

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL – STF,
BRASÍLIA-DF.**

PARTIDO SOCIALISMO E LIBERDADE - PSOL, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 06.954.942/0001-95, com sede na SCS, Quadra 05, Bloco B, Loja 80, Brasília, Distrito Federal, representado, na forma do seu Estatuto Social, pelo seu Presidente, Raimundo Luiz Araújo (ata da eleição em anexo), vem, pelos seus advogados abaixo assinados (procuração em anexo), com fundamento no disposto no art. 102, § 1º da Constituição Federal e no art. 3º e s dispositivos seguintes da Lei no 9.882/1999, ajuizar a presente

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE COM PEDIDO DE CONCESSÃO DE
MEDIDA CAUTELAR**

objetivando a declaração de inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 95 (anexada) nos termos dos pedidos abaixo e pelas razões que desenvolve a seguir.

1. DA LEGITIMIDADE ATIVA DO REQUERENTE

O PSOL é partido político com representação no congresso nacional e, portanto, constitucionalmente legitimado para agir em sede de controle concentrado de constitucionalidade, devidamente constituído frente ao Tribunal Superior Eleitoral e representado no Congresso Nacional, restando, assim, preenchidos os pressupostos do art. 103, VIII da Constituição Federal/88, bem assim, do art. 2º, inciso VIII da Lei 9.868/99.

2. DO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDA CONSTITUCIONAL

O controle judicial de constitucionalidade é mecanismo estruturante do constitucionalismo moderno. E, no caso brasileiro, ele cabe precipuamente ao Supremo Tribunal Federal, como guardião da higidez jurídica da Constituição (art. 102, caput, CF).

No mesmo diapasão, é entendimento doutrinário e jurisprudencial dominante que o controle judicial de constitucionalidade exercido pela Corte Suprema abrange também a possibilidade de análise de Emendas Constitucionais. Nelas, analisa-se sua compatibilidade com a totalidade do sistema de normas constitucionais e, sobretudo, em relação ao núcleo normativo que estrutura a Constituição.

Nesse caso, uma Emenda Constitucional pode ser analisada tanto em face de sua regularidade procedimental (constitucionalidade formal) como em face de sua compatibilidade com o conteúdo do texto constitucional (constitucionalidade material). Uma emenda será, assim, materialmente inconstitucional, se violar, por exemplo, as vedações do art. 60, §4º, que impossibilita emendas constitucionais que “tendem” a abolir alguma das chamadas cláusulas pétreas: 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.

Assim, a verificação da compatibilidade entre Emendas Constitucionais e cláusulas pétreas está plenamente sujeita à adjudicação atribuída ao STF. O tema passou a ter tratamento pacífico na jurisprudência do Tribunal após o *leading case* que discutiu a constitucionalidade do antigo Imposto Provisório sobre Movimentação Financeira - IPMF, disciplinado na EC nº 03/1993, quando a Corte firmou a tese de que o poder

reformador deve respeito ao núcleo essencial e aos princípios fundamentais da Carta da República:

“AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. ANTECIPAÇÃO DO PLEBISCITO A QUE ALUDE O ART. 2º DO ADCT DA CONSTITUIÇÃO DE 1988. - NÃO HÁ DÚVIDA DE QUE, EM FACE DO NOVO SISTEMA CONSTITUCIONAL, É O S.T.F. COMPETENTE PARA, EM CONTROLE DIFUSO OU CONCENTRADO, EXAMINAR A CONSTITUCIONALIDADE, OU NÃO, DE EMENDA CONSTITUCIONAL - NO CASO, A Nº 2, DE 25 DE AGOSTO DE 1992 - IMPUGNADA POR VIOLADORA DE CLÁUSULAS PETREAS EXPLÍCITAS OU IMPLÍCITAS. - 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 E 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.” (STF. ADI 829/DF, Plenário, Rel. Min. Moreira Alves, DJ 16/09/1994)

Esse foi, senão, também o entendimento do Relator da ADI n.º 939, o Min. Sydney Sanches, em julgamento proferido em 15 de dezembro de 1993:

“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.).”

Tal entendimento do Egrégio Supremo Tribunal Federal consolida no ordenamento jurídico nacional a aliança entre: 1) *rigidez constitucional*, caracterizada pela presença de limites substanciais significativos ao poder de reforma do constituinte derivado; e 2) a máxima *garantia de proteção aos direitos fundamentais*, que são normativamente elevados a cláusulas pétreas e sujeitos à proteção judicial da Suprema Corte. Não por outra razão, Karl Loewenstein destacava a importância dos limites materiais ao poder de reforma constitucional:

“...bastante más importancia han adquirido reciente las disposiciones intangibles de una constitución, que tienen como fin librar radicalmente cualquier modificación a

determinadas normas constitucionales. Aquí hay que distinguir, por lo pronto, dos situaciones de hecho: por una parte, medidas para proteger concretas instituciones constitucionales - intangibilidad articulada - , y, por otra parte, aquellas fundamentales de la constitución que no deben estar necesariamente expresados en disposiciones o en instituciones concretas, sino que rigen como ‘implícitos’, ‘imanentes’ o ‘inhrentes’ a la constitución. En el primer caso, determinadas normas constitucionales se sustraen a cualquier enmienda por medio de una prohibición jurídico-constitucional, e, en el segundo caso, la prohibición de reforma se produce a partir del ‘espíritu’ o telos de la constitución sin una proclamación expresa en una proposición jurídico-constitucional”¹

Apenas como reforço argumentativo, vale registrar que a jurisprudência do Supremo sobre o tema se refletiu ainda nos julgamentos da ADI 833/DF, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* 16/09/1993; ADI-MC 2.024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* 01/12/2000; ADI 2.666/DF, Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* 06/12/2002, entre tantos outros precedentes. Justificada está, portanto, a intervenção da Suprema Corte na ação direta ora ajuizada.

3. DOS FATOS: A NORMA IMPUGNADA

Os vícios que inquinam a Emenda Constitucional número 95 de 16 de Dezembro de 2016 são formais e materiais, tendo em vista que afrontam, simultaneamente: i) os pressupostos exigidos pela Constituição para a edição de emendas à Constituição (art. 60, § 4º, incisos I, II, III e IV, da CF); e ii) os direitos derivados dos fundamentos da

¹ Loewenstein, Karl. *Teoría de la Constitución*. 2ª ed. Barcelona: Ariel, 1970, p. 189. “...bastante mais importância têm adquirido recente as disposições intangíveis de uma constituição, que têm como fim livrar radicalmente qualquer modificação a determinadas normas constitucionais. Aquí há que distinguir, desde logo, duas situações de fato: por uma parte, medidas para proteger concretas instituições constitucionais - intangibilidade articulada - , e, por outra parte, aquelas fundamentais da constituição que não devem estar necessariamente expressados em disposições ou em instituições concretas, senão que regem como ‘implícitos’, ‘imanentes’ ou ‘inerentes’ à constituição. No primeiro caso, determinadas normas constitucionais se subtraem a qualquer emenda por meio de uma proibição jurídico-constitucional, e, no segundo caso, a proibição de reforma produz-se a partir do ‘espírito’ ou telos da constituição sem uma proclamação expressa em uma proposição jurídico-constitucional”.

República, elencados nos artigos o art. 1º, II, (a cidadania), IV (a dignidade da pessoa humana), V (o pluralismo político), art. 3º (objetivos da república), I (liberdade e justiça social), II (desenvolvimento nacional), III (erradicação da pobreza e redução das desigualdades), e IV (promoção do bem comum), art. 6º *caput* (direitos sociais), art. 7º, IV (salário mínimo), art. 14, *caput* (regime democrático), art. 60, § 4º, IV (direitos e garantias individuais) art. 170, VII (redução das desigualdades regionais e sociais), art. 193 *caput* (bem-estar e justiça social), art. 196 (direito à saúde), art. 205 (direito à educação), art. 227 (direito ao acesso à educação), todos da Constituição da República, conforme será adiante explicitado. Assim, uma vez que se entende estar diante de inconstitucionalidades que maculam todo o texto da Emenda, além de haver inconstitucionalidade formal, em obediência ao quanto dispõe o art. 3º, I, da Lei 9.868/99, reproduz-se abaixo todo o seu texto:

EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95, DE 15 DE DEZEMBRO DE 2016

Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.

As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar acrescido dos seguintes arts. 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114:

"Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 107 a 114 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

"Art. 107. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

I - do Poder Executivo;

II - 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;

III - do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;

IV - do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público; e

V - da Defensoria Pública da União.

§ 1º Cada um dos limites a que se refere o caput deste artigo equivalerá:

I - 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); e

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, 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.

§ 2º Os limites estabelecidos na forma do inciso IV do *caput* do art. 51, do inciso XIII do *caput* do art. 52, do § 1º do art. 99, do § 3º do art. 127 e do § 3º do art. 134 da Constituição Federal não poderão ser superiores aos estabelecidos nos termos deste artigo.

§ 3º 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.

§ 4º 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 deste artigo.

§ 5º É vedada a abertura de crédito suplementar ou especial que amplie o montante total autorizado de despesa primária sujeita aos limites de que trata este artigo.

§ 6º Não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos neste artigo:

I - transferências constitucionais estabelecidas no § 1º do art. 20, no inciso III do parágrafo único do art. 146, no § 5º do art. 153, no art. 157, nos incisos I e II do art. 158, no art. 159 e no § 6º do art. 212, as despesas referentes ao inciso

XIV do *caput* do art. 21, todos da Constituição Federal, e as complementações de que tratam os incisos V e VII do *caput* do art. 60, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

II - créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal;

III - despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições; e

IV - despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

§ 7º 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 do *caput* deste artigo.

§ 8º A compensação de que trata o § 7º deste artigo não excederá a 0,25% (vinte e cinco centésimos por cento) do limite do Poder Executivo.

§ 9º 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.

§ 10. 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.

§ 11. 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."

"Art. 108. O Presidente da República poderá propor, 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. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Parágrafo único. Será admitida apenas uma alteração do método de correção dos limites por mandato presidencial."

"Art. 109. 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 órgão elencado nos incisos II a V do *caput* do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias 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 Federal.

§ 1º As vedações previstas nos incisos I, III e VI do *caput*, quando descumprido qualquer dos limites individualizados dos órgãos elencados nos incisos II, III e IV do *caput* do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aplicam-se ao conjunto dos órgãos referidos em cada inciso.

§ 2º Adicionalmente ao disposto no *caput*, no caso de descumprimento do limite de que trata o inciso I do *caput* do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficam vedadas:

I - a criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como a remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções; e

II - a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária.

§ 3º No caso de descumprimento de qualquer dos limites individualizados de que trata o caput do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fica vedada a concessão da revisão geral prevista no inciso X do caput do art. 37 da Constituição Federal.

§ 4º As vedações previstas neste artigo aplicam-se também a proposições legislativas."

"Art. 110. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

I - 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 Federal; e

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

"Art. 111. A partir do exercício financeiro de 2018, até o último exercício de vigência do Novo Regime Fiscal, a aprovação e a execução previstas nos §§ 9º e 11 do art. 166 da Constituição Federal corresponderão ao montante de execução obrigatória para o exercício de 2017, corrigido na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias."

"Art. 112. As disposições introduzidas pelo Novo Regime Fiscal:

I - não constituirão obrigação de pagamento futuro pela União ou direitos de outrem sobre o erário; e

II - não revogam, dispensam ou suspendem o cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas."

"Art. 113. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro."

"Art. 114. A tramitação de proposição elencada no *caput* do art. 59 da Constituição Federal, ressalvada a referida no seu inciso V, quando acarretar aumento de despesa ou renúncia

de receita, será suspensa por até vinte dias, a requerimento de um quinto dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal."

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.

Art. 3º Fica revogado o art. 2º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015.

Brasília, em 15 de dezembro de 2016.

3.1. DOS FATOS: AS PREMISSAS DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95 E DO “NOVO REGIME FISCAL”.

A Emenda Constitucional nº 95, promulgada no dia 15 de dezembro de 2016, institui o “Novo Regime Fiscal” (NRF) por meio da inclusão de três dispositivos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), entre outras medidas.

Com o intuito de “aprimorar as instituições fiscais brasileiras”², a Emenda estabeleceu um “limite máximo” para as despesas primárias totais do governo central durante um prazo de vinte exercícios. Ou seja, por vinte anos. Vejamos o que estabelece o art. 106 do ADCT, alterado pela Emenda:

Art. 106. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 102 a 109 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

O art. 107 dispõe que, para cada exercício financeiro depois da entrada em vigência da Emenda, serão fixados limites para as despesas primárias - antes do serviço financeiro da dívida pública da União – dos seguintes setores do Governo:

- (I) do Poder Executivo;
- (II) 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;
- (III) do Senado Federal, da Câmara dos Deputados e do Tribunal de Contas da União, no âmbito do Poder Legislativo;

² Exposição de motivos da PEC 241 elaborada pelos Ministros da Fazenda e do Planejamento, enviada à Câmara Federal pelo Exmo. Sr. Presidente da República.

(IV) do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público;
(V) da Defensoria Pública da União.

A emenda discrimina como deverão ser aplicados os limites acima. No §1º do art. 107 do ADCT, fica definido que o limite das despesas primárias para o exercício de 2017 equivalerá à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos aí os restos a pagar e toda e qualquer operação que afete o resultado primário, corrigidos por 7,2%, referentes à inflação do prevista para 2016.

O mesmo dispositivo estabelece que, para os demais exercícios, valerão os valores referentes às despesas primárias totais de cada órgão ou poder (art. 107, *caput*, ADCT) do ano exatamente anterior, corrigido apenas pela variação da inflação medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA), divulgado pelo IBGE, ou índice que o venha a suceder, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior - quando da elaboração da Lei Orçamentária Anual e da Lei de Diretrizes Orçamentárias.

Já o §2º do art. 107 (ADCT) prevê que os limites se aplicam à elaboração das peças orçamentárias da Câmara dos Deputados, do Senado Federal, dos tribunais que integram o Poder Judiciário Federal, do Ministério Público e da Defensoria Pública da União. Isso implica que na previsão anual de gastos desses órgãos, incluídos os gastos com remuneração e aposentadoria, expansão dos serviços judiciais ou de assistência jurídica, deverão ser submetidos aos limites impostos, sem quaisquer possibilidades de discussão ou ampliação. Durante 20 anos. Um entendimento que é reforçado pelos §3º e §4º do art. 107 do ADCT.

A emenda veda ainda qualquer possibilidade de abertura de crédito suplementar que amplie o total autorizado de despesa primária atingido pelos limites estabelecidos.

Estão excluídos da base de cálculo do limite do “Novo Regime Fiscal” as transferências constitucionais referentes:

- a. aos Royalties de exploração do petróleo, de recursos hídricos para a geração de energia elétrica e de outros minerais devidos aos Estados, Distrito Federal e órgão da administração direta da União (art. 20, § 1º, CF),
- b. à distribuição de recursos que cabem aos entes federativos em face do recolhimento pela União de impostos e

contribuições a microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, CF),
c. à 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. 153, §5º, CF),
d. à participação dos Estados e do Distrito Federal na arrecadação de recursos de impostos de competência da União (art. 157, CF);
e. à participação dos Municípios na arrecadação de recursos de impostos da competência da União (art. 158, I e II, CF);
f. aos recursos da União distribuídos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e Fundo de Participação dos Municípios (art. 159, CF)
g. às cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação (art. 212, § 6º, CF)
h. às despesas referentes ao Fundo Constitucional do Distrito Federal (art. 21, XIV, CF),
i. e as complementações pela União dos valores mínimos por aluno no âmbito do FUNDEB (art. 60, V e VII, ADCT),

Também ficaram excluídos dos limites do “NRF” os créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal. Assim como as despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições (art. 107, §6º, III, ADCT) e as despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes (art. 107, §6º, IV, ADCT).

Durante os três primeiros exercícios de vigência do NRF, o Poder Executivo poderá compensar o excesso de despesas primárias do Poder Judiciário Federal, do Congresso Nacional e do Ministério Público e da Defensoria da União em relação aos limites fixados. Tal compensação se dará com redução equivalente na sua própria despesa primária, não excedendo 0,25% do seu próprio limite (Art. 107, §7º e §8º).

O art. 108 do ADCT cria a possibilidade de que uma única vez (parágrafo único), neste período de 20 anos, o Presidente da República possa propor Lei Complementar que altere o método de correção dos limites de despesa. Essa alteração só poderá ser proposta depois do décimo ano de vigência do NRF.

No caso de descumprimento do limite individualizado, o Poder ou órgão responsável deverá proceder à readequação das despesas de acordo com o disposto no art. 107, § 1º, do ADCT, restando submetido a sanções, enquanto não realize a readequação.

Essas sanções, porém, não se dirigem apenas aos “gestores” e agentes políticos, senão que atingem diretamente a população que depende de alguns serviços públicos e de beneficiários de políticas, sobretudo os mais vulneráveis socialmente.

Entre as sanções está a proibição: de “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” (art. 109, I); da “criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa”, (art. 109, II); de qualquer “alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa”, (Art. 109, III); da “realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV” (Art. 109, V).

Impactos das sanções na saúde e educação e nas emendas orçamentárias dos parlamentares

Uma das mais importantes sanções consiste, contudo, na proibição da adoção de qualquer 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 Federal” (Art. 109, VIII). Tal dispositivo, na prática, implica que o NRF terá impacto direto sobre a possibilidade de aumento do salário mínimo, um dos mecanismos mais relevantes de distribuição de renda do país. De modo que, mesmo que haja ganho de produtividade do trabalho, a sociedade não poderá ser beneficiada, pois que a o NRF impede que esse ganho seja repassado na forma de um aumento da renda do salário.

Nesse sentido, própria hipótese levantada para a validade da PEC – a de que a situação contingencial a exige – é a razão de sua invalidade: não se pode pressupor, de antemão, que os próximos anos não trarão benesses que podem e devem ser compartilhadas pelo corpo social.

Embora a retórica política dos defensores da Emenda Constitucional afirme o contrário, fato é que o Novo Regime Fiscal rompe com um dos pactos mais importantes do processo constituinte de 1988, originado ainda com a chamada “Emenda João Calmon” (EC nº 24, de 1983), proposta na vigência da Constituição de 1967, que estabeleceu limites mínimos para o investimento em educação.

Com efeito, o dispositivo constitucional do art. 212, que estabelece a obrigatoriedade da União em aplicar um mínimo de 18% da receita proveniente de impostos na educação, foi incorporado ao texto constitucional de 1988 por unanimidade³ na comissão de sistematização da Assembleia Nacional Constituinte. Algo que demonstra o forte consenso formado ao longo de anos de desenvolvimento institucional brasileiro acerca da importância dos investimentos em educação para o desenvolvimento.

Diferentemente de outros países, que universalizaram a educação básica e implementaram programas audaciosos de educação média e superior ainda no século XIX, o Brasil até hoje ainda sofre com o drama do analfabetismo, da baixa escolaridade e da exclusão de amplas parcelas da população do acesso à educação pública. Uma chaga que o constituinte decidiu enfrentar de modo consistente por meio de tal dispositivo.

Tal mecanismo foi posteriormente replicado no art. 198, §2º, CF, para a garantia do custeio do Sistema Único de Saúde, graças às Emendas Constitucionais nº 29 de 2000 e 86 de 2015⁴, obrigando a União a aplicar 15% da sua receita corrente líquida anual em ações e serviços públicos de saúde. Algo que se seguiu a forte debate público sobre a importância da educação e da saúde para o país.

Pois bem, de acordo com o NRF, a partir de 2018, ambos os dispositivos têm sua vigência suspensa por força do novo art. 110 e incisos do ADCT. E os gastos com educação e saúde também terão como limites mínimos os valores do exercício exatamente anterior, corrigidos de acordo com o IPCA, nos termos do inciso II do §1º do art. 106 do ADCT.

A Emenda Constitucional n.º 95 revoga, ainda, o disposto no art. 166, §9º e § 11º, CF, introduzidos pela EC n.º 86 e que fixavam a obrigatoriedade da execução orçamentária de emendas individuais de parlamentares ao projeto de lei orçamentária anual.

3.2. DOS FATOS: OS DIFERENTES IMPACTOS DA EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 95

³ Anais da constituinte, Diário da Assembleia Nacional Constituinte (Suplemento C), p. 368. Disponível em: www.senado.gov.br.

⁴ Embora já houvesse sido debatida a possibilidade na constituinte, ela não foi incorporada ao texto constitucional originário.

3.2.1. O Novo regime fiscal altera a estrutura do estado brasileiro.

Embora apresentado como um necessário ajuste, capaz de “reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de “agudo desequilíbrio fiscal”⁵, a verdade é que o Novo Regime Fiscal (NRF), tanto do ponto de vista econômico como jurídico-constitucional, não é apenas “um mecanismo de política fiscal”. **Ele altera profundamente os pactos jurídico-políticos que estruturaram o Estado brasileiro, e consolida uma maneira muito específica, particular e ideologicamente orientada de entender qual a política econômica que deve ser vista como “correta”.** Isto não é condizente com o movimento constitucionalista e sua história, que se embasa na abertura e no amplo leque de possibilidades (e potências).

Assim, para além de um novo regime fiscal, ele impõe um novo pacto constitucional, sem que para isso tenha sido construído o consenso necessário para mudanças tão profundas como as que estabelece e se fechando para alternativas possíveis por um período arbitrariamente fixado em 20 anos.

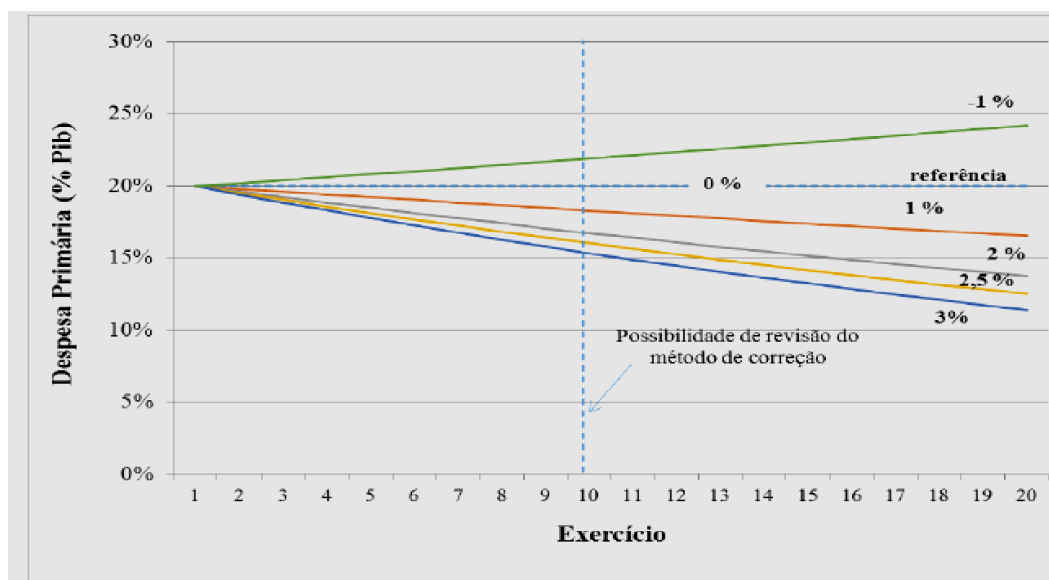
Ao paralisar as despesas aos níveis das que ocorreram em 2016, corrigindo-os apenas pela inflação, o NRF impõe que os gastos públicos caiam drasticamente com relação ao produto interno bruto (PIB). E, embora a argumentação dos seus proponentes queira fazer crer que essa é uma tendência necessária e parte de um “avanço civilizatório”, qualquer análise primária do NRF demonstra que ele nada têm de semelhante com qualquer modelo utilizado em países bem sucedidos no processo de desenvolvimento – ou, para usar a metáfora, ele nada tem de “civilizado”.

Segundo projeções feitas pelo próprio relator da Proposta de Emenda à Constituição (PEC 241) na Câmara dos Deputados, e confirmadas por analistas, o NRF deverá produzir uma queda na proporção entre os gastos feitos pelo governo central e o PIB. Uma queda na ordem de 5% a 6%, no prazo de 10 anos. Segundo projeção da consultoria “Tendências”, essa queda chegaria a 10% no prazo de 20 anos, se considerarmos um crescimento econômico médio de 2%, o que é próximo às médias históricas brasileiras em um prazo semelhante⁶. Desse modo, os gastos da União em relação ao PIB serão reduzidos a 15% (do PIB) em 2026 e a algo próximo a 10% (do

⁵ Exposição de motivos nº00083/2016. PEC 241.

⁶ <http://especiais.g1.globo.com/economia/2016/pec241-umtetoparaosgastospblicos/>

PIB), em 2036. Abaixo, vemos um gráfico com diferentes projeções, de acordo com diferentes níveis médios de crescimento:



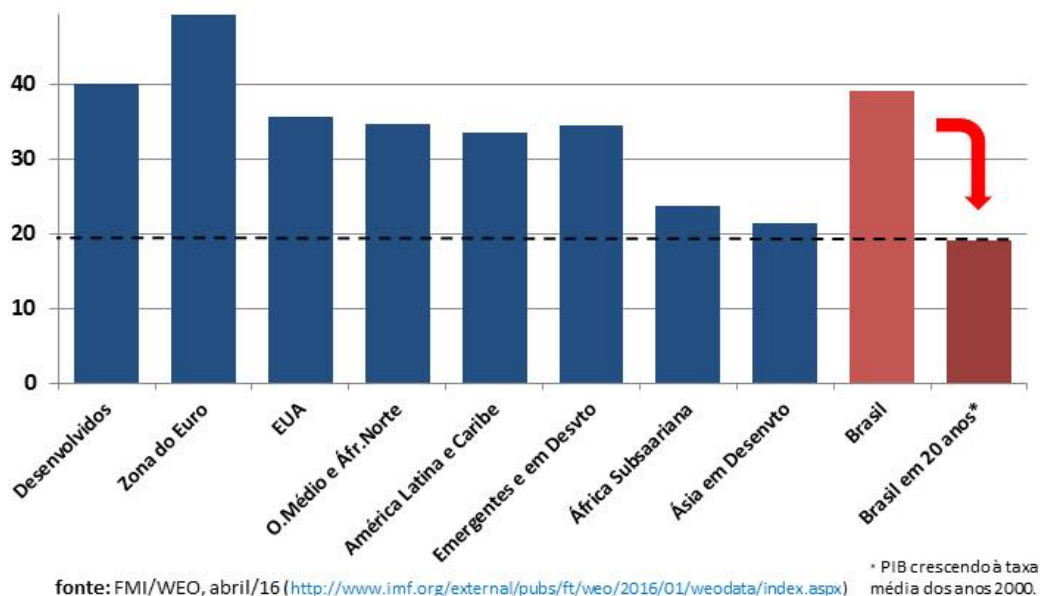
Fonte: Consultoria legislativa da Câmara dos Deputados.

Se considerarmos os gastos públicos totais, ou seja, não apenas os gastos do governo central, mas os gastos de todo o setor público, incluídos os demais entes federativos e seus órgãos, os impactos do NRF também serão substanciais. De acordo com esse indicador, se hoje apresentamos uma proporção de gastos próxima a 39% do PIB, depois de 20 anos de vigência do NRF, deveríamos atingir níveis próximos a 19% do PIB, se considerarmos uma média de crescimento de aproximadamente 2,5% ao ano.

Em uma comparação com médias de gastos totais (ou seja, de todo o setor público) como proporção do PIB de regiões diferentes do mundo, alcançaremos ao final desse período níveis de gastos públicos comparáveis apenas àqueles da África Subsaariana, região conhecida pela abundância de chamados “Estados falidos” (*failed states*). Para se ter uma ideia, teríamos níveis de gastos públicos próximos aos de países como Etiópia (18%), Uganda (18%), Malí (20,94%), Paquistão (19,74%). E estaríamos abaixo do nível de gastos de países como Angola (29%), Marrocos (30%), Colômbia (29%). Bem longe de países como Estados Unidos (35%), Argentina (40,6%), Espanha (43%), Alemanha (44%), França (57%), Reino Unido (42%) ou África do Sul (33%)⁷.

⁷ Ver os dados retirados da base de dados do Fundo Monetário Internacional (FMI) expostos em mapa: <http://www.datosmacro.com/estado/gasto>

Gráfico 1: Gastos totais do governo em % do PIB (2014)



Com efeito, não há como se saber, de antemão, qual é o nível de gastos saudável para um país. Precisamos, para isso, sempre fazer um exercício de olhar alhures para termos algum parâmetro. É como Freud e outros nos ensinaram: o outro expande nosso leque de experiências. E esses “outros” têm nos alertado ferozmente. Pois é certo que não há qualquer indício, prova ou possível perspectiva de um desenvolvimento econômico democrático sem gasto público considerável. O valor “moral” e moralizante de “baixos gastos” se ancora num modelo de Estado que tem afetado criticamente quem mais depende dele. É evidente que afeta pouco os que podem pagar por suas próprias escolas, que podem pagar seus próprios médicos, que podem, inclusive, pagar seus próprios serviços de segurança. Mas, digam-me, quantas pessoas no Brasil possuem esse privilégio? E como ficarão os que, por razões alheias às suas próprias vontades, nasceram numa classe social que os relegou a ínfimas possibilidades sociais? Pelo andar da carruagem, a resposta que tem sido dada pelo modelo defendido pela Emenda é fazer política pública com prisões, ao invés de escolas⁸.

Fato é que países com altos índices de desenvolvimento econômico e social tendem a apresentar níveis de gastos públicos maiores, como proporção do PIB. E, embora seja difícil encontrar uma relação causal simples entre as duas variáveis, certamente há uma forte correlação entre o tamanho dos gastos públicos e o bem estar da população. Se, por um lado, Estados ricos gastam mais por terem maior

⁸ WACQUANT, Loic. *Punir os pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Revan, 2009, p. 213.

renda *per capita*, a ciência parece indicar também que altos gastos públicos em áreas como educação, saúde, e infraestrutura, são responsáveis por aumentos de produtividade que têm relação de causalidade com o crescimento da renda.⁹

Os gastos públicos são um indicador relevante da forma como o Estado se relaciona com a sociedade. E, para além de ideologias simplificadoras, tão comuns nos nossos dias, uma análise cuidadosa dos números vão nos mostrar que todos os Estados que historicamente atingiram níveis altos de desenvolvimento desempenham tarefas importantes tanto na indução do crescimento económico, quanto no incremento da qualidade de vida dos seus cidadãos, assim como em investimentos públicos em educação e saúde, capazes de melhorar a qualidade do capital humano, com altos impactos na produtividade. E tudo isso implica obviamente altos níveis de gastos públicos.

Estados fortes são também fundamentais para lidar com outro grande problema: as desigualdades socioeconômicas.

Do ponto de vista constitucional, há fortes indícios que a alta desigualdade representa uma ameaça ao funcionamento dos fundamentos do Estado de Direito¹⁰. A alta concentração de renda leva ao excessivo acúmulo de poder económico, o que possibilita a interferência desses atores mais poderosos nos processos político-legislativos, como temos visto em nossa realidade atual. Realidades sociais altamente desiguais favorecem esse tipo de atuação, pois baixam os custos relativos da corrupção para os atores económicos e políticos.

A alta desigualdade parece ter relação direta também com o aumento de crimes violentos. Segundo diferentes estudos, levando em conta bases de dados de diferentes Estados e num longo período de tempo, há forte correlação entre o aumento de crimes violentos e o aumento de índices de crimes violentos, como o homicídio¹¹.

⁹ Andrew G. Berg & Jonathan D. Ostry. Inequality and Unsustainable Growth: Two sides of the same coin?, IMF Staff Discussion Note, SDN/11/08, Washington, Fundo Monetário Internacional, 2008. (Disponível em :<https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1108.pdf>).

¹⁰Ver, por exemplo, Marcelo Neves, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, Martins Fontes, 2007.

¹¹ Madeleine Power et al. Income Inequality and Crime: A review and explanation of the time-series evidence. in: *Sociology and criminology open-access*, 1(1), 2013; Elgar FJ et al. School Bullying, homicide and income inequality: a cross-national pooled time series analysis. *International Journal of Public Health*, 58 (2), 2013, p. 237-245.

Além disso, altos níveis de desigualdade tendem a aumentar igualmente a instabilidade macroeconômica¹². Alguns autores veem no aumento da desigualdade inclusive uma das causas para a crise financeira de 2008. Segundo eles, alta desigualdade tenderia a diminuir a capacidade de endividamento dos mais pobres, ao mesmo tempo em que produziria uma acumulação crescente de capitais que buscariam formas cada vez mais arriscadas de obter rentabilidade¹³. A instabilidade econômica seria reforçada pela crescente incapacidade dos Estados em regular os mercados, uma consequência do aumento de poder de influência de atores econômicos no processo político¹⁴.

Do ponto de vista da produtividade, a desigualdade social alta significa o desperdício de talentos e a emergência de barreiras de entrada sociais para possíveis competidores individuais competentes. De fato, há uma forte correlação entre alta desigualdade e baixos níveis de crescimento econômico ou com ciclos de crescimento insustentáveis¹⁵. Os melhores dados disponíveis apontam que sociedades desiguais têm forte tendência a crescer menos no longo prazo, sendo essencial que o Estado assuma tarefas redistributivas ativas, para que o crescimento seja impulsionado. Mais que isso: as pesquisas demonstram de modo inequívoco que a atuação redistributiva estatal fortalece o crescimento econômico no longo prazo¹⁶.

Por outro lado, se observarmos a desigualdade produzida pelo mercado e pelo setor produtivo em diferentes países, vamos perceber que ela não é muito diferente. Como tem ficado claro no debate científico sobre desigualdade econômica nos últimos anos, a desigualdade produzida pelo mercado não tende a diminuir de acordo com uma curva universal de amadurecimento dos setores produtivos¹⁷.

Por outro lado, apenas o Estado tem sido, historicamente, capaz de diferenciar países com estruturas socioeconômicas mais equitativas de países desiguais. E não custa lembrar que o Brasil permanece sendo um dos países com uma das piores distribuições

¹² Joseph Stiglitz, *The Price of Inequality*, New York, W.W. Norton & company, 2012, pp. 84-89.

¹³ Jens Beckert. Es gibt zu viel Vermögen, in: *Handelsblatt*, 15/11/2011, p. 8.

¹⁴ James K. Galbraith, *Inequality and Instability: A study of the world economy just before the great crisis*. Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 289-293.

¹⁵ Andrew G. Berg & Jonathan D. Ostry. *Inequality and Unsustainable Growth: Two sides of the same coin?*, IMF Staff Discussion Note, SDN/11/08, Washington, Fundo Monetário Internacional, 2008. (Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2011/sdn1108.pdf>)

¹⁶ Jonathan d. Ostry et al. *Redistribution, Inequality and Growth*. IMF Staff Discussion Note, SDN/1402, Washington, Fundo Monetário Internacional, 2014. (Disponível em: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2014/sdn1402.pdf>)

¹⁷ Thomas Piketty. *Capital in the 21th Century*. Cambridge, Harvard Press, 2014, pp. 11-27.

de renda do mundo, se levarmos em conta o índice GINI, que mede a desigualdade de renda¹⁸. Vejamos abaixo, estrutura distributiva de alguns países antes e depois da atuação do poder público por meio da tributação e dos gastos públicos, lembrando que quanto mais desigual o país, mais próximo seu GINI será de 1 (número hipotético em que toda a renda do país seria apropriada por um único indivíduo):

GINI antes e depois da atuação do Estado por meio de tributação e gastos públicos

	Desigualdade produzida pelo mercado (GINI)	Desigualdade depois da tributação e dos gastos públicos (GINI)	Gasto total do setor público (todos os níveis) como proporção do PIB (dados de 2014)
Brasil	0,56	0,42	39,11% (passará a 19% em 20 anos, com a vigência da EC 95)
Colômbia	0,53	0,49	29,85%
México	0,49	0,39	27,33%
Alemanha	0,44	0,28	44%
Suécia	0,49	0,23	50,3%
Estados Unidos (2000)	0,46	0,34	35,04%
América Latina	0,51	0,42	33%
Zona do Euro	0,49	0,23	50%
Países OCDE	0,47	0,24	-

Fonte: Panorama Fiscal CEPAL, também adaptado e atualizado com dados de 2011 a partir do trabalho de Therborn¹⁹.

¹⁸ Segundo informações da Agência Norte-americana de Inteligência, o Brasil permanece sendo o décimo sexto país mais desigual do mundo: <https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/rankorder/2172rank.html#br>

¹⁹ Göran Therborn, Inequalities and Latin America From the Enlightenment to the 21st Century, Working Paper, n°1, 2011, Research Network on Interdependent Inequalities in Latin America (Freie Universität Berlin), Berlin, 2011.

Resta claro que o papel dos gastos públicos é fundamental para diminuir diferenças abissais na distribuição de renda. E eles são mais efetivos, exatamente, onde são maiores em relação ao PIB. Algo que acontece nos países mais desenvolvidos, onde os gastos públicos permitem que o Estado exerça tarefas constitucionais como disponibilizar serviços públicos básicos e a provisão de direitos individuais e sociais. E não é difícil perceber que as consequências do Novo Regime Fiscal para a realização dessas tarefas por parte do Estado brasileiro são extremamente negativas.

3.2.2. O Novo Regime Fiscal consolida o Brasil como um país mais desigual e com pior qualidade de vida

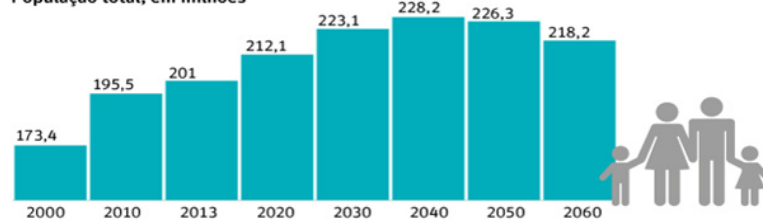
Embora haja argumentos de que o NRF não vá impactar os investimentos feitos em saúde, educação e no custeio de outros importantes direitos sociais, eles esbarram em evidências aritméticas bem triviais.

Antes de mais nada, para avaliar o impacto do NRF sobre o futuro do papel do Estado como agente distributivo no Brasil, é fundamental levarmos em conta as projeções de desenvolvimento populacional para o país nos próximos 20 anos. Pois, nesse período, a conhecida precariedade dos serviços públicos e a atávica carência da sociedade brasileira em suas necessidades mais básicas, não vão ser solucionados por inércia. Em lugar disso, teremos um incremento das necessidades por serviços de saúde, educação e assistência social, embora hoje estejamos bem atrás de outros países, inclusive da América Latina, na provisão desses serviços.

Segundo previsões do IBGE, teremos, nesse período, um aumento populacional de pelo menos 20 milhões de pessoas. Ou seja, teremos uma população de aproximadamente 226 milhões de pessoas. Mas essa população será também mais idosa. Se hoje a população brasileira com mais de 60 anos representa uma proporção de aproximadamente 12,1% do total, em 2036, ela representará uma parcela de 21,5% do total, um crescimento de quase 100%, passando de 24,9 milhões para 48,9 milhões de pessoas. Isso equivalerá à atual população da Espanha, ou duas vezes a população de um país como o Chile. Já a população com 80 anos ou mais crescerá 150%, passando de 3,5 milhões para 8,8 milhões, o equivalente à inteira população da Suíça ou duas vezes a população total de países como Nova Zelândia ou Croácia.

PROJEÇÕES DE POPULAÇÃO DO IBGE

População total, em milhões



Taxa de fecundidade no país,
em filhos por mulher



Esperança de vida ao nascer total
(homens e mulheres), em anos

2000	2,39	69,8
2010	1,87	73,9
2013	1,77	74,8
2020	1,61	76,7
2030	1,51	78,6
2040	1,50	79,8
2050	1,50	80,6
2060	1,50	81,2

Fonte: IBGE

Com efeito, se o nível de gastos vai ser paralisado, podendo ser corrigido apenas pela inflação, isto quer dizer que qualquer expansão dos serviços públicos terá que se dar dentro dos limites do orçamento de 2016. Em aritmética simples, além de não termos nenhum incremento no financiamento de serviços públicos diante das necessidades já existentes, que já são muito mal providos, não poderemos dar conta de nenhum aumento nas necessidades que serão certamente acarretadas pelo envelhecimento da população e pelo aumento da competitividade global (os outros países continuarão incrementando seus serviços e melhorando seus índices). Qualquer melhoria na estrutura dos serviços públicos dependerá, então, de mudanças na alocação dos recursos já existentes.

Dito de outro modo, o NRF parte da premissa de que todas as necessidades por serviços públicos essenciais podem ser supridas com um mero rearranjo ou “ganho de eficiência nos gastos públicos”. E que, para a melhoria dos serviços, não é necessário nenhum incremento nos investimentos. Em realidade, ele crê ser mesmo necessário um corte de gastos per capita: ou seja, parte-se da premissa (evidentemente falsa) de que é possível melhorar os serviços públicos, hoje já precários em qualquer comparação internacional, com menos recursos por habitante do que já é aplicado atualmente.

Primeiramente, é lugar comum um tanto superficial a afirmação de que os gastos públicos “necessitam de mais racionalidade e eficiência”. Quem afinal seria contra tal truísmo? Mas, como é também evidente, ganhos de eficiência não resultam de voluntarismo ou, menos ainda, de cortes de gastos. Incrementos na produtividade do setor público, como em qualquer outro setor, dependem de mudanças estruturais e na

cultura institucional, todas transformações de longo prazo que dependem de mudanças não só organizacionais, mas na própria sociedade em que as organizações estão enraizadas, como do aumento na escolaridade, da melhoria dos indicadores sociais etc²⁰.

Ao observarmos o orçamento da União, não é preciso muito esforço para perceber que a margem de possibilidade para cortes de gastos futuros é bastante limitada e se concentra, no médio prazo, exatamente nas despesas com investimentos em serviços públicos essenciais, como saúde, assistência aos mais pobres, educação, ciência e tecnologia etc.

Do total das despesas primárias (excluído o pagamento de juros da dívida) da União, 40,9% representam o pagamento de benefícios previdenciários. Esse montante se refere, no entanto, a uma estrutura orçamentária própria, com arrecadação específica por meio das contribuições sociais do INSS. E constituem gastos que, embora possam e devam ser alterados por futuras reformas previdenciárias, dificilmente podem ser alterados com efeito retroativo (para os que já fazem parte do sistema).

Além disso, embora se costume falar em um “enorme déficit da previdência”, este se concentra quase inteiramente na previdência rural, que perfazia em junho de 2016 93,6 dos 96,7 bilhões do chamado “déficit”²¹. Isso nos leva a lembrar que o déficit da previdência rural não resulta contudo de mera irresponsabilidade fiscal, senão de uma decisão consciente do constituinte originário em instituir a previdência rural com idade mínima de 60 anos e, na prática, universalizar a cobertura previdenciária para quase a totalidade da população rural, mesmo sem a contrapartida contributiva²². Algo que foi essencial para evitar que milhões de brasileiros em regiões mais frágeis economicamente fossem condenados a viver abaixo da linha de pobreza.

O pagamento do pessoal ativo e inativo corresponde a 20,9% dos gastos. havendo ainda despesas obrigatórias com os benefícios sociais ligados ao Fundo de Amparo ao

²⁰ Essa é uma velha intuição sociológica que nos deveria levar a ser céticos quanto a qualquer “fórmula mágica” modernizadora. Em algumas regiões do mundo, inclusive na América Latina, programas modernizantes foram historicamente responsáveis pela manutenção de alguns grupos no poder, em detrimento da inclusão ampla da sociedade. Em seu rastro, os programas modernizantes sempre deixaram instabilidade política, problemas de corrupção estrutural e, por fim, muito pouca mudança na estrutura social como um todo. Ver, por exemplo: Niklas Luhmann, *Kausalität im Süden. Systeme*, 1(1), 1995, pp. 7-28.

²¹ ver, por exemplo: Vinícius Torres Freire. A Guerra da Previdência começa. Folha de São Paulo. São Paulo, 19/05/2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/colunas/viniustorres/2016/05/1772732-guerra-da-previdencia-comeca.shtml>.

²² Kaizô Iwakami Beltrão et al. A população rural e a previdência social no Brasil: Uma análise com ênfase nas mudanças constitucionais. Texto para Discussão n 759, IPEA, Rio de Janeiro, 2000.

Trabalhador (FAT) e ao abono e seguro desemprego, benefícios de prestação continuada da Lei Orgânica de Assistência Social, subsídios e subvenções já concedidas e outros gastos.

Despesas obrigatórias da União

Previdência	40,9%
Pessoal e encargos	20,9%
Outras despesas obrigatórias	18,8%
Total das despesas obrigatórias	80,6%

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional

Restam portanto apenas 20,3% para todas as outras despesas que se podem chamar discricionárias: investimentos em infraestrutura, educação, saúde, programas sociais específicos de combate à miséria (sobretudo bolsa família) e todas as demais áreas.

Estrutura das despesas federais

Despesas discricionárias	19,4%
PAC (infraestrutura)	2,7%
Educação	2,5%
Saúde	7,1%
Desenvolvimento social	2,5%
Todos os outros ministérios	4,7%

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional

Diante desses dados, não resta dúvidas de que os impactos do NRF sobre as áreas mais sensíveis aos direitos sociais serão profundos. Por mais que se possa reorganizar as finanças públicas, é inegável o limite financeiro e político para fazê-lo.

Primeiramente, reformas da previdência tendem apenas a resolver o problema do déficit da previdência, que a rigor flutua no tempo. Em momento de crescimento econômico e alta do emprego, a previdência chega a ser, inclusive superavitária. E qualquer alteração na sua gestão implicará apenas a melhoria dos seus balanços, sem que isso implique necessariamente um crescimento substancial dos recursos disponíveis para investimentos sociais.

Por outro lado, é inegável que a capacidade de organização dos mais pobres e vulneráveis é menor na luta por recursos públicos escassos, como admitiu o próprio Min. Luis Roberto Barroso.²³ Essa questão, antes de ser meramente política, é intrinsecamente constitucional, pois (como iremos demonstrar, abaixo) “constitui” a condição mais fundamental da democracia. Ou seja, faz parte da própria ideia de ordem constitucional democrática que os direitos fundamentais garantam a todos, e a cada um, o mínimo necessário para que participe do processo político, inclusive dos conflitos distributivos. E, como se sabe, no Brasil, o poder de pressão dos “donos do poder” e das camadas mais privilegiadas da população os faz altamente capazes de defender seus interesses nos conflitos distributivos por recursos públicos escassos.

Ao olharmos o orçamento federal, não resta dúvida que os setores mais vulneráveis do orçamento são exatamente aqueles que mais afetam as camadas mais carentes da população. A verdade é que não há mágica aritmética que nos permita crer que não veremos uma diminuição crescente dos investimentos em saúde, educação e assistência social.

Tudo isso, em nome de um programa de redução do tamanho do Estado que não pode ser chamado de “ajuste fiscal”. Uma experiência única na história da política econômica, que jamais foi tentada em nenhum outro país, seja desenvolvido ou subdesenvolvido.

3.2.3. Os impactos da EC 95 na saúde, assistência social e educação

Os impactos da Emenda Constitucional foram objeto de análises de especialistas do IPEA, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal. E os mais diversos estudos deixaram evidente os efeitos devastadores que o Novo Regime Fiscal terá nas áreas mais sensíveis do Estado brasileiro, no que diz respeito ao atendimento da população mais pobre e vulnerável.

Como apontado anteriormente, o primeiro impacto claro do “Novo Regime Fiscal” (art. 110 e incisos ADCT) sobre as áreas sociais resulta do seu artigo 110, que implica uma (inusitada) suspensão temporal, por 20 anos, da vigência do art. 198 §2º, I, da Constituição Federal. Esse dispositivo, incluído pela EC 29 e com redação modificada

²³ MS/DF 34448, STF, Rel. Luis Roberto Barroso.

pela EC 86, obriga a vinculação de 15 (quinze) por cento da receita corrente líquida da União aos serviços públicos de saúde. O mesmo se aplicando ao dispositivo do art. 212 da Constituição Federal, introduzido na nossa história constitucional pela paradigmática “Emenda João Calmon”, que obriga a União a aplicar 18% das receitas provenientes de impostos na promoção na manutenção e desenvolvimento do ensino.

No caso da saúde, pesquisadores do IPEA chamaram a atenção para o fato de que, enquanto os dispositivos incluídos pelas Emendas Constitucionais 29 e 86 corrigiam o montante de gastos com saúde de acordo com o crescimento do PIB, o NRF garante apenas uma correção pela inflação, sem levar em conta nem o aumento populacional, nem o envelhecimento da população, nem mesmo o possível crescimento do PIB e da riqueza nacional.²⁴

O estudo faz projeções para a proporção de gastos com os serviços de saúde como proporção do PIB a depender de diferentes níveis de crescimento econômico, de acordo com uma comparação entre o sistema até então vigente e o sistema de vinculação introduzido na Constituição Federal pela EC 95.

Para se ter uma ideia da diferença provocada pelo NRF, se tivéssemos crescimento 0,0 (zero) no período de 20 anos e se os investimentos forem corrigidos apenas de acordo com a inflação, o montante investido em saúde permaneceria estável no patamar de 1,48% do PIB quando projetados de acordo com o NRF. Quanto maior a taxa de crescimento do PIB, maior a redução da proporção de investimentos em saúde em relação ao PIB ao longo do tempo. Assim, com uma taxa de crescimento de 1%, a proporção será de 1,22% do PIB de investimentos em saúde em 2036. E com 2% do PIB, ela será de apenas 0,84%. Por outro lado, se mantivéssemos os níveis de investimento previstos pela Emenda 86, com crescimento 0%, teríamos investimentos da proporção de 1,69% do PIB em 2036.

Além disso, quando observamos o gasto público per capita, constatamos que a União aplicará em 2016 o valor equivalente a R\$ 519,00 per capita. Como o NRF garante apenas a correção por meio da inflação, esse número tenderá a cair gradativamente ao longo dos próximos 20 anos, chegando a apenas R\$ 411 em 2036. Já de acordo com a regra anterior, estabelecida pela EC 86, como os investimentos acompanhariam a

²⁴ Fabiola Sulpino Vieira & Rodrigo Pucci de Sá e Benevides. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do Sistema Único de Saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Nota Técnica IPEA n° 28. Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016, p. 10. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_28_disoc.pdf.

Receita corrente Líquida (RCL), eles cresceriam à medida que o PIB crescesse, podendo chegar R\$671,00 com um crescimento médio de 2% ao ano.

Como apontado acima, é importante levar em conta é que a população brasileira continuará crescendo, chegando a 228 milhões em 2040, segundo o IBGE. E a proporção de idosos (maiores de 60 anos) também terá um forte crescimento, saindo dos 12% de hoje para 21,6% em 2036.

Embora seja de fato um truísmo que os gastos devem ser eficientes, a verdade numérica é que o Brasil está longe de investir em saúde de modo satisfatório, quando realizamos comparações internacionais. Quando consideramos o total de gastos públicos per capita, o Brasil investiu em 2013 o equivalente a US\$ 591,00²⁵. Bem menos que países como a Alemanha (com gastos de US\$3.696), Reino Unido (US\$ 2.766), França (US\$ 3.360), ou mesmo Argentina (US\$ 1.167) e Chile (US\$ 795), países que não tem regimes de saúde universais.

A visão míope da ideologia da austeridade deixa de levar em conta estudos recentes que apontam que a austeridade nos investimentos em saúde parece ter impacto negativo no crescimento de longo prazo. Pois o adoecimento e a perda de qualidade de vida da população afetam negativamente a produtividade e a eficiência econômicas.²⁶

No caso da Assistência Social, os impactos foram igualmente avaliados por estudo feito por pesquisadores do IPEA²⁷, que apontaram impactos preocupantes nos gastos em assistência social da União em programas como os relacionados aos benefícios de prestação continuada – voltados aos setores da população que, por diferentes razões (físicas, mentais ou sociais) não têm condição de prover pela própria existência, auferindo renda de menos de um quarto do salário mínimo –, o programa Bolsa Família e o SUAS (serviços sócio-assistenciais voltados para o apoio e formulação de políticas públicas para os beneficiários de outros programas).

Como aponta o estudo, embora o Brasil esteja longe de ter um sistema de proteção social adequado para as profundas necessidades das populações mais vulneráveis, houve profundas melhoras no aparato de proteção desde 1988. Esse

²⁵ Valor do dólar calculado levando em conta a paridade do poder de compra e a cotação de 2013.

²⁶ Ver, por exemplo: Iara Biderman, 'Austeridade em saúde é uma falsa economia', diz professor de Oxford, Seminários Folha, Folha de São Paulo, 17/06/2016. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/seminariosfolha/2016/06/1782506-austeridade-em-saude-e-uma-falsa-economia-diz-professor-de-oxford.shtml>.

²⁷ Andrea Barreto de Paiva et al. O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a política de Assistência Social no Brasil. Nota Técnica IPEA n°27. Brasília, Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada, 2016. Disponível em: http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_27_disoc.pdf.

sistema, hoje, consegue reduzir sensivelmente a exposição da população a condições de extrema pobreza.

Segundo os pesquisadores, se usarmos como parâmetro o montante de gastos atuais, submetido a correções apenas de acordo com a inflação, teríamos uma reversão da tendência verificada nos últimos 10 anos de aumento de gastos com assistência social como proporção do PIB. Enquanto os gastos saíram de 0,89% em 2006 para 1,26% do PIB em 2016, eles voltariam a cair alcançando apenas 0,70% em 2036.²⁸

Essa queda nos gastos fatalmente afetaria o acesso de uma população cada vez mais numerosa a prestações sociais essenciais para evitar a queda em situações de pobreza extrema.

No caso da educação, o Novo Regime Fiscal terá igualmente consequências. Como o FUNDEB fica excluído do teto, assim como outros repasses para os Estados e Municípios, o impacto na educação se revelará de modo indireto.

O maior impacto se dá, sem dúvidas, pela suspensão da vigência do art. 212 da Constituição Federal pelo art. 110 da ADCT. Nesse sentido, perde-se qualquer garantia de que os investimentos em educação serão mantidos no longo prazo, relativizando-se o pacto constitucional de 1988 e o consenso construído em décadas de que a educação deveria ser uma prioridade central da União.

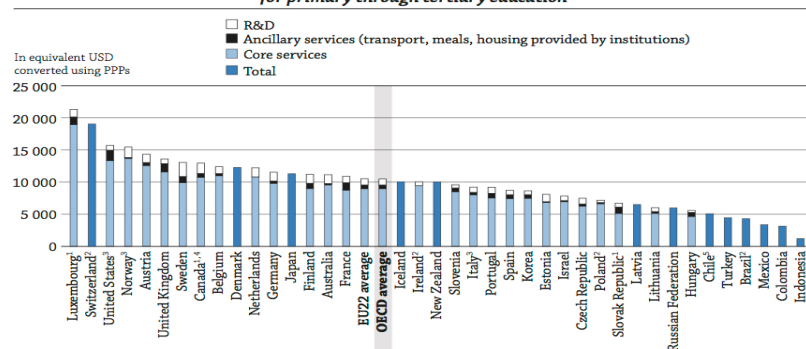
Ao mesmo tempo, como o objetivo declarado do NRF é a redução dos gastos públicos totais como proporção do PIB, uma redução aliás sem precedentes no mundo e que fará do Brasil um Estado com gastos compatíveis apenas com os países menos desenvolvidos do mundo, é inevitável que a educação não seja atingida.

Nunca é demais lembrar, aliás, que o Brasil está longe de investir suficientemente em educação. Em uma rápida comparação internacional de gastos per capita, estamos bem abaixo da média da OECD, como fica claro no gráfico abaixo, retirado de relatório da organização²⁹.

²⁸ Ibidem, 14.

²⁹ OECD. Education at a glance, 2016. Paris, OECD, 2016. Disponível em: http://www.oecd-ilibrary.org/education/education-at-a-glance_19991487.

Figure B1.1. Annual expenditure by educational institutions per student, by types of service (2013)
In equivalent USD converted using PPPs, based on full-time equivalents, for primary through tertiary education



Note: Public expenditure figures presented here exclude undistributed programme.
1. Public institutions only for tertiary level.
2. Public institutions only.
3. Public institutions only except in tertiary education. Primary to tertiary education excludes post-secondary non-tertiary education.
4. Year of reference 2012.
5. Year of reference 2014.
Countries are ranked in descending order of total expenditure per student by educational institutions.
Source: OECD, Table B1.2. See Annex 3 for notes (www.oecd.org/education/education-at-a-glance-19991487.htm).
StatLink <http://dx.doi.org/10.1787/888933397583>

A relevância fática do tema em questão, baseada nos dados acima apontados, revela uma dimensão inegavelmente fundamental para o exercício da jurisdição constitucional. Em especial no controle abstrato de constitucionalidade, como sustenta Gilmar Ferreira Mendes ao afirmar que: “...a aferição dos chamados fatos legislativos constitui parte essencial do chamado controle de constitucionalidade, de modo que a verificação desses fatos relaciona-se, íntima e indissociavelmente, com a própria competência do Tribunal.”³⁰

4.1 DA INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL: IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA QUE ATINJA CLAUSULA PETREA (ART. 60, § 4º, INCISOS I, II, III E IV).

4.1.1 DOS DIREITOS SOCIAIS QUE CONSTITUAM CONDIÇÕES DE POSSIBILIDADE AO EXERCÍCIO DOS DIREITOS INDIVIDUAIS (VIOLAÇÃO AOS Art. 5, §2º e 6º DA CF)

Ponto de especial impacto no exame da presente ação direta é o da inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016 em razão de sua flagrante violação ao núcleo normativo da Constituição, as chamadas Cláusulas Pétreas. Inicialmente é preciso dizer que é necessário entender tais cláusulas, sempre, à luz do chamado *mínimo existencial* dos direitos fundamentais. Isto é: do mínimo possível que deve ser garantido para que tenhamos uma sociedade democrática. O mínimo. As condições de possibilidade.

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. “Controle de Constitucionalidade: hermenêutica constitucional e revisão de fatos e prognoses legislativos pelo órgão judicial” RT ago/1999, p. 20.

Numa sociedade que se pretende livre e democrática, regida pelo pluralismo e sob a égide de uma Constituição, a densidade normativa dos direitos sociais reclama proteção constitucional como condição do próprio exercício da cidadania. Os direitos que compõem a cidadania não são meras opções políticas legislativas ocasionais e circunstanciais. Um olhar para a história de seu surgimento vai necessariamente nos levar de volta para o surgimento da individualidade moderna e para as condições mínimas de sua emergência. É nesse sentido que Thomas M. Marshall reconstrói as condições da cidadania como a afirmação das condições de possibilidade de participação numa comunidade política de membros iguais perante a lei. Como ele bem aponta, a afirmação de direitos de igualdade individual, que são condição da modernidade política, dependem da emergência de direitos civis e políticos e de direitos sociais capazes de materializar o acesso formal à comunidade política e econômica em capacidades efetivas de participação.³¹

Na história econômica, a afirmação de direitos políticos e sociais aparece também como uma reação da sociedade aos efeitos disruptivos aos valores familiares, à solidariedade e aos valores tradicionais à velocidade das transformações impostas pela flutuação de uma economia que transformava os seres humanos em mercadoria, passíveis de ser alimentados apenas de acordo com as contingências do preço de sua própria mão de obra. A emergência de uma economia de mercado exigia, assim, a transformação artificial de quase toda a sociedade, por meio de instituições extremamente peculiares, em mercadoria. E as consequências desse fato seriam objeto de respostas sociais para evitar a destruição do próprio substrato orgânico da sociedade (os próprios seres humanos). Para Karl Polanyi, por exemplo, a emergência de direitos sociais não teria a ver, necessariamente, com a dinâmica de uma “luta de classes”, senão seria o resultado direto de uma reação social à mercantilização do próprio corpo humano.³²

Para Polanyi, a sociedade como corpo vivo se protegeria da autodestruição resultante da imposição sem limites da lógica do mercado. Essa lógica teria se expandido e adquirido pretensões de regular todos os domínios da vida, inclusive aqueles que não se deixavam reduzir ao cálculo de custos e benefícios e à racionalidade instrumental: a reprodução humana, as formas de solidariedade, a confiança interpessoal, a paz política. Estruturas sociais, aliás, que seriam fundamentais para a própria existência de uma

³¹ Thomas M. Marshall. *Citizenship and social class*. Cambridge University Press, 1950, p. 10-75.

³² Karl Polanyi, *The Great Transformation: The political and economic origins of our time*. Boston, Beacon Press, 2001, p. 141-217.

economia de mercado. Ironicamente, para os herdeiros de Polanyi na teoria econômica, direitos sociais seriam não apenas uma forma proteção da sociedade contra a lógica expansiva do mercado. Eles seriam uma condição da própria existência de uma economia produtiva e eficiente, pois nenhum mercado pode funcionar de modo adequado sem alguma medida de confiança interpessoal, valores morais voltados para o cumprimento das obrigações e sem a existência de indivíduos saudáveis e aptos a raciocinar economicamente.³³

Hoje, a própria teoria econômica ortodoxa parece concordar com essa ideia. De fato, cada vez mais surgem trabalhos sérios relacionando altos índices de desigualdade social e miséria com baixa produtividade. Trabalhos interessantes mostram que realidades de penúria social diminuem a disposição dos indivíduos a cooperarem e confiarem uns nos outros, o que aumenta os custos de transação e diminui a probabilidade da emergência de relações de mercado.³⁴ E há até mesmo trabalhos que apontam a pobreza como causa de formas agudas de stress e trauma que dificultam o exercício da racionalidade econômica: a pobreza e a desigualdade teriam consequências psicológicas mensuráveis para a reprodução das estruturas sociais.³⁵

Nesse sentido, embora muitos representantes da disciplina econômica pareçam ignorar, nunca é demais dizer: não há economia sem seres humanos; não há sociedade sadia sem seres humanos saudáveis. E do ponto de vista societal esse debate emerge, exatamente, como um debate constitucional sobre direitos fundamentais.

Com efeito, secular é o debate acerca das diferentes espécies de norma constitucional. Elas são classificadas de diversas formas pela doutrina nacional ou estrangeira, normalmente em razão de sua maior ou menor densidade normativa e sua importância para o desenvolvimento da Constituição. A relevância dessa discussão é subjacente à centralidade do papel do constitucionalismo moderno como meio de intermediar, normativamente, os mais diversos conflitos nos campos político, social e econômico.

Uma característica interessante do abandono da postura estritamente individualista já ultrapassada, foi entender o papel do Estado na garantia de condições

³³ Jens Beckert. *The Social Order of Markets*. MPIFG Discussion Papers, 07/15. Colônia, Max Planck Institut für Gesellschaftsforschung, 2007.

³⁴ Para um interessante apanhado de argumentos sobre os problemas da desigualdade social, ver documento do World Economic Forum: Carter C. Price. *Why economic inequality harms growth*. World Economic Forum, Dezembro 2014. Disponível em: <https://www.weforum.org/agenda/2014/12/why-inequality-harms-economic-growth>.

³⁵ Johannes Haushofer. *The Price of Poverty: Psychology and the Cycle of Need*. Foreign Affairs, Julho 2014. Disponível em: <https://www.foreignaffairs.com/articles/africa/2014-07-15/price-poverty>.

materiais mínimas para qualificá-los ao pleno exercício da cidadania. Os direitos individuais não se bastariam a si mesmos e o exercício de liberdades individuais negativas dependeria de liberdades positivas e, mais que isso, de uma dialética política capaz de prover, além da igualdade formal perante a lei, um mínimo de condições sem a qual os direitos individuais não são nada menos que enunciados vazios. A materialidade existencial se tornou condição de existência do próprio núcleo de direitos fundamentais individuais.

Essa transição paradigmática, acontecida no início do século XX e conhecida como emergência da “questão social”, foi marcada pela exigência de crescente efetividade de normas constitucionais, também quando se trata de implementar condições ao exercício dos direitos fundamentais de caráter social. Motivada em tais perspectivas, parte da doutrina moderna acaba por enxergar grandes possibilidades de realização do programa normativo constitucional, distinguindo suas normas sob dois aspectos, o negativo e o positivo, como faz Carmem Lúcia Antunes Rocha:

“A Constituição tem alma de Direito e forma de Lei, formulando-se como seu coração — órgão dominante e diretor de suas ações — os direitos fundamentais do homem. Direitos fundamentais em duplo sentido jurídico: de um lado, são eles essenciais aos homens em sua vivência com os outros, fundando-se neles, em seu respeito e acatamento, as relações de uns com os outros homens e com o próprio Estado; de outro lado, eles fornecem os fundamentos da organização estatal, dando as bases sobre as quais as ações da entidade estatal se desenvolvem em cujos limites se legitimam (determinantes de limites negativos) e para a concretização dos quais se determinam comportamentos positivos do Estado (determinantes positivos).”³⁶

Diante do inegável reconhecimento dessas duas faces das normas constitucionais definidoras de direitos e garantias, a eficácia de tais dispositivos passou a ser encarada como um dever estatal. Isso porque a sociedade passou a ser entendida como “credora” dos direitos consagrados na Constituição, enquanto o Estado, é tido como responsável pela concretização desses direitos. Intransponível, pois, a exigência de uma postura ativa do Estado no sentido de concretizar os direitos assegurados na Constituição Federal. É o que expõe a Corte Federal Constitucional Alemã (*Bundesverfassungsgericht*) em julgamento do dia 9 de Fevereiro de 2010:

³⁶ ROCHA, Carmem Lúcia Antunes, *O Constitucionalismo moderno e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais*. in: Revista do Conselho de Justiça Federal, nº 03, dez/1997.

“1. The fundamental right to the guarantee of a subsistence minimum that is in line with human dignity from Article 1.1 of the Basic Law (Grundgesetz – GG) in conjunction with the principle of the social welfare state contained in Article 20.1 of the Basic Law ensures to each person in need of assistance the material prerequisites which are indispensable for his or her physical existence and for a minimum of participation in social, cultural and political life.

2. As a guarantee right, this fundamental right from Article 1.1 of the Basic Law takes on autonomous significance, in its conjunction with Article 20.1 of the Basic Law, in addition to the right from Article 1.1 of the Basic Law to respect for the dignity of each individual, which has an absolute effect. Fundamentally, it is not subject to the legislature’s disposal and must be honoured; it must however be lent concrete shape, and be regularly updated, by the legislature, which has to orientate the benefits to be paid towards the respective stage of development of the polity and towards the existing conditions of life. It has latitude in bringing about this state of affairs.

3. In order to ascertain the extent of the claim, the legislature has to realistically and comprehensively assess all expenditure that is necessary for one’s existence in a transparent, expedient procedure on the basis of reliable figures and plausible methods of calculation.

4. The legislature may cover the typical needs to ensure a subsistence minimum that is in line with human dignity by means of a fixed monthly amount, but must grant an additional benefit for securing a special need beyond this which is irrefutable, recurrent and not merely a single instance.

FEDERAL CONSTITUTIONAL COURT

– 1 BvL 1/09 –

– 1 BvL 3/09 –

– 1 BvL 4/09 –

Pronounced on 9 February 2010

Kehrwecker

Amtsinspektor

Registrar of the Court Registry”

Os chamados direitos prestacionais, terminologia atribuída a Robert Alexy, em “Teoria dos Direitos Fundamentais” (*Theorie der Grundrechte*), subdividem-se em: 1) direitos de proteção (*Recht auf Schutz*), que asseguram ao indivíduo a proteção do Estado frente a atuação de terceiros; 2) direitos à organização e ao procedimento (*Rechte auf Organisation und Verfahren*), ligados à instituição de garantias processuais, materiais e normativas, cujo conteúdo deve facilitar o exercício da cidadania por seus titulares, como o acesso à justiça, órgãos de proteção a direitos difusos e coletivos, dentre outros, e 3) direitos prestacionais em sentido estrito (*Rechte auf soziale Leistungen*), que consistem em direitos à realizações estatais positivas, dirigidas ao suprimento de necessidades vitais do indivíduo, essenciais à manutenção de uma vida digna, encerrando direito subjetivo cuja concretização está sujeita à fiscalização e intervenção do Poder Judiciário, como adiante se demonstrará.

Neste sentido, o acórdão n. 39/84 da Corte Constitucional Portuguesa:

[...] Que o Estado não se dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe está cometida, isso só poderá ser objecto de censura constitucional, em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas, quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir a tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa – a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica –, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a proteção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. (...) Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação, positiva, para se transformar ou passar também a ser uma

obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

No mesmo sentido, é o que a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem entendido:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de carácter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.- (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

É dizer: quando se sustenta um “mínimo”, ou uma “condição de possibilidade” entende-se como papel dos poderes instituídos – e, em especial, da Suprema Corte – fazer valer a proteção que a Constituição garante à população em relação às maiorias eventuais. São estas que, normalmente, agem sobre o que se entende como “fundamental”. É neste sentido que precisamos entender o “princípio do não retrocesso”. Este princípio não deve ser entendido de maneira conservadora. Isto é, como um impedimento à criatividade institucional e às mudanças necessárias diante da complexidade factual. Mas deve ser compreendido como um compromisso com políticas e atuações que sempre busquem alterar o *status quo* para reduzir desigualdades, para empoderar os mais vulneráveis, para efetivar, normativa e factualmente, o princípio da igualdade em toda sua potencialidade. Afinal, isto não é uma ideologia de partido X ou Y, esta é a ideologia da Constituição. É a ideologia do constitucionalismo democrático. É o

que determina, desde os primórdios da modernidade, que o poder de agir do Estado deve se harmonizar com o acúmulo de direitos que foram conquistados pela população em geral.

O princípio da proibição do retrocesso social dialoga com os objetivos da Constituição que, caso não sejam entendidos a luz dele (do princípio), deixam de fazer sentido. Objetivos existem para ser cumpridos – ou ao menos para guiar tentativas. É corolário de um conhecimento racional e baseado em experiências anteriores, exigir conformidade das tentativas com os preceitos estipulados. Ainda mais quando os preceitos estão inseridos na Carta que fundamenta nosso sistema de direitos. Segundo ela, todo empreendimento de poder instituído precisa ter em mente esses limites. Ao invés do estado, para cumprir sua missão, retirar direitos, ele deve agir para garantir e incrementar as potencialidades sociais da coletividade.

Assim, há limites implícitos e explícitos ao Poder Reformador da Constituição que estão sendo feridos pela Emenda à Constituição em tela. Em primeiro lugar, nos termos do apontado acima, não se pode entender como constitucional uma Emenda que tenha como produto o incremento dos efeitos reais da pobreza, já que é objetivo da Constituição erradicá-la. Quando o Poder Constituinte se reuniu, julgou relevante o suficiente este objetivo para demarca-lo no documento, o que vincula a realização da dignidade da pessoa humana com essa perspectiva material. A pobreza – e sobretudo a extrema pobreza – não dialogam com a dignidade da pessoa humana.

A mera possibilidade da EC reduzir o acesso dos mais vulneráveis na luta por recursos a torna inconstitucional. E essa é uma possibilidade, inclusive, que a liminar do Ministro Barroso, no MS 34448 (que pedia a suspensão do andamento da Emenda no Parlamento) reconhece ao dizer que: “Por certo, há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos.” Esta é uma hipótese que não deveria sequer constar de uma iniciativa legislativa, tendo em vista que não é condizente com a integralidade do documento que funda a República Democrática de direitos. Como pode haver de democracia deliberativa entre iguais e livres se grande parte fica tão vulnerável que perde a luta por acesso a recursos básicos?

Pode-se dizer que a Constituição Federal, ao se consolidar como sendo um documento político que é democrático tanto em sua conformação quanto no seu escopo, demanda um Estado que busque alternativas baseadas na ampliação de direitos ou ao menos em sua manutenção em momentos difíceis. O chamado “princípio do não retrocesso” se deve a um aprendizado social e global devido às inúmeras medidas de

outrora que avançaram sobre populações vulneráveis afim de se “garantir um sistema político e social”.

Sob pena de justificarmos agressões sociais e a redução de direitos básicos num país intensamente desigual como o Brasil, não podemos nos furtar de buscar alternativas que levam em conta a vida da grande maioria. A atual Emenda Constitucional visa a incrementar o *ethos* da desigualdade, partindo do pressuposto que a população pobre já está acostumada a ser pobre e a ter dificuldades, que ela “já possui os meios para sair desta situação” ou, pior, que ela não tem força o suficiente para se opor ao avanço sobre seus direitos.

A crise está sendo perpetuada e paga pela classe trabalhadora, o que nossa Constituição não permite. Uma emenda que acrescente essa possibilidade ao texto constitucional contraria o preceitos básicos que o fundamentam.

Foi o que se viu no julgamento da ADI nº 1.946/DF, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, em que a Corte consignou sua posição contrária à imposição normativa que implicasse em redução da proteção constitucional dos direitos sociais, entendendo tal medida como retrocesso histórico inadmissível. O Supremo Tribunal Federal deixou claro que há expresse ataque a cláusulas pétreas quando a retirada de direitos sociais golpeia o núcleo básico do princípio da igualdade:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples

aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. (ADI 1946, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003 PP-00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123)

Há de se considerar, ainda, o exposto pelo Ministro Barroso, ao apreciar liminar no Mandado de Segurança supracitado. Ele relata uma percepção que precisa ser melhor compreendida em sede de Controle Concentrado. Segundo ele, a possibilidade de atingir severamente os mais vulneráveis “não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica, e não com judicialização.”

Entendemos que a “judicialização”, neste caso, é resultado de ampla mobilização social e política que busca instrumentos institucionais capazes de barrar o poder de uma maioria contingencial. Nem sempre, o clamor da rua se resolve na rua. Nem sempre, o

clamor da rua se reverte em votos. Até porque, como temos percebido mundo afora, a crise de representatividade reforça o argumento de que o sistema de direitos é mais amplo que o próprio desenho institucional. É o que podemos aprender com casos como “Brown vs Board of Education” quando, como acontece hoje no Brasil, muitas pessoas foram às ruas para exigir direitos que julgavam serem seus, mas precisaram interagir com a Suprema Corte para que esta, corajosamente, lhes concedesse o direito contra uma ampla maioria racial. O que se pede à Suprema Corte é que aplique o texto constitucional em sua integralidade, dando força ao poder popular, para que ele possa se proteger dos ataques aos seus direitos mais fundamentais.

Conforme aponta o próprio ministro, em suas razões de decidir, “tal como compreendido atualmente, o ideal de governo democrático é o deliberativo, em que a ênfase recai sobre a capacidade de cidadãos, livres e iguais, decidirem seu futuro em um processo argumentativo honesto, em que prevaleça a força das melhores razões”. Em se tratando de tudo que sabemos agora, em grande medida por conta da atuação do Judiciário e do Ministério Público Federal, seria uma ilusão afirmar que as decisões tomadas pelo Congresso atual estão amparadas num “procedimento argumentativo honesto” e “decidido pelas melhores razões”. Isso não condiz com a realidade, o que macula uma Emenda à Constituição com efeitos tão potencialmente danosos a vida das pessoas.

Importa, para tanto, destacar que a defesa do papel político-normativo por parte do STF em assegurar os direitos sociais não tem como objetivo instituir um “Governo de Juízes”, mas, muito pelo contrário, demonstrar que os parâmetros já estabelecidos pelo Constituinte, dentro dos quais deve ser exercida a discricionariedade administrativa, devem ser levados em consideração pelo intérprete máximo da nossa ordem constitucional. Em suma, não se pretende a substituição do Executivo ou Legislativo pelo Judiciário, mas, tão-somente, demonstrar os espaços constitucionais em que este último Poder pode agir para compelir aquele primeiro a respeitar a vontade política do Constituinte Originário, zelando-se para que a Lei Maior não se transforme em mero “pedaço de papel”, na expressão de Ferdinand Lassale, e incapaz de aproximar o tanto quanto possível o dever-ser normativo (*sollen*) do ser (*sein*). Para tanto, desempenha função de extrema importância a teoria dos direitos fundamentais, a qual, conforme

conclui Maselli Gouvêa, “*determina a prioridade das prestações abrangidas no âmbito do mínimo existencial sobre outros encargos do poder público*”³⁷.

Como lembra J.J. Gomes Canotilho, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais dentro de uma “reserva do possível” tem de lidar com a dependência dos recursos econômicos. Assim, a elevação do nível da sua realização estaria sempre condicionada pelo volume de recursos suscetível de ser mobilizado para esse efeito. Nessa visão, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação dos direitos sociais prestacionais. Em virtude da mencionada limitação material, parcela considerável da doutrina vem sustentando que apenas o “mínimo existencial” poderia ser garantido, isto é, apenas esse conjunto – formado pela seleção dos direitos sociais, econômicos e culturais tidos mais relevantes, por integrarem o núcleo da dignidade da pessoa humana ou por decorrerem do direito inalienável da liberdade – teria validade *erga omnes* e poderia ser examinado sem restrições pelo Poder Judiciário.

Claro que não se desconsideram os óbices à realização da tarefa constitucional de propiciar o exercício dos direitos que impõem um “*facere*” ao Estado. Mas o dever de compatibilizar a previsão normativa disposta no texto e a difícil realidade de escassez de recursos materiais, principalmente nos países periféricos de economia subdesenvolvida, que não pode ser desprovida de efeito jurídico. Aqui se vislumbra com bastante clareza o postulado econômico de que as necessidades humanas são ilimitadas enquanto os recursos disponíveis para satisfazê-las não o são. Por essa razão, a gestão dos meios para a obtenção dos fins públicos torna-se tão relevante no debate sobre a concretização dos direitos fundamentais. Sobre as faces da *reserva do possível* como óbice à concretização judicial dos direitos prestacionais, afirma o professor Flávio Dino:

*“Segundo tal doutrina, há um limite fático ao exercício dos direitos sociais prestacionais, concernente à disponibilidade material e jurídica de recursos financeiros necessários ao adimplemento da obrigação. Demais disso, a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de tal sorte que, mesmo em dispondo o Estado dos recursos e tendo o poder de disposição, não se pode falar em uma obrigação de prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável.”*³⁸

³⁷ GOUVÊA, Marcos Maselli, *O Controle das Omissões Administrativas - Novas Perspectivas de Implementação dos Direitos Prestacionais*. p. 400.

³⁸ *Superar limites no controle jurisdicional das políticas públicas - Sugestões para uma Reforma Cultural no Judiciário*.

Então, chegar a uma definição do que venha a ser o *mínimo existencial* a permitir o avanço sobre a limitação imposta pela reserva do possível, ressalvado o real limite da escassez há que se ter como marco inicial o valor fundamental da dignidade da pessoa humana (Art. 1º, III, CF/88), que representaria o verdadeiro limite à restrição dos direitos fundamentais. Tal núcleo irradiador e fonte de todos os direitos evita os abusos que possam levar ao esvaziamento ou à supressão do seu conteúdo. Nesse caso, cabendo ao juiz constitucional o exercício de tal *munus*, ainda que dele não seja tarefa exclusiva. Enfocando a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana como postulado de primeira grandeza na ordem constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet decompõe o sentido nuclear do princípio em três categorias: “*não há como negar que os direitos à vida, liberdade e igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares de dignidade da pessoa humana*”³⁹ Nessa esteira, a dignidade humana com o seu núcleo - vida, liberdade e igualdade -, constitui princípio sistemático de todos os direitos fundamentais e tem também função legitimadora necessária ao reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, que existe em função dos seus indivíduos e cidadãos, e não estes em função daquele.

Sabe-se, de início, que as normas constitucionais definidoras de direitos às prestações têm sempre efeitos jurídicos a produzir, não se constituindo em mera promessa, pois são inspiradas nos mais altos princípios indicados na Constituição. Seguindo procedimento de todo intérprete que tenha por objetivo redescobrir o sentido a norma segundo o programa nela encetado, deve-se vislumbrar como ponto de partida, a redação do seu texto, veja-se então o que diz o §1º do art. 5º da nossa Constituição Federal: “*As normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Interessante ainda é notar que, como bem lembra Luís Roberto Barroso, o dispositivo foi inserido sob o auge da idéia da máxima efetividade de tais direitos, como era previsto:

“o Anteprojeto da Comissão Provisória de Estudos Constitucionais dedicou ao tema o art. 10 e seus parágrafos, cuja íntegra é a seguinte ‘Art. 10. Os direitos e garantias constantes desta Constituição têm aplicação imediata. §1º Na falta ou omissão de lei prevista para discipliná-la, o juiz decidirá o caso, de modo a atingir os fins da norma constitucional. §2º Verificando a inexistência ou omissão da lei, inviabilizando a plenitude da eficácia de direitos assegurados nesta Constituição, o Supremo Tribunal Federal recomendará ao Poder competente a edição de norma que venha suprir a

³⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 99.

falta.’ Como se vê, discriminou o Anteprojeto duas situações, para as quais previu soluções diversas: 1ª) Atribuiu, difusamente, a qualquer órgão jurisdicional competência para formular, em cada caso, a regra abstrata ordinária; 2ª) outorgou, concentradamente, ao STF, nos casos em que a ausência da lei ordinária inviabilize a plenitude do direito, a atribuição de recomendar ao Poder competente a edição da norma. No tocante à primeira solução, foi ela seguida pelo Projeto da Comissão de Sistematização, transformando-se no §1º do art. 5º da Constituição em vigor.”⁴⁰

Ancorado em tal fundamento, e amparado na clareza com que fora editado o dispositivo do §2º do art. 5º da Constituição Federal, cabe ao Poder Judiciário, em especial à Suprema Corte, exercer sua função de garante dos direitos ao mínimo existencial, de modo a preservar o seu núcleo essencial, sob pena de incorrer em omissão grave que revelará o seu descrédito como instituição democrática. Assim, também ao Supremo Tribunal Federal compreende-se que é possível escolher várias soluções para bem destinar os recursos orçamentários, vislumbrando-se em todas, a possibilidade de atingir o interesse público e social reclamado no presente caso. Diante do dever que lhe destinou a Constituição Federal, devem também os ministros e juízes constitucionais buscar não só a escolha de parâmetros que leve a resultados estratégicos do ponto de vista governamental, mas sim optar pela melhor solução dentre as possíveis segundo o ponto de vista do compromisso constitucional.

Tal posicionamento é amplamente defendido por Alexy, que vê na garantia da promoção ou manutenção do padrão mínimo exigido em sociedade questão prioritária, e estando presente uma restrição proporcional dos bens jurídicos (fundamentais ou não) colidentes, há como se admitir um direito subjetivo à determinada prestação social, dentro de um juízo de proporcionalidade. Juízo pelo qual a Emenda Constitucional nº 95/2016 não passa.

4.1.2 DA CONTRARIEDADE AOS SISTEMAS UNIVERSAL E REGIONAL DE DIREITOS HUMANOS

4.1.2.1 O STATUS DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO (VIOLAÇÃO DO ART. 5º, §3, CF)

⁴⁰ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição brasileira*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 165-166.

De acordo com orientação consolidada pela Segunda Turma desse Colendo Supremo Tribunal Federal, tratados e convenções internacionais detêm o status materialmente constitucional. E várias obrigações assumidas pelo Brasil e transformadas em direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros são violadas pela Emenda Constitucional 95.

Com efeito, a Carta da Organização das Nações Unidas, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o Protocolo da São Salvador, foram todos igualmente incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro antes da EC 45/2004, e, portanto, possuem o mesmo status jurídico das normas constitucionais, conferido pelo artigo 5º, §2º, da Constituição.⁴¹ Conforme explicou o Ministro Celso de Mello, hoje temos no Brasil tratados de direitos humanos em três diferentes situações:

(1) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu), **e regularmente incorporados à ordem interna, em momento anterior ao da promulgação da Constituição de 1988** (tais convenções internacionais **revestem-se de índole constitucional, porque formalmente recebidas, nessa condição, pelo § 2º do art. 5º da Constituição**);

(2) tratados internacionais de direitos humanos que venham a ser celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País venha a aderir) em data posterior à da promulgação da EC nº 45/2004 (essas convenções internacionais, para se impregnarem de natureza constitucional, deverão observar o “iter” procedimental estabelecido pelo § 3º do art. 5º da Constituição); e

(3) tratados internacionais de direitos humanos celebrados pelo Brasil (ou aos quais o nosso País aderiu) **entre a promulgação da Constituição de 1988 e a superveniência da EC nº 45/2004** (referidos tratados

⁴¹ A hierarquia constitucional das convenções de direitos humanos vem sendo reiterada em vários acórdãos da Segunda Turma, relatados pelo Ministro Celso de Mello, como se depreende do HC 96772/SP, julgado em 09.06.2009 e publicado no DJe-157: “HABEAS CORPUS - PRISÃO CIVIL - DEPOSITÁRIO JUDICIAL - REVOGAÇÃO DA SÚMULA 619/STF - A QUESTÃO DA INFIDELIDADE DEPOSITÁRIA - CONVENÇÃO AMERICANA DE DIREITOS HUMANOS (ARTIGO 7º, n. 7) - NATUREZA CONSTITUCIONAL OU CARÁTER DE SUPRALEGALIDADE DOS TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS? - [...] TRATADOS INTERNACIONAIS DE DIREITOS HUMANOS: AS SUAS RELAÇÕES COM O DIREITO INTERNO BRASILEIRO E A QUESTÃO DE SUA POSIÇÃO HIERÁRQUICA. - A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Art. 7º, n. 7). Caráter subordinante dos tratados internacionais em matéria de direitos humanos e o sistema de proteção dos direitos básicos da pessoa humana. - Relações entre o direito interno brasileiro e as convenções internacionais de direitos humanos (CF, art. 5º e §§ 2º e 3º). Precedentes. - Posição hierárquica dos tratados internacionais de direitos humanos no ordenamento positivo interno do Brasil: natureza constitucional ou caráter de supralegalidade? - Entendimento do Relator, Min. CELSO DE MELLO, que atribui hierarquia constitucional às convenções internacionais em matéria de direitos humanos. [...]”

assumem caráter materialmente constitucional, porque essa qualificada hierarquia lhes é transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade, que é “a somatória daquilo que se adiciona à Constituição escrita, em função dos valores e princípios nela consagrados”.⁴² (grifo nosso)

Assim, a análise da constitucionalidade da Emenda Constitucional que se requer seja feita no bojo desta ação não pode prescindir do exame de sua compatibilidade com os compromissos internacionais assumidos pelo Brasil em matéria de direitos humanos, conforme se demonstra nos tópicos a seguir.

4.1.2.2 DAS VIOLAÇÕES A DISPOSITIVOS DO SISTEMA DA ONU

A **Emenda Constitucional** ora questionada contraria dispositivos internacionais garantidores de direitos humanos, sociais, econômicos e culturais, os quais foram reconhecidos pelo Brasil como normativamente vinculantes.

Deve ser consignado, de partida, que o Brasil ratificou a Carta das Nações Unidas em 12 de Setembro de 1945, o que implica na obrigação de seguir padrões normativos do regime jurídico da ONU, bem como em colaborar com os trabalhos e cumprir determinações de seus órgãos e agências.

Na órbita internacional de proteção a direitos humanos e fundamentais, guarda especial relevância o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). O PIDESC, datado de 1966, foi ratificado pelo Brasil (conforme Decreto 591/1992) e perfaz instrumento normativo central do sistema global de proteção aos direitos humanos.

Em primeiro lugar, a **EC** afronta o dever de todo país signatário ao PIDESC em assegurar *progressivamente* o cumprimento dos direitos econômicos, culturais e sociais da população, o que deveria ser feito tanto através da via legislativa, como através da alocação máximo de recursos disponíveis. A **EC** é especialmente contrária às disposições do Artigo 13, 2, bem como do Artigo 2º, 1 do PIDESC, *in verbis*:

ARTIGO 2º. 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, **até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.** (grifo nosso)

⁴² STF, Recurso Extraordinário nº

Ao invés de cuidar da implementação *progressiva* dos direitos, a EC faz exatamente o contrário do que dispõe o PIDESC ao promover o congelamento, por vinte anos, de verbas destinadas a direitos sociais fundamentais como saúde e educação, as quais não serão mais proporcionais à receita fiscal do Estado, como devidamente narrado e demonstrado **nos fatos**.

A noticiada alegação de falta de recursos estatais para a edição da EC cai por terra ao se analisar a desvinculação proporcional entre receitas estatais e o investimento em áreas sociais. O **máximo de seus recursos disponíveis**, princípio básico do PIDESC acima citado, jamais será destinado à efetivação desses direitos. **Não haveria que se falar em “reserva do possível”, pois nem ao menos o “possível” estaria à disposição. Bizarramente, estaríamos diante de uma “não reserva do possível”, ou seja, de uma “entrega do possível” a outras áreas.**

Ao analisar a efetivação e implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim já se pronunciou o STF:

Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência. Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da “reserva do possível” - ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível - não pode ser invocada, pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.⁴³

Como deixa claro o entendimento desse STF, as atuações dos Poderes Legislativo e Executivo são limitadas por normas, tendo o Poder Judiciário o dever de avaliar suas ações. As disposições do PIDESC há muito não são encaradas como vãs promessas ou

⁴³ ADPF 45 MC/DF. Decisão publicada no DJU de 4.5.2004. RELATOR: MIN. CELSO DE MELLO.

como meras boas intenções. Ao contrário, o sistema da ONU é profícuo em produzir instrumentos que robustecem a força normativa e zelam pela máxima efetivação dos direitos contidos no Pacto de 1966.

Nesse diapasão, a incompatibilidade da **EC** com o PIDESC pode também ser verificada através da análise de decisões de organismos centrais da ONU, em especial do Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, vinculado ao Conselho Econômico e Social da ONU.

Anote-se, para os efeitos da presente ação, que o Conselho Econômico e Social (ECOSOC) situa-se no mais alto grau hierárquico da ONU, ao lado, por exemplo, do Conselho de Segurança, da Assembleia Geral e da Corte Internacional de Justiça. Entidades como a OMS (Organização Mundial da Saúde), o UNICEF (Fundo das Nações Unidas para a Infância) e o PNUD (Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento) são coordenadas pelo ECOSOC.

Eleito pela Assembleia Geral, o Brasil é atualmente um dos membros do ECOSOC, o que reforça sua responsabilidade perante o sistema das Nações Unidas ao qual se vincula. O Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) foi criado em 1985 pelo ECOSOC com o objetivo de supervisionar a implementação das disposições do Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

O CDESC avalia relatórios enviados periodicamente pelos Estados contendo informações a respeito do cumprimento das disposições do Pacto acima referido e, a partir disso, elabora orientações, Observações Finais e Observações Gerais. Entre seus dezoito membros, experts na matéria, um é brasileiro.

As Observações Gerais do CDESC constituem o modo pelo qual a ONU garante efetividade, sem distinção entre os Estados signatários do Pacto, aos direitos econômicos, sociais e culturais. Por isso, são dotadas de força normativa para os Estados signatários.

A reunião das Observações Gerais podem ser encaradas como a máxima jurisprudência no âmbito do Nações Unidas relativa aos direitos econômicos, sociais e culturais. Sua não observância pode ser caracterizada, no mínimo, como má-fé do Estado-membro, assim como violação direta ao PIDESC.

A **EC** viola direitos sociais, como à saúde e à educação, ao suprimir legislação que garantiria recursos mínimos necessários para implementar tais direitos, eliminando, portanto, obrigações legais preexistentes mais benéficas à população de maneira geral. A **EC representa** ato comissivo do Estado brasileiro com o propósito declarado de não

implementar direitos sociais, culturais e econômicos. As violações podem ser comprovadas ao se observar as Observações Gerais do CDESC de nº 14, 15 e 17. Em especial, o parágrafo 48 da Observação Geral de nº 14 é claro nesse sentido:

48. Las violaciones del derecho a la salud pueden producirse mediante la acción directa de los Estados o de otras entidades que no estén suficientemente reglamentadas por los Estados. La adopción de cualesquiera medidas regresivas que sean incompatibles con las obligaciones básicas en lo referente al derecho a la salud, a que se hace referencia en el párrafo 43 supra, constituye una violación del derecho a la salud.

Entre las violaciones resultantes de *actos de comisión* figura la revocación o suspensión formal de la legislación necesaria para el continuo disfrute del derecho a la salud, o la promulgación de legislación o adopción de políticas que sean manifiestamente incompatibles con las preexistentes obligaciones legales nacionales o internacionales relativas al derecho a la salud.

As violações contidas na EC através de ato comissivo possuem patente nexo causal com a desvinculação da receita fiscal do Estado do financiamento da saúde e educação, sendo o Estado objetivamente responsável.

Em segundo lugar, nos casos em que houver medidas restritivas de direito, como as elencadas na EC, deve (ou deveria) haver justificação da medida restritiva fazendo-se referência à totalidade das obrigações previstas no Pacto. Nesse sentido são as Observações Gerais do CDESC de nº 3, para. 9; nº13, para. 45; de nº 14, para. 32.

32. Al igual que en el caso de los demás derechos enunciados en el Pacto, existe una fuerte presunción de que no son permisibles las medidas regresivas adoptadas en relación con el derecho a la salud. Si se adoptan cualesquiera medidas deliberadamente regresivas, corresponde al Estado Parte demostrar que se han aplicado tras el examen más exhaustivo de todas las alternativas posibles y que esas medidas están debidamente justificadas por referencia a la totalidad de los derechos enunciados en el Pacto en relación con la plena utilización de los recursos máximos disponibles del Estado Parte.

Com tal posicionamento, resta claro que a implementação dos direitos básicos culturais, sociais e econômicos deve ser feita de acordo com as possibilidades do Estado.

Medidas regressivas de teor legislativo não são permitidas e, se acaso for adotada alguma, deve haver estudos oficiais que façam referência ao cumprimento geral das normas do PIDESC.

No entanto, no caso da **EC**, a plena utilização do máximo de recursos disponíveis pelo Estado brasileiro é, já de partida, negada, repise-se. Injustificadamente, a arrecadação fiscal do Estado não terá mais relação proporcional com os recursos alocados em áreas fundamentais como saúde e educação.

Não há, portanto, respeito nem à realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, nem à utilização máxima dos recursos disponíveis, nem tampouco a justificativa em relação à totalidade das obrigações contidas no PIDESC. Tais afirmações se ancoram na incontroversa delimitação do que significam os princípios da realização progressiva e da não regressão quanto aos direitos econômicos, sociais e culturais que sustentam o PIDESC e, portanto, obrigam o estado brasileiro.

A realização progressiva significa que os estados, independentemente do seu nível de desenvolvimento econômico ou a quantidade de recursos materiais disponíveis, devem adotar medidas imediatas e futuras que permitam progressivamente a integral efetivação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Vários documentos internacionais, dentre eles os Princípios de Limburg e o Comentário Geral n. 3 do CDESC identificaram medidas que podem ser tomadas de forma imediata para qualquer nível de recursos disponíveis. A observância do princípio da realização progressiva implica que prioridade deve ser dada para programas que assegurem os direitos econômicos, sociais e culturais da população, e que deve haver um progresso contínuo no seu acesso.

O princípio da não regressão, por outro lado, significa que quaisquer medidas que restrinjam ou retirem direitos econômicos, sociais e culturais já assegurados encontram-se em contradição com o princípio da realização progressiva e constituem uma violação desses direitos, a menos que estejam devidamente justificadas e sopesadas em relação à fruição de outros direitos econômicos, sociais e culturais. Medidas regressivas incluem todos os atos de omissão ou comissão do estado que privem as pessoas de direitos que elas costumavam gozar.

Ainda, cumpre observar ainda que os mais afetados, **como demonstrado nos fatos**, serão as populações em maiores condições de vulnerabilidade, também já relatadas pelo CDESC em Observações Gerais, como portadores de necessidades especiais (Observação Geral n. 5), que necessitam de moradia (Observações Gerais nº 4 e 7), crianças (Observação Geral nº 11, 12 e 13) e idosos (Observação Geral nº 6).

Finalmente, há que se mencionar a Declaração de 24 de junho de 2016, do CDESC, sobre “Dívida pública, medidas de austeridade e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Embora referida declaração se refira a pactos assinados entre países ou entre esses e organismos de financiamento internacionais que incluam medidas de austeridade, parece-nos inequívoco que suas orientações se aplicam ao caso brasileiro, em que o governo adota medidas de austeridade sem que essas nem mesmo tenham sido impostas por agentes externos, produzindo um profundo impacto negativo e regressivo na fruição dos principais direitos sociais pela população. No citado documento, o CDESC reconhece que a “implementação de programas de consolidação fiscal podem ser necessária para a implementação de direitos econômicos e sociais”. Contudo, adverte que “se não implementados com integral respeito aos padrões de direitos humanos e levando em considerações as obrigações dos estados perante os sujeitos de direitos, [...] tais programas afetarão uma gama de direitos protegidos pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.”⁴⁴

Particularmente preocupado com o impacto das medidas de ajuste fiscal sobre sujeitos e grupos que já se encontram em situação de vulnerabilidade, o CDESC aponta que:

Famílias de baixa-renda, especialmente com crianças, e o/as trabalhadore/as com as piores qualificações são desproporcionalmente afetado/as por medidas como perda de empregos, congelamento do salário mínimo e cortes nos benefícios sociais, potencialmente resultando na discriminação por origem social ou propriedade (art. 2, pr. 2). Além disso, reduções nos níveis de prestação de serviços públicos ou a introdução ou aumento das taxas cobradas de usuários em áreas como creche e educação pré-escolar ou utilidades públicas e serviços de suporte à família, têm um impacto desproporcional sobre as mulheres, e assim podem redundar em retrocessos em termos de igualdade de gênero (arts. 3 e 10).

E, ainda na referida Declaração, o CDESC estabelece um conjunto de requisitos mínimos a serem observados por medidas regressivas, caso essas sejam inevitáveis, ou seja, uma espécie de teste, pelo qual a EC ora discussão explicitamente não passa:

⁴⁴ United Nations, Economic and Social Council, Committee on Economic, Social and Cultural Rights. Statement *Public debt, austerity measures and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. 24 June 2016. E/C. 12/2012/1. p. 1.

Se a adoção de medidas regressivas for inevitável, tais medidas devem ser necessárias e proporcionais, no sentido de que a adoção de qualquer outra política, ou uma falha em atuar, seria mais deletéria aos direitos econômicos, sociais e culturais; elas devem permanecer vigentes apenas pelo tempo em que sejam necessárias; elas não devem resultar em discriminação e elas devem mitigar desigualdades que podem crescer em tempos de crise, assegurando que os direitos de indivíduos e grupos menos favorecidos e marginalizados não serão desproporcionalmente afetados; e elas não podem afetar o conteúdo mínimo dos direitos protegidos pelo Pacto.⁴⁵

O Relator Especial da ONU para Extrema Pobreza e Direitos Humanos, Philip Alston, posicionou-se de forma contrária à adoção da Emenda Constitucional ora questionada, que em 09 de Dezembro de 2016, data de suas considerações, ainda tramitava no Congresso enquanto PEC. O que é mais grave, qualificou-a como um “erro histórico”. Cumpre observar que todos seus argumentos foram corroborados pela Relatora Especial da ONU para o Direito à Educação.

Com efeito, o Relator Especial para Extrema Pobreza e Direitos Humanos julgou que as medidas ora atacadas comprometeriam o pleno desenvolvimento das gerações futuras, atingindo os setores mais carentes da sociedade, sendo radicais, frias e desproporcionais. Enfim, sustentou que, de tão preocupantes, os termos da **Emenda Constitucional** posicionam o Brasil em uma categoria à parte quando o assunto é retrocesso social.

A autoridade da ONU ainda reconheceu o grave desrespeito da **EC** ao sistema universal de garantia de Direitos Humanos, tal como aqui arguido:

Isso evidentemente viola as obrigações do Brasil de acordo com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que o país ratificou em 1992, que veda a adoção de “medidas deliberadamente regressivas” a não ser que não exista nenhuma outra alternativa e que uma profunda consideração seja dada de modo a garantir que as medidas adotadas sejam necessárias e proporcionais.⁴⁶

Como resta patente, não pode o Brasil através de Emenda Constitucional, como a aqui impugnada, violar o núcleo material básico do sistema universal de proteção dos direitos humanos, econômicos e sociais, sob pena de caracterização de uma denúncia

⁴⁵ Idem, p. 2.

⁴⁶ Brasil: Teto de 20 anos para o gasto publico violará direitos humanos, alerta relator da ONU (Nota à imprensa). Disponível em: http://www.ohchr.org/Documents/Issues/Poverty/SR_Brazil2016.docx.

indireta ao PIDESC e à própria Carta das Nações Unidas. Ao Supremo Tribunal Federal cabe a tarefa de declarar a inconstitucionalidade da EC por tais fundamentos.

4.1.2.3. VIOLAÇÕES A DIREITOS ASSEGURADOS PELO SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS E O NECESSÁRIO CONTROLE DE CONVENCIONALIDADE

No âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o Brasil assumiu uma série de obrigações de respeito, efetivação progressiva e não adoção de medidas regressivas dos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles os direitos à saúde, ao trabalho, à educação, à cultura, ao lazer e à assistência e previdência social. Conforme amplamente demonstrado na sessão anterior que examina o impacto da EC sobre tais direitos, o retrocesso social é uma consequência inevitável do programa de ajuste fiscal que ela instituiu. Por isso sua contrariedade às obrigações assumidas pelo Brasil perante o SIDH.

A Carta da Organização dos Estados Americanos, ratificada pelo Brasil em 1950, alberga em seu núcleo a justiça social vinculada à efetivação dos DESC. Em seus propósitos essenciais também se encontram a erradicação da pobreza e a promoção do desenvolvimento econômico, social e cultural (artigo 2º, alíneas *f* e *g*)⁴⁷. Instituiu, ainda, explicitamente, como deveres dos Estados, a união de esforços para consolidar o **acesso da população** ao trabalho digno, **educação, serviços de saúde** e desenvolvimento cultural, entre outros. Ao longo do capítulo VII, que trata do desenvolvimento integral, fica evidente o tratamento holístico dos direitos humanos pretendido pelo documento, que reafirma as garantias dos DCP como pressupostos para a fruição dos DESC, salientando sua interdependência.

Por outro lado, a **Convenção Americana sobre Direitos Humanos**, ratificada pelo Brasil em 1992, dispõe em seu preâmbulo que “só pode ser realizado o ideal do ser humano livre, isento do temor e da miséria, se forem criadas condições que permitam a cada pessoa gozar dos seus Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, bem como dos seus Direitos Cíveis e Políticos”.⁴⁸ Na enumeração posterior dos deveres dos Estados, o artigo 26, sob o título “Desenvolvimento Progressivo”, estabelece que:

⁴⁷ Organização dos Estados Americanos. *Carta da Organização dos Estados Americanos*. 1967. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/tratados_A41_Carta_da_Organiza%C3%A7%C3%A3o_dos_Estados_Americanos.htm> Acesso em: 30.11.16.

⁴⁸ Organização dos Estados Americanos. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. 1969. Disponível em: <<http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjose.htm>> Acesso em: 30.11.16.

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de **conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos**, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, **na medida dos recursos disponíveis**, por via legislativa ou por outros meios apropriados.⁴⁹

A interpretação de referido dispositivo deve ser feita de forma harmônica com as demais normas do próprio Pacto de São José, conforme não apenas as regras de interpretação nele contidas mas também as disposições hermenêuticas gerais do direito internacional. Nesse sentido,

...una interpretación sobre los derechos económicos, sociales y culturales en el Pacto de San José conforme al artículo 29 y al objeto y fin de la Convención Americana, de acuerdo a los principios **pro persona** y **pro sociedad**, nos lleva a las siguientes conclusiones:

- a) Las obligaciones de respetar y garantizar los derechos y las libertades, y de adoptar las disposiciones de derecho interno, alcanzan tanto a los derechos civiles y políticos como a los derechos económicos, sociales y culturales, de acuerdo con el alcance del artículo 26 de la Convención Americana.
- b) Es plenamente exigible la toma de medidas (y la abstención de adoptar medidas que generen el efecto contrario), para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales.
- c) Un Estado debe utilizar sus recursos disponibles de manera compatible con las previsiones sobre derechos económicos, sociales y culturales establecidas en la Convención Americana, para no incurrir en violaciones al artículo 26 del Pacto de San José.
- d) El artículo 43 del Pacto de San José refuerza el deber de garantía del artículo 1 de la Convención Americana, al establecer la obligatoriedad de asegurar su aplicación efectiva en relación con todos los derechos humanos consagrados.

Un Estado, finalmente, incurrirá en responsabilidad internacional por violación al artículo 26 del Pacto de San José, si:

⁴⁹ Idem.

- a) En la medida de sus recursos disponibles no adopta medidas progresivas que tengan por resultado un mejor disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales que el existente antes de adoptar dichas medidas.
- b) Adopta medidas que además de no mejorar el disfrute de los derechos económicos, sociales y culturales, generan el efecto contrario, es decir, deterioran el goce de los mismos.
- c) Se demuestra que con los recursos disponibles podían tomarse medidas que otorgaran mejores resultados, o iguales resultados con menos recursos disponibles.⁵⁰

No *Caso Acevedo Buendía y Otros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru* (2009)⁵¹, a Corte Interamericana de Derechos Humanos tratou de benefícios da seguridade social. Em sua decisão, a Corte examinou o histórico dos debates em torno da redação do artigo 26 e concluiu que essa história sugere um real comprometimento por parte dos estados com a proteção dos DESC, que pretenderam conferir efeito vinculante à provisão. Nessa mesma oportunidade, aplicando uma interpretação sistemática, a Corte ressaltou que estando o artigo 26 localizado na Parte I da Convenção, ele também está sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 (obrigação de respeitar os direitos) e 2 (dever de adotar disposições do direito interno).

Quanto ao conteúdo propriamente dito do artigo 26, a Corte, primeiramente, reiterou a interdependência existente entre os DESC e os DCP, que “deben ser entendidos integralmente como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello.”⁵². Tomando como base a Observação Geral nº 3 do CDESC, a Corte precisou o conteúdo da obrigação do desenvolvimento progressivo dos DESC. Nesse ponto, afirmou que **a flexibilidade quanto ao prazo e modalidades de sua efetivação tem como componente uma obrigação de fazer**, ou seja, “de adoptar providencias y brindar los medios y elementos necesarios para responder a las exigencias de efectividad de los derechos involucrados”. Indo mais além, e confirmando a justiciabilidade dos DESC, a Corte afirmou que tal implementação progressiva pode ser “objeto de rendición de cuentas” y que, en caso de incumplimiento, el “Estado podrá ser exigido ante las

⁵⁰ Fabián Salvioli, La protección de los derechos económicos, sociales y culturales en el sistema interamericano de derechos humanos. *Revista IIDH* 39, 2004, p. 112-113.

⁵¹ CORTE IDH. Caso Acevedo Buendía e outros (“Cesantes y Jubilados de la Contraloría”) vs. Peru. Sentença de 1 de julho de 2009.

⁵² Idem, parágrafo 101.

instancias llamadas a resolver eventuales violaciones a los derechos humanos,” como eventualmente seria a própria Corte Interamericana.⁵³

Do anterior decorre um **dever de não regressividade**, que não deve ser compreendido como uma proibição às medidas restritivas ao exercício de um direito. Estas podem ocorrer quando plenamente justificadas em relação à totalidade dos DESC previstos no Pacto de San Salvador e o **aproveitamento máximo dos recursos disponíveis** pelo Estado. Assim, e segundo a jurisprudência da Corte Interamericana, intérprete máxima da Convenção Americana, **a regressividade é justificável quando se tratar de DESC**. E o critério para se medir a progressividade e, conseqüentemente, o dever de não regressividade, como demonstrado há pouco, já foi também estabelecido pela própria Corte Interamericana nos seguintes termos:

147. Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. **Su desarrollo progresivo**, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, **se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, ...**⁵⁴

Importa destacar que o Protocolo Adicional à Convenção Americana em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ou Protocolo de São Salvador, também ratificado pelo Brasil em 1996, estabelece uma estreita relação entre os DESC e os DCP, que constituem um todo indissolúvel baseado na dignidade humana. Assim, tais direitos demandam tutela e promoção permanente para sua vigência plena, sem que se possa justificar a violação de uns a pretexto da realização de outros. As obrigações dos Estados, no âmbito do Protocolo, estão concentradas nos artigos 1º a 5º. Além da obrigação de adotar medidas até o máximo dos recursos disponíveis, já estabelecida no Pacto de São José, o Protocolo de São Salvador avança em relação a esse instrumento ao consagrar obrigações dos Estados em matéria de DESC, dentre elas as de **não discriminação** (art. 3º). Já os artigos 4º e 5º, sucessivamente, proíbem a restrição e a limitação de direitos adquiridos, excetuando a expedição de leis que visem preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade.

⁵³ Idem, parágrafo 102.

⁵⁴ Corte IDH. Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003.

Protocolo de San Salvador - Obrigações dos Estados:

Art. 1º - Obrigação de adotar medidas até o máximo dos recursos disponíveis

Art. 2º - Obrigação de adotar medidas legislativas

Art. 3º - Não discriminação na implementação dos DESC

Art. 4º - Não admissão de restrições

Art. 5º - Alcance das restrições e limitações

No *Caso Cinco Pensionistas Vs. Peru* (2003), a Corte Interamericana estabeleceu que o artigo 5 acima somente permite aos estados estabelecer limitações e restrições ao gozo e exercício de direitos econômicos, sociais e culturais, “mediante leyes promulgadas con el objeto de preservar el bienestar general dentro de una sociedad democrática, en la medida que no contradigan el propósito y razón de los mismos”.⁵⁵

Por todo o exposto até aqui é que se requer esse Supremo Tribunal Federal faça, no julgamento da presente Ação, o controle de convencionalidade da EC impugnada. Tal controle, dever de todas as autoridades dos estados-partes da Convenção Americana, se funda nas obrigações por esses assumidas ao ratificá-la. Essa obrigações consistem, indistintamente, na promoção e proteção dos direitos reconhecidos na Convenção, assim como na observância das decisões da Corte Interamericana, nos seguintes termos:

Artigo 1. Obrigação de respeitar os direitos

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, se discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. [...]

Artigo 2. Dever de adotar disposições de direito interno

Se o exercício dos direitos e liberdade mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

Artigo 68

⁵⁵ Corte IDH. *Caso “Cinco Pensionistas” vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003.*

1. Os Estados Partes na Convenção comprometem-se a cumprir a decisão da Corte em todo o caso em que forem partes.

O controle de convencionalidade consiste em verdadeira “ferramenta que permite aos Estados concretizar a obrigação de garantia dos direitos humanos no âmbito interno, através da verificação da conformidade das normas e práticas nacionais, com a Convenção Americana de Direitos Humanos (CADH) e sua jurisprudência”.⁵⁶ Ou seja, ele surge como resposta ao fato de que a maior parte dos casos de violações de direitos humanos submetidos à Corte Interamericana decorrem de falhas da justiça interna, e assim, pretende ser um mecanismo dos direitos consagrados internacionalmente, no âmbito normativo de cada estado.

O termo controle de convencionalidade apareceu pela primeira vez de forma colegiada em uma sentença da Corte no *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, em 2006. Na ocasião, a Corte manifestou-se no sentido de que tem ciência de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, portanto, obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico. Entretanto, quando um estado ratifica um tratado internacional, como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparelho desse estado, também se submetem a ele, o que os obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não sejam prejudicados pela aplicação de leis contrárias ao seu objeto e finalidade, carecendo desde o início de efeitos legais. Ou seja, o Judiciário deve exercer uma espécie de controle de convencionalidade entre as normas jurídicas internas e a Convenção Americana. Nessa tarefa, devem levar em consideração não só o tratado, mas também a **interpretação feita pela Corte**, intérprete final da Convenção Americana.

A CADH bem como a interpretação dada pela Corte IDH vinculam o Executivo, o Legislativo e o Judiciário dos estados-partes em seus variados níveis. A Corte já decidiu que o cumprimento de suas decisões afeta o Poder Judiciário e seus órgãos (*Casos Almonacid Arellano y otros vs. Chile e Trabajadores Cesados del Congreso vs. Peru*); juízes e órgãos vinculados à administração da Justiça em todos os níveis (*Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*); qualquer autoridade pública (*Caso Gelman vs. Uruguai*); bem como pressupõe a adequação das interpretações judiciais e administrativas e das garantias judiciais aos princípios estabelecidos em sua jurisprudência (*Casos López Mendoza vs. Venezuela e Atala Riffo y niñas vs. Chile*).

⁵⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Control de Convencionalidad*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos n. 7. p. 4 (tradução nossa).

Nesse sentido, quando os magistrados e magistradas nacionais exercem o controle de convencionalidade, “transformam-se” em verdadeiros **juízes e juízas interamericanos**, convertendo-se em autênticos guardiões do Pacto, seus protocolos adicionais e do entendimento estabelecido pela jurisprudência da Corte Interamericana. Em outras oportunidades, esse Colendo Supremo Tribunal Federal já desempenhou tal papel, examinando a compatibilidade de normas nacionais com os preceitos e garantias contidos na Convenção Americana de Direitos Humanos e em outros instrumentos regionais igualmente ratificados pelo Brasil. Nesse sentido, requer-se que esta Corte aplique o controle de convencionalidade à EC ora atacada, para declará-la inconvencional e, portanto, inconstitucional, haja vista sua sua frontal contrariedade com as obrigações assumidas pelo país perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Demonstrada está, assim, os principais aspectos formais que tornam a EC nº 95/2016 inconstitucional pela ofensa ao conteúdo mínimo dos direitos fundamentais sociais, pelo qual se espera que o Supremo Tribunal Federal conceda o pedido cautelar adiante articulado.

5. DA INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL

5.1 DA VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DEMOCRÁTICO E AO PLURALISMO POLÍTICO DA ORDEM CONSTITUCIONAL BRASILEIRA (VIOLAÇÃO AO ART. 1º, V E PARÁGRAFO ÚNICO)

“É a constituição que deriva sua autoridade do poder constituinte e não o poder constituinte que deriva sua autoridade da constituição.”

Maurice Duverger

Ao defender a legitimidade do povo de se reunir, por meio de seus representantes, James Madison afirmava explicitamente que o poder constituinte tem origem popular e, portanto, figurava como a única fonte legítima de autoridade constitucional.⁵⁷ Da mesma forma, Abade Emmanuel Sieyès aponta que a legitimidade de uma ordem constitucional seria nada menos que o resultado de uma decisão do poder constituinte, uma expressão da vontade do povo.⁵⁸

⁵⁷ James Madison, Federalist Papers, nº 40.

⁵⁸ Emmanuel Sieyès, Qu'est-ce que le Tiers état? Paris, Editions Du Boucher, 2002.

O constitucionalismo moderno, desde suas origens históricas nas experiências revolucionárias dos Estados Unidos da América e da França, é um arranjo que institucionaliza a soberania popular como a única fonte legítima de autoridade, produzindo um equilíbrio entre liberdades negativas e liberdades políticas que conformam a própria *forma constitucional*.⁵⁹ Nesse arranjo, o povo não é apenas metáfora legitimadora ou produto de retórica ideológica, ele é o polo criador de direitos.⁶⁰

Com efeito, como nos lembra o já citado Madison, a legitimidade do poder, numa ordem constitucional, não é o resultado de uma abstração, seja ela religiosa, lógica ou jurídica,⁶¹ ela resulta da existência de corpos deliberativos populares, e tem como fonte exclusiva a vontade popular. Nesse sentido, também a supremacia da Constituição, fundamento do controle de constitucionalidade, só pode ser compreendida como resultado da vontade popular, algo que se expressa, normalmente, em alguma forma de rigidez constitucional.⁶² Não por outra razão, também a soberania do parlamento encontra limites na própria ordem constitucional⁶³.

Mas qual o significado da vontade do povo, no contexto democrático contemporâneo? Será que a soberania popular pode ser limitada apenas ao momento pré-constitucional, definido como um momento pré-jurídico que se encerra logo após sua realização? Estaria o poder constituinte perdido para sempre em um texto imutável e em interpretações judiciais?

Reduzida a tal compreensão minimalista, que a torna expressão exclusiva da vontade da representação parlamentar, limita-se a soberania popular. Ela passa a ser entendida como uma vontade passiva, o que enfraquece o núcleo significativo mais importante de uma democracia: a idéia fundamental de que “todo o poder emana do povo” (art. 1º, parágrafo único, CF).

Todos que operam, criam, aplicam e exercitam direitos no constitucionalismo são também representantes do povo - seja no Parlamento, no Poder Executivo, Poder

⁵⁹ Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes - ein Grenzbegriff des Verfassungsrechts, in: Ulrich K. Preuß (Org.), Zum Begriff der Verfassung. Frankfurt, Fischer Verlag, 1994, p. 58ss

⁶⁰ Ralf Christensen, prefácio a Friedrich Müller, Quem é o Povo?. São Paulo, Max Limonad, p. 14.

⁶¹ James Madison, Federalist Papers nº 38

⁶² Nelson de Sousa Sampaio, O poder de reforma constitucional. Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1961, p. 59-67

⁶³ Nelson de Sousa Sampaio, O poder de reforma constitucional, p. 68-73,

Judiciário e também na sociedade civil⁶⁴ -, já que reproduzem o direito dentro de um marco constitucional que só tem sentido como resultado do consentimento da soberania cidadã. No caso do poder judiciário, com sua importante função constitucional, sua tarefa fundamental é zelar para que a soberania popular não se torne apenas uma figura retórica vazia, mas fonte viva de cada ato da ordem jurídico-política.

Certamente, o povo não tem um caráter unitário. A ideia de uma multidão não é capaz de substituir as estruturas constitucionais, a divisão de poderes e os mecanismos de controle jurídico de constitucionalidade. O povo não é uma unidade, senão que consiste, exatamente em contradições, oposições e inclusive em facções diversas mediadas pelos procedimentos constitucionais.

Nesse sentido, o pluralismo político, fundamento da ordem republicana constitucional (Art. 1º, V), impõe que o sistema democrático permita a coexistência de posições políticas diversas e às vezes contrapostas. O conflito político presente no seio da multidão se torna assim povo institucionalizado, e a pluralidade política é regulada por procedimentos aceitos como os mecanismos de decisão capaz de vincular os destinos da coletividade.

Nesse sentido, a soberania popular é exercida por meio dos diversos processos eleitorais, mas também por meio dos mecanismos representativos, aí incluídos o controle de constitucionalidade. Todos com a incumbência de defender a vontade popular contra quaisquer bloqueios e inibições.

Conforme apontamos anteriormente, uma decisão sobre a divisão de recursos vinculada ao tempo – especialmente um longo período de 20 anos – acaba por afetar negativamente a maioria. Numa democracia, um ato que afete não só os mais vulneráveis, mas, como é o caso do Brasil, a grande maioria da população, desvirtua os próprios preceitos basilares de uma democracia.

Ao criar uma vinculação futura dos gastos públicos por um prazo de 20 exercícios financeiros, a Emenda Constitucional nº 95 afasta da apreciação popular a destinação dos tributos arrecadados em face do próprio povo. Ela retira da apreciação popular, por 20 anos, a escolha sobre a destinação de vultosos montantes de recursos arrecadados.

⁶⁴ Christoph Möllers, Expressive versus repräsentative Demokratie. In: Regina Kreide & Andreas Niederberger (orgs.). Transnationale Verrechtlichung. Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik. Frankfurt, Campus, 2008, p. 160ss.

Conforme aponta o Ministro Celso de Mello, a chamada “reserva do possível” não pode ser utilizada para atacar direitos básicos da população:

A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas de nidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. (...) A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1o, III, e art. 3o, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). [ARE 639.337 AgR, rel. min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, 2a T, DJE de 15-9-2011.]

Sob o argumento de uma “crise econômica”, está se consolidando um modelo econômico que não passou pelo crivo necessário de discussão pública. Ainda mais uma discussão em pé de igualdade. Aproveita-se da crise para implementar políticas pouco comprováveis, pouco populares e pouco preocupadas com uma situação de maior abertura ao povo como um todo. Isso é ainda mais grave quando se tem em vista a situação política atual: um país que passou por um processo traumático de impeachment e que vê sua casta política imersa em inúmeras listas de propina.

Ao consolidar esse projeto político em momentos desregulados como o atual, os beneficiados são os que estão com o poder no momento, o que contraria e reduz a pluralidade política, escolhendo apenas um modelo de Estado como “correto”. É o que o Supremo Tribunal Federal já entendeu quando decidiu que não caberia estipular prazos para um dos Poderes exercer suas funções, já que violaria a auto-organização e, obviamente, a competência dos chefes do Executivo que venham na sequência:

“É inconstitucional qualquer tentativa do Poder Legislativo de definir previamente conteúdos ou estabelecer prazos para que o Poder Executivo, em relação às matérias afetas a sua iniciativa, apresente proposições legislativas, mesmo em sede

da Constituição estadual, porquanto ofende, na seara administrativa, a garantia de gestão superior dada ao chefe daquele Poder. Os dispositivos do ADCT da Constituição gaúcha, ora questionados, exorbitam da autorização constitucional de auto-organização, interferindo indevidamente na necessária independência e na harmonia entre os Poderes, criando, globalmente, na forma nominada pelo autor, verdadeiro plano de governo, tolhendo o campo de discricionariedade e as prerrogativas próprias do chefe do Poder Executivo, em ofensa aos arts. 2º e 84, II, da Carta Magna. [ADI 179, rel. min. Dias Tofoli, j. 19-2-2014, P, DJE de 28-3-2014.]”

Na exposição de motivos do ainda Projeto de Emenda Constitucional nº 241, enviado à Câmara dos Deputados pelo Vice-Presidente da República em exercício, o Poder Executivo justificava as mudanças constitucionais propostas como condição para o reequilíbrio fiscal do país. Segundo a Exposição de Motivos, elaborada pelos Srs. Ministro da Fazenda e Ministro do Planejamento,

“a implementação dessa medida aumentará previsibilidade da política macroeconômica e fortalecerá a confiança dos agentes; eliminará a tendência de crescimento real do gasto público, sem impedir que se altere a sua composição; e reduzirá o risco-país.”

Dessa forma, a Emenda aqui questionada é apresentada como solução técnica indispensável e única para a resolução da crise fiscal. Uma solução técnica que se impõe de maneira incontestável, como um consenso que reside acima de qualquer possibilidade de questionamento “meramente” político.

Como costuma acontecer, a despolitização e tecnicização de temas é uma forma de afastá-los da apreciação da soberania popular, deixando que certos problemas sejam resolvidos de acordo com “imperativos técnicos” que nada têm a ver com decisões distributivas ou sobre a concepção de sociedade que os subjazem.⁶⁵ Essa tem sido uma constante no mundo contemporâneo. Uma tendência que tem aliás levado a uma profunda crise de legitimidade do sistema democrático, com a eclosão de reações muitas vezes autoritárias ao redor do mundo,⁶⁶ e que é extremamente problemática para a ordem democrática constitucional.

⁶⁵ David Kennedy. Challenging Expert Rule: The Politics of Global Governance. In: Sydney Law Review, 27(1), 2005, pp.5-28.

⁶⁶ Colin Crouch, Post-Democracy. Londres, Polity, 2007.

“Faltam a uma tecnocracia desenraizada democraticamente não apenas a capacidade como também o motivo para levar em conta suficientemente as exigências do eleitorado por justiça social, segurança social, serviços públicos e bens coletivos, caso esses entrem em conflito com as exigências sistêmicas por competitividade e crescimento econômico.”⁶⁷

A convicção da existência de um consenso técnico que deve afastar toda e qualquer apreciação política da gestão fiscal se manifesta da forma mais dramática nos dispositivos que afastam qualquer possibilidade de alteração dos limites de gastos pelo Congresso Nacional, por exemplo. Também está presente na previsão de 20 anos de vigência para o NRF (art. 101, ADCT), o qual pode ser submetido a apenas uma única revisão, depois de 10 anos, por meio de projeto de Lei complementar de iniciativa exclusiva do Presidente da República (Art. 108, ADCT).

Mas é mesmo verdade a existência de um consenso técnico incontestável firmado na ciência econômica acerca do modelo proposto pela Emenda Constitucional nº 95?

Nesse sentido, não custa muita pesquisa para se perceber que os fundamentos da argumentação que subjazem ao NRF são extremamente frágeis e discutíveis. Não são poucos os economistas notáveis que criticam a fixação de parâmetros demasiadamente estritos de austeridade como o caminho mais indicado para o crescimento econômico. Ganhadores do Prêmio Nobel de economia, como Paul Krugman e Joseph Stiglitz são alguns dos conhecidos críticos de políticas de restrição fiscal como “solução mágica” para problemas econômicos estruturais.

Stiglitz aponta que o argumento em favor da austeridade se baseia na suposição de que atores de mercado e empresários, percebendo que o orçamento público está controlado, ganharão confiança e realizarão mais investimentos. Esse choque de confiança, porém, parece se sustentar apenas em convicções teóricas, mas ter pouco ou nenhum apoio em evidências.⁶⁸

Nesse sentido, Paul Krugman formulou uma já conhecida ironia para se referir a essa tese. Segundo sua alegoria, os economistas pró-austeridade imaginam existir uma “fada da confiança”, que viria premiar aqueles governos que “fizessem o dever de casa”.

⁶⁷ Jürgen Habermas, No turbilhão da tecnocracia. In: Direito UnB, 1(2), Brasília, 2014, p. 18

⁶⁸ Joseph Stiglitz, The price of inequality. p. 230s.

⁶⁹ Tal ideia contraria aliás alguns dos mais velhos e importantes conhecimentos sobre contas públicas da história do pensamento econômico. Como por exemplo a intuição, apoiada em vasta gama de evidências empíricas, de que o investimento privado é em grande medida impulsionado pelo investimento público, pela simples razão de que o investimento público sinaliza para os empresários que novos mercados serão abertos e que renda está sendo criada e, portanto, pode ser objeto de acumulação.⁷⁰

A ideia de uma “austeridade expansionista” foi durante muito tempo baseada em um trabalho científico que apontava a existência de um limite numérico (de 90%) na relação entre a dívida líquida soberana de um estado e seu PIB, o qual, depois de ultrapassado, ocasionaria uma catástrofe econômica. Esse trabalho revelou-se, porém, baseado em um erro crasso de cálculos estatísticos.⁷¹ E o debate sobre as fragilidades da tese da “austeridade expansionista” continua sendo altamente polêmico entre economistas profissionais.

Com efeito, desde 2012, o Fundo Monetário Internacional têm feito várias advertências de que políticas de austeridade parecem fazer mais mal do que bem a economias em crise.⁷² O chefe do departamento de pesquisa do fundo publicou um balanço de políticas de austeridade, desde sua adoção mais proeminente, nos anos 1980. Nesse estudo, ele afirma:

“Políticas de austeridade não apenas geram altos custos para bem-estar da população, graças aos canais da demanda, eles também diminuem a demanda geral, aumentando o desemprego. (...) Na prática, episódios de ajustes fiscais foram seguidos em média por quedas e não aumentos do PIB. Na média, um ajuste de 1 por cento do PIB aumenta o desemprego de longo prazo em aproximadamente 0,6%, aumentando ainda a desigualdade em 1,5, de acordo com a medida do índice GINI”⁷³

Ou seja, nada menos que a agência intergovernamental de governança financeira mais importante do mundo afirma categoricamente por meio de seus órgãos,

⁶⁹ Paul Krugman. Death of a fairy tale. The New York Times, 26 de abril de 2012. Disponível em: http://www.nytimes.com/2012/04/27/opinion/krugman-death-of-a-fairy-tale.html?_r=0

⁷⁰ Paul Krugman, A agenda da austeridade. Folha de São Paulo, Mundo, 02 de junho de 2012. Disponível em: <http://www1.folha.uol.com.br/fsp/mundo/46356-a-agenda-da-austeridade.shtml>

⁷¹ Paul Krugman, The austerity delusion: The case for cuts was a lie. The Guardian. 29 de abril de 2015. Disponível em: <https://www.theguardian.com/business/ng-interactive/2015/apr/29/the-austerity-delusion>.

⁷² The Washington Post. IMF: Austerity is much worse for the economy than we thought.

⁷³ Jonathan D. Ostry et al. Neoliberalism: Oversold?, Finance and Development, 53(2), Fundo Monetário Internacional, 2016, p. 40.

economistas e gestores que a política de austeridade está longe de ser um consenso. Ela apresenta, sim, problemas e limites que despertam graves preocupações, seja no que diz respeito a seus impactos no crescimento, seja em seu evidente impacto no aumento das desigualdades sociais.

Em relação especificamente à Emenda Constitucional nº 95, houve inclusive importantes economistas pró-austeridade que questionaram publicamente diversos de seus dispositivos. O exemplo mais notório foi da economista Monica de Bolle, ex-funcionária do FMI, e conhecida por suas posições pró-austeridade. Em artigo no El País, ela questionou, por exemplo, o prazo de vigência de 20 anos do NRF afirmando que:

“(n)a maior parte dos países, há combinações de regras diferentes, por períodos menores, podendo haver revisão de tempos em tempos. Fixar uma regra assim é como colocar a política fiscal e o país em piloto automático por período longuíssimo. Por quê?”⁷⁴

E acrescentava:

Se o país voltar a crescer, nada mais justo e desejável que a sociedade se beneficie disso, sobretudo com mais e melhores políticas públicas. Não se deve almejar fazer primário por fazer primário. A regra de sustentabilidade da dívida pública mostra que, para um PIB crescendo em torno de 2,5% ao ano, com inflação em torno de 4,5% e juros reais também nesta faixa, o primário exigido para estabilizar uma dívida de 85% do PIB é de 2,0% a 3,0% do PIB. Com 3%, já conseguiríamos, inclusive, imprimir uma tendência de queda do endividamento bruto.⁷⁵

Isso quer dizer que não deve haver jamais qualquer tipo de controle dos gastos públicos? Evidente que não. Certamente que nenhum Estado pode se endividar de modo ilimitado no tempo. E o descontrole do orçamento pode levar a situações desastrosas, inclusive à insolvência do Estado.

Alguns Estados adotaram, de fato, algum modelo de controle do endividamento ou do aumento dos gastos públicos. Contudo, nenhum dos Estados que adotaram tais medidas constitucionalizaram mecanismos como o que o NRF cristaliza na nossa constituição. Ao fazerem, optaram sempre por prazos entre 3 ou 4 anos. Jamais um

⁷⁴ Felipe Salto & Monica de Bolle. PEC do teto ‘não é uma Brastemp’. El País, Opinião. 13 de outubro de 2016. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/11/opinion/1476217542_928943.html

⁷⁵ Ibidem.

prazo de 20 anos. Isso restou bem demonstrado em um estudo comparativo feito pelo FMI sobre vários países que adotaram regras de controle de gastos públicos. E, observando o estudo percebemos que todos têm algo em comum: Nenhum deles optou por fixar regras de controle na própria constituição, senão que optaram por modelos mais flexíveis, baseados em acordos políticos ou normas legislativas modificáveis por maiorias não tão exigentes.

Países como a Holanda, que adotaram mecanismo semelhante ao Brasil, não constitucionalizaram os limites de gasto. Senão que o aprovaram por mecanismo legislativo. Nesse país, os limites são revistos a cada 4 anos. E, diante do agravamento da crise financeira em 2011, o parlamento decidiu, por maioria simples, revogar a vigência dos limites de gastos, para fazer frente à redução do emprego e o aprofundamento da recessão.

Nesse sentido, o modelo do NRF se mostra um verdadeiro experimento de exceção. Um experimento de austeridade jamais tentado e cujas cobaias são os milhões de brasileiros, sobretudo os mais pobres.

Isso nos traz diretamente a um problema constitucional fundamental. O Novo Regime Fiscal adota uma concepção econômica sobre a gestão das contas públicas como a única concepção aceitável do ponto de vista técnico. Uma premissa simplesmente falsa!

E, ao fazê-lo, a Emenda Constitucional nº 95 afasta da possibilidade de apreciação popular toda e qualquer alternativa política àquela que é apenas uma das diversas possibilidades de enfrentar o problema. Não se trata, de modo algum, de uma decisão técnica. Trata-se de uma decisão política com potencial devastador sobre o emprego e distribuição de renda. E essa deve ser mantida sob o controle da soberania popular.

Nesse sentido, é mister lembrar que os limites ao poder de emendar emanam dos próprios fundamentos democráticos do constitucionalismo moderno. Como aponta Carl Schmitt:

“(...) A autoridade para emendar a constituição garante um mandato para mudar, alterar, adicionar, estender, suprimir

etc, dispositivos constitucionais que preservem a constituição ela mesma”.⁷⁶

O mesmo fundamento é invocado por Recásens Siches que vê em tal procedimento a *usurpação* do poder constituinte por aqueles que não foram autorizados pelo seu detentor a manejar o poder de reforma em tal grau:

“...de ningún modo debe confundirse el poder constituyente con la competencia legal establecida por una constitución para la reforma parcial de alguna de sus normas. El poder titular de esa competencia para la reforma de algunos preceptos de la constitución no posee el carácter de poder constituyente *stricto sensu*, por la sencilla razón de que recibe sus facultades de la misma constitución que se va a reformar, cuya identidad fundamental persistirá a través de todas las modificaciones normales que se le introduzcan”.⁷⁷

Não seria possível, por exemplo, utilizar-se do poder de emenda para alterar o processo político, limitando a soberania popular que dá origem ao próprio poder de emenda. O poder constituinte derivado não pode substituir a própria fonte autorizativa de seu poder.

Nesse diapasão, seria altamente contraintuitivo aceitar que uma emenda constitucional pudesse suprimir a possibilidade da soberania popular decidir sobre diferentes políticas econômicas, estabelecendo como a única opção constitucionalmente possível aquela defendida por um ideologia política particular. Uma ideologia, aliás, que vem enfrentando severos questionamentos, e que nunca foi a dominante do ponto de vista da ciência econômica tradicional.

É por esta razão que a boa parte da melhor doutrina entende que as chamadas cláusulas pétreas não se limitam àquelas enumeradas taxativamente no §4º art. 60. Segundo o Prof. Gilmar Ferreira Mendes:

“As limitações ao poder de reforma não estão exaustivamente enumeradas no art. 60, §4º da Carta da República. O que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja sido explicitado no dispositivo. Recorde-se sempre que o poder de reformar a constituição

⁷⁶ Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot, 1993.

⁷⁷ Recásens Siches. *Tratado General de Filosofía del Derecho*. México: Editorial Porrúa, 1970, p. 307.

não equivale ao poder de dar ao país uma Constituição diferente, na sua essência, daquela que se deveria revigorar por meio da reforma.”⁷⁸

Na mesma direção vai Paulo Bonavides, que afirma a existência de limitações materiais tácitas ao poder de reforma constitucional, as quais derivam da impossibilidade do poder constituinte derivado substituir o constituinte originário.⁷⁹

Em brilhante lição, Nelson de Souza Sampaio argumenta que o poder de reformar a constituição encontra alguns limites que derivam da distinção entre poder constituinte e poder revisor, e portanto da própria unidade da constituição. Para o ilustre doutrinador, o conceito de poder constituinte derivado seria em si equivocado, devendo-se preferir os conceitos de poder reformador ou revisor. Segundo ele, todas as constituições rígidas conteriam, implicitamente, alguns limites materiais inerentes ao poder de reforma. E esses limites consistiriam logicamente em quatro categorias de normas⁸⁰:

- a) as relativas aos direitos fundamentais: O que se daria, para ele, como resultado do caráter supra-estatal desses direitos (já que eles seriam inerentes à própria forma do Estado liberal).
- b) as concernentes ao titular do poder constituinte: O poder reformador não pode dispor daquilo que não lhe pertence. De modo que uma reforma constitucional que alterasse a titularidade do poder constituinte não seria mais uma reforma constitucional, mas um ato revolucionário. Seria, então, inadmissível que o poder reformador alterasse o caráter democrático e plural de uma constituição cujo poder constituinte reside na soberania popular.
- c) as referentes ao titular do poder reformador: Como consequência da indisponibilidade do poder constituinte por parte do poder reformador, tampouco esse último poderia revogar ou alterar a titularidade que lhe foi atribuída.
- d) as relativas ao processo da própria emenda constitucional: Como o processo de emenda regula o exercício do poder reformador, ele expressa também a forma de expressão da titularidade reformadora atribuída pelo poder constituinte. Dado que esse seria indisponível, o exercício dos poderes por ele atribuídos também seriam indisponíveis..

⁷⁸ Gilmar Mendes & Paulo Gustavo Gonet Branco, Curso de Direito Constitucional. 11^a. Ed. São Paulo, Saraiva, 2016, (*versão kindle*) p. 289.

⁷⁹ Paulo Bonavides, Curso de Direito Constitucional, São Paulo, Malheiros, p. 178.

⁸⁰ Nelson de Sousa Sampaio, O poder de reforma constitucional, p. 94.

Em outras palavras, assim como o poder de emenda não pode transformar uma constituição democrática em uma constituição monárquica, senão por autorização expressa do poder constituinte originário, a constituição democrática de 1988 não pode ser substituída por algum tipo de poder tecnocrático de especialistas, a defender APENAS UMA posição possível em um espectro político plural.

Isso atingiria em cheio um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, qual seja, o pluralismo político (art. 1. V, CF).

O pluralismo político não é princípio meramente programático e ilustrativo. Ele é condição da própria democracia, portanto, fundamento da ordem constitucional. Com efeito, sem a garantia de que a soberania popular possa ser exercitada de modo pluralista, o voto popular, universal, direto e secreto perde todo o seu sentido de existência. Afinal, como poderia a soberania popular se expressar se lhe é negada a chance de optar por diferentes caminhos e diferentes possibilidades políticas?

Nesse sentido, é bom lembrar as palavras de Celso Ribeiro Bastos, para quem:

“A democracia pluralista, não visa a unanimidade que, de resto, é sempre impossível. O que ela objetiva é, precisamente, uma institucionalização do dissenso, o que significa dizer que os representantes dos mais variados interesses são livres para promoverem a sua causa desde que, é óbvio, adotados os meios legais e democráticos”.⁸¹(Comentários à constituição do Brasil, vol 1, São Paulo, Saraiva, p. 204.

Igual lição é trazida por Fausto Rodríguez ao sustentar que:

“no puede desconocerse que toda Constitución, como ley básica que es de un ordenamiento jurídico, tiene una natural tendencia a persistir en lo fundamental y, a conservar, con cierta firmeza, la ‘continuidad’ normativa del régimen de que ella es fuente, mientras no ocurra un fenómeno revolucionario. Es por eso que se hace preciso atemperar la necesidad de cambio con la conservación de lo político-fundamental de la Constitución”⁸²

Ao limitar as opções constitucionalmente aceitas de como gerir o orçamento público, a Emenda Constitucional n. 95 tende a abolir, de modo injustificado, uma das

⁸¹ Celso Ribeiro Bastos, Comentários à Constituição do Brasil, Vol 1, São Paulo, Saraiva, p. 204.

⁸² Fausto E. Rodríguez. *Que és el Poder Reformador de la Constitución?* In: Boletín del Instituto de Derecho Comparado de México. México: UNAM, n° 28, año X, enero-abril, 1957, p. 23-24.

dimensões mais relevantes do exercício da soberania popular. Ela limita as possibilidades e opções de política econômica a uma visão particular, altamente questionável do ponto de vista técnico, elegendo como legítima apenas uma visão ideológica acerca do modelo de Estado e ao modelo de relação entre sociedade e Estado a ser desempenhado pelos governos.

Isso se torna ainda mais patente ao levarmos em conta o impacto que a emenda terá, e que é explicitamente defendido em sua exposição de motivos, no tamanho do Estado brasileiro, tornando-se comparável apenas àqueles existentes na África Subsaariana, sobretudo em realidades em que abundam os chamados “estados falidos” (ou *failed states*).

Nesse sentido, a limitação ao pluralismo político parece restringir uma importante dimensão da vida constitucional moderna

Trata-se da possibilidade de experimentalismo institucional, tal qual proposto, entre outros, por Roberto Mangabeira Unger. Tal ideia supõe que o papel do direito na sociedade democrática consiste em possibilitar e incentivar os cidadãos a imaginarem e debaterem futuros alternativos, fomentando a possibilidade de reformas experimentais que não sejam uma mera repetição de experiências advindas de outro contexto, mimetizadas acriticamente, de acordo com modelos importados. Como aponta Mangabeira Unger:

“Uma das virtudes de um conjunto de instituições – com a qual um democrata e um experimentalista deveriam estar especialmente preocupados – é a de ser relativamente universal em sua abertura à diversidade de experiência.”⁸³

A verdade é que o NRF limita as possibilidades inventivas da sociedade brasileira. E, além disso, nos condena a um futuro marcado por um pensamento único artificialmente tornado verdade técnica absoluta. Uma visão de mundo parcial, mesquinha e altamente questionável, que mais uma vez tenta importar acriticamente, modelos de solução rígidos como se fossem uma panaceia modernizante para uma sociedade carente de gênios-guias. Para fazê-lo, cria uma verdadeira camisa de forças institucional, que retira a flexibilidade, a possibilidade criativa e a capacidade de imaginar rumos originais para um futuro próprio.

⁸³ Roberto Mangabeira Unger. O Direito e o Futuro da Democracia São Paulo: Boitempo, 2004, p. 31.

Imaginemos, por exemplo, que, dentro de oito ou dez anos, passemos por severa recessão econômica, o que tem sido aliás uma constante na nossa história. Estaríamos então completamente impedidos de fazer aquilo que é uma das ações mais elementares que qualquer Estado faz em momentos como esse: políticas expansionistas ou de investimento, para evitar o aprofundamento da recessão na forma de uma depressão.

Estaríamos impedidos de experimentar soluções. E mesmo de tentar repetir as experiências bem sucedidas de outros países que, mesmo adotando algum limite de gastos, relativizaram-no para fazer frente a crises agudas. Essa possibilidade nos estaria negada, pois que ao contrário do que aconteceu em outros países, onde limites foram adotados apenas como medidas de governo ou por simples lei ordinária, teremos uma alta rigidez institucional, insculpida no texto constitucional.

Ao fixar um caminho míope, monolítico, que exclui possibilidades futuras alternativas por 20 anos, afastamos os agentes políticos e a população dos processos decisórios que conduzirão os seus destinos. Dessa forma, a Emenda Constitucional n. 95, aniquila um dos valores mais importantes da vida social moderna: a capacidade de agência coletiva de sociedades livres e democráticas.

Isso viola cláusulas pétreas implícitas, como o pluralismo político da democracia brasileira (art. 1º, caput) e, de modo ainda mais gravoso, explícitas, como o voto direto, secreto, universal e periódico (art. 60, §4º, II), a igualdade de chances dos partidos e grupos políticos (art. 60, §4º, IV e art. 17, caput) e o direito fundamental individual ao procedimento democrático (*Recht auf demokratische Verfahren*)⁸⁴ (Art. 60, §4º, IV e art. 14, caput).

5.3. Restrição ao voto direto, secreto, universal e periódico (violação art. 60, §4º, II, e do art. 14, caput)

Alguns podem afirmar que a Emenda Constitucional nº 95 não representa qualquer violação do voto direto, secreto, universal e periódico como limitação material ao poder de reforma constitucional. Afinal, ela não elimina nem limita diretamente o processo eleitoral regular.

⁸⁴ Robert alexy, *Theorie der Grundrechte*. Frankfurt, 1985.

Mas será mesmo possível uma interpretação tão simplista do dispositivo contido no inciso II do §4º do art. 60 da Constituição Federal?

Será que ao proibir o poder revisor de alterar as disposições constitucionais que garantem o voto direto, universal e secreto, queria o constituinte originário proteger o voto como mero ritual? Ou sua intenção era instituir como princípio imutável da ordem constitucional brasileira a ordem democrática, estabelecendo como “cláusula pétrea” o próprio princípio democrático que serve de base para o sufrágio e que é, em última análise, o fundamento do próprio poder constituinte?

Afinal de contas, há e houve, em diversos momentos da nossa história, processos eleitorais também sob regimes autoritários. E a história das ditaduras nunca foi incompatível com a realização de eleições diretas, secretas, universais e mesmo periódicas.

O regime militar implantado em 1964, por exemplo, conviveu serenamente com a ocorrência de eleições regulares, em alguns de seus momentos. E a oposição foi inclusive vitoriosa em algumas delas. E a ocorrência de eleições em regimes de partido único, com altíssimo comparecimento dos eleitores, é amplamente documentada pela literatura da ciência política.

Por certo, as limitações materiais ao poder de reforma do Art. 60, §4º, CF, inclusive a contida no seu inciso II, não devem, nem podem ser interpretados de modo demasiadamente extensivo. Isso daria azo a uma desmedida rigidez constitucional, que impediria qualquer possibilidade de autogoverno por parte da comunidade política.

O poder constituinte não aniquilaria as suas próprias fontes de existência: a soberania popular como expressão das decisões tomadas por um povo acerca do seu futuro comum. A vida constitucional ativa depende exatamente do experimentalismo institucional e democrático que deve ser expressado pelos procedimentos constitucionais (e que a EC nº 95 quer paralisar).

Como aponta Nelson de Souza Sampaio, cumpriria, de fato, “evitar uma rigidez [constitucional] tão acentuada que seja um convite às revoluções”, assim como “uma elasticidade tão exagerada que desvaneça a ideia de segurança jurídica”.⁸⁵ Demasiada flexibilidade poderia, por exemplo, facilitar o caminho para usurpações do poder

⁸⁵ Nelson de Souza Sampaio. O poder de reforma constitucional, p. 63.

constituente por maiorias ocasionais. Isso teria se dado, por exemplo, no caso das constituições italiana e de Weimar, altamente flexíveis, as quais teriam sido facilitadoras da transição para regimes fascistas e nazistas..

Nesse sentido, as limitações ao poder de reforma têm que ser entendidas como resultado da expressão do poder constituinte como exercício da soberania popular. Dito de outro modo, as chamadas cláusulas pétreas só podem ser interpretadas como mecanismos de defesa do núcleo normativo da constituição. E portanto como afirmação dos princípios fundamentais que estruturam a forma constitucional: a conexão entre a produção e a interpretação do direito com a vontade do povo.

Ao interpretar os dispositivos do art. 60, §4º, devemos, então, levar em conta que eles são apenas uma enumeração não taxativa da estrutura fundamental da constituição que não pode ser objeto de alteração, sob pena de se ataque à própria soberania popular. E os princípios que eles protegem devem sempre ser objeto de interpretação contínua, em consonância com a compreensão corrente da sociedade, levada a cabo pela Suprema Corte como ator democrático capaz de dialogar e interpretar o texto constitucional à luz do sistema democrático.

Nesse sentido, argumentou brilhantemente o Ministro Gilmar Mendes, em voto paradigmático:

É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um "engessamento" da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas "garantias de eternidade", como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). (...) Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das "garantias de eternidade" somente

será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados "princípios sensíveis" (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: "(...). Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do STF. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados" [ADPF 33 MC, voto do rel. min. **Gilmar Mendes**, j. 29-10-2003, P, DJ de 6-8-2004.]

Ora, não é preciso muito esforço interpretativo para perceber a direta limitação que a Emenda Constitucional nº 95 impõe ao sufrágio democrático.

Como demonstrado anteriormente, a imposição de uma limitação às despesas por 20 anos não pode ser dita, de modo algum, "medida de prudência" óbvia e inquestionável. Longe de ser consenso entre economistas e especialistas, tal medida configura escolha política explícita por um programa econômico específico. Um programa econômico que se baseia na problemática (e não comprovada cientificamente) tese da "restrição orçamentária expansionista". Uma tese que tem enfrentado questionamentos de notáveis cientistas, como alguns premiados com o Nobel de economia, assim como de órgãos de governança intergovernamental. Aliás, a EC é

criticada até mesmo por alguns dos mais notáveis economistas a defender políticas de austeridade.⁸⁶

A constitucionalização de tal política econômica restringe direta e imediatamente as possibilidades de escolha eleitoral disponibilizada para o povo constitucional por meio do exercício do sufrágio.

Afinal, de acordo com o art. 76 da Constituição Federal, cabe privativamente ao Presidente da República, eleito democraticamente em sufrágio universal (Art. 77, CF), o exercício do poder executivo, o que se materializa na sua competência de direção superior da administração federal, com o auxílio dos Ministros de Estado (84, II, CF).

E, se o exercício da presidência não é o de um poder monárquico ilimitado, ele tampouco é mera representação teatral e decorativa. O poder presidencial expressa a conexão mais elevada entre o exercício do governo com a única fonte legítima de legitimidade em uma ordem democrática constitucional: a soberania popular. A presidência, nesse sentido, não é exercida em nome próprio, senão que ela é expressão do autogoverno.

Por isso, qualquer restrição ao poder presidencial deve ser originada em decisões, inclusive do poder reformador constitucional, que possam ser conectadas ao exercício da soberania popular em processos contínuos de decisão e que não limitem, obviamente, a expressão dessa fonte soberana. Emenda afaste do rol de competências presidenciais aquelas que são inerentes à própria noção de governo atingem não o presidente, mas o autogoverno e a soberania popular. E, por isso, fulminam de morte o sufrágio democrático em seu significado.

Com efeito, entre as atribuições presidenciais mais importantes estão aquelas relacionadas à competência privativa para a iniciativa de lei em matéria orçamentária (art. 165, caput, CF). Uma competência típica do Poder executivo nos mais diferentes sistemas constitucionais. E que vai ser suspensa de modo completamente irrazoável por um prazo de 20 anos.

⁸⁶ Ver o brilhante artigo da economista Monica de Bolle: Felipe Salto e Monica de Bolle. PEC do Teto não é uma Brastemp. El País, 13 de outubro de 2016. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/11/opinion/1476217542_928943.html

Curiosamente, uma das mais ilustres economistas brasileiras, conhecida exatamente por defender políticas de austeridade, percebeu o caráter antidemocrático do NRF. E, questionando o prazo de 20 anos de vigência, apontou que,

“(n)a maior parte dos países, há combinações de regras diferentes, por períodos menores, podendo haver revisão de tempos em tempos. Fixar uma regra assim é como colocar a política fiscal e o país em piloto automático por período longuíssimo. Por quê?”⁸⁷

E chamou ainda a atenção para o fato de que, graças ao NRF, o Ministério do Planejamento e o Ministério da Fazenda, órgão de auxílio da Presidência da República no exercício do poder atribuído democraticamente, passariam a ser meros órgãos decorativos:

[O NRF] proíbe a realização dos chamados créditos orçamentários suplementares, mesmo no caso de despesas obrigatórias. Por exemplo, se houver algo imprevisto no número de benefícios previdenciários de um determinado ano e a despesa precisar ser incrementada, isso estará proibido. Sobraria utilizar o tal crédito extraordinário, livre do limite global, que, pelo regramento atual, só pode ser usado em casos de calamidade.

A proibição da realização de despesas adicionais, justificadas e aprovadas pelo Congresso, por meio de créditos suplementares, contraria a lógica do processo orçamentário existente. O Governo quer forçar a aceitação de espécie de orçamento impositivo sem discutir isso com ninguém.(...) A outra brecha para poder realizar algum gasto adicional será o cancelamento de despesas discricionárias, isto é, dos investimentos.

Se houver superação da estimativa de receita, tudo irá para o superávit primário ou para reduzir o estoque de restos a pagar, não há escolha de política econômica. Para que servirão os Ministérios da Fazenda, do Planejamento, se tudo será automático?

Ademais, não é só ao poder presidencial que o NRF impõe limites. Ao limitar os gastos por prazo tão longo, a PEC impede o Congresso Nacional não só de decidir sobre o perfil do seu próprio orçamento (arts. de deliberar, discutir e participar da alocação dos gastos, assim como de optar por políticas que não estejam de acordo com as premissas da programa de economia política que subjaz a emenda.

⁸⁷ Felipe Salto & Monica de Bolle. PEC do teto ‘não é uma Brastemp’. El País, Opinião. 13 de outubro de 2016. Disponível em: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/10/11/opinion/1476217542_928943.html

Por cinco legislaturas, o Congresso eleito pelo povo brasileiro vai poder optar por uma política orçamentária definida de acordo com as premissas de apenas uma visão, particular e específica, de política econômica e fiscal.

Por isso, não resta dúvidas: a Emenda Constitucional nº 95 viola o disposto no inciso II, §4º, do art. 60, restringindo a substância do voto direto, secreto, universal e periódico. Afirmar que o voto não será abolido, e que isso afasta qualquer violação do dispositivo, é como aceitar, por exemplo, que a suspensão das garantias mais importantes de independência do judiciário não violam a regra da Separação dos Poderes, pois que não não “eliminam explicitamente o judiciário”.

Por fim, o que acontecerá é que as eleições presidenciais e parlamentares brasileiras, embora possam acontecer, serão esvaziadas substancialmente numa das questões mais relevantes do Estado moderno: as opções por modelos distintos de economia política. E, em consequência, elas serão nada menos do que meros rituais legitimatórios de decisões políticas tomadas anteriormente, por força de uma Emenda Constitucional que desfigurou a democracia.

A verdade, translúcida e evidente, é que a Emenda Constitucional nº 95 realiza uma substituição do soberano maior do nosso regime constitucional: o povo. E ela nos faz mesmo lembrar do - problemático e antidemocrático - conceito de soberania de Carl Schmitt, para quem o soberano é aquele que decide em caso de exceção.

Poderíamos dizer, em certo sentido, que no momento de exceção em que vivemos em 2016, por conta da profunda crise política e econômica, o verdadeiro poder soberano brasileiro emergiu. E ele não tinha a forma do povo constitucional, senão que ele foi concretizado como um poder constituinte gerencial, exercido por um grupo bem particular de economistas “visionários”.

Apoiados em uma maioria de ocasião, utilizando o momento excepcional de uma profunda crise nacional, o “poder constituinte gerencial” aprovou um Novo Regime Fiscal que, por 20 anos, substituirá a discussão, o debate e a decisão livre e direta por meio do voto acerca da política econômica nacional.

O mais dramático é perceber que essa visão de mundo gerencial de modo algum é fundada em ciência econômica incontestável. Muito pelo contrário. O poder de exceção constitucional estabelecido pela Emenda Constitucional nº 95 é inspirado em uma visão altamente particular e específica de política econômica. E como deve acontecer em todo

caso de substituição do poder constituinte democrático, não podemos evitar a pergunta: quais os interesses que estão por trás desse falso consenso técnico a substituir a democracia?

5.4. Violação da igualdade de chances dos partidos políticos e direito fundamental individual ao procedimento democrático (violação do art. 14, *caput*; art. 17, *caput*)

O princípio do pluralismo político, violentamente atacado pela Emenda Constitucional n.º 95, dá origem ainda a um outro princípio fundamental do regime democrático constitucional, que é também fulminado pela Emenda Constitucional n.º 95. Trata-se do princípio da igualdade de chances entre os diferentes grupos e posições políticas, que consiste em “elementar exigência do modelo democrático e pluripartidário”.⁸⁸

Ao fixar constitucionalmente uma única opção de política econômica, a partir da falsa premissa de que a austeridade é um “consenso” técnico (o que demonstramos ser absolutamente falso), o poder constitucional revisor obriga qualquer agrupamento político ou setor social que defenda uma visão alternativa sobre como gerir as contas públicas a obter futuramente uma maioria altamente qualificada, e altamente improvável, a depender das circunstâncias.

Nesse sentido, é relevante levar em conta que a crise política de 2016 parece servir como álibi para uma maioria de ocasião cristalizar a sua posição como a única opção possível. E isso favorece claramente um dos lados da disputa política, possibilitando-a cristalizar seu posicionamento como o único razoável do ponto de vista técnico, por um prazo de 20 anos.

A rigor, o jogo político permitiria que uma nova maioria se formasse e alterasse novamente a constituição. Isso no entanto significaria que a constituição teria deixado de funcionar como um marco para o funcionamento da disputa política, passando a ser o centro dos conflitos políticos cotidianos. E, assim, restaria ameaçado tanto o pluralismo político, fundamento da República Federativa do Brasil (Art. 1º, V, CF), como o regime democrático baseado no pluripartidarismo e na igualdade de chances entre os eleitores e os partidos políticos (art. 14, *caput* e art. 17, *caput*)

⁸⁸ Gilmar Mendes & Paulo Gustavo Gonet Branco. Op. Cit. p. 1500.

Ademais, o fato de que um grupo político consiga uma maioria ocasional no parlamento capaz de alterar as próprias regras de regulação da disputa política desfigura completamente o processo democrático. Essa maioria alteraria definitivamente os critérios da disputa, enrijecendo o processo político e desvirtuando o exercício da soberania popular. *In casu*, isso é ainda mais grave: o NRF instaura uma usurpação que limita a possibilidade do poder constituinte em ser arejado por novas ideias e novas maiorias.

A possibilidade de que o poder constituinte derivado fixe na constituição, por exemplo, novos direitos fundamentais que, uma vez constitucionalizados, não podem ser mais removidos, poderia ser levantada como um elemento a fazer parte da disputa política democrática, e portanto algo aceito dentro dos marcos constitucionais.

A fixação de direitos, porém, não se confunde com a supressão de opções deixadas ao juízo da soberania popular. Acreditar que uma opção de política econômica que exclui outras diretamente possa ser constitucionalizada faz parte do jogo político consiste em aceitar que maiorias eventuais podem violar o processo democrático, por cumprirem as formalidades do processo de reforma constitucional.

As limitações materiais ao poder de reforma vedam exatamente essa possibilidade.

E uma das limitações mais importantes do nosso sistema constitucional é aquela que está insculpida no inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição Federal, que determina a impossibilidade do poder reformador suprimir ou abolir direitos fundamentais individuais.

Aqui, é importante lembrar que o processo democrático, embora seja fundado em normas de caráter objetivo, constitui, igualmente, um correspondente na dimensão subjetiva: os próprios direitos políticos. Ou seja, às normas constitucionais que instituem o processo democrático, o sufrágio universal, o pluralismo político, a igualdade de chances entre os atores políticos entre outros princípios, correspondem também direitos subjetivos ao procedimento democrático.

O direito fundamental material ao procedimento democrático consiste no núcleo dos direitos políticos também protegidos do poder reformador pelo inciso IV, §4º do art. 60, CF. Mas ele não se encerra em si próprio, pois que depende igualmente de direitos fundamentais processuais que articulem o processo político por meio de procedimentos

que tenham de fato caráter democrático. Essa compreensão decorre do fato de que direitos fundamentais materiais dependem e implicam direitos processuais e organizacionais que lhe dêem forma.

Nesse sentido tem caminhado, por exemplo, a jurisprudência da República Federal da Alemanha. Essa tendência se iniciou com decisão sobre a constitucionalidade dos regulamentos sobre construção de diques na Cidade Estado de Hamburgo (*Deichhornungsurteil*), em que o Tribunal Constitucional Alemão fixou o entendimento de que o direito fundamental à proteção da propriedade, por meio de procedimentos jurídicos, constituiria parte essencial do próprio direito à propriedade⁸⁹. Depois dessa decisão, generalizou-se o entendimento que a todo direito fundamental material está necessariamente associado um direito processual correspondente.⁹⁰ De acordo com esse raciocínio, surge contudo a seguinte questão:

“Se direitos materiais são direitos subjetivos, por que direitos a procedimentos também não seriam? O ancoramento da proteção por meio do processo no caso de direitos materiais justifica um argumento *prima facie* em favor de sua subjetivação”

O problema se torna mais controverso quando se trata de direitos dirigidos ao legislador ou a alguma autoridade que limita a atividade de fixação de normas graças a existência de direitos processuais subjetivos. Em interessante decisão do Tribunal Alemão, conhecida como a decisão sobre o ensino superior (*Hochschulurteil*), a corte fixou a compreensão de que participantes em processos organizacionais gozam de alguns direitos processuais que não podem ser alterados ou suprimidos pelo legislador.⁹¹

No caso em tela, professores e docentes do Estado da Baixa-Saxônia desafiaram a constitucionalidade da lei geral do ensino superior daquele Estado federal, que regulava em minúcias a composição e o processo decisório em órgãos universitários. A corte entendeu que a Lei Fundamental garantia aos cientistas um direito fundamental de autonomia contra interferências estatais, para a preservação das peculiaridades do processo decisório, das formas de comportamento, da produção de conhecimento, sua

⁸⁹ BverfGE 24, 367 (Decisão da primeira câmara de 18 de dezembro de 1968).

⁹⁰ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt, Suhrkamp, 1985, p. 433.

⁹¹ BverfGE 34, 79 (Decisão da primeira câmara de 29 de maio de 1973).

interpretação e transmissão no ambiente universitário. Nesse sentido, decidiu-se que caberia

“(…) [aos membros de organizações universitárias] um direito subjetivo às providências também de caráter organizatório que sejam indispensáveis à proteção da autonomia universitária como direito fundamental, pois as primeiras seriam indispensáveis ao exercício das segundas”.⁹²

De acordo com esse entendimento pode-se facilmente entender que há direitos individuais a procedimentos e processos que correspondem a direitos subjetivos políticos. Esse direito corresponderia, no dizer de Robert Alexy, a um direito de status positivo, consistindo numa prestação normativa do Estado.

Aos direitos políticos do art.14, CF, ou seja, ao exercício da soberania popular por meio do “sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos”, correspondem direitos fundamentais subjetivos ao exercício de competências legislativas e constitucionais por parte do legislador, que se obriga a oferecer procedimentos democráticos baseados em princípios como o pluralismo político (art. 1º, V) e em que sejam garantidas igualdade de chances entre partidos e posições divergentes.

“Em consequência da existência de uma normatização da capacidade eleitoral ativa, de acordo com direitos fundamentais individuais, o eleitor se coloca numa posição de oposição em relação ao legislador [ou revisor constitucional], pois seu direito fundamental representa limites ao exercício da competência legislativa. Essa característica diz respeito a todo direito fundamental que tem por finalidade a participação em processos legislativos relevantes para a formação da vontade política e inclui portanto o direito a liberdade de expressão, de liberdade de associação, de liberdade de manifestação etc.”⁹³

Em outras palavras, a constituição estabelece explicitamente que o direito fundamental individual à participação na formação da vontade popular é uma limitação material ao poder de reforma constitucional, de acordo com o art. 60, §4º, IV, tão logo uma mudança constitucional atinja o âmbito de proteção (*Schutzbereich*) desse direito. E

⁹² Ibidem.

⁹³ Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, p. 454.

não há como negar que os direitos políticos incluem em seu âmbito de proteção um direito subjetivo a procedimentos inclusivos, universais, periódicos, correspondendo a direitos subjetivos processuais baseados na pluralidade de opções de escolha.

Nesse sentido, ao excluir do rol de possibilidades de política econômica a serem escolhidas pelos eleitores opções que são comuns no mundo moderno, em qualquer nação civilizada, a Emenda Constitucional ataca diretamente direitos individuais que não podem ser objeto do poder de reforma constitucional.

6. DO PEDIDO CAUTELAR

De todo o arrazoado verifica-se patente a preencha do *fumus boni iuris* (há verossimilhança das alegações, em verdade) e do *periculum in mora*.

As razões conformadas na presente ADI afirmam tratar-se de gravíssimas mudanças sociais, políticas e econômicas nos mais diversos setores privados e públicos e com repercussão internacional, que são amplíssimas as restrições e supressões de direitos e que é incomensurável a abrangência e as consequências da Emenda constitucional questionada, tudo irreversível e com danos desmensurados, quanto mais projetados em 20 anos. Exige-se, pois, a imediata suspensão liminar dos efeitos da indigitada Emenda Constitucional nº 95, de 2016.

Requer-se que tal suspensão seja por meio de decisão monocrática *ad referendum* do Plenário do STF, tal como permitem os art. 10, §3º e 11 da Lei nº 9.868 e também o art. 21, inc. V, do Regimento Interno do STF (bem como do art. 170, § 1º e § 2º, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal - RISTF). Pede que o relator da demanda conceda imediatamente a liminar, ante a urgência – *periculum in mora* –, condicionando-a ao posterior e imediato referendo pelo Plenário⁹⁴.

Não sendo decidida monocraticamente a cautelar, pede o envio ao Plenário do STF, para a apreciação da medida cautelar, com prioridade.

De todo modo, requer o Partido demandante que a fixação do rito do art. 12 da

⁹⁴ Dentre muitas outras, houve o deferimento de liminar *inaudita altera pars* e *ad referendum* do Plenário na ADI 2.849-MC (Rel. Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 3.4.2003), a ADI 4.232-MC (Rel. Ministro Menezes Direito, DJe 22.5.2009), a MC. na ADI 1.899-7 (Rel. Ministro Carlos Velloso). Ainda, MC na ADI 4.307. Rel. Min. Cármen Lúcia.

7. DOS PEDIDOS

Por todo o exposto, forte nas *substanciais razões de fato*, comprovados nas diversas variantes apresentadas, e nos *múltiplos fundamentos jurídicos* em que se referencia a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional nº 95/2016, promulgada pelo Congresso Nacional e publicada em 16/12/2016, requer o Partido Socialismo e Liberdade o seguinte:

1. O recebimento e processamento da presente ação direta de inconstitucionalidade, na forma da Lei nº 9.868/1999 e do art. 19, inc. I, da Resolução-STF 427/2010;
2. A concessão de Medida Cautelar, em sede liminar, *inaudita altera pars*, a fim de que se suspenda imediatamente os efeitos da Emenda Constitucional nº 95, de 2016;
3. Não sendo decidida monocraticamente tutela acautelatória, pede o envio ao Plenário do STF, para a apreciação da medida cautelar, com prioridade;
4. A aplicação do rito abreviado disciplinado no art. 12 da Lei nº 9.868/1999, em virtude da relevância da questão articulada na presente inicial e seu inegável impacto para os direitos fundamentais, a ordem social e a segurança jurídica no país;
5. Sejam colhidas as informações do Congresso Nacional e da Presidência da República no prazo de 10 dias;
6. Seja ouvida a Advogada-Geral da União, de acordo com o §3º do art. 103 da Constituição da República, além da abertura de vista dos autos à Procuradoria Geral da República, para manifestação quanto ao mérito da presente ação;

⁹⁵ “Havendo pedido de medida cautelar, o relator, em face da relevância da matéria e de seu especial significado para a ordem social e a segurança jurídica, poderá, após a prestação das informações, no prazo de dez dias, e a manifestação do Advogado-Geral da União e do Procurador-Geral da República, sucessivamente, no prazo de cinco dias, submeter o processo diretamente ao Tribunal, que terá a faculdade de julgar definitivamente a ação”.

7. Sejam determinadas as diligências prévias com finalidade instrutória de que tratam os §§ 1º e 2º do art. 20 da Lei nº 9.868/1999;
8. A prioridade de inclusão na pauta de julgamento no Plenário, observado o inc. VIII do art. 145, do RISTF;
9. A confirmação da decisão concessiva da medida cautelar para, ao final, declarar a inconstitucionalidade da integralidade do art. 1º da Emenda Constitucional nº 95/2016, que institui o Novo Regime Fiscal, assim declarando a inconstitucionalidade dos artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias – ADCT;
10. Que a decisão seja dotada de efeitos *erga omnes* e *ex-nunc*, requerendo-se ainda, desde já, e caso assim a situação o exija, a restrição do alcance da decisão declaratória de inconstitucionalidade, conforme previsão contida no art. 27 da Lei nº 9.868/1999.

Nestes termos, pede o deferimento.

Brasília-DF, 20 de Março de 2017.

ANDRÉ MAIMONI
OAB/DF 29.498

ALBERTO MAIMONI
OAB/DF 21.144

ALVARO MAIMONI
OAB/DF 18.391