção ou ainda ou ainda o respectivo espaço de operatividade que estava a ser efetivamente implementado, **exigindo-se que qualquer modificação de conteúdo reducionista, envolvendo uma “marcha-atrás” no nível já alcançado de consagração no direito fundamental, seja justificada por uma razão idônea de necessidade e adequação a produzir esse efeito.**

A **proibição do retrocesso arbitrário**, ao contrário do que sucede com os casos de proibição absoluta, não impede a “marcha-atrás” ou a evolução em sentido retrógrado dos direitos fundamentais, **exigindo ao decisor, todavia, um dever de fundamentar a solução modificativa a introduzir e, por esta via, abrindo a subsequente possibilidade de controlo judicial sobre a validade e idoneidade da justificação usada face à alteração introduzida:** o que se encontra aqui excluído não é o retrocesso, insista-se; o que está vedado é o arbítrio na decisão do retrocesso em matéria de direitos fundamentais. (grifamos)

¹⁴ *Instituições Políticas e Constitucionais*. vol.1. Coimbra: Almedina, 2016.

¹⁵ *Idem*, ibidem, p. 595.

Adotando os parâmetros desenvolvidos por Otero, não temos dúvida em afirmar que o retrocesso social causado pela PEC nº 55, de 2016, no que tange à saúde, educação e assistência social enquadra-se na primeira hipótese por ele aventada.

Estamos no campo dos direitos fundamentais diretamente relacionados à inviolabilidade da vida humana e às condições mínimas inerentes à dignidade das pessoas. As alterações propostas pela PEC nº 55, de 2016, que geram drástica redução nos recursos alocados nessas áreas, atingem o núcleo essencial desses direitos fundamentais, eis que diretamente conectados com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana.

A vedação ao retrocesso social, nesses casos, é absoluta e destina-se a salvaguardar o mínimo existencial já conferido aos brasileiros mais necessitados. Nesse sentido, não há como concluir de forma diversa: o art. 105 é inconstitucional.

Quanto aos demais direitos fundamentais afetados pelo congelamento de despesas primárias promovido pela PEC nº 55, de 2016, que não se enquadram na classificação anterior, em acréscimo ao que já foi afirmado neste estudo, entendemos que o retrocesso social também há de ser vedado, pois inexistente **razão idônea quanto à necessidade e adequação que justifique a promoção do referido congelamento de despesas por vinte anos em uma conjuntura recessiva, marcada por forte pressão por aumento de demanda de serviços públicos, e partindo de uma base (despesas primárias efetivamente realizadas em 2016) de todo defasada.**

A resistência constitucional ao retrocesso no campo social – como o provocado pela PEC nº 55, de 2016 – tem como fundamento, acima de tudo, a justiça.

É o que afirma Paulo Bonavides¹⁶ nessa lapidar passagem:

Em suma, por este prisma, Estado social não é norma nem sistema de normas; é direito e sistema de direitos; é direito social tendo a justiça por sinônimo e os princípios por fundamento. Compõe, de conseguinte, a matéria, a essência, a substância do terceiro Estado de Direito: **o Estado justo das leis justas, o superlativo da legitimidade.** (grifamos)

Registre-se, por oportuno, que em Nota publicada em seu sítio, no dia 10 de outubro de 2016, a Associação dos Juizes Federais do Brasil (AJUFE) se posiciona contrariamente à PEC nº 241, de 2016 (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal)¹⁷.

¹⁶ In: *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 228.

¹⁷ Disponível em: <http://www.ajufe.org/imprensa/ajufe-na-imprensa/nota-da-ajufe-sobre-a-pec-241/>. Acesso em 18 de abril de 2016.

Extraímos alguns trechos que nos parecem oportunos para a reflexão que vimos desenvolvendo neste estudo:

O governo faz manobras para aprovar rapidamente a emenda, sem qualquer debate prévio e amplo com participação da população, que vai sofrer diretamente seus efeitos.

Investimentos em áreas essenciais – saúde, educação e assistência social – estarão limitados caso referida emenda constitucional seja aprovada, e nenhum debate é proposto para que a sociedade civil possa ter conhecimento do alcance dessa reforma e das suas consequências.

O mero reajuste pela inflação não é suficiente para suprir a despesa gerada pelo simples aumento da população que, em situações de crise economia depende ainda mais dos serviços públicos.

Outrossim, o raciocínio de que o rombo no orçamento federal vem do pagamento de salários ao funcionalismo público não pode ser levado em consideração, uma vez que os valores apontados em ranking recentemente divulgado pelo jornal *O Estado de São Paulo* não correspondem à realidade, especialmente da magistratura federal.

E, ao contrário do que ali consta, **o Poder Judiciário sofreu fortemente com os cortes orçamentários impostos para o ano corrente, o que já vem prejudicando a prestação do serviço e a própria manutenção dos fóruns, gerando demissões em massas de funcionários terceirizados que lidavam com a limpeza e segurança e também de estagiários.**

A alegada independência orçamentária do Poder Judiciário não existe na prática, apesar de constitucionalmente prevista. (...)

Boa gestão dos gastos públicos é essencial para qualquer economia, pública e privada. No entanto, além de impedir qualquer debate sobre as novas medidas propostas, o governo impõe restrições para um período extremamente longo, de 20 anos, durante o qual não poderá haver nenhuma expansão no serviço público além do crescimento da inflação, o que, como visto, é insuficiente para conter a simples demanda.

Especificamente no tocante ao Poder Judiciário, investimentos deixarão de ser feitos, novos concursos não poderão ser abertos, a demanda de processos aumentará e a força de trabalho não, gerando mais atraso na prestação jurisdicional. E outras restrições atingirão também os serviços de saúde, assistência social, educação e toda a população brasileira sentirá seus efeitos nefastos. (grifamos)

No mesmo sentido, foi reproduzido, em matéria publicada pela Agência Brasil, em 19 de setembro de 2016, trecho do discurso do Presidente do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), Cláudio Lamachia, proferido em audiência pública destinada a homenagear os advogados, na Câmara dos Deputados.

Nesse trecho, fica claro o posicionamento da OAB contrário ao retrocesso social que entende embutido na PEC nº 241, de 2016 (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal)^{18 19 20}:

“Não podemos ter qualquer tipo de retrocesso social neste país, na área da saúde e da educação. Cada um dos senhores parlamentares deve ter em mente que hoje já vivemos dificuldades muito expressivas nestes campos, como os de saúde pública, com sucateamento de hospitais filantrópicos e Santas Casas”.

CONCLUSÃO

Em face de todo o exposto, consideramos que a PEC nº 55, de 2016, tende a abolir as cláusulas pétreas previstas nos incisos II, III e IV do § 4º do art. 60 da Constituição Federal, que se referem, respectivamente, ao voto direto, secreto, universal e periódico; à separação de Poderes e aos direitos e garantias individuais, razão pela qual deve ter sua tramitação interrompida no âmbito das Casas do Congresso Nacional.

Caso isso não ocorra e a PEC logre aprovação, promulgação e publicação, entendemos estar presentes os requisitos constitucionais para que os legitimados pelo art. 103 da Constituição proponham a competente ação direta de inconstitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal arguindo, nesse momento, a inconstitucionalidade da emenda constitucional na qual a PEC tenha eventualmente se transformado.

BIBLIOGRAFIA

BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle da Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, pp. 71-83. Suzana de Toledo Barros.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*, 11ª ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

_____. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa: por um Direito Constitucional de luta e resistência, por uma nova hermenêutica, por uma repolitização da legitimidade*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

¹⁸ Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/politica/noticia/2016-09/nao-podemos-ter-qualquer-tipo-de-retrocesso-social-diz-presidente-da-oab>. Acesso em 13 de outubro de 2016.

¹⁹ Há outras manifestações contrárias à PEC nº 241, de 2016 (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal), como o relatório entregue pela Cáritas, Comissão Brasileira de Justiça e Paz, Comissão Pastoral da Terra e outras entidades. Disponível em <http://caritas.org.br/wp-content/uploads/2016/10/Situa%C3%A7%C3%A3o-dos-Direitos-Humanos-no-Brasil.pdf>.

²⁰ A Confederação Nacional dos Bispos do Brasil também se manifestou em sentido contrário à PEC nº 241, de 2016 (PEC nº 55, de 2016, no Senado Federal). Disponível em http://www.cnbb.org.br/index.php?option=com_content&view=article&id=19744:nota-da-cnbb-sobre-a-pec-241&catid=114:noticias&Itemid=106

CÂMARA DOS DEPUTADOS. CONSULTORIA DE ORÇAMENTO E FISCALIZAÇÃO FINANCEIRA (COFF). *Estudo Técnico nº 12, de 2016 – Impactos do ‘Novo Regime Fiscal’ – Subsídios à análise da Proposta de Emenda à Constituição – PEC nº 241/2016*. Brasília: Câmara dos Deputados, agosto/2016.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

NOVAIS, Jorge Reis. *Em Defesa do Tribunal Constitucional: resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2016.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. vol.1. Coimbra: Almedina, 2016.

PAIVA, Andrea Barreto de, MESQUITA, Ana Cleusa Serra, JACCOUD, Luciana e PASSOS, Luana. *Nota Técnica nº 27 – O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a Política de Assistência Social no Brasil*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), setembro/2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2004.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

VIEIRA, Fabíola e BENEVIDES, Rodrigo. *Nota Técnica nº 28 – Os impactos do Novo Regime Fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil*. Brasília: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), setembro/2016.

SENADO FEDERAL

DIRETORIA GERAL

Ilana Trombka – Diretora-Geral

SECRETARIA GERAL DA MESA

Luiz Fernando Bandeira de Mello Filho – Secretário Geral

CONSULTORIA LEGISLATIVA

Danilo Augusto Barbosa de Aguiar – Consultor-Geral

NÚCLEO DE ESTUDOS E PESQUISAS

Rafael Silveira e Silva – Coordenador

Núcleo de Estudos e Pesquisas
da Consultoria Legislativa



Conforme o Ato da Comissão Diretora nº 14, de 2013, compete ao Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa elaborar análises e estudos técnicos, promover a publicação de textos para discussão contendo o resultado dos trabalhos, sem prejuízo de outras formas de divulgação, bem como executar e coordenar debates, seminários e eventos técnico-acadêmicos, de forma que todas essas competências, no âmbito do assessoramento legislativo, contribuam para a formulação, implementação e avaliação da legislação e das políticas públicas discutidas no Congresso Nacional.

Contato:

Senado Federal

Anexo II, Bloco A, Ala Filinto Müller, Gabinete 4

CEP: 70165-900 – Brasília – DF

Telefone: +55 61 3303-5879

E-mail: conlegestudos@senado.leg.br

Os boletins Legislativos estão disponíveis em:

www.senado.leg.br/estudos

O conteúdo deste trabalho é de responsabilidade dos autores e não representa posicionamento oficial do Senado Federal.

É permitida a reprodução deste texto e dos dados contidos, desde que citada a fonte. Reproduções para fins comerciais são proibidas.

Como citar este texto:

VIEIRA JÚNIOR, R. J. A. As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” Instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). Brasília: Núcleo de Estudos e Pesquisas/CONLEG/Senado, novembro/2016 (Boletim Legislativo nº 53, de 2016). Disponível em: www.senado.leg.br/estudos. Acesso em 1º de novembro de 2016.