**A LIMITAÇÃO EXTREMA DA DESPESA PÚBLICA COMO
SUPRESSÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UM
QUESTIONAMENTO DA VALIDADE DA EMENDA
CONSTITUCIONAL Nº 95/2016**

**EXTREME LIMITATION OF GOVERNMENT EXPENDITURE AS A
SUPPRESSION OF FUNDAMENTAL RIGHTS: QUESTIONING THE
VALIDITY OF BRASIL'S 95TH AMENDMENT TO THE 1988
CONSTITUTION**

Pedro Dalla Vecchia Hamilton¹

Simone Grohs Freire²

RESUMO

O presente trabalho consiste em estudo de caso da Emenda Constitucional nº 95 de 2016, com o objetivo geral de verificar a sua validade perante a Constituição Federal de 1988. A pesquisa parte do seguinte problema: a limitação da despesa pública operada pela EC nº 95/2016 tem validade perante o sistema jurídico constitucional brasileiro? Aplicando o método de abordagem hipotético-dedutivo, coloca-se a hipótese de que a emenda constitucional em questão está em conflito com o sistema jurídico constitucional, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento de direitos fundamentais levado a efeito pela Constituição dirigente. Utiliza-se como método de procedimento o método histórico, considerando a necessidade de perscrutar as normas existentes a respeito do orçamento federal, o processo elaboração da emenda constitucional e a explicitação do conteúdo da EC nº 95/2016. As técnicas de pesquisa compreendem a pesquisa documental e a pesquisa bibliográfica. Como objetivos específicos, pretende-se estabelecer as informações necessárias para tratar do problema, discutir a problemática a partir de uma perspectiva teórica específica, bem como afirmar a confirmação ou negação da hipótese colocada. Introduce-se a concepção de orçamento federal no Estado Democrático de Direito, indispensável para a compreensão da emenda, para na sequência discutir os efeitos inseridos no texto constitucional, especialmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Ao final, identifica-se a contrariedade da emenda em questão com as proibições de emendar do artigo 60 da Constituição Federal, considerando a extrema redução das despesas públicas levada a efeito a despeito da obrigatoriedade do Estado de financiar os direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais, Emenda Constitucional, Orçamento, Validade.

¹ Mestrando em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande – FURG.. Bacharel em Direito pela FURG. Email: pedrodvh@gmail.com

² Doutora em Educação Ambiental pela Universidade Federal do Rio Grande - FURG (2017). Mestre em Desenvolvimento Regional pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC (2000). Graduada em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (1994). Professora da Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Email simone.sgreire@gmail.com

ABSTRACT

This article is a case study regarding the 95th Constitutional Amendment to the Brazilian 1988 Federal Constitution, with the general objective of verifying its juridical validity. This investigation seeks to address the following problem: is the 95th Constitutional Amendment valid when confronted with the existing juridical constitutional system? Using the hypotetico-deductive method, the investigation aims to test the hypothesis that the 95th Amendment is conflictive with the juridical system, which makes it invalid, especially regarding the constitutional establishment of fundamental rights. The historical method of procedure was applied to fulfill the need to expose certain norms regarding federal budget, the process of elaborating the amendment and to expose the norms the 95th Amendment contains. The research techniques employed include documental and bibliographic research. As specific objectives, this investigation aims to establish the necessary information for pointing out the research problem, to discuss this problem from a specific theoretical perspective and to confirm or deny the initial hypothesis. The first task is to introduce the notion of federal budget within the democratic rule of law, which is instrumental for understanding the content of the 95th Amendment. The second specific objective consists of discussing the new rules, so that in the third section the 95th Amendment can be confronted with the Constitution's prohibition of reform regarding the rollback of fundamental rights funding. As a result, the extreme reduction of government expenditure provides grounds for a declaration of unconstitutionality of the amendment in case.

Keywords: Budget, Constitutional Amendment, Fundamental Rights, Validity.

INTRODUÇÃO

O orçamento federal é um importante instrumento de organização de toda a administração pública. As despesas que forem estabelecidas no sistema legal que compõe o orçamento determinarão a capacidade ou incapacidade dos órgãos e entidades públicas efetuar suas finalidades. A validade jurídica do orçamento é um modo de fortalecer o funcionamento democrático das instituições públicas, de modo que se justifica um esforço de interpretar a partir da teoria do direito a fim de subsidiar a compreensão dos atos normativos relacionados.

A pesquisa parte do seguinte problema: a limitação da despesa pública operada pela EC nº 95/2016 tem validade perante o sistema jurídico constitucional brasileiro? Aplicando o método de abordagem hipotético-dedutivo, coloca-se a hipótese de que a emenda constitucional em questão está em conflito com o sistema jurídico constitucional, especialmente no que diz respeito ao reconhecimento de direitos fundamentais levado a efeito

pela Constituição dirigente. Utiliza-se como método de procedimento o método histórico, considerando a necessidade de perscrutar as normas existentes a respeito do orçamento federal, o processo elaboração da emenda constitucional e a explicitação do conteúdo da EC nº 95/2016. As técnicas de pesquisa compreendem a pesquisa documental, referente a atos normativos, atos administrativos informativos, processos judiciais e decisões judiciais, bem como a pesquisa bibliográfica que permite a construção teórica pretendida.

No presente trabalho será colocado o objetivo geral de questionar a validade da Emenda Constitucional (EC) nº 95/2016 perante a Constituição Federal de 1988 (CF), num estudo de caso, considerando as suas consequências para as finalidades do Estado Democrático de Direito. Como objetivos específicos, pretende-se estabelecer as informações necessárias para tratar do problema, discutir a problemática a partir de uma perspectiva teórica específica, inclusive em diálogo com posturas divergentes, bem como afirmar a confirmação ou negação da hipótese colocada.

Na primeira seção, será introduzido o tema do orçamento federal e sua validade jurídica, bem como serão expostos os principais efeitos da EC nº 95/2016. Na segunda seção, serão abordados os problemas relativos à emenda em questão e o financiamento do direito à saúde e do direito à educação, bem como o direito à revisão geral anual de vencimentos dos servidores públicos. Partindo da teoria do direito constitucional e dos direitos fundamentais, na terceira seção será confrontada a emenda constitucional com as cláusulas pétreas estabelecidas na CF, como critérios de validade para toda emenda constitucional. Percorrendo esse caminho, será cumprida a finalidade de reafirmar a autonomia do direito, considerando que o processo político de elaboração de Emenda Constitucional envolve uma série de ações pragmáticas comprometidas com interesses políticos.

Ocorre que, no Estado Democrático de Direito, os processos políticos devem estar de acordo com o direito – não é admitido um funcionamento inconstitucional do legislativo. Portanto, é necessário que os atos legislativos sejam válidos a partir de uma fundamentação jurídica, sendo que a invalidade jurídica deve ter como consequência a retirada da legislação do ordenamento jurídico. No presente estudo de caso, será realizada uma verificação da validade jurídica da Emenda Constitucional, como fator determinante para a sua subsistência no ordenamento. Trata-se de uma defesa da autonomia do direito perante a política, pela qual se afirma que a existência de motivação política de qualquer natureza para um ato normativo não é suficiente para sua validade e subsistência se não existir validade jurídica constitucional de determinado ato.

1 ELABORAÇÃO ORÇAMENTÁRIA E NORMAS DA EC Nº 95/2016

A condição de existência da administração pública é a disponibilidade de recursos financeiros para fazer cumprir as suas atividades. Sob a Constituição Federal de 1988, a concepção historicamente determinada da finalidade do Estado se consubstancia com força normativa: a Constituição estrutura um Estado Democrático de Direito. A qualificação do Estado Democrático de Direito corresponde à finalidade do Estado como prestador positivo de direitos em favor dos seus cidadãos e, superando esse postulado do Estado de Bem-Estar Social, direcionado para a alteração da situação real da sociedade, conforme colocado por Bolzan de Moraes e Streck (2001, p. 94). Portanto, quando se aborda o financiamento do Estado como condição de sua existência, se aborda o pressuposto da concretização de direitos, que é obrigação do Estado, no sentido de alterar materialmente determinada situação real.

O presente estudo de caso tem como ponto principal os efeitos da Emenda Constitucional nº 95/2016, que vincula as despesas primárias de cada exercício financeiro ao limite do índice IPCA no âmbito do orçamento da administração pública federal, por vinte exercícios financeiros consecutivos. Considerando este objeto, é necessário realizar considerações sobre as regras gerais acerca do orçamento federal, a fim de contextualizar o estudo da EC nº 95/2016.

A Constituição Federal estabelece as regras gerais sobre o orçamento no seu artigo 165 e seguintes. A primeira disposição constitucional a destacar é a organização da elaboração do orçamento em três espécies normativas: o Plano Plurianual (PP), a Lei de Diretrizes Orçamentárias (LDO) e a Lei Orçamentária Anual (LOA). As duas últimas tem maior importância para a questão central do presente trabalho, considerando que o PP diz respeito a quatro exercícios financeiros consecutivos em oposição à anualidade da LDO e da LOA, bem como em virtude da matéria tratada em cada uma destas leis.

A arrecadação de receitas torna viável a existência do Estado, a qual tem como importantíssima fonte a tributação ao lado de outros meios de geração de receita, com a consequente aplicação destas receitas nas suas atividades, por meio da realização de despesas. É exatamente na aferição de receitas e aplicação de despesas, condição básica de existência do Estado, que está situado o orçamento público. O orçamento existe como pressuposto do funcionamento da administração pública porque todas as despesas realizadas devem estar previstas neste instrumento, conforme artigo 167, inciso I da CF.

Pensar as características básicas do orçamento é útil para definir exatamente o âmbito da sua utilização como instituto jurídico, a fim de chegar à sua exata importância no contexto maior do funcionamento do Estado. Nesse sentido, a análise das espécies normativas que dão forma ao orçamento no direito brasileiro levou Harada (2005, p. 91) a ratificar a definição do artigo 2º da Lei Federal nº 4.320/1964 no sentido de que a unidade, universalidade e anualidade do orçamento se constituem em princípios orçamentários. Em complementação, o referido jurista nomeia os princípios do equilíbrio orçamentário; da legalidade; da transparência; da publicidade; e da não vinculação de receita de impostos.

A fim de estabelecer instrumentos de controle das finanças públicas, foi promulgada a Lei Complementar nº 101/2000, denominada Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF). A partir da vigência da LRF, aplicam-se disposições de limitação à liberdade para a elaboração e execução do orçamento, tanto para o Executivo quanto para o Legislativo, mais restritivas que as disposições de controle já existentes no momento do início dos seus efeitos. Em geral, as disposições da LRF estabelecem requisitos de validade referentes aos procedimentos de elaboração e execução orçamentária que coagem a atuação do agente público a alterar materialmente o manejo dos recursos públicos – no mínimo, é esta a sua finalidade. O controle propriamente dito é instrumentalizado pela LRF porque a lei dispõe sanções. De acordo com Giacobbo (2014, p. 97), a LRF é uma espécie jurídica que proporciona meios de controle social da gestão pública, destacando a questão da participação ampla na elaboração orçamentária e a transparência orçamentária.

A existência de controle pelas normas jurídicas tem como finalidade precípua a garantia da validade da elaboração e execução orçamentária. A justificativa dos instrumentos de controle está exatamente nos casos de falta de efetividade de transparência e de responsabilidade fiscal. Nesse sentido, é oportuno abordar a pesquisa de Aquino e Azevedo (2017) acerca da utilização de institutos jurídicos para o manejo das receitas e despesas sem se dar eficácia jurídica e social aos princípios orçamentários e constitucionais.

A referida pesquisa discute a credibilidade e a transparência dos orçamentos públicos, a partir da observação empírica do carregamento orçamentário nos três níveis da federação no Brasil. O carregamento orçamentário consiste na utilização de institutos jurídicos que flexibilizam a anualidade e o equilíbrio orçamentário, porque permitem a execução de receitas e despesas em exercício financeiro posterior ao que foram previstas inicialmente. Aquino e Azevedo (2017) identificam quatro tipos de carregamento orçamentário, dois dos quais se qualificam como restos a pagar. Em primeiro lugar, os restos

a pagar processados (RPP), provenientes de despesas empenhadas, liquidadas e não pagas, e em segundo lugar os restos a pagar não processados (RPNP), provenientes de inscrições de despesas empenhadas, porém não liquidadas. Ambos os conceitos se referem a despesas que deveriam ser computadas em determinado exercício financeiro, cujo adimplemento é postergado para o exercício posterior e deixam de ser computadas no orçamento originário. Desta maneira, a execução orçamentária inicial registra aparentemente menos despesas, as quais deverão ser arcadas pela administração pública de qualquer maneira no exercício seguinte.

Aquino e Azevedo (2017) explicitam que a LRF não estabelece limite para o carregamento orçamentário e, a partir da análise de dados de todos os níveis da federação, afirmam o aumento de utilização de maneira generalizada dos RPP e RPNP na última década. Os referidos pesquisadores denunciam o surgimento de um orçamento paralelo, uma vez que as informações da LOA e da execução orçamentária necessitam ser observadas em conjunto com os restos a pagar postergados para o próximo exercício financeiro a fim de aferir a verdadeira situação das finanças públicas. Portanto, identificam a utilização de artifício de demonstração de superávit orçamentário:

O uso de “restos a pagar” no Brasil como mecanismo de flexibilização da anualidade do orçamento está abrindo espaço para endividamento sem transparência dos governos. O orçamento está se tornando uma “peça de ficção”, sem qualquer valor para planejamento, e deixa de pautar a negociação legislativa de alocação de recursos via representação democrática e de controle fiscal. Mesmo a CGU e o TCU apontando nos últimos anos o aumento abusivo dos restos a pagar e seu uso como gerenciamento de resultado primário no governo federal, a eventual redução no uso exacerbado não resolve a questão. O mesmo comportamento passou a ser observado nos governos regionais e locais, também com a baixa efetividade dos órgãos de controle externo em conter o crescimento do uso do RPNP, que dá todos os indícios de não ser sustentável. (AQUINO E AZEVEDO, 2017, p. 593).

A questão dos RPP e RPNP demonstra a ocorrência das decisões políticas que comprometem as finalidades principais da existência do orçamento, como a transparência. No caso exposto, a existência do referido “orçamento paralelo” compromete a credibilidade do orçamento, em primeiro lugar. Em segundo lugar, a postergação de pagamentos é uma ameaça à estrutura da administração pública, uma vez que se trata de um ônus acumulado a ser suportado mediante o uso de verbas que deixaram de ser alocadas para a efetivação de serviços públicos e de políticas públicas.

A partir da identificação dessa espécie de prática temerária para com o patrimônio público, se estrutura a legislação de controle no sentido de estabelecer limites para

determinada alocação de recursos e sanções para a superação de limite. A LRF, conforme demonstrado, é um instrumento de controle que surgiu para coibir práticas conhecidas à época da sua promulgação. Ocorre que a LRF deixou de estabelecer limite para os RPP e RPNP. Da mesma maneira, a legislação sempre estará atrasada em relação ao surgimento dos meios de má utilização dos recursos públicos. Nesse sentido, a importância de pensar o orçamento e o modo como deve ser existe para que se busque a validade da elaboração e da execução. Além da validade, para que proporcionem os requisitos de existência de prestações por parte do Estado, as quais sirvam para a consecução de direitos fundamentais.

Em suma, é verificável a existência de distorções das regras estabelecidas de maneira insustentável, como o caso dos RPP e RPNP ilustram perfeitamente, o que enseja e justifica a existência da legislação de controle – esta surge no sentido de atender ao problema da eficácia do orçamento enquanto instrumento de organização e racionalidade das finanças públicas. O que se aprende com essa experiência é que a matéria do orçamento e das finanças públicas necessita de um paradigma a estabelecer a validade dos atos administrativos nesse âmbito. Esse paradigma deve ser a finalidade do Estado Democrático de Direito, orientado para a consecução de direitos fundamentais, o que se depreende da Constituição Federal. A EC nº 95/2016 é promulgada em meio a esta necessidade de que sejam estabelecidos meios efetivos para a melhoria da execução orçamentária. É necessário, portanto, verificar se os seus efeitos serão positivos para a elaboração e execução orçamentária federal.

As decisões políticas que ocorrem na elaboração orçamentária devem ser juridicamente válidas perante a CF, perante a legislação infraconstitucional orçamentária e perante a legislação de controle como a LRF. A promulgação da EC nº 95/2016 leva a vigência novas disposições normativas incluídas no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) para alterar as regras de validade do orçamento da União. Sendo assim, todo o processo de elaboração e execução orçamentária federal será afetado pelas suas disposições, o que justifica o estudo dos seus efeitos, tarefa realizada a seguir.

A Emenda Constitucional nº 95 de 2016 iniciou a sua vigência no dia 15 de dezembro de 2016, para o efeito de adicionar novos artigos ao ADCT e para o efeito de revogar o artigo 2º da Emenda Constitucional nº 86 de 2015. As novas regras começaram a produzir efeitos durante o exercício financeiro de 2016, sendo que a elaboração orçamentária referente ao exercício de 2017 não havia se materializado em legislação: a LDO para o orçamento de 2017 somente foi promulgada em 26 de dezembro de 2016 e a LOA correspondente somente foi promulgada no dia 10 de janeiro de 2017. Portanto, a EC nº

95/2016 foi elaborada de maneira a produzir seus efeitos sobre o orçamento da União de 2017, havendo disposição expressa da emenda acerca do primeiro ano que o diferencia dos posteriores.

O conteúdo material da EC nº 95/2016 foi denominado de Novo Regime Fiscal (NRF), que expõe uma pretensão de regulação geral do orçamento da União e algumas disposições deste ato normativo se assemelham à LRF na medida em que estabelecem requisitos de validade da elaboração e da execução orçamentária e, como meio de obter eficácia, instituem sanções aos atos que não estejam de acordo com suas regras. Isso considerado, serão abordadas as normas mais significativas que a EC nº 95/2016 introduz, a fim de confrontá-los com o sistema constitucional anteriormente estabelecido, como parâmetro de validade do NRF.

O efeito jurídico central do NRF é a instituição da regra do limite máximo para as despesas primárias no orçamento da União, o qual enseja a denominação de teto dos gastos públicos. Por força dos artigos 106 e 107 do ADCT, as despesas primárias de cada orçamento estarão limitadas ao valor da despesa primária paga no exercício base de 2016, aplicada a variação da inflação pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA) sucessivamente em cada exercício. A variação corresponderá ao último período anterior de julho a junho, somando-se à correção feita em exercícios anteriores. A especificidade da EC nº 95/2016 quanto a 2017, o primeiro ano de sua vigência, consiste no limite “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)” (BRASIL, 2016). Estabelecido o parâmetro inicial do limite de despesas, a EC nº 95/2016 fará vigorar essa disposição por vinte exercícios financeiros.

Salienta-se que a EC nº 95/2016 estabelece o limite das despesas correspondente à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos. No mesmo sentido, o §10º do artigo 107 do ADCT determina que esta regra será observada para aferir os limites de despesa nos exercícios posteriores. Em contrapartida, o §11º do mesmo artigo permite que se exclua os restos a pagar inscritos (e não pagos) até 31 de dezembro de 2015 para fins de determinar o limite de despesas. Portanto, o problema apresentado na pesquisa de Aquino e Azevedo (2017) não recebe um tratamento específico nesta emenda, pois os RPP e RPNP estão compreendidos na mesma regra de limite de despesas.

É necessário observar os limites da abrangência do NRF. O orçamento da União está contido na Lei Orçamentária Anual, que unifica as disposições de três orçamentos

diferentes: Orçamento Fiscal, Orçamento da Seguridade Social e Orçamento de Investimento das Empresas Estatais Federais. Por disposição do artigo 106 adicionado ao ADCT, o NRF somente se aplica ao Orçamento Fiscal e ao Orçamento da Seguridade Social, excluído das suas regras o Orçamento de Investimento.

Quanto aos limites do NRF por instituições federais, a EC nº 95/2016 estabelece a aplicação do NRF ao Poder Executivo de maneira genérica, incluindo nesse conceito a administração indireta federal. Também vincula expressamente os órgãos federais que têm a prerrogativa constitucional de apresentar suas próprias propostas orçamentárias. O Poder Legislativo da União fica submetido ao limite de despesas, inclusive no que diz respeito às competências administrativas privativas da Câmara e do Senado. Da mesma maneira, estão inclusos no NRF os órgãos do Poder Judiciário vinculados à União, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) e a Justiça do Distrito Federal, bem como o Ministério Público da União, o Conselho Nacional do Ministério Público, a Defensoria Pública da União e a Defensoria Pública do Distrito Federal. O limite de despesas primárias é aferido individualmente para cada um dos órgãos, organizados em incisos do novo artigo 107 do ADCT.

Depois de afirmar a abrangência do NRF pelo arrolamento de órgãos submetidos ao teto de despesas, a EC nº 95/2016 inclui expressamente despesas específicas – as despesas mínimas fixadas pela Constituição Federal para as ações e serviços de saúde e desenvolvimento do ensino. Trata-se dos dispositivos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212 da CF, os quais estabelecem valores mínimos para o financiamento do direito à saúde e do direito à educação, respectivamente. O novo artigo 110 do ADCT submete os valores constantes destes dispositivos a uma regra semelhante à do novo artigo 107 do ADCT, de maneira que o financiamento mínimo é estipulado expressamente para o primeiro exercício de vigência da emenda e, posteriormente, é vinculado à variação da inflação pelo período dos dezenove exercícios consecutivos.

Considerada a regra central do limite das despesas, o teto de gastos, todas as outras disposições introduzidas no ADCT a referenciam a fim de dispor a sua abrangência, exceções e sanções em hipótese de descumprimento. Ademais, o NRF estabelece exceções à regra principal, arrolando espécies de despesas, as quais são excluídas da base de cálculo da despesa primária para efeitos de aferição do limite do NRF.

A EC nº 95/2016 apresenta como última exceção as “despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes”. Nesse ponto, se verifica o conceito de empresas estatais como gênero do qual são espécies as empresas públicas e as sociedades de

economia mista. Importa também identificar a diferença entre uma empresa estatal dependente e uma empresa estatal não dependente, o que pode ser buscado no tratamento dado pelos órgãos estatais incumbidos da elaboração e execução orçamentária. O Relatório Fiscal publicado em dezembro de 2017 pela Instituição Fiscal Independente (IFI)³ do Senado Federal cumpre a função de informar sobre a referida distinção:

Considera-se uma estatal dependente quando ela necessita de recursos da União para cobrir suas despesas de pessoal, custeio e de capital, excluindo-se, nesse último caso, os recursos provenientes de participação acionária. Portanto, as estatais dependentes não geram recursos suficientes para financiar suas despesas, necessitando da ajuda financeira da União. Dentre as 149 estatais federais, 18 são dependentes da União. Os recursos são disponibilizados por meio de dotação de recursos no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social.

As 131 empresas não dependentes não constam no Orçamento Fiscal e da Seguridade Social, pois não necessitam de recursos da União para se manterem, o que não significa que sempre gerem lucros ou que não recebam eventualmente aportes de capital da União. Os lucros gerados, por sua vez, podem ser revertidos para a União na forma de dividendos. A relação dessas empresas com o orçamento federal se dá por meio do Orçamento de Investimentos, embora parte delas não apareça expressamente nesse orçamento. (BRASIL, 2018, p. 33).

Das informações do relatório do IFI é possível verificar que classificar empresas estatais dependentes e não dependentes serve a finalidade técnica de distinção da sua situação econômica, em detrimento de constituírem duas espécies propriamente jurídicas. A diferença apontada pela IFI é a existência ou inexistência de capacidade de cada empresa estatal cobrir suas próprias despesas. A outra diferença identificada é que o Estado aporta recursos em favor das empresas dependentes e não dependentes, porém, somente as empresas não dependentes geram ganhos para o Estado na forma de dividendos. Evidencia-se o critério econômico de diferenciação quando o mesmo relatório da IFI afirma que “Se os aportes [de recursos federais em favor da empresa] forem sistemáticos, a empresa pode vir a ser reclassificada como dependente de recursos do Tesouro” (BRASIL, 2018, p. 37).

A consequência destas distinções é a inclusão das empresas dependentes no Orçamento Fiscal e Orçamento da Seguridade e das empresas não dependentes no Orçamento de Investimento. Portanto, a exceção contida no artigo 107, §6º, inciso IV da EC nº 95/2016

³ A Instituição Fiscal Independente – IFI consiste em órgão integrante do Senado Federal, instituído por meio da Resolução nº 42/2016, que cumpre finalidades informativas e de assistência para subsidiar as atividades do Congresso no que diz respeito à elaboração e execução orçamentária, por meio da elaboração mensal de Relatório de Acompanhamento Fiscal. A IFI não vincula os órgãos que informa, de maneira que a sua função informativa é a sua máxima extensão. As competências informativas da IFI, segundo a resolução que a constitui, “não excluem nem limitam aquelas atribuídas a órgãos jurisdicionais, normativos ou de controle”. O início das atividades da IFI corresponde com o terceiro mês de vigência do NRF, uma vez que o seu primeiro relatório mensal foi publicado em fevereiro de 2017.

evidencia que a exclusão do Orçamento de Investimento do NRF é um meio de garantir as despesas em favor das empresas estatais não dependentes, que geram ganho para o Estado, enquanto o restante das despesas não passará da correção nos termos do teto de despesas.

Determinada a abrangência do limite de despesas, bem como as exceções à regra, o NRF institui nos incisos do artigo 109 do ADCT as sanções aplicáveis na hipótese de descumprimento do limite de despesas. Por sanções entende-se a vedação de realização de despesa orçamentária, seja por disposição de ato administrativo, seja por meio de proposição legislativa. Para fins de aplicação destas sanções, avalia-se a execução orçamentária dos limites individualizados e, sendo aplicadas as sanções, estas produzirão efeitos até que o órgão responsável conduza a sua execução orçamentária a retornar para o limite de despesas.

A discussão exaustiva dos efeitos secundários da EC nº 95/2016 extrapola os limites do presente trabalho, de maneira que a exposição sintética dos seus efeitos principais será o ponto de partida para a discussão sobre a validade destas normas, a ser feita nas seções seguintes.

2 EFEITOS DA EC Nº 95/2016 QUANTO AO FINANCIAMENTO DA SAÚDE E DA EDUCAÇÃO E QUANTO À REVISÃO GERAL ANUAL DE VENCIMENTOS

A EC nº 95/2016 adiciona o artigo 110 ao ADCT, para o efeito de submeter o quantitativo mínimo de despesas para as ações e serviços de saúde e desenvolvimento do ensino, já contido na CF, a uma sistemática semelhante à regra principal do NRF para a totalidade do orçamento federal, estabelecendo um limite de despesas que terá sua variação determinada pela inflação. Esta alteração realizada pelo NRF é a mais recente de uma série de disposições constitucionais a respeito do financiamento mínimo de direitos fundamentais.

A redação original da CF, nos artigos 198 e seguintes e 205 e seguintes (BRASIL, 1988), continha normas no sentido de qualificar os direitos à saúde e à educação como deveres do Estado em favor dos cidadãos, o que corresponde a uma atribuição de finalidades ao Estado Democrático de Direito, voltadas à alteração da realidade por meio da garantia de direitos prestacionais (BOLZAN DE MORAIS; STRECK, 2001, p. 94). A redação do artigo 208, §1º da CF dispõe expressamente que “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, norma elaborada de maneira a reafirmar a exigibilidade judicial do direito social, atribuindo ao direito à educação uma obrigatoriedade de prestação pelo Estado e eficácia para além do caráter de norma programática.

Contendo normas sobre o financiamento mínimo de direitos fundamentais, foi promulgada no ano de 2000 a Emenda Constitucional nº 29, ato normativo cujos efeitos estão imbricados com as disposições do NRF. Especificamente no que diz respeito à prestação do direito à saúde pela União, a EC nº 29/2000 alterou o artigo 198, de maneira a incluir o dever de edição de legislação complementar, cuja matéria obrigatoriamente estabeleceria limites mínimos para o financiamento da saúde.

Em evidente mora legislativa, a norma da EC nº 29/2000 somente foi regulamentada pela Lei Complementar nº 141 no ano de 2012. A LC nº 141/2012 estabeleceu limites mínimos para o financiamento do sistema de saúde, de duas maneiras diferentes. Por um lado, vinculou expressamente as receitas da União em percentuais mínimos de aplicação obrigatória em favor da saúde. De outra maneira, vinculou a aplicação de despesas em cada exercício à despesa realizada no exercício anterior, acrescida da variação do Produto Interno Bruto (PIB). Na hipótese de variação negativa do PIB, a LC nº 141/2012 salvaguardou o investimento mínimo ao valor nominal do ano anterior.

Nestes termos, a EC nº 29/2000, combinada com o seu regulamento, estabelece normas de financiamento mínimo mais benéficas à realização das prestações positivas pela União do direito à saúde, ao colocar valores expressos que têm validade jurídica para vincular o poder público na aplicação de recursos orçamentários. O mais importante é que as referidas regras sobre financiamento mínimo trouxeram uma alteração positiva em relação à redação original da CF, de maneira que a sua eficácia social deveria corresponder à melhor realização de direitos fundamentais.

Esse cenário normativo se altera com a promulgação da Emenda Constitucional nº 86, no ano de 2015. Novamente a respeito do direito à saúde em específico, a EC nº 86/2015 alterou as regras da EC nº 29/2000 referentes ao artigo 198, de maneira que o financiamento mínimo da saúde seria cumprido progressivamente, em percentuais mínimos sobre a receita. Embora a EC nº 86/2015 apresentasse uma aparência de garantia de investimento mínimo para o direito à saúde, em verdade fazia regredir os valores garantidos anteriormente pela EC nº 29/2000 em conjunto com a LC nº 141/2012. O seu caráter regressivo em relação à efetivação de direitos fundamentais foi questionado perante o STF, no âmbito da ADI nº 5.595, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski.

Em decisão do relator, foi suspensa a eficácia dos artigos da EC nº 86/2015 no que diz respeito ao financiamento mínimo da saúde (BRASIL, 2017). A ação pende de apreciação pelo plenário do STF. A referida decisão foi publicada em 01 de setembro de

2017, quando já estava em vigência o NRF. Portanto, o teto de despesas já se aplicava em relação ao financiamento mínimo da EC nº 86/2015. Este fato é um dos fundamentos pelos quais o relator da ADI nº 5.595 reconheceu o *periculum in mora* necessário para o deferimento da liminar, considerando que a cumulação da diminuição de financiamento da EC nº 86/2015, com o limite NRF por mais um exercício teria efeito negativo para a prestação do direito à saúde.

Enquanto a EC nº 29/2000 levou a efeito normas que estavam em consonância com a ordem constitucional no que diz respeito à efetivação de direitos fundamentais, a EC nº 86/2015 consiste em regressão das garantias dos direitos fundamentais e, desta maneira, é um ato normativo que incorre numa proibição de alteração da CF, contida no artigo 60, §4º, inciso IV. Neste ponto está a fundamentação da decisão que suspendeu a eficácia dos artigos da EC nº 86/2015 operada pela decisão monocrática na ADI nº 5.595. Neste efeito regressivo em relação às normas anteriormente estabelecidas, converge a EC nº 86/2015 com a EC nº 95/2016.

Assim como educação e saúde, há outros direitos fundamentais afetados pela emenda. A EC nº 95/2016 produz efeitos especialmente significantes para as relações entre os servidores públicos federais e o Estado. De maneira geral, é possível identificar os servidores públicos federais como aqueles que mantêm relação com o Estado por meio do Regime Jurídico Único da Lei Federal nº 8.112/1990. Na complexidade dos meios pelos quais o Estado emprega força de trabalho para a realização de serviços públicos, aparecem as figuras dos empregados públicos, dos cargos em comissão e do estágio, por exemplo. Importa, no momento, focar nos servidores públicos federais, uma vez que estes compõem a maior parte da força de trabalho da administração federal.

A respeito da tutela constitucional dos direitos dos servidores públicos federais, os artigos 37 e 39 da CF estabelecem as garantias básicas sobre a remuneração dos servidores. Especificamente, o artigo 37, inciso X, da CF garante aos servidores públicos a revisão geral anual da sua remuneração. Por sua vez, o artigo 39, §3º da CF garante aos servidores públicos alguns dos direitos dos trabalhadores contidos no capítulo dos direitos sociais. Em especial, é garantido aos servidores públicos o direito do artigo 7º, inciso IV da CF, que garante o salário mínimo com “reajustes periódicos que lhe preservem o poder aquisitivo” aos trabalhadores com vínculo regido pela Consolidação das Leis do Trabalho (CLT).

A EC nº 95/2016 adicionou ao ADCT o artigo 109, o qual estabelece sanções na hipótese de que as despesas orçamentárias ultrapassem o limite estabelecido pelo próprio

NRF. O novo artigo 109 traz sanções no sentido de, quando aplicadas, restringir a criação de cargos, a realização de concursos, a alteração da carreira e, notoriamente, proibir o reajuste da remuneração dos servidores públicos. Quanto à relação que se estabelece entre o servidor federal e o Estado, o NRF dispõe o seguinte: são competentes os agentes políticos do Estado na elaboração orçamentária, do Poder Executivo e Legislativo, para a alocação de dotações orçamentárias. Se esta alocação superar determinada despesa, a sanção consequente recairá sobre o amplo conjunto de públicos federais, a fim de contrabalancear as despesas feitas para quaisquer outras finalidades.

O limite principal imposto pelo NRF se aplica às despesas primárias por órgãos da União, de maneira que todas as aplicações de dotações orçamentárias realizadas no âmbito do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União serão afetadas por este limite, salvo exceções expressas. O efeito principal do NRF consiste na diminuição de despesas públicas, sendo esta uma finalidade declarada pelo governo na proposta de emenda (BRASIL, 2016). O governo propositor da emenda parte de um cenário negativo das finanças públicas, identificando a dimensão da dívida pública bem como a existência de déficit primário. Trata-se de ponto comum com abordagens científicas da situação das finanças, como aquelas realizadas por Junior e Salvador (2015) e por Junior, Junior e Vasconcelos (2013). A diminuição de despesas públicas, de maneira geral, não consiste em medida inválida perante o Direito indiscriminadamente.

A diminuição de despesas públicas é um instrumento básico e necessário para a boa administração de recursos, considerando que as dotações orçamentárias devem ser aplicadas com base em critérios de prioridades e de eficiência do gasto público. No mesmo sentido, a própria limitação de direitos fundamentais não corresponde irrestritamente a uma transgressão do sistema constitucional, considerando que cada direito não se reveste de caráter absoluto. O que se está a tratar no caso do NRF é uma limitação das despesas com tamanha rigidez que os limites mínimos de financiamento da administração pública restam comprometidos. A EC nº 95/2016 diminui a disponibilidade de recursos ao ponto de negar a efetivação de direitos, por meio da negativa de financiamento adequado. Essa negativa consiste numa restrição de direitos fundamentais, de maneira que o conteúdo principal da efetivação dos direitos fundamentais é violado pela falta de dotações orçamentárias para a sua existência. Portanto, trata-se de efeitos que vão além da restrição legítima dos direitos fundamentais, tornando esta uma reforma constitucional inválida.

A partir do momento em que a proposta que resultou na EC nº 95/2016 ganhou relevância no Legislativo, diversos autores vêm buscando demonstrar os efeitos que o NRF produz e produzirá sobre as despesas públicas. É necessário abordar estas construções teóricas a fim de subsidiar a afirmação de que o NRF opera uma restrição inválida de direitos fundamentais. O primeiro posicionamento a ser observado é o de Benevides e Vieira (2016), autores que realizaram estudo quantitativo a respeito dos efeitos da EC nº 95/2016 especificamente quanto ao direito à saúde.

Considerando a extensão cronológica dos efeitos do NRF, bem como a sua natureza anticíclica em relação à variação do PIB, os autores realizaram a projeção do financiamento mínimo da saúde para os vinte anos de vigência do NRF, utilizando quatro cenários distintos de crescimento do PIB, a fim de demonstrar a diferença entre financiamento mínimo da saúde pelas regras da EC nº 95/2016 e deste financiamento pelas regras anteriormente vigentes. O cenário de maior crescimento econômico projetado pelos autores considerou um aumento de 2% do PIB ao ano durante a vigência do NRF. Neste cenário, foram obtidas as seguintes conclusões:

No cenário de crescimento real do PIB de 2,0% ao ano, a desvinculação da RCL pela EC 95, reduzirá o limite mínimo em ASPS para 12,7% da RCL em 2026, e para 10,5% em 2036 – ao invés dos 15,0% previstos na regra da EC 86 (gráfico 4). Por fim, o gasto per capita, calculado pela aplicação mínima, será de R\$ 485 em 2036, 6,3% menor do que os R\$ 519 autorizados para aplicação em 2016 (gráfico 5).

[...]

No cenário que considera taxas de crescimento do PIB de 2,0% ao ano, a perda de recursos para financiamento das ASPS com a EC 95 foi estimada em R\$ 415 bilhões em 20 anos, quando se comparam com os recursos que seriam alocados pelo governo federal a partir da aplicação da regra EC 86, sendo R\$ 69 bilhões nos primeiros 10 anos e R\$ 347 bilhões nos 10 anos seguintes, entre 2027 e 2036. (BENEVIDES E VIEIRA, 2016, p. 17).⁴

Portanto, quanto maior for o crescimento do PIB, maior será a diferença entre o valor do investimento na saúde nos termos das regras anteriores e o valor do investimento nos termos do NRF.

Ao considerar as regras anteriores ao NRF, que constituem o seu cenário-base para comparação com o NRF, Benevides e Vieira (2016) aplicaram os valores referentes à EC nº 86/2015. Conforme exposto, a EC nº 86/2015 introduziu uma regra de financiamento mínimo mais baixo que a anterior, da EC nº 29/2000 e, por este fato, a eficácia da EC nº 86/2015 está suspensa por decisão liminar do STF. Portanto, as conclusões de Benevides e

⁴ As siglas utilizadas na citação correspondem a Receita Corrente Líquida (RCL) e Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS).

Vieira (2016, p. 17) no sentido de que o NRF diminui o financiamento do direito à saúde, demonstrariam um decréscimo ainda mais acentuado caso fosse considerado o fato – superveniente ao seu estudo – da suspensão dos efeitos da EC nº 86/2015 por inconstitucionalidade. Os citados autores denominam o NRF como uma reforma tácita do Estado.

No mesmo sentido, Soares (2018) aborda o NRF quanto às regras direcionadas ao financiamento da saúde, em comparação com as regras anteriores da EC nº 86/2015. O referido autor traz à consideração dos efeitos da EC nº 95/2016 fatores que indicam o aumento da necessidade de financiamento da saúde, em oposição à diminuição operada pelo NRF. Trata-se, especificamente, das demandas de atendimento de saúde na sociedade brasileira, para as quais se necessitam políticas públicas mais complexas e mais abrangentes, com o financiamento correspondente, e do crescimento populacional brasileiro, os quais decorrem da análise de dados demográficos e epidemiológicos da sociedade brasileira. A partir disto, conclui:

Conclui-se que: a) a EC n. 95/2016 altera a forma de indexação e financiamento do direito à saúde; b) o novo indexador compromete a ampliação e manutenção dos serviços no âmbito da saúde pública, gerando, ao longo do período de vigência, uma diminuição do gasto público per capita no Brasil; c) e a escassez de recursos levará a escolhas trágicas e ao aprofundamento das desigualdades no acesso à saúde no Brasil. (SOARES, 2018, p. 207).

Noutro estudo a respeito dos efeitos do NRF, Dweck e Rossi (2016) fizeram projeção do financiamento ao longo do período de vigência da EC nº 95/2016, por sua vez considerando o financiamento mínimo de saúde e também da educação nos termos da EC nº 86/2015, e considerando uma projeção de crescimento do PIB de 2,5% ao ano. A conclusão obtida é semelhante às anteriormente expostas: ao longo da vigência do NRF, o financiamento da saúde e da educação será menor do que seria na hipótese de inexistência do limite da despesa primária. Dweck e Rossi (2016, p. 4) identificam a EC nº 95/2016 nos termos de um ajuste fiscal permanente, como uma política de austeridade e como uma maneira de diminuir o âmbito de atividade do Estado, a despeito das disposições constitucionais.

A estes posicionamentos, se soma o entendimento de Pinto (2018, p. 3) em desfavor do NRF, para quem “não cabe impor, via ADCT, uma espécie de ‘estado de sítio fiscal’ que suspenda a eficácia dos direitos fundamentais por 20 anos, a pretexto de teto global de despesa primária”. Pinto (2016, p. 1) ainda define o NRF como uma medida alheia ao

fluxo de receita e que não se dirige às despesas financeiras, que correspondem aos encargos e amortização da dívida pública.

3 DIREITOS FUNDAMENTAIS E A VALIDADE DA EC Nº 95/2016

A abordagem proposta neste trabalho exige que se delimitem compreensões acerca dos direitos fundamentais, o que será realizado depois de terem sido expostos os efeitos principais da EC nº 95/2016. Busca-se uma proposição de conceito dos direitos fundamentais na teoria de Sarlet:

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 equiparados, agregando-se à Constituição material, tendo, ou não, assento na Constituição Formal (aqui considerada a abertura material do Catálogo).(SARLET, 2010, p. 235).

Trata-se de estabelecer critérios para identificar quais direitos podem ser considerados fundamentais e, a partir disto, o tratamento que deve ser dispensado no âmbito do ordenamento jurídico quanto a estes direitos, no que toca à sua efetivação e proteção. Sarlet (2010, p. 235) entende como fundamentalidade formal a integração dos direitos ao texto constitucional, a aplicabilidade direta e vinculante, e a proteção destes direitos em face do Poder Constituinte Derivado, o que corresponde ao procedimento diferenciado e ao estabelecimento de cláusulas pétreas. Na dimensão material, a fundamentalidade consiste na caracterização das normas como decisões fundamentais a respeito da estrutura básica do Estado e da sociedade, que na CF de 1988 corresponde a uma identidade compromissária e dirigente, nos termos dos princípios e objetivos fundamentais.

Ao considerar a norma contida no artigo 5º, §2º da CF, Sarlet (2010, p. 235) manifesta o entendimento de que não há um sistema à parte do restante da CF, e propõe um conceito aberto de direitos fundamentais. Esta abertura significa que a fundamentalidade formal e material dos direitos não se verifica somente naqueles direitos presentes no rol expresso que corresponde ao Título II da CF de 1988. Consideram-se fundamentais também aqueles direitos previstos em outros dispositivos da CF e em tratados internacionais, desde que verificada a sua fundamentalidade formal e material. No mesmo sentido, é de suma importância para a realização dos compromissos constitucionais a disposição contida no

artigo 5º, §1º da CF, por força da qual as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. Trata-se da afirmação da eficácia plena dos direitos fundamentais, de maneira que é superado o seu caráter de normas programáticas e é estabelecida a sua exigibilidade imediata.

A eficácia plena dos direitos fundamentais vincula o poder público a atuar de maneira a garantir, na medida do possível, a realização destes direitos. Não é válido o tratamento dos direitos e garantias fundamentais como informações desprovidas de aplicabilidade, tampouco o funcionamento de um sistema jurídico no sentido de suprimir o exercício dos direitos e garantias por seus titulares. Portanto, há de se reconhecer que o ordenamento constitucional interpõe uma proibição de retrocesso em relação aos direitos fundamentais. A utilização das emendas constitucionais como uma maneira de negar eficácia aos direitos fundamentais não é válida perante a própria CF. Sarlet (2010, p. 450) vincula a concepção de proibição de retrocesso à garantia de segurança jurídica, reconhecendo-a como um princípio implícito decorrente das demais instituições incorporadas à ordem constitucional.

Fundamentando seu entendimento em de modo semelhante ao citado acima, Soares (2018, p. 201), afirma que do Estado Democrático de Direito decorre um dever de progressividade da efetivação dos direitos fundamentais. O referido autor suscita como fundamento jurídico os efeitos do artigo 2º, item “1”, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), ratificado pelo Brasil e vigente por efeito do Decreto nº 591/1992 (BRASIL, 1992). O sentido da norma do PIDESC é que o Estado brasileiro, ao assumir obrigações por este tratado, reconheceu o direito dos seus cidadãos a uma implantação progressiva dos direitos fundamentais na medida da possibilidade dos seus recursos, de maneira a dar eficácia material aos direitos promulgados na CF e demais fontes.

Destas construções teóricas depreende-se que ao identificar um direito fundamental na CF e em tratados internacionais, identifica-se um direito que não pode objeto de supressão por emenda constitucional. O Poder Constituinte Reformador encontra seu limite em face da fundamentalidade da norma. No mesmo sentido, é possível identificar a fundamentalidade de um direito ainda que este esteja localizado fora do rol específico de direitos fundamentais organizado na redação original da CF, localizado em outro ponto do texto ou em tratado internacional. Verificada a fundamentalidade de um direito suprimido pela EC nº 95/2016, verifica-se simultaneamente um fundamento de inconstitucionalidade

deste ato normativo por extrapolar os limites de reforma, por força do artigo 60, §4º, inciso IV da CF.

O financiamento do direito à saúde no âmbito da União é expressamente garantido pela CF, nos §§1º, 2º e 3º do artigo 198. Por sua vez, o financiamento do direito à educação está insculpido no *caput* do artigo 212. A fundamentalidade material das regras de financiamento mínimo é evidenciada pela teoria dos direitos fundamentais quando abordada a questão dos custos dos direitos. Soares (2018, p. 201) demonstra que todos os direitos positivados, sejam os denominados direitos negativos ou de liberdade, sejam os direitos prestacionais, necessitam da aplicação de dotações orçamentárias para que possa existir a sua eficácia. A não alocação de dotações orçamentárias para estas ações equivale ao descumprimento das normas constitucionais – o financiamento é um pressuposto da efetivação dos direitos.

Por esta condição, as normas de financiamento mínimo para os direitos fundamentais correspondem ao conteúdo mais importante dos direitos fundamentais à saúde e à educação, incluídos no rol do artigo 6º da CF e, portanto, têm fundamentalidade material. No mesmo sentido, têm fundamentalidade formal pela sua inclusão no texto constitucional, embora fora do Título II.

Quanto ao direito dos servidores públicos à revisão geral anual, este é garantido pelo artigo 37, inciso X, artigo 39, §3º e artigo 7º, inciso IV. O conteúdo das relações jurídicas que estes direitos tutelam é materialmente fundamental, especialmente considerando o valor social do trabalho como fundamento da República, contido no artigo 1º, inciso IV. Identificados os direitos dos servidores como direitos sociais fundamentais, equiparados expressamente ao rol do Título II da CF, é correto afirmar que estes direitos estão protegidos pela proibição de supressão pelo Poder Constituinte Derivado, e é exatamente de supressão que se trata nas hipóteses de sanções da EC nº 95/2016.

As emendas constitucionais se distinguem das outras espécies legislativas pelo fato de que são manifestações do Poder Constituinte Reformador, concedido pelo Poder Constituinte Originário ao Legislativo. A norma resultante de uma proposta de emenda estará no mesmo patamar hierárquico que as normas constitucionais anteriores, sendo este o meio legítimo para a alteração da CF. A validade da emenda constitucional perante a própria CF se submete à verificação de requisitos diferentes em relação à legislação infraconstitucional, uma vez que a emenda constitucional é a espécie legislativa que pode dispor contrariamente – alterar, suprimir – e adicionar texto à norma constitucional anteriormente estabelecida. A

emenda constitucional é vinculada ao processo legislativo mais exigente, e quanto à matéria, o poder de reformar as disposições constitucionais encontra limite nas cláusulas pétreas do artigo 60 da CF, de maneira que a verificação de validade de uma emenda constitucional deve recair sobre a adequação da reforma da CF a estes limites.

Para cumprir o objetivo de questionar a validade da EC nº 95/2016, é necessário verificar os limites materiais da reforma constitucional. O artigo 60, no seu § 4º, dispõe as matérias constantes da CF que não podem sequer ser objeto de deliberação, incluindo exaustivamente: a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos poderes e os direitos e garantias individuais. A EC nº 95/2016 retira da base de cálculo das despesas primárias as transferências de tributos e outras receitas aos outros entes federativos, bem como as despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições, a fim de não incorrer numa reforma constitucional que revogue direitos previstos como cláusulas pétreas. Tais exceções correspondem, respectivamente, à manutenção da forma federativa do Estado, consubstanciada na autonomia e no cumprimento de obrigações entre os entes; e ao voto direto, secreto, universal e periódico, que se realiza legitimamente por meio da aplicação de despesas pela Justiça Eleitoral.

A correspondência entre as exceções e as cláusulas pétreas permite verificar que foram elaboradas tais exceções com a finalidade de evitar fundamentos para o questionamento judicial da validade da EC nº 95/2016. Neste ponto, não é objeto de crítica o fato de que foi dada atenção às duas cláusulas pétreas mencionadas como possíveis fundamentos de invalidade da emenda, tal cuidado no processo legislativo é o ponto de partida para qualquer proposição.

O que se verifica é que as exceções ao teto de gastos são reveladoras dos efeitos pretendidos sobre aquelas despesas que estão incluídas no limite do NRF: trata-se de supressão de direitos por meio de uma norma que impossibilita o seu financiamento. Fosse esta regra aplicada ao financiamento dos direitos mencionados, que correspondem às cláusulas pétreas, haveria fundamento de inconstitucionalidade da emenda, e este é um fato conhecido quando da elaboração deste ato normativo por aqueles indivíduos envolvidos na sua redação e todo processo legislativo para aprovação.

Tomando a Justiça Eleitoral como exemplo, haveria uma afronta ao próprio voto direto, universal, secreto e periódico, na hipótese de que a operação deste serviço público fosse restringida na fonte do seu financiamento. Trata-se das dotações orçamentárias pelas quais é possível realizar o pagamento de servidores e pelas quais se dispõe de uma estrutura

física. Esses elementos são pressupostos da realização de registro de eleitores, das eleições em si, do processo judicial eleitoral e, ao fim e ao cabo, pelos quais se viabiliza a atribuição de legitimidade democrática à investidura de representantes em cargos eletivos do Legislativo e Executivo.

Embora tenham sido empregadas estas exceções à regra do teto como uma maneira de não fornecer fundamentos para o questionamento judicial da EC nº 95/2016, ainda assim existem disposições neste ato que contrariam cláusulas pétreas. O NRF ofende a cláusula pétrea do artigo 60, §4º, inciso IV referente aos direitos fundamentais, porque a diminuição de despesas limita outros direitos que não somente o direito ao voto, e não somente a forma federativa do Estado.

Além das três cláusulas pétreas mencionadas, resta uma: a separação dos poderes. Esta disposição não será objeto de estudo mais acurado, no entanto, merece observação o fato de que foi ajuizada a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 5.633 perante o STF pela Associação dos Magistrados Brasileiros. Nesta ADI, a separação dos poderes como cláusula pétrea consiste no fundamento principal do pedido de inconstitucionalidade parcial da EC nº 95/2016, sendo que a parte proponente alega a falta de participação do Poder Judiciário na elaboração de emenda bem como o prejuízo contra a autonomia orçamentária dos órgãos judiciários.

A partir disto, pede-se naquela ação a inaplicabilidade da EC nº 95/2016 somente em relação ao Judiciário. A verificação da correspondência parcial entre o texto da EC nº 95/2016 e do art. 60, §4º, inciso IV da CF desvela os cuidados na elaboração das exceções ao limite de despesas. Ademais, oportuno destacar a tramitação de outras ADI referentes a dispositivos da EC nº 95/2016⁵. O que se conclui destas considerações é que a EC nº 95/2016 está sujeita a uma série de questionamentos contundentes, com fundamento na afronta a mais de uma cláusula pétrea.

O referido artigo 60, §1º, inciso IV da CF limita o Poder Constituinte Derivado, ao proibir a retirada de direitos fundamentais. Tal dispositivo menciona exatamente “os direitos e garantias individuais”, termo que remete ao sentido dos direitos fundamentais negativos, ou de primeira geração. No entanto, a atribuição de sentido correta a esta norma corresponde à consideração de que todos os direitos fundamentais positivados na CF estão

⁵ Trata-se das ADI nº 5.643, nº 5.658, nº 5.715, nº 5.734 e nº 5.680. Nestas ações, a EC nº 95/2016 tem a sua constitucionalidade questionada em dispositivos pontuais ou na sua totalidade, de maneira que foram apresentados ao STF uma ampla variedade de fundamentos de inconstitucionalidade dirigidos a todo o texto da emenda.

compreendidos na proibição de emenda – todos os direitos fundamentais estão incluídos como cláusulas pétreas (CANOTILHO; SARLET, 2013, p. 1.135).

Considerados os efeitos da EC nº 95/2016, verifica-se que o limite imposto por este ato legislativo às despesas do orçamento da União significa uma drástica redução dos investimentos a serem realizados na prestação dos direitos à saúde e à educação pelo Estado. Este é fundamento de inconstitucionalidade dos artigos 110 e 111 do ADCT. Por outro lado, é inconstitucional a sanção estabelecida no artigo 109 do ADCT a respeito da revisão geral anual dos servidores públicos federais, eis que se trata do seu direito materialmente e formalmente fundamental. Sendo assim, o artigo 107 do ADCT ofende a cláusula pétrea do artigo 60, §4º, inciso IV da CF, por suprimir direitos fundamentais. A totalidade da EC nº 95/2016 tem como ponto principal a disposição do artigo 107 do ADCT, a partir do qual surgem todas as outras disposições. A sua estrutura é concebida para formar uma unidade, para formar o assim chamado Novo Regime Fiscal. Portanto, é inconstitucional a EC nº 95/2016 na integralidade do seu texto.

Afirmada a conclusão decorrente da verificação dos efeitos da EC nº 95/2016, é oportuno mencionar posicionamento oposto ao tomado neste trabalho, manifestado por Valle (2017, p. 227), no sentido de que a EC nº 95/2016 é plenamente válida em face do sistema constitucional. Valle (2017, p. 229) defende a constitucionalidade da EC nº 95/2016 afirmando que “A crítica à oportunidade é do campo da política; e a regressividade na seara dos direitos humanos é um exercício de prognóstico que só o tempo poderá confirmar”.

Com todo respeito à construção teórica da referida autora, entende-se que aqui está um pressuposto do seu trabalho que prejudica as conclusões afirmadas sobre a validade da EC nº 95/2016. Em primeiro lugar, Valle (2017) trata de reduzir a eficácia dos direitos sociais, afirmando que a possível regressão de direitos sociais é uma questão de oportunidade, a qual pertence somente ao âmbito da disputa política. A consequência da sua afirmação é a inexigibilidade dos direitos sociais perante o Estado, e que uma reforma da CF não se invalida ainda que se verifique a supressão destes direitos. Esta não é uma afirmação autêntica perante o direito, considerando a disposição do artigo 5º, §1º da CF, que atribui eficácia plena aos direitos fundamentais. A sua segunda afirmação também está equivocada. A regressividade, de maneira alguma, consiste em exercício de prognóstico. A projeção dos efeitos da EC nº 95/2016, feita com instrumentos adequados de obtenção de resultados científicos, atingem conclusões seguras no sentido de que o financiamento dos direitos fundamentais será

drasticamente reduzido ao longo da vigência do NRF, em comparação com os efeitos das regras anteriores.

Não se pode aceitar a afirmação de que a manutenção do insuficiente financiamento dos direitos fundamentais e, de modo ainda mais grave, a diminuição deste financiamento tem qualquer possibilidade de fazer cumprir os compromissos do Estado. A efetividade do gasto público deve ser buscada por outros meios: planejamento, controle, e até mesmo o contingenciamento de gastos indevidos. Ocorre que a EC nº 95/2016 não faz legítimo contingenciamento de gastos indevidos. A EC nº 95/2016 opera um contingenciamento que atinge a todas as despesas básicas e necessárias para a própria existência dos serviços públicos. Portanto, afirmar a inconstitucionalidade do NRF não é um exercício de prognóstico, é um exercício de interpretação conforme o sistema constitucional anteriormente estabelecido. Afirmar que a verificação de validade de uma norma jurídica de efeitos limitados no tempo somente é possível depois que forem produzidos esses efeitos, de maneira irreparável, equivale a postular uma total submissão do direito a condições externas – no caso do NRF, à vontade da maioria parlamentar que aprovou a emenda constitucional.

É necessário reafirmar que os atos legislativos têm de ser válidos juridicamente, o que sempre implica na inexistência de ofensa à Constituição. Os efeitos de um ato legislativo como é a EC nº 95/2016 sempre têm um grau de previsibilidade. Os atos legislativos e governamentais não são meras apostas, é necessária uma fundamentação para sua existência que sempre leva em conta os efeitos que serão gerados. Se não houvesse certa previsibilidade, seria impossível motivar este ato politicamente como positivo para a sociedade brasileira – se a legislação é uma aposta, o governo não pode afirmar que seus objetivos serão cumpridos. Não só é possível antecipar até certo ponto os efeitos do NRF, como é possível afirmar que suas consequências serão negativas, sendo impossível que o teto dos gastos mantenha ou aumente o financiamento dos direitos fundamentais no Brasil. Portanto, a matéria da EC nº 95/2016 ofende a matéria da ordem constitucional previamente estabelecida, pelo que se conclui pela sua inconstitucionalidade conforme exposto.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A título de posicionamento final, é necessário afirmar o Direito enquanto “esfera autônoma da atividade humana que a nada deve obedecer senão à justiça” (FISS, 2006, p. 62). Os direitos fundamentais fazem parte da identidade da CF, do seu conteúdo intrínseco e

inatingível pelo Poder Constituinte Derivado. Logo, os direitos dos quais são titulares os cidadãos brasileiros não estão à disposição de eventual maioria formada especificamente no ano de 2016 para a aprovação da EC nº 95/2016, a qual representou um compromisso com o não cumprimento dos postulados básicos do Estado Democrático de Direito e que ignorou o direito como um requisito de validade do seu ato político. A maneira adequada que se dispõe para negar às maiorias eventuais esta disposição sobre o direito é a declaração de inconstitucionalidade, verificados os requisitos para tal, como é o caso da EC nº 95/2016. Essa função de valorização dos pressupostos jurídicos de um ato político tem uma importância que se verifica nas fontes utilizadas neste trabalho. Tanto no caso de Benevides e Vieira (2016), quanto no caso de Rossi e Dweck (2016), foram realizados trabalhos científicos que concluíram pela diminuição do financiamento dos direitos fundamentais. Ainda assim, ambos os trabalhos cogitam da reforma da CF como um meio legítimo para a supressão dos direitos fundamentais.

Isso considerado, o presente trabalho partiu do pensamento da teoria do direito para verificar a validade de um ato jurídico e político, a EC nº 95/2016, e chega à conclusão por critérios jurídicos que esta emenda é inconstitucional por violação de cláusula pétrea. O funcionamento democrático da sociedade brasileira não pode prescindir do cumprimento do direito e da Constituição Federal.

Problematizada a questão e fundamentada a resposta de inconstitucionalidade, conclui-se que é necessária a declaração de inconstitucionalidade da EC nº 95/2016 pela via institucional adequada de controle de constitucionalidade – o STF já foi provocado mediante uma série de ações diretas de inconstitucionalidade que estão longe de decisão definitiva, conforme mencionado acima. A cessação dos efeitos do NRF implicaria na vigência das normas anteriores à EC nº 86/2015, que comandam verdadeira progressividade do financiamento de direitos fundamentais. Considerando que o NRF dispõe efeitos por vinte exercícios financeiros, a declaração de inconstitucionalidade, se ocorrer, terá um impacto muito significativo no orçamento federal e será um ato com autêntica fundamentação jurídica.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AQUINO, André Carlos Busanelli de; AZEVEDO, Ricardo Rocha de. Restos a pagar e a perda da credibilidade orçamentária. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro; v. 51, n 4, p. 580-595, 2017.

BENEVIDES, Rodrigo Pucci de Sá e; VIEIRA, Fabíola Sulpino. O direito à saúde no Brasil em tempos de crise econômica, ajuste fiscal e reforma implícita do Estado. **Revista de estudos**

e pesquisas sobre as Américas, Brasília, v. 10, n. 3. Departamento de Estudos Latino-Americanos da Universidade de Brasília, 2016.

BOLZAN DE MORAIS, José Luis; STRECK, Lenio Luiz. **Ciência Política e Teoria Geral do Estado**. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

BRASIL. Congresso. Senado. Instituição Fiscal Independente. **Relatório de acompanhamento fiscal**. Brasília, DF, dezembro de 2018. Disponível em: <http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/535500/RAF11_DEZ_2017.pdf>. Acesso em: 04 jul. 2018.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil (1988). **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 05 out. 1988. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Constituição (1988). Emenda constitucional nº 95, de 16 de dezembro de 2016. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 16 dez. 2016. Seção 1, p. 2.

BRASIL. Decreto nº 591 de 6 de julho de 1992. **Diário Oficial da União**, Poder Executivo, Brasília, DF, 7 jul. 1992. Seção 1, p. 1.

BRASIL. Plenário da Câmara dos Deputados. **Mensagem n. 329/2016 do Poder Executivo**. Brasília, DF, 15 jun. 2016. Disponível em <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2088351>>. Acesso em 24 set. 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 5.595-DF**. Proponente: Procurador Geral da República. Intimado: Congresso Nacional. Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Brasília, 31 ago. 2017. Diário da Justiça Eletrônico. Brasília, 01 set. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes (Coord.); SARLET, Ingo Wolfgang et al. **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

DWECK, Esther. ROSSI, Pedro. Impactos do Novo Regime Fiscal na saúde e educação. **Cadernos de Saúde Pública**, Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200501&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 set. 2018.

FISS, Owen. A Autonomia do Direito. In: SAMPAIO, José Adércio Leite (coord.). **Constituição e Crise Política**. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

GIACOBBO, Guilherme Estima. **Participação e controle social na gestão municipal no Brasil e em Portugal: uma análise à luz do direito social de Gurvitch**. Santa Cruz do Sul: UNISC, 2014. Disponível em: <<http://hdl.handle.net/11624/821>> . Acesso em 13 jun. 2018.

HARADA, Kiyoshi. **Direito financeiro e tributário**. 14. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

JUNIOR, Osmar Gomes Alencar. SALVADOR, Evilasio da Silva. Finanças, fundo público e financiamento da Seguridade Social no Brasil. **Revista Katálistis**, vol.18, n. 2, pp. 239-248,

2015. Disponível em: <1414-4980. <http://dx.doi.org/10.1590/1414-49802015180200010>>. Acesso em 17 jul. 2018.

PINTO, Elida Graziane. Novo Regime Fiscal e a mitigação dos pisos de custeio da saúde e educação. **Cadernos de Saúde Pública**. Rio de Janeiro, v. 32, n. 12, 2016. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-311X2016001200503&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 24 set. 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10 ed.; Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SOARES, Hector Cury. O novo regime fiscal e o direito fundamental à saúde: violação da progressividade e da proibição de retrocesso. **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 19, n. 1, p. 201-216, 2018. Disponível em: <<http://editora.unoesc.edu.br/index.php/espacojuridico/article/view/12952>>. Acesso em: 19 Set. 2018.

VALLE, Vanice Regina Lírio do. Novo Regime Fiscal, autonomia financeira e separação de poderes: uma leitura em favor de sua constitucionalidade. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, vol. 4, n. 1, p. 227-258, 2017.

VASCONCELOS, Rafael Divino de; FERREIRA JUNIOR, Sílvio; NOGUEIRA JUNIOR, Reginaldo Pinto. A dinâmica da execução orçamentária federal do Brasil sob a ótica dos ciclos políticos eleitorais, 1985-2010. **Economia Aplicada**. Ribeirão Preto, v. 17, n. 3, p. 325-354, 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-80502013000300005&lng=en&nrm=iso>. Acesso em 17 jul. 2018.

Submetido em 03.04.2019

Aceito em 27.01.2020