



NOVO REGIME FISCAL: NORMAS ORÇAMENTÁRIAS A SERVIÇO DA FRAGILIZAÇÃO DA AUTONOMIA DO DIREITO

BRAZIL'S NEW FISCAL REGIME: BUDGETARY NORMS AGAINST LAW'S AUTONOMY

Simone Grohs Freire¹

Pedro Dalla Vecchia Hamilton²

RESUMO

O presente trabalho consiste em estudo de caso da Emenda Constitucional nº 95 de 2016, com o objetivo de verificar a sua validade perante a Constituição Federal de 1988. 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.

ABSTRACT

This article is a case study regarding the 95th Constitutional Amendment to the Brazilian 1988 Federal Constitution, with the objective of verifying its juridical validity. 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

¹ 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, atuando nas disciplinas de Ética e, de Hermenêutica e Educação Ambiental, no programa de pós-graduação em Educação Ambiental; e, na graduação, na disciplina de Direito Tributário. Endereço eletrônico: simone.sgfreire@gmail.com

² Mestrando em Direito e Justiça Social na Universidade Federal do Rio Grande – FURG. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande (2018). Endereço eletrônico: pedrodvh@gmail.com.



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. Propõe-se o presente trabalho a 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.

Na primeira seção, é introduzido o tema do orçamento federal e sua validade jurídica, para que na seção seguinte sejam expostos os principais efeitos da EC nº 95/2016. Partindo da teoria do direito constitucional e dos direitos fundamentais, na terceira seção se confronta a emenda constitucional com as cláusulas pétreas estabelecidas na CF, como critérios de validade para toda emenda constitucional. Percorrendo esse caminho, cumpre-se a finalidade de reafirmar a autonomia do direito, pela qual se afirma que a existência de justificção 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 está de acordo com a 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.

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 (BRASIL, 1988).

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.

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 referentes ao orçamento da União. Sendo assim, todo o processo de elaboração e execução orçamentária será afetado pelas suas disposições, o que justifica o estudo das suas finalidades e efeitos, tarefa realizada nas seções seguintes.

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).



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. O Relatório Fiscal publicado em dezembro de 2017 pela Instituição Fiscal Independente (IFI) do Senado Federal informa 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 (INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE, 2018, p. 33). A diferença apontada pela IFI é a existência ou inexistência de capacidade de cada empresa estatal suprir 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” (INSTITUIÇÃO FISCAL INDEPENDENTE, 2018, p. 37).

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



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 pendente 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,



diminuição de despesas públicas, sendo esta uma finalidade declarada pelo governo na proposta de emenda (BRASIL, 2016). O governo proponente 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 (BENEVIDES E VIEIRA, 2016, p. 17):

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 2036.³

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 Vieira (2016, p. 17) no sentido de que o NRF diminuiu 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, p. 201) 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 e do crescimento populacional na sociedade brasileira, demonstrados pela análise de dados demográficos e epidemiológicos, para as quais se necessitam políticas públicas mais complexas e mais abrangentes, com o financiamento correspondente.

Noutro estudo a respeito dos efeitos do NRF, Dweck e Rossi (2016) fizeram outra projeção do financiamento ao longo do período de vigência da EC nº 95/2016,

³ As siglas utilizadas na citação correspondem a Receita Corrente Líquida (RCL) e Ações e Serviços Públicos de Saúde (ASPS).



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 delimite 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 (2010, p. 235):

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).

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 (BRASIL, 1988), 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 exhaustivamente: 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. A aplicação desta regra ao financiamento dos direitos mencionados, que correspondem às cláusulas pétreas é fundamento de inconstitucionalidade da emenda. 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.

Outra cláusula pétrea é a separação dos poderes. Esta disposição não será objeto de estudo mais acurado, no entanto, merece observação o fato de que foram ajuizadas diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) perante o STF, questionando a validade da EC nº 95/2016 a partir de diferentes fundamentos que consistem na afronta a diferentes cláusulas pétreas, inclusive aquelas que não são o ponto principal deste artigo.

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 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. O sentido que se extrai 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. Afirar 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.

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 pética. O funcionamento democrático da sociedade brasileira não pode



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.

JUNIOR, Osmar Gomes Alencar. SALVADOR, Evilasio da Silva. **Finanças, fundo público e financiamento da Seguridade Social no Brasil**. In: *Revista Katálisis*, 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**. In: *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**. *Econ. Apl. 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.