

**EXCELENTÍSSIMA SENHORA MINISTRA PRESIDENTE DO SUPREMO
TRIBUNAL FEDERAL**

PARTIDO DEMOCRÁTICO TRABALHISTA - PDT, partido político com representação no Congresso Nacional, devidamente registrado no Tribunal Superior Eleitoral, inscrito no CNPJ sob o nº 00.719.575/0001-69, com sede no SAFS, Quadra 2, Lote 3, Plano Piloto, Brasília/DF, CEP 70.042-900, e-mail pdtnacionaldf@gmail.com, representado, na forma do seu Estatuto Social, por seu Presidente Carlos Roberto Lupi, vem, por meio de seus advogados devidamente constituídos, com endereço profissional a SHIS, QL 4, conj. 1, casa 11, Lago Sul, Brasília/DF, CEP 71.610-215, e-mail beatrizsena@souzanetosena.adv.br, onde deverão receber qualquer comunicação sobre o feito, propor a seguinte

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

pleiteando ao Supremo Tribunal Federal: a declaração de inconstitucionalidade da expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal*” constante do artigo 108, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a declaração de inconstitucionalidade do artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias; a interpretação conforme do artigo 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de modo a se excluírem de seu âmbito de incidência os gastos com educação e saúde; a interpretação conforme do artigo 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de modo a se fixar a interpretação segundo a

qual a elaboração e a divulgação de “*estimativa de impacto orçamentário e financeiro*” deve necessariamente preceder também a edição de decretos pelo Executivo para reduzir as alíquotas de tributos extrafiscais.

I. ASPECTOS PROCESSUAIS, OBJETO E LEGITIMIDADE DA JURISDIÇÃO CONSTITUCIONAL

I. 1. Legitimidade ativa do autor

1. De acordo com o art. 103, VIII, da Constituição Federal, reproduzido pelo art. 2º, VIII, da Lei nº 9.868, de 1999, os partidos políticos são legitimados para propor ação direta de inconstitucionalidade, desde que tenham representação no Congresso Nacional. O Partido Democrático Trabalhista - PDT atende a tal exigência, conforme se demonstra pela certidão anexa. Como se trata de legitimado universal, não há a necessidade de comprovação de liame de pertinência temática entre o partido e o objeto da ação.

I.2. Cabimento de ADI para impugnar a constitucionalidade de Emenda à Constituição

2. O art. 102, I, a, da Constituição Federal dispõe que compete ao Supremo Tribunal Federal “*processar e julgar, originariamente, a ação direta de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal*”. O e. STF, há décadas, realiza o controle de constitucionalidade das emendas constitucionais ao julgar Ações Diretas de Inconstitucionalidade. Entre nós, as emendas constitucionais sujeitam-se ao controle de constitucionalidade tanto sob o prisma formal – relativo à observância do procedimento constitucionalmente estabelecido para sua edição –, quanto sob a ótica material – concernente à preservação das normas definidas pela Constituição como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). A Emenda Constitucional n. 95/2016 altera radicalmente a ordem

constitucional brasileira, descaracterizando a sua própria identidade¹. O Constituinte derivado restringiu gravemente o princípio democrático, por meio da drástica limitação da liberdade de conformação do legislador quanto às escolhas orçamentárias, e desestruturou as bases materiais necessárias à efetivação dos direitos fundamentais à saúde e à educação. Com isso, violou os limites materiais ao poder de reforma definidos no artigo 60, §4º, II e IV, da Constituição Federal.

I. 3. Objeto da ação: a Emenda Constitucional n. 95/2016

3. A Emenda Constitucional n. 95 teve origem em Proposta do Presidente da República, que tramitou, na Câmara dos Deputados, como PEC n. 241/2016, e, no Senado Federal, como PEC n. 55/2016. Em 15/12/2016, a Emenda foi promulgada inserindo diversos preceitos no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Dentre esses preceitos, são apontados como inconstitucionais na presente ADI os novos arts. 108 (no que toca a esse art., a inconstitucionalidade se restringe à expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal*”) e 110 do ADCT. Além disso, requer-se ainda a interpretação conforme dos arts. 107 e 113 do ADCT. Tais preceitos possuem a seguinte redação:

¹ A Corte Constitucional da Colômbia tem desenvolvido interessante jurisprudência sobre os limites do poder constituinte derivado, reforçando a ideia de que não pode por meio de Emendas à Constituição substituir ou descaracterizar a própria Constituição em seu núcleo de identidade (Constituição material): “*En la Sentencia C-551 de 2003, que hizo el control de constitucionalidad de la Ley 796 de 2003, convocatoria a un referendo constitucional por la vía del artículo 378 de la C.P., se acogió la tesis de los límites competenciales del poder de reforma o la inconstitucionalidad por sustitución. En esta Sentencia se estableció que el poder de reforma o poder constituyente constituido no puede sustituir, derogar, suprimir, reemplazar o destruir la Constitución a partir de la diferenciación entre poder constituyente y poder de reforma y también de una definición de Constitución material que estaría conformada por principios estructurales que la Constitución contiene o aquellos que “surgen del bloque de constitucionalidad”. (...)Dicha teoría denominada de los “límites competenciales del poder de revisión” o “inconstitucionalidad por sustitución”, se refiere a que la atribución constitucional que se da a los órganos constituidos para reformar la Constitución, no abre la posibilidad para que se conviertan en auténticos poderes constituyentes que puedan llegar a derogar o a sustituir la Constitución de 1991, por otra integralmente diferente. Esta limitación se basa en la idea de que la técnica de la reforma constitucional, le atribuye competencias a dichos órganos para modificar, revisar, enmendar e implementar nuevos aspectos de la Constitución, pero dicha competencia se restringe con relación a los elementos básicos o fundamentos estructurales de la Constitución y por esto no pueden estos poderes constituidos, derogar, cambiar, sustituir, reemplazar, suprimir, eliminar o destruir los fundamentos de la Constitución de 1991, so pretexto de la reforma.*” (Corte Constitucional da Colômbia, Sentencia C-574/11, disponível em <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2011/C-574-11.htm>.)

(...)

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. 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. 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.

(...)

I. 4. Presunção moderada da constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 95/2016

4. Embora 60% da população brasileira fosse contrária à sua aprovação², a Emenda Constitucional n. 95/2016 deriva de ampla maioria parlamentar, circunstância que autorizaria a reconhecer a esse ato normativo presunção de constitucionalidade. Apesar disso, a séria afetação de direitos dotados de alta carga de fundamentalidade, em especial educação e saúde, recomenda a adoção de uma postura de maior desconfiança em relação à constitucionalidade da Emenda Constitucional. De outro lado, as limitações impostas às escolhas orçamentárias a serem feitas pelo Legislador Democrático nos próximos vinte anos demandam a intensificação do controle judicial da legitimidade da Emenda Constitucional n. 95.

5. Compõe o conhecimento convencional no direito constitucional contemporâneo a ideia de que as normas que restringem processos políticos acabam por se sujeitar a um controle judicial mais exigente³. Mesmo sob o prisma autocontido do *procedimentalismo*, estando em jogo a defesa dos pressupostos de funcionamento da própria democracia, a jurisdição constitucional pode adotar uma postura de maior

² A informação foi divulgada pelo respeitável instituto de pesquisa Datafolha: <http://www1.folha.uol.com.br/poder/2016/12/1840825-maioria-dos-brasileiros-reprova-emenda-dos-gastos-diz-datafolha.shtml>.

³ Essa tradicional concepção tem sua origem na célebre nota de rodapé do Juiz Harlan Stone no caso *Carolene Products Co. v. USA*, de 1938, que concebeu a ideia de afastamento da presunção de constitucionalidade de leis violadora de proibições específicas da Constituição ou de leis que restrinjam processos políticos (e.g., restrições sobre o direito ao voto e a disseminação da informação, interferência em organizações políticas e a proibição de reuniões pacíficas), bem assim de leis que se direcionem contra minorias religiosas, nacionais ou raciais.

proatividade. Como tem acentuado a jurisprudência do STF, “*é dever da Corte Constitucional otimizar e aperfeiçoar o processo democrático, de sorte a corrigir as patologias que desvirtuem o sistema representativo, máxima quando obstruam as vias de expressão e os canais de participação política*”⁴. É pacífico na quadra atual o entendimento segundo o qual as normas que comprimem o processo democrático devem se submeter um escrutínio mais rigoroso.⁵

6. Pois bem. O que se tem é o entrincheiramento de um mecanismo de controle de gastos públicos, que retira do campo da política ordinária a decisão sobre os meios necessários ao atingimento do equilíbrio fiscal – a partir da EC 95/16, os próximos cinco governos eleitos não poderão sequer elevar os gastos em patamar equivalente ao crescimento das receitas. Com isso, esvazia-se um dos principais aspectos da democracia: a decisão sobre a adequada alocação dos recursos públicos. Ainda que o país recupere sua capacidade de crescimento e eleve substancialmente suas receitas, nenhum governo, nos próximos vinte anos, independentemente do programa apresentado e aprovado nas eleições, poderá incrementar o nível de investimento de recursos públicos para além da inflação. Cabe ao Supremo Tribunal Federal atuar de maneira mais ativa para proteger as condições de funcionamento da democracia. É exatamente o comprometimento de importante garantia institucional do funcionamento da democracia – o sistema orçamentário constitucional⁶ – que justifica, no caso em

⁴ Cf. STF, ADI 5105, Relator Min. Luiz Fux, Tribunal Pleno, julgado em 01/10/2015.

⁵ Como precisamente ressaltou o Ministro Gilmar Mendes, em voto proferido perante o Supremo Tribunal Federal, até mesmo os críticos da jurisdição constitucional costumam aceitar como legítima sua intervenção para proteger o funcionamento regular do processo democrático: “*O ponto é que uma das principais características da jurisdição constitucional – e que, por isso mesmo, torna-se parte de sua essência – é funcionar como uma espécie de garante das condições mínimas da democracia. Esse tipo de atuação das Cortes constitucionais e das Supremas Cortes é consensual, aceito e prestigiado até pelos mais fervorosos críticos do chamado ativismo judicial. Por essa razão, a garantia do exercício dos direitos fundamentais e democráticos de participação política está intrinsecamente ligada à própria regularidade do processo democrático, e a atuação da jurisdição constitucional nessa seara revela-se de extrema importância sempre que haja lesão ou ameaça de lesão a tais direitos. Desde a publicação da obra de John Hart Ely (Democracy and Distrust...), compreende-se que a proteção do funcionamento regular do processo democrático é a principal função da jurisdição constitucional e, portanto, também desta Suprema Corte.*” (STF, MS 32033, Relator Min. GILMAR MENDES, Relator p/ Acórdão: Min. Teori Zavascki, Tribunal Pleno, julgado em 20/06/2013, DJe-033 18-02-2014).

⁶ Como se sabe, o sistema orçamentário constitucional estabelece o convívio harmonioso de três diplomas legislativos da mais alta significação, todos de iniciativa privativa do Chefe do Poder Executivo (CF, Art. 165, *caput* e incisos I a III): (i) o plano plurianual, (ii) a lei de diretrizes

exame, a submissão da EC 95/16 a um teste exigente ou rigoroso de constitucionalidade.

7. De outro lado, o congelamento estabelecido pela Emenda Constitucional n. 95/2016 abarca também os gastos com educação e saúde. O aumento da população fará com que os gastos públicos *per capita* nas áreas de saúde e educação sejam, na verdade, progressivamente reduzidos. Como se demonstrará ao longo da presente petição, as projeções econômicas e financeiras demonstram que a perspectiva é de sério comprometimento das bases materiais que permitem a efetivação desses direitos, providos de máxima fundamentalidade. As promessas contidas na Constituição, relativas à promoção da dignidade da pessoa humana, perdem sua normatividade e tendem a se converter em meros artifícios simbólicos.

8. A erosão do princípio democrático e a grave restrição a direitos fundamentais exigem que o STF realize um controle de constitucionalidade estrito (e, portanto, mais rigoroso) da Emenda Constitucional n. 95/2016. Se é verdade que uma das principais funções das Constituições contemporâneas é limitar o âmbito das escolhas majoritárias, também é verdade que nenhuma Constituição democrática no mundo adotou um modelo tão rígido de limitação às escolhas orçamentárias, e por um período tão longo. A Emenda Constitucional n. 95/2016 não adotou, na esteira da experiência comparada, um sistema que visasse o equilíbrio orçamentário entre despesas e receitas: estabeleceu um limite para o crescimento do gasto público totalmente desconectado do crescimento da receita. Esse critério extremamente rígido de contenção dos gastos públicos, além de não contar com válvulas de escape – regras de exceção que possibilitem ajustes no modelo em momentos excepcionais –, atingirá nada menos do que cinco governos e cinco legislaturas.

9. As cláusulas pétreas devem ser interpretadas com equilíbrio e moderação, para que possam servir à preservação dos princípios fundamentais, sem bloquear a deliberação democrática. A principal justificativa para a adoção de uma postura de desconfiança em relação ao controle de constitucionalidade material das Emendas à

orçamentárias e (iii) a lei orçamentária anual.

Constituição reside precisamente na necessidade de garantir o autogoverno de cada geração. Essa justificativa, entretanto, milita mais em favor da intensificação do controle incidente sobre a Emenda Constitucional n. 95/2016 do que em seu desfavor. Essa Emenda não altera uma decisão constituinte anterior ou devolve à política ordinária, por meio da desconstitucionalização, uma questão que outrora tinha assento constitucional. A EC n. 95/16 promove o entrincheiramento constitucional de uma decisão política que, na tradição constitucional brasileira, sempre coube ao legislador infraconstitucional. A Constituição brasileira, que já padece de excessivo grau de detalhamento, incorpora mais um tema típico da política ordinária, com todas as consequências negativas tanto para a democracia quanto para a própria *vocação de permanência do texto constitucional*⁷.

10. Embora se possa reconhecer, com base na ideia de deferência do Judiciário aos prognósticos adotados pelo Congresso Nacional⁸, que o regime fiscal instituído pela Emenda Constitucional n. 95/2016 seja adequado para o momento atual, nada justifica a manutenção do mesmo grau de restrição da liberdade de conformação orçamentária das próximas legislaturas. Deve-se, portanto, compatibilizar o ajuste fiscal engendrado pela constituinte derivado com o princípio democrático. Para tanto, é necessário declarar a inconstitucionalidade da expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal*” constante do artigo 108, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais

⁷ A propósito, o Ministro Roberto Barroso ensina que “*A Constituição brasileira, portanto, trata de assuntos demais, e o faz de maneira excessivamente detalhada. Tais características produzem duas consequências negativas bastante visíveis. A primeira: como tudo o que é relevante está lá, quaisquer alterações na trajetória política – sejam em questões econômicas, tributárias, previdenciárias ou outras – acabam dependendo de emendas constitucionais. Isso dificulta o exercício do poder pelas maiorias políticas, haja vista que a todo momento é preciso quórum qualificado de três quintos para a mudança do texto constitucional. A legislação ordinária, como se sabe, depende apenas de maioria simples. O resultado prático é que, no Brasil, a política ordinária se faz por meio de emendas constitucionais. Tal fato gera dificuldades intuitivas, pois impõe negociações políticas permanentes, com as sequelas fisiológicas daí advindas. A segunda consequência negativa é facilmente previsível: o número espantoso de emendas à Constituição, um recorde mundial. Naturalmente, essa disfunção compromete a vocação de permanência do texto constitucional e o seu papel de simbolizar a prevalência dos valores duradouros sobre as contingências da política*” (O constitucionalismo democrático no Brasil: crônica de um sucesso imprevisto, <http://www.luisrobertobarroso.com.br>).

⁸ V. SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais. In: Fernando Alves Correa et al (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, volume III, Coimbra Editora, 2012, 915-937.

Transitórias. Desse modo, mantem-se a validade da decisão política veiculada pela Emenda Constitucional n. 95 para o momento atual. Mas permite-se a cada Presidente eleito, uma vez por mandato presidencial, propor projeto de lei complementar para promover a alteração do método de correção dos limites a que se refere o inciso II do § 1º do art. 107 do ADCT.

II. MÉRITO: A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL PARCIAL DA EC N. 95/2016. VIOLAÇÃO DE CLÁUSULAS PÉTREAS.

II. 1. A violação da cláusula pétrea prevista no artigo 60, § 4º, II, da Constituição Federal: o voto direto, secreto, universal e periódico

II. 1.1. A Emenda Constitucional n. 95 e o Novo Regime Fiscal

11. A Emenda Constitucional n. 95, promulgada pelo Congresso Nacional em 15/12/2016, institui o “Novo Regime Fiscal”. A principal medida é *congelar* os gastos públicos primários (isto é: excluídos os gastos com o pagamento de juros da dívida pública) pelos próximos *20 exercícios financeiros*. O teto de gastos públicos primários só será corrigido monetariamente, de acordo com a inflação do ano anterior. É o que se estabelece no artigo 107 do ADCT. Aprovada agora, apenas em 2036, nossos governantes poderão tomar outras decisões orçamentárias, ainda que fiscalmente responsáveis, como a de aumentar os gastos de acordo com o crescimento da arrecadação. O Novo Regime Fiscal, embora promova o congelamento real das despesas primárias do Governo Federal, implica redução dos gastos públicos per capita e relativamente ao PIB. Os gastos públicos, com a nova regra constitucional, *não* vão acompanhar o crescimento da renda e da população⁹.

12. Apenas os “gastos primários” – aqueles que pressionam o resultado primário, alterando o endividamento líquido do Governo (setor público não financeiro)

⁹ V. Pedro Rossi e Esther Dweck, Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação, *Cad. Saúde Pública*, n. 32, 2016.

no exercício correspondente¹⁰ – são limitados. Do conceito de “gastos primários”, excluem-se aqueles que criam um direito ou extinguem uma obrigação, ambas de natureza financeira, junto ao setor privado interno ou externo¹¹. Por outro lado, são primárias as despesas com saúde, educação, previdência social, assistência social, investimentos em infraestrutura. Excluem-se, em especial, as despesas com o pagamento da dívida pública. O objetivo da EC n. 95/2016 é fazer com que o Estado economize para pagar juros da dívida¹². A medida – acreditam os seus defensores – promoveria a redução da dívida, do que resultaria a retomada do crescimento econômico, a geração de empregos e o aumento da renda.

II.1.2. A experiência comparada: os modelos de controle dos gastos públicos e sua compatibilização com o princípio democrático.

13. O “Novo Regime Fiscal” se insere no conjunto de políticas fiscais de “austeridade” que têm sido aplicadas em todo o mundo. Porém, a EC recentemente promulgada pelo Congresso Nacional não se compara, em especial no que toca ao tempo de vigência, com nada que se tenha adotado no mundo até hoje: trata-se da medida de restrição dos gastos públicos mais severa já praticada até o presente momento. A seguinte tabela, elaborada pelo Fundo Monetário Internacional, resume os modelos de controle dos gastos públicos adotados nos mais diversos países:

¹⁰ V. http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario-1/glossario_view?letra=D.

¹¹ V. http://www.orcamentofederal.gov.br/glossario-1/glossario_view?letra=D.

¹² A Exposição de Motivos da PEC, no ponto, refere a necessidade de contenção dos gastos com “políticas públicas”: “*Nos últimos anos, aumentaram-se gastos presentes e futuros, em diversas políticas públicas, sem levar em conta as restrições naturais impostas pela capacidade de crescimento da economia, ou seja, pelo crescimento da receita. (...) De fato, nossa experiência ensinou que o processo descentralizado e disperso de criação de novas despesas gerou crescimento acelerado e descontrolado do gasto. Isso posto, faz-se necessário a introdução de limites ao crescimento da despesa global, ao mesmo tempo em que se preservam as prerrogativas dos poderes constituídos para alocarem os recursos públicos de acordo com as prioridades da população e a legislação vigente*” (http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=Tramitacao-PEC+241/2016.)

Regras adotadas para limitar o crescimento real da despesa pública

Austrália	Limite de 2% de crescimento real. Regra flexibilizada quando: PIB acima do PIB potencial e resultado fiscal superavitário (> 1%)
Bélgica	Teto para crescimento real da despesa primária. Regra vigorou por 6 anos (1993-1998)
Croácia	Desde 2014, crescimento real da despesa limitado à taxa de crescimento do PIB potencial. Exceção: medidas específicas compensando o excesso
Dinamarca	No biênio 2007/2008, vedado crescimento real do consumo do governo (gasto corrente)
Finlândia	Desde 2003, proibição para crescimento real do gasto primário não cíclico. A regra é revisada a cada 4 anos
França	Teto para crescimento real da despesa definido em planos plurianuais revisados a cada 4 anos
Holanda	Teto para o crescimento real da despesa revisado a cada 4 anos. Em 2009 e 2010, excluiu-se da regra o gasto com benefícios de seguro-desemprego e assistência social
Hungria	Teto para crescimento real da despesa no biênio 2010/11
Islândia	Teto para crescimento real da despesa (2% para gastos correntes e 2,5% para gastos com transferências). Desde 2009, a regra tem sido descumprida e o foco tem sido atingir metas de resultado primário
Israel	Desde 2005, lei fixando limites variáveis de crescimento real da despesa
Kosovo	Entre 2006 e 2008, o governo se empenhou para que o crescimento real da despesa corrente ficasse abaixo de 0,5%. Desde 2009, essa regra vale somente para municípios
México	Desde 2013, a lei estabelece um teto para o crescimento do gasto corrente estrutural. Disposição transitória o limitou em 2% até 2017
Peru	Desde 2000, a lei definiu um teto para o crescimento real da despesa corrente: 2% (2000-2002), 3% (2003-2008) e 4% em 2009. Em 2013/14, vigorou somente regra para controlar o déficit fiscal. Adotada válvula de escape: qualquer regra fiscal pode ser suspensa por três anos quando PIB apresentar baixo crescimento e/ou Congresso decretar situação de emergência
Polônia	Limite temporário de 1% para o crescimento real de gastos discricionários e de novos gastos

Elaboração própria. Fonte primária: IMF, *Fiscal rules at glance*, 2015; ver em: <http://bit.ly/2cNFwIU>.

14. A experiência comparada mostra que os países costumam adotar alternativamente (i) um teto de gastos mais rígido por um período relativamente curto ou (ii) um teto mais flexível com vigência permanente ou por período mais longo. Nenhum país do mundo, à exceção do Brasil, adotou um sistema de crescimento real nulo dos gastos públicos por um período de 20 anos. O isolamento do Brasil em relação às mais diversas democracias contemporâneas é indício da desproporcionalidade e irracionalidade da medida¹³. O modelo é super-rígido quanto ao critério adotado para conter os gastos – congelamento, com simples atualização monetária – e quanto ao

¹³ Como alertam Pedro Rossi e Esther Dweck, “do ponto de vista macroeconômico, a reforma fiscal é desastrosa ao impor à demanda pública um caráter contracionista por um longo período e por retirar do Estado os instrumentos fiscais capazes de enfrentar crises econômicas” (Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação, *Cad. Saúde Pública*, n. 32, 2016).

tempo de vigência – os gastos são congelados para os próximos cinco governos. Os governantes eleitos pelo povo brasileiro estarão impedidos de tomar outras decisões razoáveis e internacionalmente aceitas em matéria fiscal: não poderão sequer aumentar os gastos de acordo com o aumento da arrecadação.

15. Conforme o princípio da responsabilidade fiscal ou do equilíbrio fiscal, os gastos públicos devem se limitar pela capacidade do estado de arrecadar e de gerir adequadamente a sua dívida¹⁴. O princípio da responsabilidade fiscal institui a ideia de uma tendencial correlação entre arrecadação e despesas públicas. Com base nesse princípio, justificam-se, por exemplo, alterações em regras previdenciárias com o propósito de garantir que o sistema seja provido de equilíbrio financeiro e atuarial: quando há aumento na expectativa de vida da população é necessário o estabelecimento de condições mais rigorosas para a aquisição de benefícios. A EC n. 95/2016 vai muito além do princípio da responsabilidade fiscal ao romper com a correlação entre arrecadação e gastos. Trata-se de medida extrema e inédita no mundo. Com a Emenda, tem lugar a *constitucionalização* de uma versão fundamentalista do *princípio de austeridade fiscal*. A imposição de uma regra de vedação absoluta a qualquer nível de crescimento real dos gastos públicos, independente das condições econômicas ou fiscais do país, por um prazo tão alargado, constitui medida inédita, que contraria não apenas o conhecimento econômico comparado, mas também uma das dimensões nucleares do princípio democrático, segundo a qual cabe à representação popular formular as escolhas alocativas de recursos públicos.

¹⁴ Na lição de Diogo de Figueiredo, o princípio do equilíbrio “*está vocacionado à sustentação de uma qualidade indispensável na gestão financeiro-orçamentária, que é a relação estável entre os elementos fundamentais do crédito público, das despesas públicas e do endividamento público. ‘Por mais óbvia que seja a noção de que todo o orçamento deve ser equilibrado, o fato é que isso não está expressamente dito em norma alguma’*, observou Adilson Abreu Dallari, de modo que, também, sob mais este aspecto, é bem-vinda, a Lei de Responsabilidade Fiscal, por manifestar este princípio de equilíbrio das contas públicas em dispositivos cruciais. São nítidos exemplos de aplicação deste princípio a exigência do equilíbrio entre receitas e despesas na elaboração da Lei de Diretrizes Orçamentárias, dispondo para que, progressivamente, sejam alcançadas e possam ser satisfeitas as metas de superávit primário (art. 4º, I, a); as regras relativas à renúncia de receitas (art. 14, I), a ação que aumente despesas (art. 16) e as regras alusivas aos sistemas previdenciários próprios dos entes da Federação (art. 69)” (MOREIRA Neto, Diogo de Figueiredo, A lei de responsabilidade fiscal e seus princípios jurídicos, *Revista de direito administrativo*, n. 221, p. 71-93, jul./set. 2000).

16. Os países que adotaram tetos para os gastos públicos – Holanda, Suécia e Dinamarca, por exemplo –, sempre o fizeram por poucos anos (três ou quatro anos, via de regra). Em nenhum país, há nada que se aproxime do prazo de vinte anos que se fixou por meio da EC n. 95/2016. Tornou-se costume no Brasil apelidar de “jabuticaba” as inovações que surgem aqui, sem precedentes estrangeiros: o congelamento instituído pelo “novo regime fiscal”, pelo prazo draconiano de 20 anos, é uma “jabuticaba” financeira e constitucional. O “Novo Regime Fiscal” é a medida mais radical de toda a história do constitucionalismo fiscal.

17. No ambiente europeu, entrou em vigor, no ano de 2013, o Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Econômica e Monetária, convenção internacional que acabou por ficar conhecida como “pacto orçamental” (“*fiscal compact*”), que consagra um conjunto de regras visando, essencialmente, à disciplina das finanças dos Estados membros. Mesmo em tempos de crise – e diante da multiplicidade de situações dos Estados-membro –, o novo Tratado, alvo de críticas por se mostrar excessivamente austero, impõe tão-somente que a situação orçamentária das administrações públicas dos países seja equilibrada ou excedentária. Para atingir esse objetivo, o indicador escolhido foi o déficit público estrutural anual, que não pode exceder 0,5% do PIB. Estabelece-se também que a relação entre dívida pública e PIB não pode ultrapassar o patamar de 60%.

18. Apesar dessas limitações, o Tratado admite que, em situações excepcionais, designadamente em períodos de recessão econômica grave, os Estado se desviem temporariamente do objetivo de manter resultados orçamentários próximos do equilíbrio (art. 3º, n. 1, al. *a, b, c*, e n. 3 al. *b*). Por outro lado, o Tratado estabelece também o acionamento automático de um *mecanismo de correção*, que resulta na obrigação do Estado de “*aplicar medidas para corrigir o desvio dentro de um determinado prazo*” (art. 3º, n. 1, al *e*).

19. A EC 95/2016, quando comparada à diretriz europeia, apresenta duas diferenças bastante acentuadas que fazem do modelo brasileiro um “*ponto fora da*

curva” na experiência ocidental. *Primeiro*, as políticas fiscais de austeridade ao redor do mundo ancoram os limites das despesas públicas no volume de receitas, ao passo que o Brasil adotou um sistema em que as despesas não podem sofrer nenhum aumento mesmo em períodos de consistente crescimento das receitas públicas. *Segundo*, o modelo brasileiro não contém cláusulas de exceção ou de abertura, que permitam excepcionar a regra geral de vedação absoluta ao crescimento real do gasto público¹⁵.

20. Com efeito, as Constituições europeias, em harmonia com o Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Econômica e Monetária (art. 3º, n. 2), também vêm estabelecendo normas específicas com o objetivo de atingir o esperado equilíbrio orçamentário. A Constituição alemã, reformada em 2009 e tida como modelo para o Tratado Europeu, estabelece o seguinte:

*Art. 109. (...) (3). Os orçamentos da Federação e dos Estados devem ser equilibrados basicamente sem recorrer a créditos. A Federação e os Estados podem estabelecer regulamentos para levar em conta os efeitos de uma evolução conjuntural que não corresponda à situação normal de altas e baixas simétricas, bem como um regulamento de exceção para catástrofes naturais ou situações extraordinárias de emergência, que fuja ao controle do Estado e que prejudique consideravelmente a situação financeira estatal. O regulamento de exceção tem de incluir um regulamento correspondente de amortização. Para o orçamento da Federação, a regulamentação específica é ditada no artigo 115 com a ressalva, que a primeira frase é cumprida, quando os recursos provenientes de créditos não ultrapassem 0,35 por cento em relação ao Produto Interno Bruto nominal. A regulamentação específica para os orçamentos dos Estados é ditada pelos próprios Estados no âmbito das suas competências constitucionais com a ressalva de que a primeira frase somente é cumprida, quando não é permitida nenhuma tomada de créditos”.*¹⁶

¹⁵ Pedro Rossi e Esther Dweck alertam para o fato de que “*diferentemente da experiência internacional, o Novo Regime Fiscal não tem cláusula de escape, ou seja, não permite uma flexibilização das regras fiscais diante de crises econômicas extraordinárias, como aquela de 2009, ano em que a maior parte dos países centrais expandiu o gasto público, realizando enormes déficits fiscais*” (Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação, *Cad. Saúde Pública* 2016; 32).

¹⁶ V. http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3160404/Daten/1330556/Gundgesetz_pt.pdf.

21. Após a aprovação do Tratado Europeu, a Espanha reformou a Constituição, que passou a estabelecer o que se segue:

Artículo 135.

1. Todas las Administraciones Públicas adecuarán sus actuaciones al principio de estabilidad presupuestaria.

2. El Estado y las Comunidades Autónomas no podrán incurrir en un déficit estructural que supere los márgenes establecidos, en su caso, por la Unión Europea para sus Estados Miembros.

Una ley orgánica fijará el déficit estructural máximo permitido al Estado y a las Comunidades Autónomas, en relación con su producto interior bruto. Las Entidades Locales deberán presentar equilibrio presupuestario.

3. El Estado y las Comunidades Autónomas habrán de estar autorizados por ley para emitir deuda pública o contraer crédito.

Los créditos para satisfacer los intereses y el capital de la deuda pública de las Administraciones se entenderán siempre incluidos en el estado de gastos de sus presupuestos y su pago gozará de prioridad absoluta. Estos créditos no podrán ser objeto de enmienda o modificación, mientras se ajusten a las condiciones de la ley de emisión.

El volumen de deuda pública del conjunto de las Administraciones Públicas en relación con el producto interior bruto del Estado no podrá superar el valor de referencia establecido en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

4. Los límites de déficit estructural y de volumen de deuda pública sólo podrán superarse en caso de catástrofes naturales, recesión económica o situaciones de emergencia extraordinaria que escapen al control del Estado y perjudiquen considerablemente la situación financiera o la sostenibilidad económica o social del Estado, apreciadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados.

22. A Constituição Italiana foi reformada em 2012 e passou a prever que todos os níveis do governo deverão observar o equilíbrio orçamentário e a sustentabilidade do débito público, respeitando a norma supranacional:

Art. 97. Le pubbliche amministrazioni, in coerenza con l'ordinamento dell'Unione europea, assicurano l'equilibrio dei bilanci e la sostenibilità del debito pubblico;

Art. 119. I Comuni, le Province, le Città metropolitane e le Regioni hanno autonomia finanziaria di entrata e di spesa, nel rispetto dell'equilibrio dei relativi bilanci, e concorrono ad assicurare l'osservanza dei vincoli economici e finanziari derivanti dall'ordinamento dell'Unione europea.

23. Diversos outros países da União Europeia preferiram a incorporação do conteúdo do tratado pela via infraconstitucional¹⁷. Todos tiveram por objetivo fazer respeitar os limites de endividamento público previstos pelo Tratado sobre Estabilidade, Coordenação e Governança na União Econômica e Monetária, considerado constitucional pelo Tribunal Constitucional da Alemanha e pelo Conselho Constitucional da França¹⁸.

24. As reformas constitucionais mais recentes, especialmente na Europa, deixam evidente que a busca pelo equilíbrio orçamentário não significa sequer a imposição aos países de uma perfeita correspondência de entradas e saídas.¹⁹ As exigências de equilíbrio orçamentário em períodos de crescimento são diferentes daquelas dos momentos de recessão. Mesmo na Europa, ambiente em que as normas supranacionais impuseram grave restrição ao endividamento público, as Constituições nacionais refutaram a opção por uma ou outra política financeira específica. Ao contrário, adotam normas que reforçam uma espécie de *ductibilidade da disciplina orçamentária*²⁰. Em substância, as Constituições e leis nacionais na Europa adotaram, como consequência do *fiscal compact* europeu, uma “*regra travão*” que limita o déficit estrutural a 0,5% do PIB.

¹⁷ V. Para a relação completa de ratificações e alterações efetivadas: NOVAC, Petr. Article 136 TFEU, ESM, Fiscal Stability Treaty Ratification requirements and present situation in the Member States. Brussels: European Parliament's Committee on Constitutional Affairs: <http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/afco/dv/2013-05-27_pe462455-v15_/2013-05-27_pe462455-v15_en.pdf>.

¹⁸ V. SOUZA, Raphael Ramos Monteiro de. Tratado de estabilidade fiscal europeu, soberania e o (re)desenho constitucional do orçamento. In: Revista da AGU, v. 12, n. 39, p. 309-331, jan./mar. 2014.

¹⁹ V. P. DE IOANNA, *Forma di governo e politica di controllo della finanza pubblica*, in *Riv. giur. Mezzogiorno*, 2013, n. 3, 372.

²⁰ V. A. BRANCASI, *La nuova regola costituzionale del pareggio di bilancio. Effetti su rapporti Parlamento-Governo e sugli indirizzi delle politiche sociali: il caso italiano* (vers. provv.), Relazione al Convegno “V giornate italo-ispáno-brasiliane di diritto costituzionale: «La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale»”, Lecce, 14-15 settembre 2012 (ed. provv.), 2.

25. Esse *princípio da ductibilidade* é coerente com a experiência do constitucionalismo ocidental contemporâneo. Os parâmetros de controle do equilíbrio das contas públicas devem ser suficientemente precisos em relação aos objetivos e fins a serem alcançados, mas prudentemente genéricos em relação aos meios. O princípio da *ductibilidade* do orçamento evita que regras orçamentárias extremamente rígidas possam produzir duas consequências incompatíveis com o constitucionalismo democrático: (i) a primeira é o risco de restrição indiscriminada de direitos fundamentais derivada das restrições orçamentárias; (ii) a segunda, o risco adicional de desautorização da representação parlamentar. Prevaecem no ambiente europeu, portanto, as ideias de *flexibilidade orçamentária* e de *antidogmatismo* – ou da recusa à adesão aos dogmas de uma teoria econômica específica – como verdadeiros princípios constitucionais fundamentais²¹.

26. Nesse sentido, a Corte Constitucional da Itália sempre entendeu que o legislador ordinário é obrigado a observar na sua política fiscal não o equilíbrio automático (ou aritmético) entre despesa e receita, mas pela busca tendencial do equilíbrio orçamentário (sentença 1 de 1996). Mais recentemente, por meio da sentença 250 de 2013, a mesma Corte Constitucional afirmou que o *princípio do equilíbrio tendencial do orçamento*, já compreendido como preceito dinâmico de gestão financeira, consiste na contínua busca de um equilíbrio harmônico e simétrico entre os recursos disponíveis e as despesas necessárias à realização das finalidades públicas. O *princípio do equilíbrio orçamentário* não pode ser limitado à equalização formal entre despesas e receitas.

²¹ V., a propósito, N. MASTROPASQUA, *Corte dei conti e autonomie: nuove prospettive dei controlli*, Relazione al 58° Convegno di studi amministrativi (*Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*), 7 del dattiloscritto; A. BRANCASI, *Il principio del pareggio di bilancio in Costituzione*, in *Osservatoriosullefonti.it*, 2012, 2; D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici al c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, spec. 2 sg.; N. LUPO, *Costituzione europea, pareggio di bilancio ed equità tra le generazioni. Notazioni sparse*, in *Amministrazione in Cammino*, 25 ottobre 2011, 4; G. SCACCIA, *La giustiziabilità della regola del pareggio di bilancio*, in *Rivista AIC*, n. 3/2012 - 25 settembre 2012, 12; ID., *L'equilibrio di bilancio fra Costituzione e vincoli europei*, in *Osservatoriosullefonti.it*, n. 2/2013, 12; M. BREGO, *Pareggio di bilancio "all'italiana". Qualche riflessione a margine della legge 24 dicembre 2012, attuativa della riforma costituzionale più silenziosa degli ultimi tempi*, in *Federalismi.it*, 20 marzo 2013, 6.

27. Nenhum observador da dinâmica política global poderá negar que o mundo está em processo acelerado de transformação. Considerem-se, por exemplo, os impactos econômicos que podem decorrer das recentes eleições nos EUA e da decisão inglesa de se retirar da União Europeia. Em um cenário como esse, não é prudente simplesmente congelar os gastos públicos brasileiros por meio do artifício da constitucionalização. O horizonte temporal estabelecido pela EC n. 95/2016 contrasta com a natureza conjuntural da crise fiscal brasileira. Há apenas três anos, o Brasil produzia superávits primários²², e pode voltar a produzi-los em pouco tempo²³. O Novo Regime Fiscal veicula limite aos gastos públicos que deixa o país de mãos atadas, tornando-o incapaz de responder às condições cambiantes da economia mundial²⁴.

II.1.3. A inconstitucionalidade da PEC 95/2015: ofensa ao princípio democrático pelo *entrincheiramento* de um modelo particular de concretização do equilíbrio orçamentário.

28. Os economistas divergem profundamente sobre o assunto. Há defensores da proposta, que lhe conferem significado salvacionista. Há também detratores empenhados em evitar o que, para eles, significaria um retrocesso de gravidade incomparável para a economia nacional. As divergências sobre a emenda opõem pessoas que dedicaram a vida ao estudo da economia. São divergências graves, profundas e inconciliáveis. O fato de dividir tão profundamente os especialistas é indício de que o lugar da proposta não é a Constituição. Embora se saiba que não se pode exigir do

²² O setor público não financeiro fechou 2013 com superávit primário de R\$ 91,306 bilhões em suas contas primárias, conceito que exclui receitas e despesas com juros e outros encargos de dívida. Com relação ao Produto Interno Bruto (PIB) tal economia representa 1,90%. V. <http://www.valor.com.br/brasil/3415144/setor-publico-fecha-2013-com-menor-superavit-primario-desde-2009>.

²³ Estudos do FMI afirmam que o Brasil voltará a produzir superávit primário em 2020. V. <http://g1.globo.com/economia/noticia/2016/04/brasil-so-voltara-ter-superavit-primario-em-2020-preve-fmi.html>.

²⁴ O economista Nelson Marconi, coordenador executivo do Fórum de Economia da FGV em São Paulo, defende que “o Governo deveria colocar esse teto até conseguir um resultado positivo de superávit. Dali para frente, a regra das despesas, que nem precisava ser decidida por uma PEC, deveria ser uma evolução de acordo com o crescimento do PIB e não de acordo com a inflação. Se o Governo está crescendo, a capacidade de despesas está acompanhando isso”. V. http://brasil.elpais.com/brasil/2016/11/25/politica/1480104479_198579.html.

legislador absoluta certeza quanto às premissas fáticas e empíricas de que parte para formular seus programas normativos, também é necessário recordar que não se deve vincular a Constituição a uma teoria econômica específica.²⁵

29. O pragmatismo e a prudência são virtudes frequentemente cultivadas pelos juristas, e devem servir como filtro para os cálculos e argumentos herméticos apresentados dos economistas. Aqui, convém lembrar a advertência de Boaventura de Souza Santos a propósito da produção do conhecimento no mundo contemporâneo: devemos almejar a um “*sensu comum esclarecido*” e a uma “*ciência prudente*”. Adotar-se um limite para os gastos públicos, por exemplo, por meio de lei complementar – a Lei de Responsabilidade Fiscal é Lei Complementar²⁶ – seria medida que, ao mesmo tempo, atenderia ao propósito de produzir equilíbrio fiscal e não deixaria o Brasil de mãos tão atadas para escolher outros caminhos que se impusessem por conjunturas que surgissem nos próximos anos²⁷.

30. A decisão capaz de compatibilizar a EC n. 95/16 com o princípio democrático que implica o menor nível de intervenção no diploma normativo é a simples declaração de inconstitucionalidade da expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal*” constante do artigo 108, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Desse modo, mantida a validade da fórmula engendrada pela Emenda Constitucional n. 95 para o momento atual, cada Presidente

²⁵ No sentido de defender que o Constituinte se afaste de uma ligação muito estreita com doutrinas econômicas determinadas, especialmente com aquela que vê no equilíbrio orçamentário (paridade entre despesa e receita) um pilar fundamental da política financeira do Estado, v. S. BARTOLE, *Articolo 81*, in *Commentario alla Costituzione. La formazione delle leggi. Art. 76-82*, a cura di G. Branca, vol. II, Bologna-Roma, Zanichelli - Il Foro Italiano, 1979, 198.

²⁶ Vale referir que, com o advento da Lei de Responsabilidade Fiscal – LC nº 101/00 –, incrementou-se ainda mais o papel da Lei de Diretrizes Orçamentárias, já que o art. 4º daquela lei complementar nacional definiu caber à LDO, agora integrada também pelo Anexo de Metas Fiscais e pelo Anexo de Riscos Fiscais (§§ 1º a 3º), dispor sobre equilíbrio de receitas e despesas, critérios e formas de limitação de empenho nas hipóteses ali especificadas, normas relativas ao controle de custos e à avaliação dos resultados dos programas financiados com recursos dos orçamentos, e, por fim, demais condições e exigências para transferências de recursos a entidades públicas e privadas (Art. 4º, I, ‘a’, ‘b’, ‘e’ e ‘f’, da LRF).

²⁷ Se tivermos em conta uma situação de recessão (em que é muito reduzido o risco de inflação e de subida da taxa de juro), o déficit fiscal resultante de políticas anticíclicas de combate ao desemprego e de promoção do crescimento econômico pode ter efeitos positivos na economia.

eleito poderá, uma vez por mandato presidencial, propor projeto de lei complementar para promover a 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. Ressalte-se que permanece plenamente válido o parágrafo único do art. 108 do ADCT, segundo o qual “*será admitida apenas uma alteração do método de correção dos limites por mandato presidencial*”.

31. A questão central suscitada pela EC n. 95/2016 sob a perspectiva constitucional é saber se a limitação que impõe aos governantes a serem eleitos no futuro é compatível com as “cláusulas pétreas”, especialmente com a fixada no artigo 60, § 4º, II, da Constituição da República: *o voto direto, secreto, universal e periódico*. Em outros termos: é legítimo que os atuais deputados e senadores imponham às próximas cinco legislaturas o ônus de aprovar novas emendas à Constituição para alterar o método de correção do crescimento dos gastos públicos? Pode uma maioria conjuntural estabelecer limites tão contundentes às decisões populares que ocorram no futuro? Essas questões demandam que o Novo Regime Fiscal seja apreciado sob o prisma de sua compatibilidade com o princípio democrático, instituído nos arts. 1º e 60, 4º, II, da Constituição Federal.

32. Não é legítimo que uma maioria eventual se utilize da Constituição para impedir que outros programas de governo, ainda que dotados de razoabilidade, possam ser escolhidos pelo povo nas futuras eleições periódicas. Ao constitucionalizar uma versão fundamentalista do *princípio da austeridade*, a Emenda Constitucional n. 95 impede que o governo se oriente pelo *princípio da responsabilidade fiscal*, segundo o qual deve haver correlação entre a arrecadação e as despesas. As eleições realizadas de quatro em quatro anos se esvaziam de significado se os eleitos não podem governar em conformidade com as ideias que expuserem à apreciação dos eleitores.

33. A teoria constitucional econômica, no Brasil, divide-se, em grande parte, entre defensores do estado e defensores do mercado. Ambas as vertentes do pensamento constitucional brasileiro são marcadas pela adesão a filosofias econômicas particulares.

Como teorias constitucionais, não assiste razão a nenhum dos dois flancos da controvérsia. Ao contrário do que pretendem os estudiosos vinculados a uma ou a outra corrente, a Constituição Federal de 1988 não adere irrestritamente nenhum tipo ideal de intervenção do estado no domínio econômico²⁸. A Constituição, predominantemente capitalista, também abarca institutos relacionados à intervenção do estado para promover o desenvolvimento econômico e social. A livre iniciativa está garantida, mas, de acordo com o artigo 170 da Constituição Federal, deve se harmonizar com a soberania nacional, a proteção dos consumidores e do meio ambiente, a busca do pleno emprego e a redução das desigualdades regionais e sociais. A propriedade também está garantida, mas na medida em que cumpra a sua função social.

34. A Constituição Federal de 1988, por serem genéricos e abstratos os seus preceitos econômicos, abre-se amplamente à liberdade de conformação do legislador democrático, conferindo-lhe a atribuição para definir, a cada momento da história, o grau de intervenção econômica que convém às condições do momento. Trata-se de Constituição pluralista e aberta, que deve ser compreendida à luz do “constitucionalismo democrático”: o seu compromisso fundamental é com a própria democracia. Cabe ao legislador e ao governo, legitimados em eleições periódicas, definir o grau de intervenção estatal adequado à exigências do momento.

35. Trata-se de forma de compreender a Constituição a partir de um ponto de vista “politicamente neutro”, como prescrevem, por exemplo, o “liberalismo político” de John Rawls²⁹ ou o “procedimentalismo” de Jürgen Habermas.³⁰ Desde esse ponto de vista, o papel da Constituição é tão-só estabelecer as normas capazes de permitir uma interação democrática entre cidadãos, para que estes periodicamente decidam sobre os destinos da comunidade política. Para uma teoria da constituição politicamente

²⁸ Sobre o tema, v. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; e MENDONÇA, José Vicente Santos de, *Fundamentalização e fundamentalismo na interpretação do princípio constitucional da livre iniciativa*, In: *A constitucionalização do direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 709-741.

²⁹ RAWLS, John. *O liberalismo político*. Trad. Álvaro de Vita. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Tradução: Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

imparcial não é legítimo conformar para as gerações futuras, pela via constituinte, um projeto econômico-social abrangente. Ao negar aos cidadãos a possibilidade de optarem por outros programas de governo, ainda que moderados e razoáveis, o “princípio da austeridade fiscal”, constitucionalizado em uma versão de grande radicalismo, lhes podará parte significativa da cidadania, conduzindo-lhes a um *status* de “subcidadania”.

36. Afastada da prudência e da moderação que caracterizam o princípio da “responsabilidade fiscal”, a EC n. 95/2016 viola gravemente a cláusula pétreia estabelecida no artigo 60, § 4º, II: o voto direto, secreto, universal e periódico. Por meio da emenda citada, pretende-se enrijecer – a Constituição brasileira é rígida – um programa de governo que deveria ficar à disposição do povo. Constitucionalizar o congelamento dos gastos primários significa retirar, em parte, da esfera da deliberação democrática a alocação de recursos públicos. Se há um tema que deve estar aberto à deliberação pública é a composição do orçamento. Aliás, os liberais no domínio da política e da economia defendem, em regra, *constituições abertas* ou *neutras*, capazes de absorver as várias opções políticas resultantes da alternância democrática. No contexto brasileiro atual, contraditoriamente, nota-se uma perigosa apropriação, pela ideologia econômica liberal, do instrumento da constitucionalização impositiva, dirigente.³¹

37. O Novo Regime Fiscal poderia se justificar no âmbito de um programa contextual de estabilização econômica, no horizonte de um governo. O grande problema está na circunstância de que o governo atual pretende impor essa importante decisão alocativa às gerações futuras. Ainda que os brasileiros produzam mais e paguem mais impostos estarão impedidos de decidir como deve ser gasto o dinheiro que lhes pertence. Viola-se a máxima “*no taxation without representation*”, que está na origem do constitucionalismo americano – quando os atuais estados americanos eram colônias da Inglaterra, os cidadãos denunciavam a injustiça de recolherem tributos aos cofres

³¹ Cf. BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando A constituição dirigente invertida: a blindagem da Constituição Financeira e a agonia da Constituição Económica. *Boletim de Ciências Econômicas*, Coimbra, vol. XLIX, 2006.

ingleses se não possuíam representantes no parlamento inglês. O cidadão deve cumprir o “dever constitucional” de pagar tributos; mas deve também poder participar das decisões relativas aos gastos que se farão com os recursos arrecadados.

38. A Constituição Federal prevê três tipos de leis orçamentárias: o plano plurianual, a lei de diretrizes orçamentárias e a lei orçamentária anual (CF, art. 165, I a III). A que tem vigência mais longa é o plano plurianual. Não sem razão, vigora pelo período de quatro anos: do segundo ano de um governo até o primeiro ano do governo seguinte, quando se aprova novo PPA. É assim por que as grandes decisões alocativas devem se renovar, no mínimo, a cada legislatura³². Se as legislaturas e os mandatos presidenciais têm a duração de quatro anos, não haveria razão para que o planejamento fiscal possuísse duração maior. A EC n. 95/2016 subverte esse subsistema, antecipando decisões que deveriam ser tomadas quando da elaboração das leis orçamentárias e da sua execução. O planejamento financeiro, que obedecia à lógica democrática da vigência quadrienal, passa a vincular cinco legislaturas consecutivas, independente de eventual opção eleitoral pela mudança de orientação político-econômica.

39. Os países mais desenvolvidos do mundo frequentemente adotam déficits primários, sobretudo em conjunturas recessivas. Segundo dados do FMI, em 2011, os EUA, produziram um déficit primário proporcional a 7,8% do PIB; o Canadá, a 3,9%; o Reino Unido, a 5,7%; a França, a 2,7; a Alemanha, a 0,9%; e a China, a 0,7%. O princípio da responsabilidade fiscal, dotado de moderação e razoabilidade, pode ser aprimorado em nosso sistema constitucional. Mas não é razoável substituí-lo, no plano constitucional, por uma versão fundamentalista do princípio da “austeridade”. Conferir rigidez à austeridade fiscal, por meio da constitucionalização, impede que o Brasil adote medidas que funcionaram em países como esses, se a conjuntura econômica exigir.

³² V. MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Quatro paradigmas do direito administrativo pós-moderno – legitimidade, finalidade, eficiência, resultados*, Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2008, p. 123 e segs.). Previu o constituinte, em primeiro lugar, a necessidade de edição de um plano plurianual, com vigência de quatro anos não coincidente com o mandato presidencial (ADCT, art. 35, § 2º, I), no qual devem ser estabelecidas as diretrizes, objetivos e metas da administração pública para as despesas de capital e outras delas decorrentes e para as relativas aos programas de duração continuada (CF, art. 165, § 1º).

40. A eleição direta e periódica é, talvez, o elemento mais nuclear da Constituição Federal de 1988. As raízes do constitucionalismo de 1988 remontam ao processo de reabertura democrática, cujo momento culminante foi a campanha pelas “diretas já”. Democracia no Brasil significa, sobretudo, eleições diretas para Presidente da República. A EC n. 95/2016, embora não suprima as eleições diretas periódicas, restringe excessivamente as possibilidades decisórias dos representantes eleitos. Já promulgada, congela não só os gastos públicos: congela a própria democracia brasileira.

41. Em regra, o princípio democrático – e a deferência às decisões majoritárias que dele decorre – dá sustentação a uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas. Segundo a jurisprudência desse e. STF, o poder constituinte reformador pode aprovar emendas que alterem os conteúdos positivados nas cláusulas pétreas: só não pode alterá-los a ponto de vulnerar o “núcleo essencial” dos princípios protegidos³³. O parâmetro se justifica por deferência à soberania popular, cerne do princípio democrático. A anulação de uma deliberação dos representantes do povo deve ser vista com toda a seriedade, sobretudo por se tratar de decisão proferida por mais de 3/5 da Câmara e do Senado.

42. Ocorre que a cláusula pétrea que está em questão é a estabelecida no artigo 60, § 4º, II, a qual garante a própria democracia. Não faz sentido ser deferente à soberania popular para se permitir que se viole justamente o seu núcleo essencial. Quando emendas constitucionais suprimem normas que funcionam como limites à liberdade de conformação do legislador, ampliam as possibilidades decisórias dos representantes do povo. Porém, quando a emenda constitucional serve para que uma maioria eventual entrincheire, por meio da constitucionalização, sua orientação particular, protegendo-a contra maiorias que possam se formar no futuro, não merece

³³ “A “forma federativa de Estado” - elevado a princípio intangível por todas as Constituições da República - não pode ser conceituada a partir de um modelo ideal e apriorístico de Federação, mas, sim, daquele que o constituinte originário concretamente adotou e, como o adotou, erigiu em limite material imposto às futuras emendas à Constituição; de resto as limitações materiais ao poder constituinte de reforma, que o art. 60, § 4º, da Lei Fundamental enumera, não significam a intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege.” (ADI-MC 2024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, J. 27.10.1999; ADI 2395/DF, Rel. Min. Gilmar Mendes, J. 09.05.2007).

deferência: o que se demanda é o exame rígido da compatibilidade da norma com a Constituição Federal. O Novo Regime Fiscal deve se submeter ao que a jurisprudência norte-americana denomina “*escrutínio estrito*”³⁴.

43. A EC n. 95/2016 veicula matéria típica da legislação complementar (artigo 163 da Constituição Federal)³⁵. A circunstância de se tratar de Emenda Constitucional não a torna merecedora de uma “*presunção reforçada de constitucionalidade*”. A mesma deferência merecida pelo legislador atual é também devida ao legislador escolhido pelas gerações futuras.

44. Pode-se sustentar que nada impede que as novas maiorias que se formem no futuro suprimam o congelamento instituído pelo Novo Regime Fiscal. O argumento incorre em dois problemas. *Em primeiro lugar*, não responde por que razão os 3/5 da legislatura atual podem tomar essa decisão orçamentária em nome das maiorias absolutas que se formem nas legislaturas dos próximos 20 anos. Se, na próxima legislatura, escolhida pelo povo, se formar uma maioria que decida pela alteração do critério, mas não alcançar os 3/5 dos deputados e senadores, tal maioria estará impedida de fazer sua orientação prevalecer. A doutrina econômica atual estará entrincheirada no texto constitucional. Os cidadãos terão pago seus impostos e não poderão decidir de que modo os recursos correspondentes serão gastos.

45. *Em segundo lugar*, o argumento desconsidera as dificuldades peculiares para a formação de maiorias no parlamento brasileiro considerando a crise atual do presidencialismo de coalizão praticado entre nós. Elementos como o número excessivo

³⁴ O parâmetro remonta a um importante precedente da Suprema Corte dos Estados Unidos: o caso *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938). Ficou estabelecido que as leis que promovem a restrição de uma “liberdade preferencial” (direitos fundamentais, de natureza existencial) devem se submeter a um *strict scrutiny*.

³⁵ Art. 163. *Lei complementar disporá sobre: I - finanças públicas; II - dívida pública externa e interna, incluída a das autarquias, fundações e demais entidades controladas pelo Poder Público; III - concessão de garantias pelas entidades públicas; IV - emissão e resgate de títulos da dívida pública; V - fiscalização financeira da administração pública direta e indireta; VI - operações de câmbio realizadas por órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios; VII - compatibilização das funções das instituições oficiais de crédito da União, resguardadas as características e condições operacionais plenas das voltadas ao desenvolvimento regional.*

e crescente de partidos e a natureza disfuncional do sistema eleitoral brasileiro, que reduz a importância do debate programático nas eleições proporcionais, fazem com que seja muito difícil para o Presidente da República formar maiorias parlamentares consistentes. O problema se agrava em razão da forma como a dinâmica legislativa atende aos apelos políticos advindos da esfera econômica, em especial do sistema financeiro, maior beneficiado pela Emenda Constitucional n. 95. Qualquer tentativa de revê-la será combatida com recurso à retórica do “terror econômico”: ameaça de retorno da inflação, de fuga de capitais, de agravamento da crise econômica etc. Dado o presidencialismo de coalizão em vigor no Brasil, em que a governabilidade depende de coalizões com o centro do espectro político, o Governo, ainda que apoiado por amplas maiorias da população, pode não ter forças para superar a objeção. A regra extrema do congelamento tende a funcionar como um limite de difícil transposição, ainda que um novo programa de governo seja aprovado nas urnas.

II.1.4. A necessidade de garantir a possibilidade de *desconstitucionalização* da matéria a cada Governo eleito como condição de compatibilização da EC 95/16 com o princípio democrático.

46. Como assinalado acima, a própria Emenda Constitucional n. 95/16 engendrou uma fórmula de desconstitucionalização da matéria concernente ao limite de crescimento dos gastos públicos, ao estabelecer que “[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” (*caput* do art. 108). A fim de garantir que a desconstitucionalização da matéria não produzisse instabilidade normativa, a própria Emenda Constitucional n. 95/16 estabeleceu que apenas uma lei complementar pode ser aprovada a cada Governo – “*Parágrafo único. Será admitida apenas uma alteração do método de correção dos limites por mandato presidencial*”.

47. Como amplamente reconhecido tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência, só se anula integralmente um diploma normativo se não houver outras

alternativas decisórias capazes de harmonizá-lo com a Constituição e de preservar, na maior medida possível, a higidez da norma controlada³⁶. Essa é uma consequência do postulado da *conservação de normas* ou do *máximo aproveitamento dos atos normativos*. Ordinariamente invocado como fundamento para justificar o uso da técnica da interpretação conforme a Constituição, deve também ser utilizado para legitimar a anulação da menor parte possível do diploma legal. Sempre que possível, o intérprete deve preferir dar à lei um sentido compatível com a Constituição. Não sendo possível, deve anular o menor número de dispositivos, em observância ao postulado da *conservação de normas*.

48. Nesse contexto, deve-se procurar compatibilizar o sistema de ajuste fiscal engendrado pelo constituinte derivado com o princípio democrático, com o menor grau de intervenção judicial possível. Para tanto, basta declarar a inconstitucionalidade da expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal*” constante do artigo 108, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Mantida a validade da decisão política veiculada pela Emenda Constitucional n. 95 para o momento atual, cada Presidente eleito poderá, uma vez por mandato presidencial, propor projeto de lei complementar para promover a alteração do método de correção dos limites a que se refere o inciso II do § 1º do art. 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

49. A solução proposta não desconsidera a finalidade legítima perseguida pelo constituinte derivado de corrigir o excesso de gastos públicos. A declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 108 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias impede que o Novo Regime Fiscal – que pode ser adequado para o momento atual do país – seja imposto também para os próximos governos e legislaturas, que podem não exigir o mesmo grau de restrição dos gastos públicos diante de novos e mais promissores cenários econômicos. Essa decisão, cumpre ressaltar, não trará como

³⁶ V., por todos, BRUST, Leo, A interpretação conforme a constituição e as sentenças manipulativas, *Rev. Direito GV* vol.5 no.2 São Paulo July/Dec. 2009, p. 507 e ss. No mesmo sentido: SOUSA FILHO, Ademir Borges. *Sentenças aditivas na jurisdição constitucional brasileira*. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

consequência a automática perda de validade do teto de gastos fixado pela EC n. 95/16 ao final da atual legislatura. Pelo contrário: o limite atual permanecerá vigente até que novos representantes eleitos, a partir de projeto de lei de iniciativa do próximo Presidente da República, eventualmente aprovem lei complementar promovendo a alteração. A declaração de inconstitucionalidade do *caput* do art. 108 não produzirá a invalidação do seu parágrafo único. Permitida a *desconstitucionalização* da matéria, mantém-se íntegra a regra segundo a qual “*será admitida apenas uma alteração do método de correção dos limites por mandato presidencial*”.

II.2. Violação do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição: direitos e garantias fundamentais. Saúde e educação.

II.2.1. O artigo 110 do ADCT. O Congelamento dos pisos constitucionais de gastos com saúde e educação.

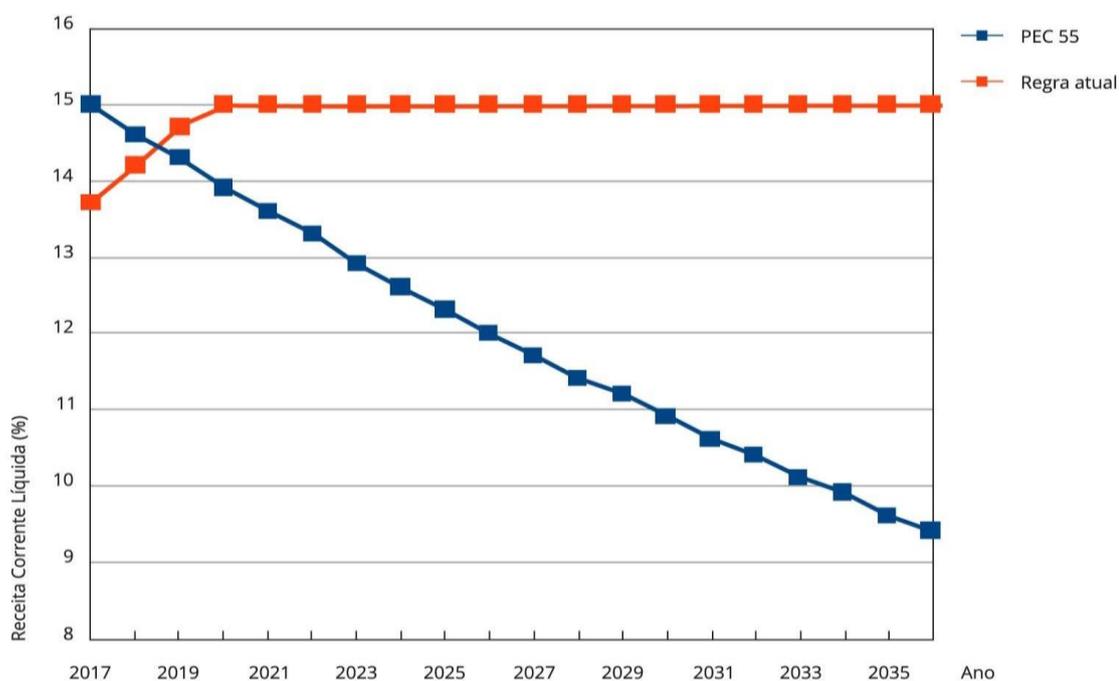
50. De acordo com o art. 110 do ADCT, incluído no texto constitucional por meio da EC n. 95, “*na vigência do Novo Regime Fiscal [ou seja, pelos próximos 20 anos], as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão: I - no exercício de 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.*” Como se observa, a EC n. 95, além de fixar um teto para os gastos primários, congelando-os, também congela o *piso* de gastos com educação e saúde. A União deverá adotar o mesmo piso vigente em 2017, reajustado, a cada ano, de acordo com a inflação, ainda que tenha lugar o aumento de arrecadação.

51. Suspende-se, com isso, pelo prazo de 20 anos, a eficácia do inciso I do § 2º do art. 198 e do *caput* do art. 212 da Constituição Federal, que estabelecem critérios para se calcularem os pisos de gastos da União com saúde e educação. De acordo com os preceitos que tiveram sua eficácia suspensa, na saúde, a União deveria aplicar, no mínimo, a 15% da “*receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro*” (CF,

art. 198, § 2º, I); na educação, não menos que 18% da “*receita resultante de impostos*” (CF, art. 212). Ainda que se majorem a “*receita corrente líquida*” ou a “*receita resultante de impostos*”, os pisos em vigor em 2017 deverão ser apenas objeto de atualização monetária.

II.2.2. Perdas no setor da saúde decorrentes do congelamento do piso constitucional

52. A EC n. 95 produzirá o efeito de fazer com que a União aplique uma proporção progressivamente menor de sua receita no financiamento dos serviços públicos de saúde. O piso de gastos com saúde, fixado, para 2017, em 15% da Receita Corrente Líquida (RCL), nos anos seguintes, alcançará patamares bem inferiores. Se o Brasil experimentar um crescimento médio de 2,5% ao ano³⁷, em 2026, o piso de gastos com saúde corresponderia a 12% da RCL; e em 2036, a 9,4%. A EC n. 95 estabelece um “piso deslizando” de gastos com a saúde, como se observa no gráfico que se segue³⁸:



³⁷ Embora taxa de 2,5% ano seja otimista, é inferior à taxa média de crescimento observada nos últimos 20 anos, que se aproxima de 3%. Não por outra razão o parâmetro para se produzir o cálculo atuarial do RGPS é a projeção de 3% de crescimento anual. Se o parâmetro de 3% se confirmar, em 2036, os gastos com saúde corresponderão a apenas 8,6% da receita corrente líquida e a 0,95% do PIB.

³⁸ Os dados foram sistematizados e o gráfico foi elaborado por: ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016.

53. Se incluirmos nessa projeção o gasto *per capita*, o problema se agrava significativamente. A população, que hoje é de 206 milhões, chegará a 226 milhões em 2036³⁹. São 20 milhões de pessoas a mais. Como o piso de gastos da União com saúde permanecerá o mesmo (reajustado apenas pela inflação), reduzir-se-á progressivamente o montante destinado a cada pessoa. O orçamento federal de 2016 previa a aplicação de R\$ 519 por pessoa. Em função do crescimento populacional, em 2036, os gastos federais *per capita* com saúde se reduziram para R\$ 411 (valor em R\$ de 2016).⁴⁰

54. Os gastos públicos com saúde no Brasil já são bem inferiores aos de diversos outros países⁴¹. Em 2013, o país gastou o equivalente a US\$ 591,20 *per capita* (incluídos os gastos de estados e municípios). Também em 2013, a Alemanha gastou *per capita* US\$ 3.696; o Reino Unido, US\$ 2.766; o França, US\$ 3.360; a Argentina, US\$ 1.167; o Chile, US\$ 795; os Estados Unidos, US\$ 4.307. Os gastos públicos com saúde no Brasil também são baixos em relação ao PIB. Em 2013, o país aplicou 3,6% do seu PIB nos serviços públicos de saúde. Já os EUA – país muito mais rico e de tradição privatista – destinou ao setor recursos públicos em montante equivalente a 8% do PIB.⁴² A parcela do orçamento reservada à saúde também é relativamente baixa. O Brasil destina somente 7,9% de seu orçamento para a saúde pública. Já o Reino Unido,

³⁹ Projeção feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Disponível em http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/populacao/projecao_da_populacao/2013/default_tab.shtm

⁴⁰ Os dados constam de: VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Nota Técnica n. 28: Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Brasília: Ipea, 2016.

⁴¹ O subfinanciamento público da saúde no Brasil é apontado por inúmeros especialistas e confirmado pela comparação com a experiência internacional. Cf. MENDES, Eugênio Vilaça. 25 anos do Sistema Único de Saúde: resultados e desafios. Disponível em < <http://zip.net/bqttTx> > ou < <http://www.scielo.br/pdf/ea/v27n78/03.pdf> >. O próprio Ministério da Saúde não nega o fenômeno: “Ministro da Saúde diz que subfinanciamento é principal problema do SUS”. Disponível em < <http://zip.net/bvtthy> > ou < <http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/administracao-publica/494671-ministro-da-saude-diz-que-subfinanciamento-e-principal-problema-do-sus.html> >.

⁴² Os dados são sistematizados por: VIEIRA, Fabiola Sulpino; BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e. Nota Técnica n. 28: Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Brasília: Ipea, 2016. Os autores da Nota Técnica concluem que “o gasto público *per capita* com saúde do Brasil é um dos mais baixos entre países que possuem sistema universal de saúde e mesmo quando comparado ao de países vizinhos nos quais o direito à saúde não é um dever do Estado.”

16,2%; a Noruega, 18,2%; o Canadá, 18,5%; o Uruguai, 19,3%; a Argentina, 22,5%; o Chile, 14,9%.⁴³

55. Outro dado que revela que a EC n. 95 não promove propriamente o congelamento dos gastos com saúde, mas uma grave redução, é a tendência de envelhecimento da população brasileira. A proporção de pessoas com mais de 60 anos é hoje de 12%; em 2036, será de 21,5%. Com o aumento da expectativa de vida, o sistema de saúde será mais procurado: *“A população idosa é grande usuária de serviços de saúde. Em países desenvolvidos o uso desses serviços entre pessoas com 65 anos é três a quatro vezes maior do que o seu tamanho proporcional na população. Isso é o reflexo do aumento da prevalência de várias doenças e incapacidades físicas entre os idosos.”*⁴⁴

56. Estudo do IPEA (Nota Técnica n. 28) mostra que, se a EC n. 95/16 estivesse em vigor desde 2003, o investimento no SUS teria sido 42,1% inferior (o equivalente a mais de R\$ 257 bilhões de reais)⁴⁵. Nos mais diversos cenários macroeconômicos – do mais pessimista ao mais otimista –, a EC 95/16 conduzirá, segundo as projeções do IPEA, a uma relevante redução no investimento no SUS, mesmo considerando como parâmetro de comparação a EC 86/15. Segundo a Nota Técnica, *“quanto melhor for o desempenho da economia, maior será a perda para a saúde em relação à regra de vinculação vigente. No cenário utilizado para projeções atuariais do RGPS, constante de anexo da Lei de Diretrizes Orçamentárias, a perda acumulada poderia chegar a R\$ 1 trilhão no período de 20 anos, partindo-se do limite mínimo de 13,2% da RCL de 2016, e a R\$ 743 bilhões partindo-se do limite de 15,0%*

⁴³ Cf. SOUZA, Thaísa Guerreiro de; OLIVEIRA, Samantha Monteiro de. *Nota técnica sobre a PEC 241/2016 e suas repercussões para a saúde*, Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro, 2016.

⁴⁴ LIMA-COSTA, Maria Fernanda; BARRETO, Sandhi Maria; GIATTI, Luana. Health status, physical functioning, health services utilization, and expenditures on medicines among Brazilian elderly: a descriptive study using data from the National Household Survey. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 19, n. 3, p. 735-743, June 2003.

⁴⁵ V. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Disponível em: http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/09/NOTA_TECNICA_IPEA241.pdf.

da RCL de 2016. O único cenário sem perda em relação ao orçamento de 2016 é o de crescimento econômico zero, onde haveria perdas somente na comparação do valor per capita”.

57. O Novo Regime Fiscal congela os gastos públicos, mas, no que toca à saúde, não permitirá que sequer sejam mantidas as já precárias condições atuais. A EC n. 95, na verdade, promove a redução drástica dos gastos *per capita*, considerando o aumento da população. Em verdade, tal como demonstrou o minucioso estudo do IPEA, a EC 95/16, no setor da saúde, terá como consequências (i) a perda de recursos em relação às regras de vinculação previstas pelas Emendas n. 29 e 86; (ii) a redução do gasto *per capita* com saúde; (iii) a desobrigação de os governos alocarem mais recursos em saúde em contextos de crescimento econômico; e (iv) o provável aumento das iniquidades no acesso a bens e serviços de saúde⁴⁶. A EC 95 é, por isso, incompatível com os princípios que informam a organização do SUS: a *integralidade* (art. 198, II, da CF) e a *universalidade* (art. 196 da CF). A universalidade e a integralidade do atendimento já não podem ser alcançadas com os recursos hoje disponíveis. Os limites instituídos pela EC n. 95 condenam esses princípios constitucionais à *inefetividade*, subvertendo-se a marca virtuosa do constitucionalismo de 1988: a efetividade constitucional.⁴⁷

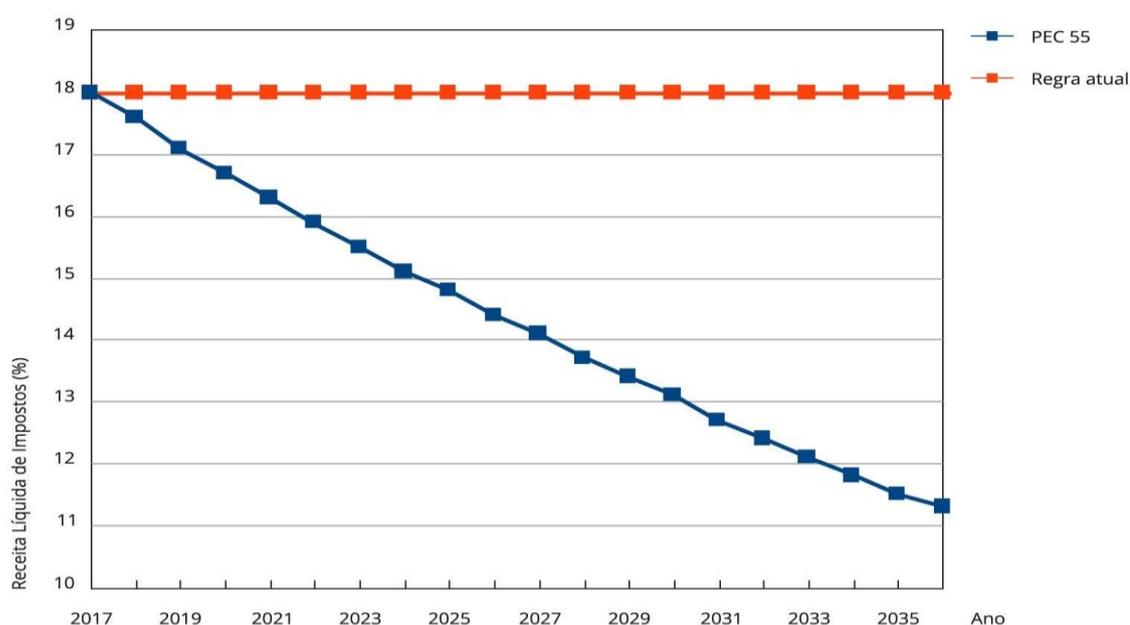
II.2.2. Perdas no setor da educação decorrentes do congelamento do piso constitucional.

58. Os dados relativos à educação são igualmente alarmantes. Por conta do artigo 212 da Constituição Federal, a União não pode aplicar em educação menos que 18% da “*receita resultante de impostos*”, ou seja, da “*Receita Líquida de Impostos*”

⁴⁶ V. Os impactos do novo regime fiscal para o financiamento do sistema único de saúde e para a efetivação do direito à saúde no Brasil. Disponível em: http://www.conass.org.br/wp-content/uploads/2016/09/NOTA_TECNICA_IPEA241.pdf.

⁴⁷ O trabalho que sintetiza, com maior intensidade, essa tendência virtuosa do direito constitucional brasileiro, é de autoria do Ministro Roberto Barroso: *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 4. ed. ampliada e atualizada. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

(RLI) – é líquida porque, de seu cálculo, excluem-se recursos relativos às transferências obrigatórias para os demais entes da Federação. De acordo com a Emenda Constitucional n. 95, o piso de 2017 deve ser reajustado apenas em conformidade com a inflação. Na verdade, porém, o que há é a sua queda progressiva em relação às receitas e ao PIB. Como se observa na simulação apresentada abaixo, se tivermos um crescimento médio de 2,5% ao ano, o piso de gastos federais com a educação corresponderia, em 2026, a 14,4% da RLI, e, em 2036, a 11,3%. Trata-se, como no caso da saúde, de “piso deslizando”⁴⁸:

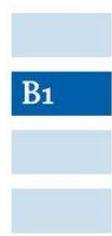
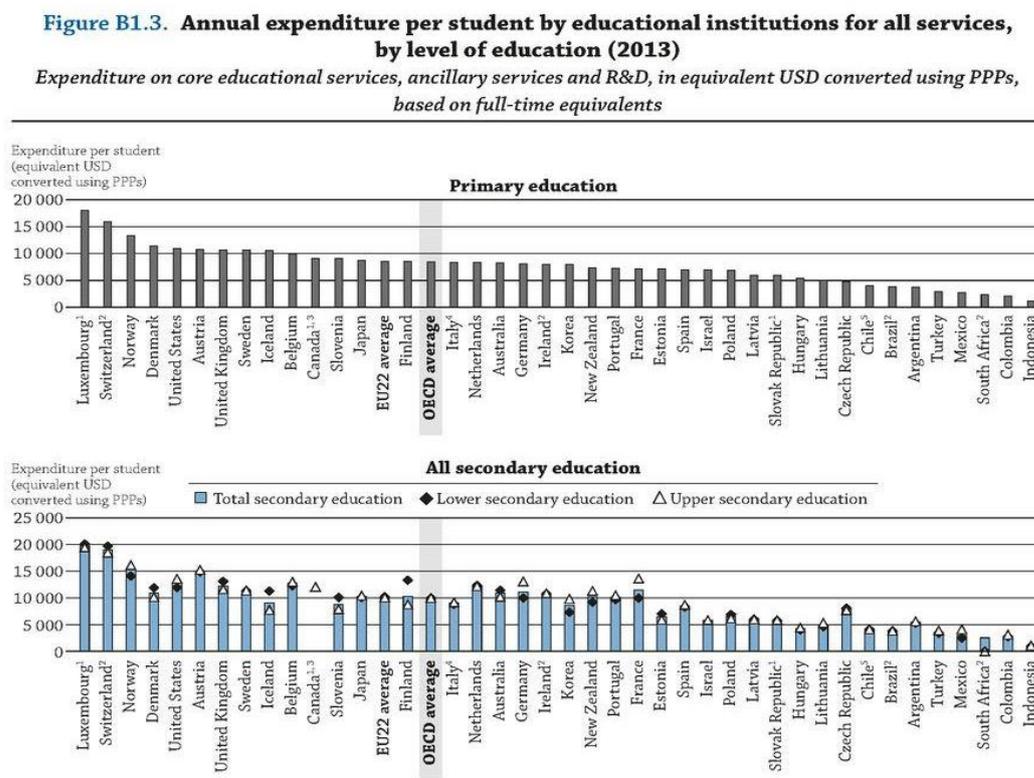


59. Essa redução dos gastos mínimos com educação ocorrerá sem que se considere que o Brasil ainda possui enormes deficiências nesse campo, exigindo-se, na verdade, grande esforço nacional para superá-las.⁴⁹ O investimento público por aluno ainda é muito pequeno. O Brasil aplica anualmente cerca de US\$ 3.000 de recursos

⁴⁸ Os dados foram sistematizados e o gráfico elaborado por: ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016. Como antes consignado, embora otimista, a taxa não é irrealista, já que, nos últimos 20 anos, a taxa média de crescimento foi de quase 3% ao ano, razão pela qual é adotada como parâmetro atuarial pelo RGPS.

⁴⁹ Câmara dos Deputados, Estudo Técnico n.º 12/2016, Impactos do “Novo Regime Fiscal” - subsídios à análise da proposta de Emenda à Constituição - PEC Nº 241/2016, Agosto de 2016, disponível em: <http://www.camara.leg.br>.

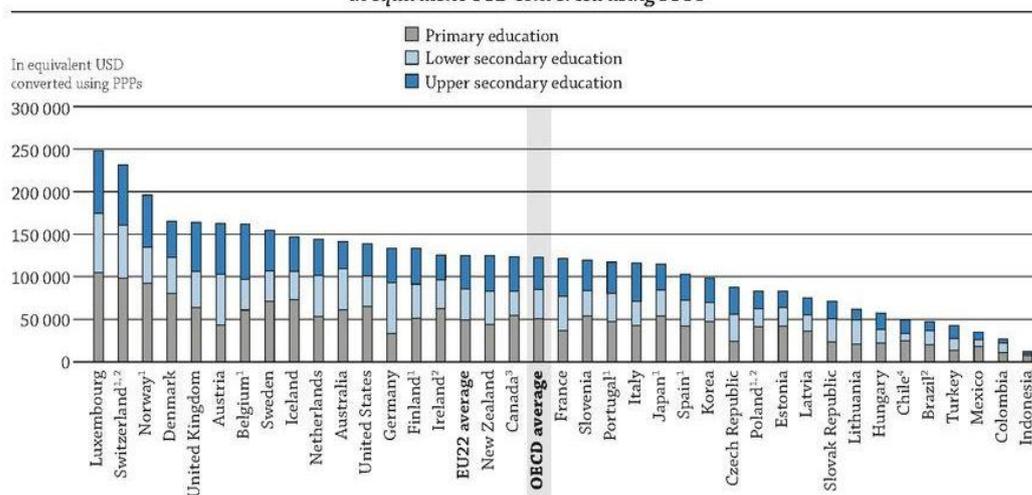
públicos para cada aluno da educação básica (os dados são de 2012). Porém, em média, os países da OCDE investem US\$ 8.200 por aluno da educação básica. A diferença é dramática: na média, os países da OCDE investem US\$ 5.000 a mais por aluno todos os anos. Os seguintes gráficos, retirados do relatório anual da OCDE de 2016, *Education at a Glance*⁵⁰, revelam que o Brasil é um dos países com menores gastos por estudante da educação básica:



⁵⁰ OECD. *Education at a Glance 2016, OACD Indicators*. Paris: OECD, 2016.

Figure B1.4. Cumulative expenditure per student by educational institutions over the expected duration of primary and secondary studies (2013)

Annual expenditure by educational institutions per student multiplied by the theoretical duration of studies, in equivalent USD converted using PPPs



1. Some levels of education are included with others. Refer to "x" code in Table B1.1 for details.

2. Public institutions only.

3. Year of reference 2012 for expenditure per student.

4. Year of reference 2014 for expenditure per student.

Countries are ranked in descending order of the total expenditure by educational institutions per student over the theoretical duration of primary and secondary studies.

Source: OECD, Table B1.3. See Annex 3 for notes (www.oecd.org/education/education-at-a-glance-19991487.htm).

StatLink <http://dx.doi.org/10.1787/888933397619>

60. Os desafios a serem enfrentados pelo Brasil no setor da educação são muito significativos. Hoje, apenas 23,2% das crianças de 0 a 3 anos são atendidas por creches e pré-escolas. Somente 13,5% dos estudantes estão matriculados em escolas de tempo integral. O analfabetismo funcional atinge 29,3 % da população. Em 2014, a remuneração dos professores que atuam na educação básica correspondia a 54,5% da renda dos demais profissionais que possuíam nível de escolaridade equivalente (IBGE, Pnad).

61. O Plano Nacional de Educação deve ter como propósito resolver ou minorar esses e outros desafios. É o que determina o artigo 214 da Constituição Federal:

“A lei estabelecerá o plano nacional de educação, de duração decenal, com o objetivo de articular o sistema nacional de educação em regime de colaboração e definir diretrizes, objetivos, metas e estratégias de implementação para assegurar a manutenção e desenvolvimento do ensino em seus diversos níveis, etapas e modalidades por meio de ações

integradas dos poderes públicos das diferentes esferas federativas que conduzam a: I - erradicação do analfabetismo; II - universalização do atendimento escolar; III - melhoria da qualidade do ensino; IV - formação para o trabalho; V - promoção humanística, científica e tecnológica do País; VI - estabelecimento de meta de aplicação de recursos públicos em educação como proporção do produto interno bruto.”

62. No entanto, o Plano Nacional de Educação, instituído em 2014 e válido até 2024 (Lei 13.005/2014), converte-se em letra morta com a edição da Emenda Constitucional n. 95.⁵¹ Confirmam-se, na tabela abaixo, as metas do PNE quando comparadas com a situação atual, ainda marcada pela efetivação apenas parcial do direito à educação:

⁵¹ Como consigna o consultor da Câmara de Deputados, Cláudio Riyudi Tanno, “*Nesse contexto de necessidade de maiores investimentos em educação e, nos termos do art. 214 da Constituição, a Lei nº 13.005, de 25 de junho de 2014, estabeleceu o Plano Nacional de Educação (PNE) 2014-2024, que definiu meta de ampliação dos investimentos públicos em educação em 7% do PIB até o quinto ano de sua vigência e em 10% do PIB até o final do decênio em referência. Os limites estabelecidos são balizadores macroeconômicos para o cumprimento das demais 19 metas prescritas no Plano, voltadas à universalização da educação básica, ao acesso à educação profissional e ao ensino superior, ao aprendizado adequado, ao aumento da escolaridade e da qualificação profissional da população, à erradicação do analfabetismo, à formação e valorização dos profissionais da educação e à gestão democrática. (...) O ordenamento jurídico vigente aponta a educação como prioridade na atuação governamental. O Plano Nacional de Educação 2014-2024 estabeleceu arrojada política de Estado para todos os entes federados em matéria educacional. De modo inovador, a Lei de Diretrizes Orçamentárias 2016 e o Plano Plurianual 2016-2019 definiram as metas inscritas no PNE como prioridades da administração pública federal, vindo este a definir metas intermediárias, alinhadas com o Plano Educacional, a serem obtidas no quadriênio em referência. Assim, o Novo Regime Fiscal proposto compromete não só as políticas educacionais previstas na Constituição, no Plano Nacional de Educação e no Plano Plurianual, mas também as inegáveis conquistas verificadas nas últimas décadas.*” (TANNO, Claudio Riyudi. *Novo regime fiscal constante da PEC nº 241/2016: análise dos Impactos nas políticas educacionais. Estudo técnico n. 18/2016*. Brasília: Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, 2016).

Metas do PNE de ampliação de matrículas com maior impacto financeiro	Situação atual*	Meta PNE (2024)	Demanda estimada de vagas (milhões)
Ampliação do atendimento na faixa de 0 a 3 anos	23,2%	50%	3,1
Obrigatoriedade na faixa de 4 e 5 anos	81,4%	100%	1,4
Obrigatoriedade na faixa de 6 a 14 anos	98,4%	100%	0,6
Obrigatoriedade na faixa de 15 a 17 anos	84,3	100%	1,5
Ampliação da escolaridade média da população (18 a 29 anos)	9,8 anos	12 anos	14
Ampliação da matrícula em tempo integral na educação básica	13,5%	25%	5,8
Atendimento às crianças com deficiência (4-17 anos)	85,8%	100%	6,3
Alfabetização de todos os brasileiros com 15 anos ou mais	91,5%	100%	13
Reduzir à metade o analfabetismo funcional (15 anos ou +)	29,3%	15,4% ⁶	14
Ampliação da educação profissional técnica de nível médio	1,6 milhões	4,8 milhões	3,2
Ampliação da EJA integrada à educação profissional	2,8%	25%	0,4
Elevar a taxa bruta de matrícula na educação superior	30,3%	50%	4,8

* Ano de referência para a maioria das metas: 2013 ou 2014.

Fontes: INEP (PNE em movimento), para as colunas 2 e 3; e PNAD e Censo Escolar para a coluna 4.

63. Para além desses dados objetivos, o Brasil enfrenta graves problemas quanto à qualidade da educação. Os dados são medidos pela OCDE por meio do PISA (Programa Internacional de Avaliação de Alunos). Há dados disponíveis de 2012. Apesar de terem melhorado significativamente desde 2002, os estudantes brasileiros ocuparam, por exemplo, em matemática, a 58^o posição, dentre 65 países avaliados. A grande maioria dos estudantes brasileiros não domina os conhecimentos necessários para solucionar problemas matemáticos simples.⁵² A EC n. 95 tem a vocação não só para reter o Brasil nessa mesma posição pelos próximos 20 anos: o provável é que as condições precárias de hoje se agravem, interrompendo-se o processo lento, mas virtuoso, de avanço no setor.⁵³

⁵² Cf. OCDE. *PISA, Estudantes de bajo rendimiento. por qué se quedan atrás y cómo ayudarles a tener éxito*. Paris: OCDE, 2016. A proporção de alunos brasileiros com 15 anos de idade que estava abaixo do nível mínimo de conhecimentos em matemática caiu 18% entre 2003 e 2012. Nada obstante, o país continua posicionado entre os piores do mundo.

⁵³ Como sustenta Nelson Cardoso Amaral, “*Pelo exposto pode-se concluir que, caso a PEC 241/55 seja finalmente aprovada, além de decretar a “morte” do PNE (2014-2024), promoverá maior desigualdade social, maior concentração de renda e, conseqüentemente, um recrudescimento da vida daqueles que são mais vulneráveis. Não restam dúvidas de que o poder de “destruição” da metodologia da PEC 241/55 é devastador em todas as áreas sociais: educação, saúde, previdência social e assistência social, podendo provocar um imenso retrocesso na pirâmide social brasileira, cuja base se alargou consideravelmente nos últimos anos, justamente devido à adoção de políticas de distribuição de renda e inclusão social. Tais políticas promoveram uma histórica e reconhecida ascensão de milhões de pessoas que viviam em situação de extrema pobreza e vulnerabilidade social, fato que levou os organismos internacionais a retirarem o Brasil do mapa da fome mundial.*” (AMARAL, Nelson Cardoso. PEC 241/55: a “morte” do PNE (2014-2024) e o poder de diminuição dos recursos educacionais. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação - Periódico científico editado pela ANPAE*, [S.l.], v. 32, n. 3, p. 653 - 673, dez. 2016).

64. A educação é fundamental para o desenvolvimento econômico. A população bem formada participa melhor da vida pública e contribui mais intensamente para o desenvolvimento dos negócios privados. São boas escolas que formam cidadãos conscientes e trabalhadores aptos ao engajamento em processos produtivos. Boas universidades formam professores, engenheiros e médicos; produzem conhecimento científico e tecnológico que torna a economia mais produtiva. O século XXI dá lugar ao surgimento da “sociedade do conhecimento e da informação”.⁵⁴ A EC n. 95, no que toca à educação, é uma âncora para o Brasil: negar-lhe-á, por 20 anos, qualquer perspectiva de crescimento qualificado.

II.2.3. Impossibilidade de garantia dos gastos mínimos com saúde e educação se observado o teto estabelecido no artigo 107 do ADCT.

65. Pode-se argumentar que os governantes não estarão impedidos de gastar com saúde e educação valores superiores ao piso⁵⁵. O argumento consta da própria exposição de motivos que acompanha a PEC n. 241:

“Um desafio que se precisa enfrentar é que, para sair do viés procíclico da despesa pública, é essencial alterarmos a regra de fixação do gasto mínimo em algumas áreas. Isso porque a Constituição estabelece que as despesas com saúde e educação devem ter um piso, fixado como proporção da receita fiscal. (...) Note-se que estamos tratando aqui de limite mínimo de gastos, o que não impede a sociedade, por meio de seus representantes, de definir despesa mais elevada para saúde e educação; desde que consistentes com o limite total de gastos.”

66. Dentre os gastos primários, que foram congelados, situam-se também investimentos em infraestrutura, gastos com previdência e assistência social, gastos obrigatórios com a administração federal, gastos com a fiscalização tributária, com a advocacia pública etc. Para que se aplicassem em saúde e educação recursos em

⁵⁴ POLIZELLI, Demerval L.; OZAKI, Adalton M. (orgs.). *Sociedade da informação: os desafios da era da colaboração e da gestão do conhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2008.

⁵⁵ Para um exemplo de crítica particularmente qualificada, nesse sentido, v. Eduardo Mendonça, O fetiche da despesa pública. Disponível em: <http://jota.info/colunas/constituicao-e-sociedade/o-fetiche-da-despesa-publica-22112016>.

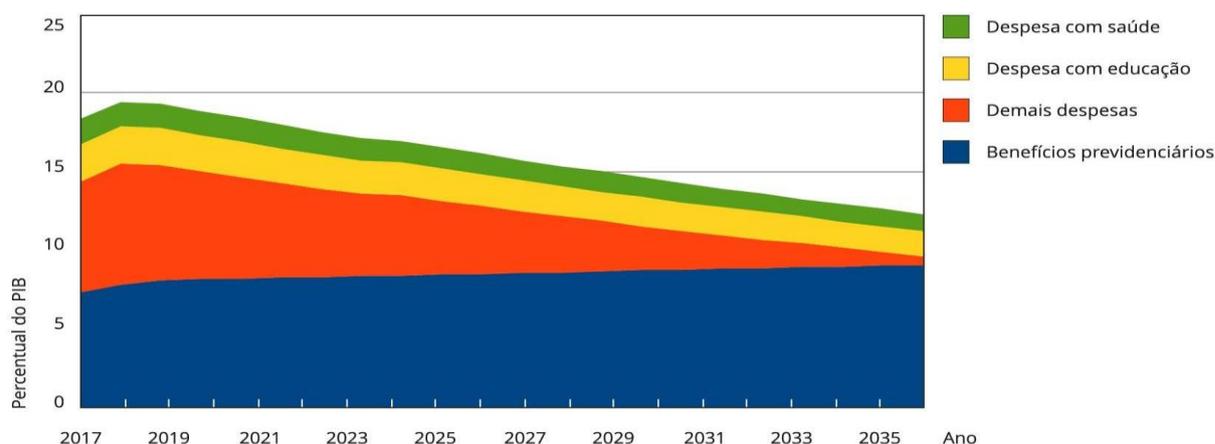
montantes superiores ao mínimo, bastaria que fossem redirecionados recursos hoje empregados em outros setores igualmente submetidos ao teto.

67. Data vênia, a expectativa de que os gastos com outras áreas sejam reduzidos para se investir mais em saúde e educação não é realista por diversas razões. Setores mais poderosos da administração tendem a possuir maior poder de barganha junto ao governo central e ao legislativo, razão pela qual são mais aptos a captar proporções superiores do orçamento público. Basta comparar a remuneração de professores, mesmo de professores universitários, providos de máxima qualificação, com a de servidores que ocupam os patamares remuneratórios mais elevados da administração, como é o caso, por exemplo, daqueles envolvidos na fiscalização tributária. Em um cenário de indisponibilidade de recursos públicos, a perspectiva é ainda de priorização de investimentos em setores que produzam estímulo imediato à atividade econômica, não em setores, como os da saúde e da educação, que produzem resultados econômicos no longo prazo.⁵⁶

68. Há, além disso, no âmbito dos gastos primários, despesas que não são discricionárias, mas obrigatórias. O gasto primário total do Governo Federal passará de 19,6% do PIB, em 2015, para 15,8%, em 2026, e para 12%, em 2036. Por outro lado, os gastos com previdência, que hoje correspondem a 8% do PIB, devem aumentar significativamente, ainda que ocorra a reforma hoje em exame (sem a aprovação de uma reforma da previdência contundente a EC n. 95 terá sido objeto de verdadeira revogação tácita). No máximo, tais gastos devem se manter estáveis. Há, além disso, outros gastos governamentais que são obrigatórios e não podem ser reduzidos. As despesas com saúde

⁵⁶ Como consigna Nelson C. Amaral, “*Se olharmos em especial o Ministério da Educação (MEC) na estrutura do Poder Executivo, (...) podemos afirmar que a única possibilidade de crescer as despesas primárias do MEC além do IPCA é se houver uma equivalente diminuição em outro setor do Poder Executivo. Pode-se prever que o MEC não será o vencedor desta ‘contenda’, pois vencerão aqueles setores que podem argumentar que uma proposta orçamentária maior poderá expandir de imediato a economia, elevando o Produto Interno Bruto (PIB) e gerando imediatamente novos empregos. Pode-se afirmar, portanto, a quase impossibilidade da existência nesses longos 20 anos de orçamentos do MEC maiores que a variação da inflação medida pelo IPCA no ano anterior.*” (AMARAL, Nelson Cardoso. PEC 241/55: a “morte” do PNE (2014-2024) e o poder de diminuição dos recursos educacionais. *Revista Brasileira de Política e Administração da Educação - Periódico científico editado pela ANPAE*, [S.l.], v. 32, n. 3, p. 653 - 673, dez. 2016).

e educação, que hoje chegam a 4% do PIB, tendem a se reduzir para 2,7%, em 2036. Outros gastos federais teriam de passar de 7% do PIB, em 2015, para apenas de 0,6%, em 2036.⁵⁷ **O teto de gastos primários totais levará necessariamente à compressão dos gastos com saúde e educação.** Os dados precedentes evidenciam-se no gráfico abaixo:



Fonte: documento *Austeridade e Retrocesso: Análise das Finanças Públicas e da Política Fiscal no Brasil* 3.

* A simulação considera um cenário bastante otimista de retomada do crescimento econômico a 2,5% ao ano a partir de 2018, ainda que inferior à média de crescimento do PIB dos últimos 20 anos, próxima de 3%. Além disso, a simulação considera uma evolução conservadora para o gasto com benefícios previdenciários.

69. A respeito desses dados, Rossi e Dweck, apresentam conclusão peremptória:

“Considerando uma improvável estabilização do gasto com a previdência em 8,5% do PIB, com um exercício aritmético simples e um crescimento econômico médio de 2,5% mostra-se que é impossível - matematicamente impossível - o Brasil chegar em 2036 com um maior nível de gasto com saúde e educação em proporção ao PIB, mesmo na hipótese anarcocapitalista de se eliminar em todos os outros gastos públicos, executivo, judiciário, legislativo, exército, infraestrutura, investimentos etc. Isso porque, de acordo com a simulação, em 2036 o gasto primário do governo total será de 12,3% do PIB; se os gastos como previdência somarem 8,5% do PIB, sobram apenas 3,8% do PIB, número inferior aos

⁵⁷ Os dados foram sistematizados por: ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016.

atuais gastos com educação e saúde, em torno de 4% do PIB em 2016. Nesse sentido, é demagogia defender simultaneamente a PEC e a educação e saúde públicas.”⁵⁸

70. Como se observa, submetidos os gastos com educação e saúde ao teto fixado pelo artigo 107 do ADCT, a perspectiva é não apenas de redução drástica dos gastos *per capita* nesses setores. É de compressão radical de todos os gastos primários. A EC n. 95 impede que os brasileiros invistam a receita arrecadada com os tributos que recolhem em saúde e educação. Essa barreira constitucional à deliberação democrática viola, até não mais poder, a própria *identidade* fundamental da Constituição Federal de 1988. Como bem ressaltou Oscar Vilhena a propósito da EC n. 95/16, a fórmula adotada para conter o crescimento dos gastos públicos não foi capaz de distinguir entre direitos fundamentais e privilégios indevidos⁵⁹. A constitucionalização do congelamento dos

⁵⁸ ROSSI, Pedro; DWECK, Esther. Impactos do novo regime fiscal na saúde e educação. *Cad. Saúde Pública*, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016. As mesmas conclusões são apresentadas por Cláudio Tanno: “Assim, do ponto de vista fiscal, o controle da despesa primária é medida necessária, que deverá vir acompanhada de outras iniciativas, especialmente o controle das demais despesas obrigatórias (reformas administrativa, tributária e previdenciária). Todavia, ainda que sejam implementadas correções necessárias para a contenção das despesas obrigatórias, os efeitos advindos somente serão observados no médio e longo prazos, o que nos faz inferir grande dificuldade em se manter os níveis de gastos em educação nos próximos exercícios, estabelecido um limite para despesa primária total. As despesas obrigatórias, em especial as previdenciárias, deverão comprimir demasiadamente um conjunto de despesas relevantes ao funcionamento do Estado, atingindo necessariamente as despesas discricionárias, dentre elas as destinadas ao custeio das unidades administrativas e programas e ações finalísticas destinados à entrega direta de bens e serviços à sociedade, em especial os investimentos públicos. Assim, ao longo das próximas décadas, mostra-se de difícil implementação a tese defendida pelo Governo de que as despesas em educação não serão reduzidas, mas poderão ser acrescidas, por definição do Congresso Nacional, desde que haja remanejamento de recursos de outras áreas.” (TANNO, Claudio Riyudi. Novo regime fiscal constante da PEC nº 241/2016: análise dos Impactos nas políticas educacionais. *Estudo Técnico n. 18/2016*. Câmara dos Deputados. Consultoria de Orçamento e Fiscalização Financeira, 2016).

⁵⁹ Sobre o tema, ressaltou Oscar Vilhena: “(...) Não há dúvida de que o Estado brasileiro vem gastando mais do que arrecada e isso precisa ser urgentemente corrigido, antes que a embarcação vá a pique. Nesse sentido, estabelecer um dispositivo que limite os gastos públicos é essencial. O modelo escolhido pela PEC 241, no entanto, guarda problemas. Da perspectiva constitucional, o seu principal vício é não fazer a devida distinção entre direitos fundamentais e privilégios indevidamente incrustados no sistema jurídico. Esta distinção é fundamental, não apenas por uma questão moral, mas também jurídica, na medida em que a Constituição não confere aos privilégios a mesma proteção que assegura aos direitos fundamentais (artigo 60, 4º, IV). (...) Ao estabelecer um teto horizontal aos gastos públicos, a PEC 241 não foi capaz de reconhecer essa distinção essencial, conferindo o mesmo tratamento fiscal a privilégios, voltados a maximizar os benefícios de grupos poderosos, e a direitos fundamentais, que têm por finalidade garantir a dignidade humana e promover um padrão mínimo de justiça social. A inexistência de um mecanismo sensível a essa distinção, que dê prevalência aos direitos fundamentais sobre outros interesses, macula o novo regime fiscal proposto pela PEC 241 e irá gerar intermináveis batalhas judiciais. É ingênuo crer que a transferência para o nosso Congresso da solução de todos os

gastos públicos, ainda diante do aumento de arrecadação, é ofensa grave ao *mínimo existencial*, violando o artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

71. Por isso, requer-se que o Supremo Tribunal Federal realize interpretação conforme a Constituição do artigo 107 da Constituição Federal para se excluir do congelamento que institui os gastos com saúde e educação. Tais gastos não devem ser considerados para efeito de definição da base de cálculo do teto de gastos primários. Sem tal medida, a simples declaração de inconstitucionalidade do artigo 110 do ADCT não será eficaz. Se o piso de gastos com saúde e educação se elevar, a elevação impedirá que outras despesas primárias sejam realizadas, tornando matematicamente impossível o cumprimento do disposto na EC n. 95. Para que os gastos com saúde e educação, no seu patamar mínimo, possam variar de acordo com o aumento da arrecadação, é necessário que sejam excluídos da base de cálculo do teto de gastos primários, a semelhança do que já ocorre com as despesas previstas no artigo 107, §6º, do ADCT.⁶⁰

II.2.4. Os pisos de gastos com educação e saúde como garantias constitucionais. Cláusulas pétreas. Aplicação do artigo 60, § 4º, IV. Vedação do retrocesso social.

72. Foi justamente para proteger os direitos fundamentais à saúde e à educação que o constituinte incluiu no texto constitucional os pisos previstos no inciso I do § 2º do art. 198 e no *caput* do art. 212. A previsão constitucional de pisos para os gastos com

conflitos distributivos irá favorecer os direitos difusos da maior parte da população, que depende de serviços como educação, saneamento, assistência social e saúde, em detrimento de interesses específicos dos setores mais poderosos por empréstimos com juros subsidiados, aposentadorias opulentas ou um sistema tributário regressivo e forrado de exonerações e incentivos aos mais ricos. Em momentos de escassez os conflitos tendem a se agravar e os mais fortes a levar a melhor. É a lei da natureza, mas não o que prevê a Constituição” (<http://www1.folha.uol.com.br/colunas/oscarvilhenavieira/2016/10/1823002-a-pec-241-nao-foi-capaz-de-distinguir-entre-direitos-e-privilegios.shtml>).

⁶⁰ De acordo com o preceito, “§ 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.”

saúde e educação são “garantias constitucionais” dos respectivos direitos fundamentais.⁶¹ A positivação no texto constitucional dessas garantias tem como propósito protegê-las da “ação erosiva do legislador”.⁶² As garantias não se confundem com os direitos fundamentais, não tendo como finalidade primária a tutela de direitos subjetivos. Mas a sua preservação é condição de possibilidade da integridade dos direitos fundamentais que lhes são subjacentes. Sem o estabelecimento de pisos de gastos com educação e saúde, as normas que positivam esses direitos perdem sua aptidão para se converterem em realidade concreta. Como lembra Fernando Facury Scaff,

A Constituição brasileira não se limitou a declarar os direitos sociais [...]. Previu também os recursos para custeio desses direitos, reconhecendo o caráter prestacional dos mesmos. Assim, além de declarar os direitos, estabelece sua fonte de custeio, o que se caracteriza como uma específica garantia financeira para sua efetiva prestação à sociedade. [...]

Observe-se – e isto é de suma importância – que esta fonte de custeio [...], que se constitui em verdadeira garantia financeira para a consecução do direito à saúde, decorre de desembolsos compulsórios de todas as pessoas que são contribuintes do sistema tributário nacional, sejam brasileiros ou estrangeiros, pessoas físicas ou jurídicas, com ou sem personalidade jurídica própria e tipificada em nosso ordenamento legal.”⁶³

⁶¹ As garantias são instituições de Direito Público ou institutos do Direito Privado que servem à proteção dos direitos fundamentais. É o caso, por exemplo, da inamovibilidade dos magistrados, da inviolabilidade de domicílios, da Defensoria Pública e da Família.

⁶² Como esclarecem o Ministro Gilmar Mendes e o Professor Paulo Gonet, “As garantias institucionais resultam da percepção de que determinadas instituições (direito público) ou institutos (direito privado) desempenham papel de tão elevada importância na ordem jurídica que devem ter seu núcleo essencial (as suas características elementares) preservado da ação erosiva do legislador”. O seu objeto é constituído de um complexo de normas jurídicas, de ordem pública e privada. A garantia da família (art. 226) e da autonomia da universidade (art. 207) exemplificam essa categoria de normas entre nós.” (Curso de Direito Constitucional. São Paulo: Malheiros, 2011). Como ensina J. J. Gomes Canotilho, “As chamadas garantias institucionais (Einrichtungsgarantien) compreendem as garantias jurídico-públicas (institutionnelle Garantien) e as garantias jurídico-privadas (Institutsgarantie). Embora muitas vezes estejam consagradas e protegidas pelas leis constitucionais, elas não seriam verdadeiros direitos atribuídos directamente a uma pessoa; as instituições, como tais, têm um sujeito e um objecto diferente dos direitos dos cidadãos. (...) Sob o ponto de vista da protecção jurídica constitucional, as garantias institucionais não garantem aos particulares posições subjectivas autónomas e daí a inaplicabilidade do regime dos direitos, liberdades e garantias. (...) A protecção das garantias institucionais aproxima-se da protecção dos direitos fundamentais quando se exige, em face das intervenções limitativas do legislador, a salvaguarda do ‘mínimo essencial’ (núcleo essencial) das instituições”. (Direito Constitucional e Teoria da Constituição. Coimbra: Almedina, 2000).

⁶³ SCAFF, Fernando Facury. Direito à Saúde e os Tribunais. In: NUNES, António José Avelãs; SCAFF, Fernando Facury. *Os Tribunais e o Direito à Saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, pp. 83 e 90.

73. Como garantias fundamentais, os pisos previstos no inciso I do § 2º do art. 198 e no *caput* do art. 212 se subsumem à hipótese estabelecida no artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Observe-se que o artigo 60, § 4º, IV faz referência não só aos “direitos”, mas também às “garantias”. As garantias dos direitos fundamentais também são protegidas como cláusulas pétreas. Não se admite a edição de emenda constitucional que promova a abolição da inviolabilidade de domicílios, da Defensoria Pública ou da Família. Da mesma forma, não é compatível com o sistema constitucional brasileiro a revogação dos pisos de gastos com educação e saúde. Revogar essas garantias constitucionais⁶⁴ significa dissolver as bases materiais mínimas para que os respectivos direitos fundamentais sejam preservados e efetivados. Tal como os próprios direitos à saúde e à educação, também as garantias constitucionais desses direitos, pelo menos na sua dimensão básica, são cláusulas pétreas, integrando o núcleo intangível da Constituição Federal de 1988.

74. Ressalte-se que o fato de os pisos de gastos com saúde e educação estarem previstos em normas que se situam fora do Título II da Constituição Federal, que delimita a esfera dos direitos providos de “fundamentalidade formal”, não impede que lhes seja atribuída “fundamentalidade material”⁶⁵ e, portanto, o *status* de cláusula

⁶⁴ Nas palavras de Márcio Iorio Aranha, professor da UnB, “as garantias institucionais servem, então, como diretriz e impulse às funções estatais de poder, emancipando-as de uma necessária pretensão subjetiva anterior para adotar uma razão de atuação positiva estatal espelhada na objetivação, de que o direito fundamental foi alvo” (ARANHA, Márcio Iorio. *Interpretação Constitucional e Garantias Institucionais dos Direitos Fundamentais*. 2a Ed. São Paulo: Atlas, 2000).

⁶⁵ A “fundamentalidade formal” deriva da circunstância de a norma estar prevista no catálogo expresso de direitos fundamentais. Já a “fundamentalidade material” se deriva do conteúdo da norma, seja ou não ela caracterizada pelo Texto Constitucional como fundamental. O tema da fundamentalidade material foi assim examinado por Canotilho: “A idéia de fundamentalidade material insinua que o conteúdo dos direitos fundamentais é decisivamente constitutivo das estruturas básicas do Estado e da sociedade. *Prima facie*, a fundamentalidade material poderá parecer desnecessária perante a constitucionalização e a fundamentalidade formal a ela associada. Mas não é assim. Por um lado, a fundamentalização pode não estar associada à Constituição escrita e à idéia de fundamentalidade formal, como o demonstra a tradição inglesa das Common-Law Liberties. Por outro lado, só a idéia de fundamentalidade material pode fornecer suporte para: (1) a abertura da constituição a outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, isto é, direitos material mas não formalmente fundamentais (cfr. CRP, art. 16º/ 1.º); (2) a aplicação a estes direitos só materialmente constitucionais de alguns aspectos do regime jurídico inerente à fundamentalidade formal; (3) a abertura a novos direitos fundamentais. Daí o falar-se, nos sentidos (1) e (3), em cláusula aberta ou em princípio da não tipicidade dos direitos

pétrea. Tal possibilidade decorre do que estabelece o §2º do artigo 5º da Constituição Federal: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.” Ao aplicar esse preceito, o STF declarou inconstitucional o § 2º do art. 2º da EC n. 3/93, que excepcionava a incidência do princípio da anterioridade tributária ao IPMF. O princípio está estabelecido no artigo 150, III, *b*, ou seja, fora do catálogo expresso de direitos e garantias fundamentais (Título II), e ainda assim foi considerado cláusula pétrea.⁶⁶

75. Se a vedação à cobrança de um tributo no mesmo exercício financeiro foi considerada pelo STF direito fundamental e cláusula pétrea, com mais razão tais atributos serão reconhecidos às mais importantes “garantias constitucionais” dos direitos à saúde e à educação. A fundamentalidade material das normas que instituem pisos de gastos com educação e saúde decorre da circunstância de estabelecerem as

fundamentais.” (CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 355-356). Em sua definição de direitos fundamentais, Sarlet busca integrar os dois tipos de fundamentalidade: “Direitos fundamentais são, portanto, todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparadas, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).” (SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*, 2. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001).

⁶⁶ “Direito Constitucional e Tributário. Ação Direta de Inconstitucionalidade de Emenda Constitucional e de Lei Complementar. I.P.M.F. Imposto Provisorio sobre a Movimentação ou a Transmissão de Valores e de Créditos e Direitos de Natureza Financeira - I.P.M.F. Artigos 5., par. 2., 60, par. 4., incisos I e IV, 150, incisos III, “b”, e VI, “a”, “b”, “c” e “d”, da Constituição Federal. 1. Uma Emenda Constitucional, emanada, portanto, de Constituinte derivada, incidindo em violação a Constituição originária, pode ser declarada inconstitucional, pelo Supremo Tribunal Federal, cuja função precípua e de guarda da Constituição (art. 102, I, “a”, da C.F.). 2. A Emenda Constitucional n. 3, de 17.03.1993, que, no art. 2., autorizou a União a instituir o I.P.M.F., incidiu em vício de inconstitucionalidade, ao dispor, no parágrafo 2. desse dispositivo, que, quanto a tal tributo, não se aplica “o art. 150, III, “b” e VI”, da Constituição, porque, desse modo, violou os seguintes princípios e normas imutáveis (somente eles, não outros): 1. - o princípio da anterioridade, que e garantia individual do contribuinte (art. 5., par. 2., art. 60, par. 4., inciso IV e art. 150, III, “b” da Constituição); 2. - o princípio da imunidade tributária recíproca (que veda a União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios a instituição de impostos sobre o patrimônio, rendas ou serviços uns dos outros) e que e garantia da Federação (art. 60, par. 4., inciso I, e art. 150, VI, “a”, da C.F.)[...] (STF, ADI 939-7/DF, Relator Min. Sydney Sanches, DJU 18.03.94).

condições materiais mínimas (piso) para a efetivação desses direitos. Tais normas não fixam padrões materiais para a realização desses direitos em grau máximo, mas para a sua garantia em patamares básicos. Gastos superiores aos pisos podem ser realizados pelos órgãos legitimados pelo voto popular – aos quais cabe tomar as decisões alocativas. Porém, a aplicação dos recursos mínimos, definidos nas normas que fixam os pisos, é obrigatória.⁶⁷

76. Ressalte-se que não há tampouco dúvida quanto à caracterização dos *direitos sociais* como *cláusulas pétreas*. Tal condição é reconhecida praticamente em uníssono pela doutrina constitucional brasileira. Como direitos inerentes à dignidade da pessoa humana, integram o “núcleo intangível” de nosso sistema constitucional. São “elementos constitucionais essenciais”, que integram nossa “reserva de justiça”.⁶⁸ Como esclarecem, por todos, o Min. Gilmar Mendes e o Prof. Paulo Gonet, “*Como as cláusulas pétreas servem para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte originário e como este, expressamente, em título específico da Constituição, declinou tais princípios fundamentais, situando os direitos sociais como centrais para a sua idéia de Estado democrático, os direitos sociais não podem deixar de ser considerados cláusulas pétreas.*”⁶⁹.

⁶⁷ Como lembra Élica Graziane Pinto, o “gasto mínimo não é só um percentual de receita, mas também um conjunto de obrigações legais de fazer a serem contidas – material e substantivamente – no conjunto de ações normativamente irrefutáveis.” (PINTO, Élica Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 26)

⁶⁸ VIEIRA, Oscar Vilhena. *A Constituição e sua reserva de justiça: um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet Saraiva. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2011. Para Paulo Bonavides: “*Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60.*” (*Curso de Direito Constitucional*. 11ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001). No mesmo sentido, para Flávia Piovesan, “*O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.*” (*Não a desconstitucionalização dos direitos sociais*. *Revista Consultor Jurídico*, 02 de junho de 2000). Nada obstante as especificidades de cada autor, a caracterização dos direitos sociais como cláusulas pétreas é levada a cabo, em nossa literatura jurídica, v. g., ainda por: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como “cláusulas pétreas”. *Interesse Público*,

77. Pode-se sustentar que as cláusulas pétreas não protegem os direitos fundamentais em toda a sua extensão, mas apenas no limite do “núcleo essencial” desses direitos. Na verdade, há diversos elementos que interagem na definição dessa extensão. Porém, não é necessário examinar, em tese, o problema na presente inicial. Por ora, basta consignar que os artigos 198 e 212 da Constituição Federal veiculam patamares *mínimos* de gastos com educação e saúde, figurando como garantias constitucionais das condições sociais básicas para uma vida com dignidade. Por isso, a EC n. 95/2016 viola o núcleo essencial dos direitos fundamentais à saúde e à educação, que se inserem, indubitavelmente, no âmbito de proteção do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição Federal. Ingo W. Sarlet esclarece o ponto com precisão:

“Nas duas colunas anteriores, vimos que os direitos sociais, na condição de direitos fundamentais, integram o elenco dos limites materiais à reforma constitucional no âmbito de nossa CF, fazendo parte assim do que costuma se chamar de identidade (ou núcleo material) da ordem constitucional (Carl Schmitt) ou dos assim designados elementos constitucionais essenciais (Rawls). Outrossim, tivemos a ocasião de buscar demonstrar, a partir de uma exegese teleológica e sistemática, que, de acordo com o texto e a própria ratio do artigo 60º, parágrafo 4º, da CF, inclusive pelo fato de não existirem — em regra — princípios e direitos fundamentais absolutos e que, a exemplo de uma lei ordinária, também emendas constitucionais podem conformar e mesmo veicular restrições a direitos fundamentais (que não podem ser compreendidos como liberdades de fazer qualquer coisa ou direitos a toda e qualquer prestação estatal), desde que — e isso é o que voltamos a sublinhar — não importem em abolição efetiva (textual) ou tendencial. É precisamente nesse sentido que o STF, alinhado com tal diretriz, assim como a doutrina majoritária, tem entendido que em todo e qualquer caso para além da vedação de abolição textual o poder de reforma constitucional há de respeitar o núcleo essencial dos princípios e direitos fundamentais protegidos por conta da sua condição de “cláusulas pétreas”, o que, ademais, carece de identificação e justificação caso a caso, pois diverso o núcleo essencial em cada direito fundamental e diversa a natureza das restrições eventualmente impostas por cada emenda constitucional.”

n. 17, jan.-fev., 2003; TERRA, Eugenio Couto. Anotações sobre a (im)possibilidade de desconstitucionalização dos direitos fundamentais sociais. *AJURIS*, v. 26, n. 81, mar. 2001. p. 66 ss; TROMBINI JR., Nelson. Limites materiais da competência reformadora. *Revista de Direito Social*, n. 6, 2002. p. 71 ss.;

Considerando precisamente o quão delicada é a questão, ainda mais em tempos de instabilidade política e sequer sem definição quanto ao caráter mais ou menos transitório da formação do governo federal (situação na qual, na esteira do que também tem defendido Heleno Torres em diversas manifestações), períodos onde a razão política prudencial deveria levar a uma abstenção de promover reformas constitucionais, especialmente naquilo que podem afetar diretamente direitos e garantias fundamentais, é que optamos por nesta coluna em discutir a legitimidade constitucional de projetos de emenda à CF que impliquem em agravar o subfinanciamento (USP), a professora Elida Graziane Pinto (MPTCSP), dentre outros nomes valorosos do Direito Financeiro. Aliás, para mais informações sobre o tema, remete-se aqui ao teor da audiência pública promovida pelo CNMP em 18 de abril de 2016, contendo entre outras manifestações, exposições dos professores referidos e do signatário desta coluna.

Nessa senda, a tese que aqui se sustenta é a de que as disposições constitucionais a respeito do gasto mínimo em matéria de saúde (198 CF) e em educação (212 CF), vinculando as três esferas da federação, integram o assim chamado núcleo essencial dos dois direitos humanos e fundamentais correspondentes, o direito à saúde e o direito à educação.

Tal exegese, em linhas gerais, prende-se ao fato de que mediante tais regras impositivas de gasto público mínimo o constituinte erigiu os direitos à saúde e à educação a uma posição preferencial no âmbito do conjunto dos direitos sociais, numa evidente aposta num modelo de desenvolvimento humano e social aderente a uma concepção de dignidade da pessoa humana que exige a satisfação do assim chamado mínimo existencial sociocultural, de modo a assegurar uma cidadania efetiva e inclusiva.

Além disso, e em caráter de reforço, toda e qualquer reforma constitucional que implique em redução desses patamares mínimos de financiamento, ainda mais enquanto o Sistema de Saúde não atingir as suas metas mínimas de atendimento universal e igualitário, ademais da cobertura integral (ainda que não absoluta), não poderá ser chancelada pena de violação do núcleo essencial dos direitos à saúde e a educação.

Aliás, embora não seja esse o nosso foco, enquanto não executado plenamente o piso de gasto público constitucionalmente imposto, sequer se pode considerar legítima a recorrente invocação da assim chamada reserva do possível para buscar bloquear medidas judiciais que impõe ao poder público o fornecimento de prestações materiais, ao menos não quando em causa o mero cumprimento daquilo que o legislador infraconstitucional já determinou deva ser assegurado ao cidadão. Porém, isso envolve os limites de atuação do Poder Judiciário no que diz com o reconhecimento de posições subjetivas prestacionais, que aqui não será desenvolvido.

Em síntese apertada, o que se propõe é que, em sendo aprovados projetos de emenda constitucional nessa perspectiva, espera-se que os órgãos

legitimados busquem a respectiva declaração de inconstitucionalidade perante o STF.”⁷⁰

78. Os dados antes apresentados permitem observar que a hipótese suscita ainda a aplicação do princípio da *vedação do retrocesso social*. Uma das derivações especialmente importantes do princípio da segurança, na esfera social, é o princípio da *vedação do retrocesso*. Como esclarece o Ministro Roberto Barroso, “*por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.*”⁷¹ Em decorrência do princípio da proibição do retrocesso, é vedada a revogação de normas que tenham efetivado direitos fundamentais. O artigo 212, relativo ao direito à educação, inseria-se no texto originário da Constituição Federal de 1988. O arts. 198, § 2º, I, relativo ao direito à saúde, foi introduzido por meio de emenda constitucional. Porém, com a sua constitucionalização, o piso de gastos com saúde (antes previsto em lei) foi incorporado, com *status* constitucional, ao “*patrimônio jurídico da cidadania*”, razão pela qual “*não pode ser absolutamente suprimido*”. A violação do princípio da vedação do retrocesso foi apontada pela Consultoria Legislativa do Senado ainda no curso do processo legislativo:

“A perspectiva de redução de recursos alocados à saúde e à educação, por intermédio de PEC, mitiga a essência protetora dos direitos sociais, considerados direitos fundamentais de segunda geração. Além de impedir a ampliação de beneficiários, a restrição imposta pelo congelamento por vinte anos das despesas com saúde e educação imporá redução na cobertura hoje realizada. Será possível admitir, constitucionalmente, essa espécie de retrocesso na abrangência dos direitos sociais?

(...)

Estamos no campo dos direitos fundamentais diretamente relacionados à inviolabilidade da vida humana e às condições mínimas inerentes à

⁷⁰ SARLET, Ingo W. Proteção de direitos fundamentais diante das emendas (parte 3). *Conjur*, 10 de Junho de 2016.

⁷¹ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 5 ed. Rio janeiro, 2001, p. 158. Cf. também: Cf. Felipe Derbli. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; José Vicente dos Santos Mendonça. *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. XII, 2003.

*dignidade das pessoas. As alterações propostas pela PEC nº 55, de 2016, que geram drástica redução nos recursos alocados nessas áreas, atingem o núcleo essencial desses direitos fundamentais, eis que diretamente conectados com o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. A vedação ao retrocesso social, nesses casos, é absoluta e destina-se a salvaguardar o mínimo existencial já conferido aos brasileiros mais necessitados. Nesse sentido, não há como concluir de forma diversa: o art. 105 é inconstitucional”.*⁷²

79. O Procurador-Geral da República, Rodrigo Janot, em recente parecer ofertado nos autos da ADI n. 5.595, defendeu, na esteira da jurisprudência do STF⁷³, a tese de que a redução do investimento na área da saúde (naquele caso, promovida pela EC n. 86/2015) produz grave inconstitucionalidade, precisamente por violar o princípio da vedação de retrocesso social:

Se é constitutivo do sistema único seu financiamento adequado, será inconstitucional qualquer medida tendente a reduzi-lo, ainda mais da forma severa que decorre da emenda constitucional impugnada.

Devido à essencialidade das ações e serviços públicos de saúde, quadro de recessão econômica não tem potencialidade para validar constitucionalmente as disposições impugnadas. O tratamento que o constituinte originário conferiu ao SUS se destinou a imunizá-lo de vicissitudes políticas. Para tanto, alçou a saúde à categoria de direito fundamental e montou arcabouço necessário para sustentá-la, por meio de financiamento público do SUS. Assegurou acesso universal e igualitário às suas ações e serviços e estabeleceu, como diretriz do sistema, atendimento integral (CR, arts. 196, caput, e 198, II).

O financiamento público, como dito, é um dos pilares do sistema e

⁷² VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araujo. As inconstitucionalidades do “novo regime fiscal” instituído pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). *Boletim Legislativo*, n. 53, Núcleo de estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa, 2016.

⁷³ “A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter 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, obstáculo 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, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados” (STF, ARE 639337 AgR, Relator Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011).

pressupõe progressividade, ao menos até que se cumpra a meta do art. 196 (acesso universal e igualitário). Não por outra razão, a Lei Complementar 141/2012 vedava, mesmo em hipótese de variação negativa do PIB, redução do valor nominal investido no ano precedente. (...)

Diante de tal quadro, as disposições questionadas caracterizam profundo retrocesso na concretização de direitos fundamentais, o que é vedado pelo dever de progressividade assumido pelo Brasil no art. 2o, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e no art. 1o do Protocolo de São Salvador, o qual contém regra específica que obriga os Estados a adotarem medidas econômicas para assegurar progressiva prestação dos direitos sociais.

80. A EC n. 95 não promove propriamente o congelamento de gastos mínimos. Considerando o aumento da população, o que há é redução dos gastos *per capita*, em um contexto em que o seu aumento será demandado. Não por outra razão, Fábio Konder Comparato, Heleno Taveira Torres, Élidea Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet caracterizaram o financiamento dos direitos à saúde e à educação como “mínimos inegociáveis”, sustentando a inconstitucionalidade da EC n. 95:

“Há um aprendizado histórico digno de nota na vivência da Constituição de 1988 pela sociedade brasileira: a prioridade do nosso pacto fundante reside na promoção democrática dos direitos fundamentais, com destaque para os direitos sociais, garantes de uma cidadania inclusiva e ativa. Justamente nesse contexto, o regime de vinculação de recursos obrigatórios para ações e serviços públicos de saúde e manutenção e desenvolvimento do ensino tem sido o mais exitoso instrumento de efetividade de tais direitos, ademais de evidenciar a posição preferencial ocupada pela educação e pela saúde na arquitetura constitucional. [...] Atualmente, porém, somos confrontados pela proposta de redução da vinculação de gasto mínimo em ambos os setores e, o que é pior, pela desconstrução do esforço de chegarmos a 2024 com a meta de investirmos em educação pública na ordem de 10% da nossa riqueza nacional. Uma demanda das ruas que não ganhou eco. O grande problema da PEC 241/2016, particularmente no artigo 104 [art. 105 no Substitutivo] que ela pretende introduzir ao ADCT, é desconhecer a proporcionalidade entre receita e despesa como metodologia instituída no texto da Constituição de 1988, como proteção formal e material (garantia equiparável ao habeas corpus e ao mandado de segurança, por exemplo) dos direitos à saúde e à educação. [...] Tal inversão de piso para teto despreza a despesa do comportamento da receita e faz perecer as noções de proporcionalidade e progressividade no financiamento desses direitos fundamentais. Assim, o risco é de que

sejam frustradas a prevenção, a promoção e a recuperação da saúde de mais de 200 milhões de brasileiros. Ou de que seja mitigado o dever de incluir os cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes, de 4 a 17 anos, que ainda hoje se encontram fora da educação básica obrigatória. [...] Estamos em pleno processo pedagógico e civilizatório de educar e salvaguardar a saúde de nossos cidadãos, o que não pode ser obstado ou preterido por razões controvertidas de crise fiscal. Nada há de mais prioritário nos orçamentos públicos que tal desiderato constitucional, sob pena de frustração da própria razão de ser do Estado e do pacto social que ele encerra.”⁷⁴

81. Nesse mesmo sentido, a Corte Constitucional da Itália, em aresto recentíssimo sobre o tema, decidiu que as garantias mínimas para tornar efetivo o direito à educação, uma vez estabelecidas por lei, não podem ter sua observância financeiramente condicionada em termos absolutos e gerais. O entendimento segundo o qual o núcleo básico do direito à educação só deve ser concretizado quando a norma de cobertura orçamentária da Constituição permitir, segundo a Corte, é fruto de uma visão equivocada do conceito de equilíbrio financeiro. A recente decisão italiana conclui que *“é a garantia dos direitos irrenunciáveis que deve impactar sobre o orçamento, e não o equilíbrio deste a condicionar a entrega da prestação devida”*. Mesmo na Itália, onde a Constituição possui um sistema de equilíbrio orçamentário mais brando que o adotado pela EC n. 95/16, a Corte Constitucional entendeu que a discricionariedade legislativa

⁷⁴ COMPARATO, Fábio; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Elida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. *Consultor Jurídico*, 27 de julho de 2016. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saudeeducacao-minimos-inegociaveis>. Elida Graziane Pinto chama a atenção para a responsabilidade federativa pela implementação do arranjo constitucional do SUS, até mesmo para que se evitem quaisquer riscos de retrocesso nas inúmeras situações de impasse de custeio entre os entes políticos: *“A vedação de retrocesso, nesse sentido, precisa ser reinterpretada como princípio de coloração dinâmica, assim como também o é a máxima eficácia dos direitos fundamentais. (...) O processo emancipatório da dignidade da pessoa humana reclama que se vá além e que se promova a vedação da estagnação, assim como manifesta repulsa à restrição interpretativa que retire do direito fundamental a sua possibilidade fática de progredir.// Essa diretiva aplica-se igualmente ao princípio federativo, pois a distribuição do poder por diversas unidades políticas autônomas, ao longo do território brasileiro, nada mais seria que um modo institucional de orientar a ação estatal para o mesmo processo emancipatório.// (...) Emerge, daí, a responsabilidade orçamentário-financeira de todos os entes da federação pelo dever de custeio progressivo aos direitos fundamentais. Com maior força normativa, apresentam-se os deveres constitucionais de gasto mínimo em favor dos direitos à saúde e à educação. É óbvio que o mínimo pode e deve ser superado, ao longo da evolução político-econômica da sociedade brasileira”* (PINTO, Elida Graziane. *Financiamento dos Direitos à Saúde e à Educação*. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 231-232).

não incide sobre os gastos obrigatórios com a manutenção de um sistema que garante o direito à educação.

82. Submetidos os pisos de gastos com saúde e educação ao teto imposto pelo Novo Regime Fiscal, a própria *identidade* da Constituição Federal de 1988 se corrompe, e as referências ao princípio da dignidade humana se converte em mero artifício retórico. O grito de Ulisses Guimarães – “Que isto se cumpra!” –, proclamado quando da promulgação da Constituição da República, não mais ecoará nas escolas e hospitais do Brasil.

II.3. Necessidade de motivação das alterações de alíquotas de tributos extrafiscais: elaboração prévia de estimativa de impacto orçamentário e financeiro.

83. A EC n. 95, em sua busca do equilíbrio fiscal, conferiu importância reduzida à arrecadação tributária, concentrando-se na contenção dos gastos públicos. Porém, incluiu, no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, norma importante para a garantia da higidez da arrecadação de tributos. Segundo o preceito, “*A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro*”. Para que se mantenha a coerência das medidas veiculadas na EC n. 95, deve ser conferida interpretação conforme a Constituição ao referido art. 113 da ADCT, de modo a se fixar a interpretação segundo a qual a elaboração e a divulgação de “*estimativa de impacto orçamentário e financeiro*” deve necessariamente preceder também à edição, pelo Executivo, de decretos que alterem alíquotas de tributos de natureza extrafiscal.

84. Como se sabe, além da função arrecadatória, as normas tributárias também podem servir à intervenção na ordem econômica e social. Tal função dos tributos é denominada *extrafiscal*.⁷⁵ Com vistas a permitir a realização da função extrafiscal de

⁷⁵ Eduardo Domingos Bottallo esclarece: “*Os tributos, em regra, são utilizados como instrumentos de arrecadação. Dentro do sistema de economia de mercado, eles são, na verdade, os mais importantes meios de que as pessoas políticas dispõem para obter os recursos de que necessitam. Esta função arrecadatória é a que se convencionou denominar de fiscalidade. Plano paralelo ao da fiscalidade é o da extrafiscalidade que consiste no ‘emprego dos instrumentos tributários com objetivos não fiscais,*

certos tributos, o constituinte excepcionou a incidência dos princípios da *legalidade* e da *anterioridade* tributárias, ambos fixados no artigo 150 da Constituição Federal. O Poder Executivo pode fixar alíquotas de tributos de natureza extrafiscal por meio de decretos, e estes podem ser aplicados a fatos geradores ocorridos no mesmo exercício financeiro em que entraram em vigor. A competência está prevista no art. 153, § 1º, da Constituição Federal.⁷⁶

85. As normas tributárias indutoras (extrafiscais) também devem ser compatíveis com os limites constitucionais e com a higidez das finanças públicas, sobretudo após as medidas de austeridade impostas pela EC n. 95. Para isso, é fundamental apurar as *motivações* que justificam a edição pelo Executivo da norma que altera alíquota de tributo. A alteração da alíquota não pode ter em vista a simples e aleatória desoneração de setores produtivos, sob o risco de contribuir com o desequilíbrio dos cofres públicos. Nessa hipótese, a medida extrafiscal terá resultados mais danosos do que benéficos à sociedade, sobre quem recairá o peso de sanar a situação de desequilíbrio. Apenas por meio da análise prévia de impacto orçamentário e financeiro, bem como da aptidão da medida para produzir o resultado extrafiscal desejado, é efetivamente possível aferir a sua razoabilidade.

86. A estimativa de impacto orçamentário e financeiro, prevista no art. 113 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, deve acompanhar não só os projetos de lei, mas também os atos do Poder Executivo que alteram as alíquotas dos tributos. Tais estimativas devem compreender a avaliação dos efeitos econômicos e fiscais provavelmente decorrentes da alteração da alíquota, de modo a se evitarem desonerações irrazoáveis e impertinentes que levem as contas públicas ao colapso.

mas econômicos, ou seja, para finalidades não financeiras, mas regulatórias dos comportamentos sociais em matéria econômica, social e política”. (BOTTALLO, Eduardo Domingos. *Fundamentos do IPI*. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 57).

⁷⁶ Art. 153. *Compete à União instituir impostos sobre:*

(...)

§ 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

87. É dever da Administração Pública motivar os atos administrativos. Trata-se de decorrência dos princípios da *legalidade administrativa* e da *publicidade*, previstos no *caput* do art. 37 da Constituição Federal. Eximir o Poder Executivo da necessidade de fundamentar a sua escolha tributária equivale a permitir que o estado disponha de maneira arbitrária e irresponsável do orçamento público. A justificação é um importante instrumento para permitir que o público, em geral, e o Judiciário, em particular, examinem as razões que levaram o Executivo a alterar as alíquotas de determinado tributo. O Tribunal Regional Federal da 4ª Região possui precedente em que sustenta a necessidade de “fundamentação suficiente”:

“TRIBUTÁRIO. IPI. ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTAS POR MEIO DE DECRETO. MOTIVAÇÃO DO ATO. VINCULAÇÃO. CONTROLE. ANTERIORIDADE NONAGESIMAL. APLICABILIDADE. ART. 150, III, C, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.

1. O art. 153, § 1º, da Constituição Federal, delegou ao Poder Executivo a faculdade de alterar as alíquotas dos impostos sobre importação de produtos estrangeiros, exportação de produtos nacionais ou nacionalizados, produtos industrializados e operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei. Ao mitigar o princípio da legalidade estrita, o legislador constituinte conferiu-lhe certa discricionariedade para adotar medidas de política extrafiscal, mas não o dispensou de agir sempre fundamentadamente. Com efeito, a indicação objetiva da circunstância fática que enseja a alteração constitui não uma exigência meramente formal, e, sim, requisito indispensável à controlabilidade dos motivos do ato normativo.

2. Conquanto não haja necessidade de a motivação constar expressamente no próprio ato normativo ou decreto, é necessário que se encontre no processo administrativo de sua formação, ou na exposição de motivos que levou à modificação operada.

3. É insuficiente para a motivação do ato normativo a mera invocação da competência atribuída pelo art. 84, IV, da Constituição Federal, acompanhado do disposto no art. 4º, I, do Decreto-lei nº 1.199/71. Isto porque os motivos que determinaram a vontade do agente integram a validade do ato. Exige-se, portanto, não só a indicação dos motivos que animaram a atuação estatal como também a veracidade e pertinência destes à finalidade perseguida e a adequação da medida adotada.

4. O exercício do poder "discricionário" de modificar a alíquota do IPI deve conter-se nos limites estabelecidos na lei, e esta é clara ao dispor que ele só será legítimo "quando se torne necessário atingir os objetivos

da política econômica governamental, mantida a seletividade em função da essencialidade do produto, ou, ainda, para corrigir distorções". Se os objetivos ou as distorções apontadas pela autoridade referem-se apenas a alguns produtos alcançados pela medida, há evidente violação ao dever de motivar (extraído, inclusive, do princípio da publicidade (transparência) positivado no art. 37, caput, da Constituição Federal), requisito exigível quando exercitado o poder conferido pelo art. 84, IV, da Constituição Federal. Isto porque a omissão impede seja aferida a necessidade de majoração da alíquota do IPI incidente sobre os produtos não mencionados na exposição de motivos e a adequação desta medida à sua finalidade.

5. Ao dispor sobre o princípio da anterioridade, o artigo 150, inciso III, alínea 'c', da Constituição Federal, na redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, estabelece que devem transcorrer noventa dias da publicação da lei que instituiu ou majorou tributo para que este possa incidir. Já o parágrafo 1º do mesmo artigo 150 prevê quais os tributos que não se submetem a essa exigência, abrangendo aqueles previstos nos incisos I, II, III e V do art. 153, entre os quais não se inclui o Imposto sobre Produtos Industrializados.

6. É infundado o argumento de que as limitações ao poder de tributar contidas nas alíneas 'a', 'b' e 'c' do inciso III do art. 150 somente refiram-se a lei em sentido estrito, excluídas as hipóteses excepcionais do art. 153, § 1º. A mitigação do princípio da legalidade contida nos artigos constitucionais que permitem a alteração de alíquota por decreto não pode ser logicamente interpretada como atribuição, ao ato do Poder Executivo, de poderes superiores aos da própria lei. Considerando a existência de expressa previsão de majoração de tributos por atos normativos que não a lei em sentido estrito, é de se supor que o legislador da Emenda nº 42 não a ignore e haja pretendido disciplinar tal situação. [...].⁷⁷

88. A apresentação pública das razões para se proceder à alteração das alíquotas de tributos extrafiscais tem também o condão de atribuir maior *transparência* e *publicidade* à atividade tributária do estado, sobretudo quando se exige uma postura de extrema austeridade no que toca aos gastos públicos, limitando-se severamente os investimentos nos serviços públicos. A análise técnica das razões motivadoras da alteração de alíquotas serve à avaliação, pela sociedade, da atuação do Poder Executivo. Ricardo Lobo Torres esclarece o ponto:

⁷⁷ TRF4, APELREEX 2007.71.08.012143-2, Segunda Turma, Relatora Juíza Federal Vânia Hack de Almeida, D.E. 18/02/2009, destaques nossos.

“O princípio da transparência recomenda que o orçamento organize as entradas e as despesas com clareza e fidelidade. Condena as classificações tortuosas e distanciadas da técnica e os incentivos encobertos ou camuflados.”²¹

A CF 88 deu grande destaque ao princípio da clareza ou da transparência. Determina, no art. 165, § 6o, que o projeto de lei orçamentária será acompanhado de demonstrativo regionalizado do efeito, sobre as receitas e despesas, decorrente de isenções, anistias, remissões, subsídios e benefícios de natureza financeira, tributária e creditícia, medida que se complementa com o controle interno e externo da aplicação das subvenções e renúncias de receita (art. 70).

Esse princípio da transparência é importantíssimo para o equilíbrio orçamentário e abrange qualquer privilégio, ainda que sob a forma de renúncia de receita, de subvenção ou de restituição-incentivo. Modernizou-se, assim, a Constituição brasileira, não permitindo mais que parem dúvidas, como acontecia aqui e no estrangeiro, sobre a necessidade da inclusão no orçamento fiscal de subsídios, subvenções e outros benefícios, relativos aos impostos ou embutidos nos juros, alguns dos quais antes se incluíam no orçamento monetário. Ainda mais que cresceu a desconfiança sobre a virtude de tais incentivos para o desenvolvimento econômico e o bem-estar do povo, não sendo raro que se transformem em uma perverse fiscal policy. Estão sob a suspeita de ilegitimidade.

Renúncia de receita, expressão utilizada pelo art. 70 da Constituição Federal, abrange todos os mecanismos fiscais em que se podem converter os itens de despesa pública consubstanciados nas subvenções, nos subsídios e nas restituições a título de incentivo. Tais despesas (subsídios, subvenções e restituições) podem ser camufladas sob a forma de renúncia de receita (isenções, créditos fiscais dos impostos diretos, créditos incentivo dos impostos não-cumulativos, deduções, diminuição de base de cálculo ou alíquota), eis que todos esses mecanismos financeiros produzem o mesmo resultado: o enriquecimento do contribuinte e o empobrecimento do Estado. O art. 14 da Lei de Responsabilidade Fiscal trouxe regulamentação mais rígida da matéria, ao exigir que a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes, atender ao disposto na lei de diretrizes orçamentárias e demais condições nele estabelecidas.”⁷⁸

⁷⁸ TORRES, Ricardo Lobo Torres. O princípio da transparência no direito financeiro. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. n. 8, p. 133–156, 2001.

89. O incremento da *accountability*⁷⁹ é a dimensão central da chamada “democracia deliberativa”.⁸⁰ Hoje, a democracia não mais se restringe à prerrogativa popular de eleger representantes: envolve também a possibilidade de se deliberar publicamente sobre as questões a serem decididas. Daí porque tem ganhado espaço a visão segundo a qual “*a democracia será fomentada uma vez que a edição de atos pelo poder público que afetem a vida das pessoas – quaisquer atos – sejam precedidos da apresentação de razões e informações, debate e deliberação*”⁸¹.

90. A exigência de fundamentação pública da decisão de alterar alíquotas é elemento decisivo para o aprimoramento e a racionalização da gestão tributária. Afinal, como defende Ana Paula Barcellos, “*todo ato normativo deverá ser acompanhado de uma justificativa pública, e essa justificativa será apresentar, necessariamente, razões e informações sobre três temas específicos: (i) o problema que a iniciativa legislativa pretende enfrentar, (ii) os impactos esperados pela medida proposta e (iii) os custos dessa medida*”⁸². Se o Estado exige da sociedade que tolere uma política de severa diminuição de investimentos em políticas públicas, nada mais democrático que o Estado, em contrapartida, levar a termo uma gestão mais responsável e transparente de sua atividade arrecadatória. A obrigação do Poder Executivo de motivar os seus atos decorre, nesse sentido, do próprio princípio do Estado Democrático de Direito, inscrito no artigo 1º da Constituição Federal. Em razão dos graves impactos econômicos e sociais de políticas de oneração ou desoneração tributárias, é imprescindível que as decisões do Estado nesse ponto sejam fundamentadas, e que a fundamentação seja publicamente exposta.

⁷⁹ Gutmann e Thompson lembram que “*o princípio deliberativo da accountability requer que os representantes façam mais que tentar ganhar eleições e respeitar direitos constitucionais. Em uma democracia deliberativa os representantes devem justificar suas ações em termos morais*”. (*Democracy and disagreement*. Cambridge, Mass.; London: The Belknap Press of Harvard University Press, 1996. p. 129).

⁸⁰ Cf. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Teoria constitucional e democracia deliberativa*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

⁸¹ BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento legislativo na elaboração normativa: direito a justificativa*. Tese de titularidade. UERJ, 2015, p. 47.

⁸² BARCELLOS, Ana Paula Gonçalves Pereira de. *Direito constitucional a um devido procedimento legislativo na elaboração normativa: direito a justificativa*. Tese de titularidade. UERJ, 2015, p. 150.

91. Ressalte-se que, no que toca a esse ponto, não há pedido de declaração de inconstitucionalidade da emenda. Formula-se pedido de mera interpretação conforme. Por isso, não se exige que o parâmetro de controle seja uma cláusula pétrea. Dois princípios constitucionais são suscitados como fundamentos desse pedido: o princípio democrático (CF, art. 1º) e o princípio da publicidade dos atos da administração pública (CF, art. 37, *caput*). Pode-se sustentar que tais princípios também se inserem no âmbito de proteção das cláusulas pétreas. O argumento, porém, é desnecessário na hipótese, como não se trata de suscitar o controle de constitucionalidade de emenda, mas a interpretação de seu texto em conformidade com preceitos da Constituição de 1988 providos de grande fundamentalidade.

III. MEDIDA CAUTELAR: FUNDAMENTOS E PEDIDOS

92. Requer-se a concessão de medida cautelar (arts. 10 a 12 da Lei nº 9.868, de 1999), presentes seus requisitos autorizadores, conforme se demonstrará.

93. Presente o *fumus boni iuris*, pela patente inconstitucionalidade material da EC n. 95/2016, uma vez que viola o art. 60, § 4º, incisos II e IV, da CF/88, ao agredir o núcleo essencial de cláusulas pétreas. Vale sublinhar, nesse contexto, que a redução drástica e progressiva no orçamento público para ações e serviços de saúde e educação, conforme demonstrado, ofende cláusulas pétreas da Constituição, violando os direitos à saúde e à educação (arts. 5º, *caput*, 6º e 196 a 198 e 205, todos da Constituição Federal); o princípio da vedação ao retrocesso social (art. 1º, *caput* e III); o dever de progressividade na concretização de direitos sociais, assumido pelo Brasil no Pacto Interamericano sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto n. 591/1992) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto n. 3.321/1999).

94. Também presente o *periculum in mora*. A EC n. 95/2016 entrou em vigor com a sua promulgação, no dia 15/12/2016. A EC produzirá efeitos negativos progressivos ao longo dos próximos anos. Porém, a decisão do STF sobre as matérias veiculadas na presente ação é *urgente* para evitar que, a partir das graves limitações orçamentárias que a Emenda institui, novas decisões com impacto orçamentário de longo prazo sejam tomadas. O momento no Brasil é de reformas com forte significado para as contas públicas, como é o caso da Reforma da Previdência. A definição de qual será a parte do orçamento disponível para gastos primários nos próximos anos é absolutamente decisiva para que tais reformas sejam levadas a termo com base em pressupostos de fato corretos e confiáveis. Como antes consignado, as regras instituídas pela Emenda Constitucional n. 95 são matematicamente inexequíveis se outras reformas com forte impacto orçamentário não forem feitas.

95. Já em 2018 ocorrerá no Brasil uma nova campanha presidencial. As propostas apresentadas aos eleitores devem considerar os limites financeiros a que se submeterá o futuro governante. Se se pretende que a disputa eleitoral não seja um palco para propostas vazias, mas espaço para a confrontação de diferentes projetos para o Brasil, é imprescindível definir com que recursos os governos poderão contar. Deferido o requerimento formulado nesta inicial, de declaração de inconstitucionalidade da expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal*”, já em 2019, o novo Presidente da República poderá encaminhar ao Congresso Nacional projeto de lei complementar tratando da matéria.

96. O conhecimento a respeito dos gastos públicos primários é fundamental para que os empreendedores privados possam planejar responsavelmente seus investimentos no país. O desenvolvimento nacional depende de regras claras, sobre cuja validade não parem dúvidas consistentes. O volume de investimentos públicos, por exemplo, em infraestrutura é razão a ser seriamente considerada pelos investidores privados que cogitam de implantar ou ampliar negócios no Brasil. Porém, se a infraestrutura já é considerada insuficiente e não há perspectiva de ampliação, os investidores privados têm boas razões para preferir outras opções de investimento. Tão

nocivo quanto o critério draconiano que estabelece é a incerteza quanto à validade da Emenda, gerada por sua flagrante irrazoabilidade.

97. Como antes consignado, um dos defeitos mais graves da Emenda Constitucional n. 95 é não possuir mecanismos de flexibilização eventual, que aparelhem o estado para lidar com crises econômicas e situações que fujam da normalidade. Tais situações podem surgir a qualquer momento, e o governo deve estar apto a agir de imediato. A EC n. 95 deixa o estado brasileiro perigosamente de mãos atadas, e essa situação não pode perdurar.

98. Por todo o exposto, requer a concessão da medida cautelar ora pleiteada para, até o julgamento definitivo da ação:

- a) suspender a eficácia da expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal*” constante do artigo 108, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
- b) suspender a eficácia do artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;
- c) conferir interpretação conforme ao artigo 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de modo a se excluïrem de seu âmbito de incidência os gastos com educação e saúde;
- d) conferir interpretação conforme ao artigo 113 do ADCT de modo a se fixar a interpretação segundo a qual a elaboração e a divulgação de “*estimativa de impacto orçamentário e financeiro*” deve necessariamente preceder também a edição de decretos editados pelo Executivo para reduzir as alíquotas de tributos extrafiscais.

IV. PEDIDOS PRINCIPAIS

99. Diante do exposto, requer-se a confirmação do deferimento do pedido cautelar e, quanto ao mérito, que:

(a) seja recebida e julgada procedente a presente ADI;

(b) sejam notificados a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, por intermédio de seus Presidentes, para que, como responsáveis pela elaboração das normas impugnadas, manifestem-se;

(c) seja notificado o Exmo. Sr. Advogado-Geral da União, para se manifestar sobre o mérito da presente ação;

(d) seja notificado o Exmo. Sr. Procurador-Geral da República, para que emita o seu parecer;

(e) seja julgada procedente a presente ADI, para que, confirmando-se a medida cautelar:

(e.1) seja declarada a inconstitucionalidade da expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal*” constante do artigo 108, *caput*, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

(e.2) seja declarada a inconstitucionalidade do artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

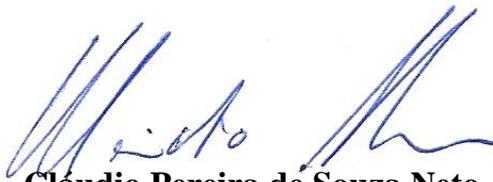
(e.3) se confira interpretação conforme ao artigo 107 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, de modo a se excluïrem de seu âmbito de incidência os gastos com educação e saúde;

(e.4) se confira interpretação conforme ao artigo 113 do ADCT de modo a se fixar a interpretação segundo a qual a elaboração e a divulgação de “*estimativa de impacto orçamentário e financeiro*”

deve necessariamente preceder também a edição de decretos editados pelo Executivo para reduzir as alíquotas de tributos extrafiscais.

Nesses termos,
Pedem deferimento.

Brasília, 13 de fevereiro de 2017.



Claudio Pereira de Souza Neto
OAB/DF nº 34.238 e OAB/RJ nº
96.073



Ademar Borges de Sousa Filho
OAB/DF nº 29.178



Beatriz Veríssimo de Sena
OAB/DF nº 15.777



Guilherme Chamum Aguiar
OAB/DF nº 51.143