



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA

N.º 512/2018 – SFCONST/PGR
Sistema Único nº 330.592/2018

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 5.658/DF

REQUERENTES: Partido Democrático Trabalhista – PDT
INTERESSADO(S): Presidente da República e Congresso Nacional
RELATORA: Ministra Rosa Weber

Excelentíssima Senhora Ministra Rosa Weber,

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL 95/2016. NOVO REGIME FISCAL. PRELIMINAR. NÃO CONHECIMENTO PARCIAL. MÉRITO. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AFRONTA ÀS CLÁUSULAS PÉTREAS DO DIREITO AO VOTO DIRETO, SECRETO UNIVERSAL E PERIÓDICO, E DOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS. NÃO OCORRÊNCIA. AUSÊNCIA DE OFENSA AO NÚCLEO ESSENCIAL DAS CLÁUSULAS PÉTREAS.

1. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal, que não tem função legislativa, alterar normas do ADCT, incluídas pela EC 95/2016, para conferir: i) interpretação conforme à Constituição ao art. 107 do ADCT a fim de que o limite de gastos públicos previsto não incida sobre as despesas com educação e saúde e (ii) concessão de interpretação conforme à Constituição ao art. 113 do ADCT, para que a obrigação contida na norma seja exigida nos casos de edição de decreto do Executivo sobre alteração de alíquota de tributo com natureza extrafiscal. Os pedidos de interpretação conforme a Constituição, no caso, acarretam a criação de normas novas, absolutamente dissociadas da vontade original do legislador ordinário.

2. As cláusulas pétreas, por limitarem o poder democrático, devem ser interpretadas estritamente, de maneira que apenas deve ser considerada inconstitucional a emenda que atinja o núcleo essencial das garantias de eternidade previstas explícita e implicitamente na Constituição.

3. Não ofende a cláusula pétreia do direito ao voto direto, secreto universal e periódico emenda constitucional que, ao instituir regime fiscal, determina o congelamento dos gastos públicos por 20 anos.

4. A Emenda Constitucional 95/2016 não atinge o núcleo essencial dos direitos fundamentais à saúde e à educação, porque não elimina ou esvazia nenhum direito fundamental.

5. A Constituição submeteu os impostos extrafiscais a regime jurídico próprio, que respeita o princípio da publicidade e a necessidade de motivação dos atos administrativos, de maneira que é improcedente o pedido de interpretação conforme à Constituição ao art. 113 do ADCT, para incluir os decretos que alteram alíquotas de tributos extrafiscais.

- Parecer pelo não conhecimento parcial da ação e pelo indeferimento da medida cautelar.

I

Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT em face de dispositivos do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, inseridos pela Emenda Constitucional 95, de 15 de dezembro de 2016, que instituiu o Novo Regime Fiscal.

Este é o teor das normas impugnadas:

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

I - do Poder Executivo;

II - do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça, do Conselho Nacional de Justiça, da Justiça do Trabalho, da Justiça Federal, da Justiça Militar da União, da Justiça Eleitoral e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário;

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

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

V - da Defensoria Pública da União.

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

I - para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento); e

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

índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária.

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

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

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

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

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

I - transferências constitucionais estabelecidas no § 1º do art. 20, no inciso III do parágrafo único do art. 146, no § 5º do art. 153, no art. 157, nos incisos I e II do art. 158, no art. 159 e no § 6º do art. 212, as despesas referentes ao inciso XIV do caput do art. 21, todos da Constituição Federal, e as complementações de que tratam os incisos V e VII do caput do art. 60, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

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

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

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

§ 7º Nos três primeiros exercícios financeiros da vigência do Novo Regime Fiscal, o Poder Executivo poderá compensar com redução equivalente na sua despesa primária, consoante os valores estabelecidos no projeto de lei orçamentária encaminhado pelo Poder Executivo no respectivo exercício, o excesso de despesas primárias em relação aos limites de que tratam os incisos II a V do caput deste artigo.

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

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

§ 10. Para fins de verificação do cumprimento dos limites de que trata este artigo, serão consideradas as despesas primárias pagas, incluídos os restos a pagar pagos e demais operações que afetam o resultado primário no exercício.

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

Art. 108. O Presidente da República poderá propor, **a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal**, projeto de lei complementar para alteração do método de correção dos limites a que se refere o inciso II do § 1º do art. 107 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

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

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

I - no exercício de 2017, às aplicações mínimas calculadas nos termos do inciso I do § 2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal; e

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

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

O requerente afirma que o congelamento dos gastos públicos por longo período de tempo (vinte exercícios financeiros) afigura-se desproporcional e esvazia um dos principais aspectos da democracia: a decisão sobre a adequada alocação dos recursos públicos, o que acarretaria afronta ao princípio democrático e à cláusula pétrea inscrita no art. 60-§4.º-II da Constituição. Assim, requer declaração de inconstitucionalidade da expressão “*a partir do décimo exercício da vigência do novo Regime Fiscal*” contida no art. 108 do ADCT. Questiona o congelamento dos pisos constitucionais de gastos com saúde e educação previsto no art. 110 do ADCT. Essa previsão seria incompatível com o cláusula pétrea dos direitos e garantias fundamentais (CF, art. 60-§4.º-IV), porque promoveria, ao longo dos anos, redução drástica de investimentos no SUS e no setor educacional. Pleiteia concessão de interpretação conforme à Constituição ao art. 107 do ADCT, para se excluir do congelamento previsto naquele dispositivo os gastos com saúde e educação. No que tange ao art. 113 do ADCT, que estipula a obrigatoriedade de estimativa do impacto orçamentário de proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renuncie a receita, requer seja conferida interpretação conforme à Constituição no sentido de que essa obrigação alcance os decretos que alteram alíquotas de tributos de natureza extrafiscal.

A Ministra Relatora adotou o rito do art. 10 da Lei 9.868, de 10 de novembro de 1999.

O Senado Federal informou que a proposta de emenda à Constituição que deu origem à EC 95/2016 tramitou regularmente. Afirmou que a norma impugnada surgiu da necessidade de controlar os rumos das contas públicas. Defendeu a constitucionalidade das normas, ressaltando que não houve o atingimento do núcleo essencial de cláusulas pétreas. Assentou que não ocorre a petrificação do texto constitucional, porque está disponível aos legisladores a via da emenda constitucional. Observou que “*a emenda constitucional em*

exame não revoga direitos, nem sequer diminui o seu financiamento; apenas limita o crescimento real do total das despesas públicas, com o evidente propósito de assegurar a sustentabilidade das instituições públicas e, conseqüentemente, da execução de políticas e serviços públicos ”.

A Câmara dos Deputados defendeu a constitucionalidade das normas. Observou que o estabelecimento transitório de limites orçamentários previsto no art. 108 do ADCT não afronta o livre exercício do voto (CF, art. 60-§4.º-II). Quanto aos pisos para a educação e a saúde, articulou que o art. 110 do ADCT preservou os gastos mínimos nessas áreas. No que tange ao art. 113, que dispõe sobre a necessidade de previsão de impacto orçamentário e financeiro para a proposição legislativa que renuncie receita, esclareceu que a Lei de Responsabilidade Fiscal ressalva as normas que alteram alíquota dos tributos inscritos no art. 153-I, II, IV e V da Constituição.

A Advocacia-Geral da União suscitou preliminar de impossibilidade jurídica de parcela dos pedidos. No mérito, posicionou-se pelo indeferimento da medida cautelar. Afastou a alegação de afronta ao direito de voto secreto, direto, universal e periódico, ao argumento de que a liberdade de decidir dos parlamentares não é absoluta, podendo ser delimitada por emenda constitucional. Quanto à alegação de ofensa ao princípio da vedação do retrocesso social, asseverou que o preceito não é absoluto e admite a alteração de aspectos específicos da prestação de direitos sociais, desde que seja preservado o seu núcleo essencial. No que se refere ao pedido de interpretação conforme à Constituição ao art. 113 do ADCT, para que a elaboração de estimativa de impacto orçamentário e financeiro seja exigido não só às propostas de lei, mas também aos decretos do Executivo que alterem alíquotas de tributos com natureza extrafiscal, articulou que a referida exigência impediria rápida resposta do Estado brasileiro a mudanças abruptas, o que dificultaria a sua intervenção como regulador da atividade econômica.

Solicitaram ingresso como *amici curiae* o Instituto de Direito Sanitário Aplicado – IDISA, o Instituto Campanha Nacional pelo Direito à Educação, o Centro de Defesa da Criança e do Adolescente do Estado do Ceará, a Associação Nacional de Pesquisa em Financiamento da Educação – FINEDUCA, a Sociedade Brasileira de Bioética – SBB, a União Nacional dos Estudantes – UNE, a Defensoria Pública da União – DPU, o Sindicato dos Especialistas de Educação do Ensino Público Municipal, o Conselho Regional de Medicina do

Estado de São Paulo, o Instituto Alana e o Sindicato dos Servidores das Justiças Federais no Estado do Rio de Janeiro – SISEJUFE/RJ.

É o relatório.

II

O conhecimento da ação encontra óbice no fato de a interpretação dos dispositivos questionados buscada pela requerente importar alteração substancial de sentido e, conseqüentemente, surgimento de normas novas, absolutamente desvinculadas da vontade original do legislador.

Há que se ponderar com Luiz Guilherme Marinoni que:

A interpretação conforme não pode ser utilizada para conferir à norma resultado distinto do desejado pelo legislador ou uma regulação diversa. Portanto, dois são só requisitos da interpretação conforme: respeito à expressão literal do texto legal e respeito ao fim buscado pelo legislador.¹

Admitir irrestritamente que o Judiciário preencha o sentido da norma ou lhe atribua sentidos “apropriados”, a seu critério, diversos daqueles que se possam comportar nos limites da expressão linguística do texto significaria, em última análise, aceitar que juízes substituam a função legislativa com notável prejuízo do princípio da divisão funcional dos poderes.

Postula-se, com esta ação direta, entre outros pedidos, o seguinte: (i) interpretação conforme à Constituição ao art. 107 do ADCT a fim de que o limite de gastos públicos previsto não incida sobre as despesas com educação e saúde e (ii) concessão de interpretação conforme à Constituição ao art. 113 do ADCT, para que a obrigação contida na norma seja exigida nos casos de edição de decreto do Executivo sobre alteração de alíquota de tributo com natureza extrafiscal.

1 SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 1.139.

No que se refere ao primeiro pleito, o art. 107-§6.º consigna expressamente os gastos que não estão submetidos aos limites do *caput*.² Nessa linha, caso o poder constituinte derivado pretendesse excluir os gastos com saúde e educação, teria incluído a hipótese no rol do dispositivo indicado. Além de não trazer previsão a esse respeito, a emenda constitucional consignou disciplina específica sobre essas despesas, definindo a forma de cálculo dos pisos de gastos com saúde e educação no art. 110 do ADCT.

A exposição de motivos da Proposta de Emenda à Constituição 241/2016 resalta a relevância do controle das despesas nessas áreas:

21. Um desafio que se precisa enfrentar é que, para sair do viés procíclico da despesa pública, é essencial alterarmos a regra de fixação do gasto mínimo em algumas áreas. Isso porque a Constituição estabelece que as despesas com saúde e educação devem ter um piso, fixado como proporção da receita fiscal. É preciso alterar esse sistema, justamente para evitar que nos momentos de forte expansão econômica seja obrigatório o aumento de gastos nessas áreas e, quando da reversão do ciclo econômico, os gastos tenham que desacelerar bruscamente. Esse tipo de vinculação cria problemas fiscais e é fonte de ineficiência na aplicação de recursos públicos. Note-se que estamos tratando aqui de limite mínimo de gastos, o que não impede a sociedade, por meio de seus representantes, de definir despesa mais elevada para saúde e educação; desde que consistentes com o limite total de gastos.

Evidenciada a intenção do poder constituinte originário de controlar as despesas públicas com saúde e educação, o pedido de exclusão desses gastos do limite previsto no art. 107 do ADCT caminha na contramão da vontade do legislador e acarreta atuação efetivamente positiva do Judiciário, em descompasso com o princípio da separação dos poderes.

Quanto ao segundo pedido, o art. 113 do ADCT é expresso ao exigir das *proposições legislativas* estimativa de impacto orçamentário e financeiro, quando houver criação ou alteração de despesa obrigatória ou renúncia de receita. Nesse sentido, a ampliação da norma para alcançar também os decretos do Poder Executivo configura evidente atuação positiva do Supremo Tribunal Federal.

2 “Art. 107. [...] § 6º Não se incluem na base de cálculo e nos limites estabelecidos neste artigo: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 95, de 2016)

I - transferências constitucionais estabelecidas no § 1º do art. 20, no inciso III do parágrafo único do art. 146, no § 5º do art. 153, no art. 157, nos incisos I e II do art. 158, no art. 159 e no § 6º do art. 212, as despesas referentes ao inciso XIV do caput do art. 21, todos da Constituição Federal, e as complementações de que tratam os incisos V e VII do caput do art. 60, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

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

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

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

Ainda que haja espaço para adicionar conteúdo a determinada norma jurídica em controle concentrado de constitucionalidade, as interpretações propostas, no caso, importariam a criação inviável de normas incompatíveis com a intenção original do legislador. O requerente se esforça, em última análise, para que o Supremo Tribunal Federal crie outras normas diversas das discutidas e aprovadas pelo Congresso Nacional.

Dessa maneira, os pedidos não devem ser conhecidos, por impossibilidade de atuação do Supremo Tribunal Federal como legislador positivo.

III

A Emenda Constitucional 95, de 15 de dezembro de 2016, instituiu o Novo Regime Fiscal, com o objetivo de contornar a crise econômica e congelar gastos públicos. O foco da reforma constitucional é o controle das despesas públicas primárias, que estariam em crescimento acelerado, segundo a exposição de motivos da proposta que culminou na aprovação da emenda constitucional impugnada (a despesa cresceu 51% acima da inflação, enquanto a receita evoluiu apenas 14,5%).³

Objetiva-se, com a adoção da nova política fiscal, o atingimento de alguns benefícios, conforme ressalta a exposição de motivos:

Com vistas a aprimorar as instituições fiscais brasileiras, propomos a criação de um limite para o crescimento das despesas primária total do governo central. Dentre outros benefícios, a implementação dessa medida: aumentará previsibilidade da política macroeconômica e fortalecerá a confiança dos agentes; eliminará a tendência de crescimento real do gasto público, sem impedir que se altere a sua composição; e reduzirá o risco-país e, assim, abrirá espaço para redução estrutural das taxas de juros. Numa perspectiva social, a implementação dessa medida alavancará a capacidade da economia de gerar empregos e renda, bem como estimulará a aplicação mais eficiente dos recursos públicos. Contribuirá, portanto, para melhorar a qualidade de vida dos cidadãos e cidadãos brasileiro.⁴

Assim, a partir de 2017, a despesa primária da União será limitada ao gasto realizado em 2016, com a atualização anual do teto pela variação do Índice Nacional de Preços ao

3 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>. Acesso em: 16 out. 2018.

4 Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>. Acesso em: 16 out. 2018.

Consumidor Amplo (IPCA), por 20 exercícios financeiros. A partir do 10.º ano de vigência, é possível a alteração do método de correção dos limites. O piso dos gastos com saúde e educação, a partir do exercício de 2018, será corrigido também de acordo com o IPCA, com base no exercício de 2017. Os limites individualizados dos gastos públicos deverão ser seguidos pelas seguintes instituições: Executivo, órgãos do Judiciário da União, Câmara dos Deputados, Senado Federal, Tribunal de Contas da União, Ministério Público da União, Conselho Nacional do Ministério Público e Defensoria Pública da União. A emenda constitucional estabelece, ainda, quais gastos não estão abrangidos pelo teto e as sanções aplicáveis no caso de descumprimento dos limites individualizados.

As emendas constitucionais consubstanciam o instrumento à disposição do poder constituinte de reforma, atribuído ao Congresso Nacional, para a alteração pontual das normas constitucionais. Por meio de procedimento especial, mais rígido que aquele exigido para a aprovação de lei, realiza-se a modificação do texto constitucional. Trata-se de medida que objetiva solucionar a tensão entre a durabilidade e a plasticidade, entre a manutenção das escolhas do poder fundador da ordem constitucional e a atuação democrática das novas gerações.

Conforme lição de Paulo Gustavo Gonet Branco, *“aceita-se, então, que a Constituição seja alterada, justamente com a finalidade de regenerá-la, conservá-la na sua essência, eliminando as normas que não mais se justificam política, social e juridicamente, aditando outras que revitalizem o texto, para que possa cumprir mais adequadamente a função de conformação da sociedade”*.⁵

Ao contrário do poder constituinte originário, o poder constituinte derivado está sujeito a limitações de forma, conteúdo e circunstância, que estão reunidas expressamente no art. 60 da Constituição. Nessa linha, a proposta de emenda constitucional apenas pode ser apresentada pelo Presidente da República, por um terço da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal ou por mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação (CF, art. 60-I, II e III). Além disso, na vigência de intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio, não é cabível alteração do texto constitucional (CF, art. 60-§1.º). O quórum de aprovação da emenda é qualificado, uma vez que o art. 60-§2.º da Constituição estipula que a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, com

5 BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional*. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2017, p. 116.

três quintos dos votos em ambos. A proposta de emenda rejeitada não pode ser objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (CF, art. 60-§5.º)

As limitações de ordem material constam no art. 60-§4.º da Constituição:

Art. 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

- I - a forma federativa de Estado;
- II - o voto direto, secreto, universal e periódico;
- III - a separação dos Poderes;
- IV - os direitos e garantias individuais.

Os preceitos indicados nos dispositivos configuram cláusulas pétreas e objetivam a manutenção da identidade e da unidade da ordem constitucional, mesmo em caso de alteração de seu texto. Trata-se de medida salutar que assegura a revitalização da Constituição, sem que a mesma perca seu cerne material. Nesse sentido, as cláusulas pétreas consubstanciam limite jurídico efetivo ao poder constituinte de reforma, que deve respeitar o núcleo de identidade da Constituição.

Conforme explica Ingo Sarlet, a relevância da limitação material à reforma da Constituição relaciona-se com “*a noção de pré-compromisso constitucional, segundo a qual o povo, num momento deliberativo qualitativamente superior, decide por entrincheirar valores fundamentais e a estrutura básica do Estado numa norma hierarquicamente superior, com vistas a afastá-los do dia a dia da política, consciente das suas fraquezas, teme por suprimi-los no futuro em benefício de interesses menores ou de vontades fugazes*”.⁶

Nas palavras do Ministro Sepúlveda Pertence, as cláusulas pétreas “*não são garantias de intangibilidade de literalidade de preceitos constitucionais específicos da Constituição originária – que, assim se tornariam imutáveis – mas sim do seu conteúdo nuclear*” (ADI 2.024 MC/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 1/12/2000).

Em sentido semelhante, o Ministro Luiz Fux, no julgamento da ADI 5.316 MC/DF, ajuizada contra a EC 88/2015 (aposentadoria compulsória aos 75 anos de idade de membros dos Tribunais Superiores e do Tribunal de Contas da União), ao analisar os limites de controle judicial de emenda constitucional e a tensão latente entre a soberania popular e o Estado de Direito, observou que se deve “*encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre a defe-*

6 SARLET, Ingo W. Comentário a o art. Art. 60. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, pp. 1.130-1.131

rência em relação às decisões do constituinte derivado e a salvaguarda dos princípios e valores mais fundamentais do Estado Democrático de Direito”. Assim, “o controle de constitucionalidade das emendas deve ser reservado aos casos de inequívoca violação ao núcleo das cláusulas pétreas” (ADI 5.316 MC/DF, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 6/8/2015).

Nessa linha, os parâmetros de controle de constitucionalidade possuem caráter mais restrito e referem-se primordialmente ao consignado no art. 60 da Constituição, de forma que o controle jurisdicional de constitucionalidade deve ser orientado pelos preceitos expostos naquele dispositivo explícita e implicitamente. As cláusulas pétreas, por limitarem o poder democrático, devem ser interpretadas estritamente, de maneira que apenas deve ser considerada inconstitucional a emenda que atinja o núcleo essencial das garantias de eternidade.

III.1 Ofensa à cláusula pétrea do direito ao voto

De acordo com a petição inicial, o congelamento dos gastos públicos por 20 anos, sem a possibilidade de alterações significativas na destinação de recursos, afrontaria o princípio democrático e a cláusula pétrea constante no art. 60-§4.º-II, que consigna o voto direto, secreto, universal e periódico. Isso porque, os representantes escolhidos pela soberania popular estariam limitados por longo período de tempo quanto à definição do regime fiscal e à destinação dos recursos públicos.

A exposição de motivos da PEC 241/2016 justificou o prazo de 20 anos, nos seguintes termos:

9. O Novo Regime Fiscal, válido para União, terá duração de vinte anos. Esse é o tempo que consideramos necessário para transformar as instituições fiscais por meio de reformas que garantam que a dívida pública permaneça em patamar seguro. Tal regime consiste em fixar meta de expansão da despesa primária total, que terá crescimento real zero a partir do exercício subsequente ao de aprovação deste PEC, o que levará a uma queda substancial da despesa primária do governo central como porcentagem do PIB. Trata-se de mudar a trajetória do gasto público federal que, no período 1997-2015 apresentou crescimento médio de 5,8% ao ano acima da inflação.

10. Por ser de duração previamente estabelecida, o Novo Regime Fiscal será inscrito no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Fixa-se, para o exercício de 2017, limite equivalente à despesa realizada em 2016, corrigida pela inflação observada em 2016. A partir do segundo exercício, o limite para a despesa primária será naturalmente incorporado ao processo de elaboração da lei de diretrizes orçamentárias e da lei orçamentária anual, e consistirá no valor do limite do exercício anterior,

corrigido pela inflação do exercício anterior. Tal correção será feita pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA).⁷

A Emenda Constitucional 95/2016 não traduz qualquer afronta ao direito de voto dos cidadãos brasileiros. A escolha dos detentores de mandatos políticos continua a ser realizada direta, secreta, universal e periodicamente pelos cidadãos. Em outras palavras, a eleição democrática dos representantes do povo, nos termos em que delineado pela Constituição, restou intacta.

Na realidade, o Novo Regime Fiscal representa restrição à atuação do Executivo e do Legislativo no exercício de suas competências orçamentárias, no que se refere ao limite das despesas primárias. Assim, durante cinco legislaturas e cinco mandatos, os parlamentares e o Chefe do Executivo estão vinculados às escolhas políticas implementadas pela norma impugnada, o que não importa em ataque ao caráter periódico do voto.

Cabe notar, outrossim, que a emenda constitucional é fruto de proposta do Presidente da República aprovada democraticamente pelo Congresso Nacional. Trata-se de escolha do poder constituinte reformador validamente desempenhada no bojo do processo democrático, de maneira que a vinculação dos futuros mandatos e legislaturas é algo esperado de uma norma constitucional vigente e eficaz.

Confira-se, a respeito, trecho da decisão monocrática do Ministro Roberto Barroso no MS 34.448/DF (*DJe* de 28.10.2016), impetrado contra o trâmite da PEC 241/2016, que resultou na EC 95/2016:

IV.4 Implausibilidade da suposta violação à garantia do voto secreto, direto, universal e periódico

28. Neste ponto, a inicial se volta contra a duração de vinte exercícios financeiros prevista para o NRF (ADCT, art. 101), o que atingiria cinco governos e cinco legislaturas. Isto inibiria o exercício da plenitude do poder político, materializado nas escolhas orçamentárias, pelo povo e seus representantes nesse longo período. Alega-se, assim, que a norma comprometeria o funcionamento da democracia.

29. Nota-se que a alegação não se refere propriamente ao caráter universal, direto e secreto do direito de voto, mas apenas ao seu aspecto periódico, que seria comprometido pela longa duração do NRF, a afetar a margem de escolha dos representantes periodicamente eleitos. No entanto, a tese não procede. Limitar o âmbito das escolhas majoritárias é precisamente uma das principais funções das Constituições, e exatamente por isso é indesejável que a Constituição seja cons-

⁷ Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016>. Acesso em: 19 out. 2018.

tantemente emendada. Nada obstante, se aprovada, a proposta de emenda em exame terá resultado de consenso significativo no Congresso, a vincular a legislação ordinária futura. Se se obtiver consenso significativo em sentido diverso, nada impede que a Constituição venha a ser novamente alterada para expressar esse resultado. Tudo está a demonstrar que não está em questão o caráter periódico do direito de voto, que consagra um dos aspectos do ideal democrático-republicano: o controle popular a alternância do poder.

30. Em verdade, a medida antidemocrática aqui seria impedir a tramitação da proposta de emenda, inviabilizando uma deliberação pública que pode, ou não, produzir um consenso parlamentar significativo. Em razão disso, rejeito a alegação.

Ademais, registre-se que, caso futuramente se conclua pela inadequação do regime fiscal adotado ou pela existência de um modelo mais condizente com as necessidades financeiras brasileiras, é admissível a reforma da Constituição para a alteração das normas instituidoras do regime fiscal adotado.

Pelo exposto, conclui-se que o estabelecimento de limites ao orçamento público como medida fiscal para reverter, em médio e longo prazo, o quadro de desequilíbrio das contas públicas não mitiga o aspecto periódico do voto.

III.2 Ofensa à cláusula pétrea dos direitos e garantias individuais

Os direitos e garantias fundamentais foram erigidos como cláusulas pétreas pelo art. 60-§4.º-IV da Constituição. O Min. Carlos Velloso, no julgamento da ADI 1.497-MC/DF, buscou delinear o alcance desse núcleo imutável. Citou os fundamentos (art. 1.º), os objetivos (art. 3.º) e os princípios fundamentais (art. 4.º) como inequivocadamente abrangidos pelo art. 60-§4.º-IV da Constituição. Também estariam incluídos os títulos (“têtes de chapitres”) dos direitos enunciados no art. 5.º da CR (direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade) e seus desdobramentos nos incisos desse dispositivo.

O Ministro Gilmar Mendes avançou na definição da abrangência do art. 60-§4.º-IV da Constituição. Para ele, o alcance das cláusulas pétreas deve partir do esforço hermenêutico de identificar, por exame sistemático das disposições constitucionais, o conteúdo do direito ou garantia individual protegido da ação do constituinte reformador. Isso porque, “os princípios merecedores de proteção, tal como enunciados normalmente nas chamadas ‘cláusulas pétreas’, parecem despidos de conteúdo específico”. Segundo ele:

Daí afirmar-se, corretamente, que tais cláusulas hão de ser interpretadas de forma restritiva. Mas essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a

tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por ela protegidos.

Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas “garantias de eternidade”, como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento.

Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria “garantia de eternidade” sem afetar os princípios por ela protegidos (Bryde, cit., p. 244).

[...] Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das “garantias de eternidade” somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por ela protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana.

[...] É o estudo da ordem constitucional no seu contexto normativo e nas suas relações essenciais para a preservação dos princípios basilares dos preceitos fundamentais em um determinado sistema. Tal como ensina J. J. GOMES CANOTILHO em relação à limitação do poder de revisão, a identificação do preceito fundamental não pode divorciar-se das conexões de sentido captadas do texto constitucional, fazendo-se mister que os limites materiais operem como verdadeiros 'limites textuais implícitos' (J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Coimbra, 2002, p. 1.049).

Destarte, um juízo mais ou menos seguro sobre a lesão de preceito fundamental consistente nos princípios da divisão de Poderes, da forma federativa do Estado ou dos direitos e garantias individuais exige, preliminarmente, a identificação do conteúdo dessas categorias na ordem constitucional e, especificamente, das suas relações de interdependência.

Nessa linha de entendimento, a lesão a preceito fundamental não se configurará apenas quando se verificar possível afronta a um princípio fundamental, tal como assente na ordem constitucional, mas também a regras que confirmam densidade normativa ou significado específico a esse princípio (ADPF 33/PA, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJ de 27.10.2006).

A proteção conferida pelo art. 60-§4º-IV da CR aos direitos e garantias individuais, seja qual for a compreensão do alcance que lhe seja emprestado, **abrange não apenas os princípios fundamentais, mas também as regras que os concretizam no plano constitucional.**⁸ Admitir o contrário significaria imaginar que o constituinte originário não objetivou realizar os princípios basilares de sua obra e a reduziu a mera declaração de direitos.

Embora a literalidade do art. 60-§4º-IV indique como cláusula pétrea apenas os direitos e garantias individuais, entende-se que também os direitos sociais estão protegidos pela garantia de eternidade. Isso porque a Constituição não estabelece hierarquia entre os direitos fundamentais, de maneira que os direitos de primeira, segunda e terceira geração devam ser compreendidos como limite material à alteração da ordem constitucional.⁹ O respeito e a efetivação dos direitos sociais são igualmente necessários à concretização do princípio da

8 “[...] não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais, frequentemente compromissório, que se materializam no seu texto positivo (ADI 2.024/DF, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ de 1º.12.2000).

9 SARLET, Ingo W. Comentário a o art. Art. 60. In: CANOTILHO, J.J. Gomes, MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L.; _____. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 1.135.

dignidade humana, fundamento do Estado Democrático brasileiro (CF, art. 1.º-III). Não se pode ser desconsiderado que o objetivo essencial das cláusulas pétreas é a preservação dos princípios fundamentais instituídos pela Constituição e que são objetivos fundamentais da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (CF, art. 3.º-I e III).

Ao analisar as correntes que se dividem sobre a possibilidade de inclusão dos direitos sociais no rol de cláusulas pétreas, Bernardo Gonçalves ressaltou o seguinte:

E no que tange aos direitos sociais? Em relação a eles, uma corrente advoga que, uma vez não havendo inclusão expressa pelo Constituinte Originário, dever-se-ia assumir o entendimento que optou pela ausência de proteção especial. Corrente contrária, por sua vez, compreende que não pode haver a exclusão dos direitos sociais do rol de cláusulas pétreas, isso porque, se assumirmos uma compreensão do princípio da dignidade da pessoa humana como fundamento da República, não podemos tomá-la como satisfeita, apartada do valor social do trabalho, da construção de uma sociedade livre, justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução das desigualdades sociais. Tudo isso se materializa ou pelo menos, se mostra umbilicalmente conectado aos direitos sociais. Até mesmo a consideração de que os direitos sociais estariam submetidos a contextualizações financeiras bem como a limitações orçamentárias circunstanciais não impediria que se trabalhasse com um “grau mínimo de eficácia dos direitos sociais” à luz da dignidade da pessoa humana (tese do mínimo existencial).¹⁰

A interpretação mais ampla do art. 60-§4.º-IV também foi realizada pelo Min. Roberto Barroso em decisão monocrática proferida no MS 34.448/DF (*DJe* de 28.10.2016):

O art. 60, § 4º, IV, da Constituição proíbe a deliberação de propostas de emenda que tendam a abolir os direitos individuais. A despeito do que sua literalidade poderia sugerir, a expressão destacada vem sendo objeto de uma leitura mais generosa pela doutrina⁹, que considera protegidos os direitos materialmente fundamentais em geral – aí incluídos não só os tradicionalmente classificados como individuais (e.g., liberdade de expressão), mas também os políticos (e.g., direito de voto), os sociais (e.g., direito à saúde) e os coletivos (e.g., direito ao meio ambiente equilibrado). Isso porque, como meios de proteção e promoção da dignidade da pessoa humana (CF/1988, art. 1º, III), os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade. Por extensão, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade.

Entendida a cláusula pétrea do art. 60-§4.º-IV da CR como proibição de ruptura de princípios fundamentais e das regras constitucionais decorrentes, “*qualquer alteração nos direitos fundamentais que atenuar, de forma significativa, a proteção que a eles devem oferecer afeta, inevitavelmente, a cláusula pétrea que garante a imutabilidade desses direitos e garan-*

¹⁰ GONÇALVES, Bernardo Fernandes. *Curso de Direito Constitucional*. 9 ed. Salvador: Juspodivm, 2017, p. 142.

tias”.¹¹ É nessa dimensão que se afirma que a cláusula pétrea do art. 60-§4º-IV da CR protege o núcleo essencial dos direitos e garantias individuais.¹²

Cabe, portanto, verificar se a EC 95/2016 consignou normas tendentes a abolir os direitos e garantias fundamentais e, em particular, os direitos à saúde e à educação.

A EC 95/2016 instituiu limites individualizados para as despesas primárias do Executivo, dos órgãos do Judiciário, dos órgãos do Legislativo, do Ministério Público da União, do Conselho Nacional do Ministério Público e da Defensoria Pública do União. De-
finiu que, a partir do exercício de 2018, o teto dos gastos públicos deverá ser calculado, com base no valor definido para o exercício de 2017, corrigido conforme a variação do IPCA. A emenda constitucional possui regras específicas para as aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e de ensino. A partir do exercício de 2018, os valores serão calculados de acordo com as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos conforme a variação do IPCA.

As normas impugnadas não são vocacionadas a abolir ou reduzir em excesso o regime de proteção dos direitos fundamentais. Isso porque mantêm como parâmetro para a fixação dos gastos futuros o total de despesas efetivadas no exercício de 2017 e garantem a correção de acordo com o IPCA. Além disso, fixam os pisos dos gastos com saúde e educação. Assim, o que se veda é o aumento das despesas primárias, mas não a gestão do orçamento e a destinação de verbas públicas à promoção dos direitos sociais. Caberá ao Executivo, respeitado o teto dos gastos públicos, alocar as receitas aos serviços públicos de saúde e de educação.

Na realidade, o regime de contenção de gastos públicos objetiva preservar o funcionamento do Estado, impedindo o crescimento desenfreado das despesas primárias, que poderia, a longo prazo, inviabilizar o desempenho das atividades públicas. Deve-se considerar que o congelamento do teto dos gastos públicos por 20 exercícios financeiros in-
sere-se no contexto de austeridade fiscal com vistas à superação da crise financeira e à concretização do reequilíbrio orçamentário. Como benefícios da adoção do Novo Regime

11 MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites de revisão constitucional. In: *Cadernos de Direito Constitucional e Ciência Política*. v. 5, n. 21, p. 6-91 out/dez. 1997.

12 Segundo o Ministro ROBERTO BARROSO: “*Por se tratar de limitações ao poder de deliberação das maiorias — elemento inerente à democracia —, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas com comedimento. Nessa linha, não se proíbe toda e qualquer alteração no enunciado textual ou no regime constitucional de um direito fundamental, mas apenas a deliberação de propostas tendentes a aboli-lo — i.é, daquelas que, uma vez aprovadas, atingiriam seu núcleo essencial, esvaziando ou minimizando em excesso a proteção conferida pelo direito*” (MS 34.474-MC e MS 34.448-MC, Rel. Min. Roberto Barroso, DJe de 28.10.2016).

Fiscal, a exposição de motivos da PEC 241/2015 ressalta que “*implementação dessa medida alavancará a capacidade da economia de gerar empregos e renda, bem como estimulará a aplicação mais eficiente dos recursos públicos*”.

Os direitos sociais, por seu caráter prestacional, estão intimamente associados à disponibilidade orçamentária do Estado. Assim, em um período de bonança, ampliam-se as políticas públicas e a prestação de serviços públicos que contribuem para a promoção desses direitos. Ocorre que, em período de retração financeira, os administradores e legisladores veem-se obrigados a reduzir o nível de oferecimento desses serviços em prol do equilíbrio orçamentário e do controle das contas públicas. Nesse contexto, o poder constituinte derivado consignou a necessidade de congelamento global de gastos com o objetivo de restabelecer a confiança na sustentabilidade dos gastos e da dívida pública.

Conforme assevera Luís Pereira Coutinho,¹³ a análise da sustentabilidade dos direitos sociais envolve avaliações complexas que encerram juízo político:

Na verdade, saber o que é sustentável ou insustentável em dado momento envolve necessariamente avaliações complexas, não neutras em sede de opções de política econômica e carregadas de elementos prognósticos. A crescer, saber até que ponto riscos de insustentabilidade devem sobrepor-se ou não em cada momento à realização (ou realização em dado grau) de um direito social não se pode deixar de considerar um juízo político. Nestes termos, a ponderação entre um direito social e o princípio da sustentabilidade, sempre envolvida na concretização do primeiro, tem necessariamente de se considerar uma operação política.

Assim, conclui que, embora os direitos sociais sejam normas de ação em face do legislador, estes não são normas de controle do Judiciário sobre o Legislativo:

Com o acima exposto, não se pretende pôr em causa que o legislador se encontre efetivamente subordinado às normas de direitos sociais. Pelo contrário: as normas em causa dirigem-se-lhe especificamente enquanto normas de ação, isto é, normas que justamente pedem uma sua concretização política (e uma inerente ponderação política com o princípio da sustentabilidade). O que as mesmas normas não consubstanciam é normas de controle do legislador pelo juiz, sob pena de se permitir ao juiz um controle político do legislador.

Nessa linha, a análise da viabilidade de concretização dos direitos sociais cabe primordialmente ao Legislativo. A atuação do Judiciário deve ater-se, no caso, a verificar se o núcleo dos direitos sociais em questão foi desrespeitado, de modo a não invadir as escolhas políticas realizadas democraticamente pelo poder constituinte reformador. Ocorre que,

13 COUTINHO, Luís Pereira. Os Direitos Sociais como Compromissos. *Revista Eletrônica de Direito Público*. Vol. 1, 3 de dezembro de 2014.

conforme já asseverado, o estabelecimento de limite global dos gastos públicos por período de tempo não anula ou esvazia os direitos fundamentais. O financiamento desses direitos está garantido, assim como os pisos mínimos de investimento em saúde e educação, de maneira que a esfera mínima de proteção está preservada.

Ainda que se analise a argumentação sob a ótica do princípio da vedação do retrocesso social, não se vislumbra afronta à cláusula pétrea dos direitos e garantias fundamentais e a consequente inconstitucionalidade da emenda constitucional.

O princípio da vedação do retrocesso social é evolução doutrinária da teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*) desenvolvida por Konrad Hesse. Essa teoria se pauta na afirmação de que, em matéria de direitos sociais conquistados, uma vez realizada a conformação legal deles, medidas regressivas seriam inconstitucionais, ou seja, haveria irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas.¹⁴

Jorge Miranda, ao abordar o regime específico dos direitos econômicos, culturais e sociais e explicitar que carecem de conformação normativa, conclui que:

[...] não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-los significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.¹⁵

O princípio do não retrocesso social, portanto, visa a proteger direitos sociais concretizados por atos anteriores contra medidas retrocessivas dos órgãos estatais, de forma que ocorra sempre ampliação desses direitos. Por consequência, a liberdade dos agentes estatais tornar-se-ia limitada diante da concretização de direitos fundamentais de natureza social. O legislador infraconstitucional ficaria vinculado à legislação existente efetivadora de direitos fundamentais sociais e não está autorizado a simplesmente eliminar normas sobre a matéria, “*pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador*”.¹⁶

14 NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 101-102.

15 MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. Vol. IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 188.

16 SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. ed. Porto Alegre; Livraria do Advogado, 2010, p. 444.

O princípio estaria implícito no ordenamento jurídico brasileiro, como decorrência do princípio do Estado democrático e social de Direito, do princípio da dignidade do ser humano, do princípio da proteção da confiança e do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais.¹⁷

Ocorre que, assim como os demais princípios do regime constitucional pátrio, o da proibição de retrocesso social não é absoluto e admite relativização, desde que o núcleo essencial do direito social envolvido não seja atingido pela alteração legislativa. Não deve o legislador suprimir norma concretizadora ou esvaziá-la totalmente.

Em outras palavras, a atribuição de caráter absoluto ao princípio da proibição de retrocesso social implica a subtração do Poder Legislativo de uma das funções típicas mais expressivas, qual seja, a de revisar seus próprios atos. Ocorreria indesejável cristalização do próprio direito em jogo, como explica Ingo Sarlet:

[...] não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tido como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.¹⁸

Conforme já assinalado, a emenda constitucional não atinge o núcleo essencial dos direitos fundamentais à saúde e à educação. Isso porque ela não elimina ou esvazia nenhum direito fundamental. Inclusive, não houve nenhum corte de despesa específico. A emenda constitucional visa impedir o crescimento real do total das despesas primárias, congelando os gastos públicos de cada esfera de Poder. Assim, caberá ao Chefe do Executivo, no exercício de sua autonomia orçamentária, alocar as verbas públicas para as áreas de educação e saúde de acordo com o crescimento populacional, respeitando o teto global imposto pela emenda constitucional.

III.3 Elaboração de prévia estimativa de impacto orçamentário e financeiro para as alterações de alíquotas de impostos extrafiscais

A agremiação partidária requer seja conferida interpretação conforme à Constituição ao artigo 113 do ADCT para que obrigação de elaboração de estimativa de impacto orçamentário e financeiro seja exigida não só às proposições legislativas que criem e alterem

¹⁷ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Obra citada, p. 445-446.

¹⁸ SARLET, Ingo. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Ob. cit., p. 449.

despesa obrigatória ou renunciem receita, mas também aos decretos que alteram alíquotas de tributos de natureza extrafiscal. Segundo a petição inicial, a Administração Pública tem o dever de motivar os atos administrativos, como decorrência da legalidade administrativa e da publicidade, previstos no art. 37-*caput* da Constituição.

A norma do ADCT, inserida no contexto do Novo Regime Fiscal, pretende instrumentalizar o controle das contas públicas, conferindo transparência às proposições legislativas no que diz respeito à quantificação dos impactos da aprovação de lei com previsão de renúncia de receita.

A exigência de estimativa do impacto orçamentário no caso de renúncia de receitas não é novidade no ordenamento jurídico pátrio. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LC 101/2000), ao dispor sobre a renúncia de receita tributária, no art. 14, estabeleceu que “*a concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária da qual decorra renúncia de receita deverá estar acompanhada de estimativa do impacto orçamentário-financeiro no exercício em que deva iniciar sua vigência e nos dois seguintes*”.

Por outro lado, o art. 14-§3.º afasta a exigência para as alterações de alíquotas dos impostos de importação (II), de exportação (IE), de produtos industrializados (IPI) e de operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores imobiliários (IOF). Refere-se, portanto aos impostos com natureza extrafiscal.

Por extrafiscalidade, entende-se a instituição de tributo cuja finalidade preponderante não seja arrecadatória, mas sim a interferência do legislador a fim de incentivar ou desestimular determinadas condutas por parte dos cidadãos, bem como intervir na ordem econômica e social.

O caráter extrafiscal do II, IE, IPI e IOF decorre diretamente da Constituição, que confere a esses impostos tratamento diferenciado no que tange aos princípios da anterioridade e da legalidade. De acordo com o art. 150-§1.º da Constituição, o IPI é o único submetido ao princípio da anterioridade nonagesimal. Os demais tributos podem ser cobrados no mesmo exercício financeiro em que instituídos ou aumentados, sem a necessidade de observância da regra da noventena. Por sua vez, o art. 153-§1.º admite a alteração da alíquota desses impostos por ato do Executivo, desde que respeitadas as condições e os limites legais.

Nessa linha, a redução da alíquota dos tributos extrafiscais será feita por ato do Executivo em conformidade com as condições estipuladas na lei. Em outras palavras, a alte-

ração da alíquota apenas será admitida caso presentes os pressupostos consignados em lei, de maneira que o processo administrativo que deu origem ao decreto modificador do imposto deverá demonstrar o preenchimento dos requisitos legais autorizadores da redução da alíquota. Trata-se de medida asseguradora da controlabilidade do ato do Poder Público, que confere transparência e atende ao princípio da motivação dos atos administrativos.

Luis Eduardo Schoueri, ao comentar o art. 153-§1.º da Constituição, ressaltou a necessidade de o Executivo observar as condições estipuladas em lei:

Note-se que os dispositivos acima não dispensam a lei; é a esta que cabe fixar as condições e os limites dentro dos quais o Poder Executivo poderá fixar a alíquota dos impostos ali referidos; no caso da CIDE-combustível, o Executivo apenas pode reduzir e restabelecer uma alíquota, o que implica que esta tenha antes sido fixada pela Lei. Por isso, fala-se em mitigação do Princípio da Legalidade, não em exceção.

É interessante notar que o constituinte não exigiu que apenas os limites estivessem na lei; ele determina mais: as condições devem ser previstas pelo legislador. O Executivo apenas pode alterar as alíquotas dos tributos acima referidos se as condições previstas pelo legislador se materializarem.

Esse raciocínio põe em xeque a prática corriqueira do Executivo de fixar alíquotas sem motivação. Afinal, se as condições são previstas pela lei, cabe ao Chefe do Poder Executivo apontar a presença daquelas condições, i.e., quais os motivos por que acredita que as condições foram cumpridas.¹⁹

O Supremo Tribunal Federal entende suficiente para a demonstração do preenchimento das condições legais de alteração da alíquota a motivação exposta no processo administrativo que deu origem ao decreto. Nas palavras do Ministro Carlos Velloso, “*os motivos do decreto não vem nele próprio, mas estão no procedimento administrativo de sua formação*” (RE 225.602/CE, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 6/4/2001). Em sentido semelhante, o Min. Sepúlveda Pertence observou que “*é razoável extrair do §1.º do art. 153 uma competência vinculada à existência das condições estabelecidas em lei, mas isso implica a controlabilidade dos motivos, não necessariamente uma exigência formal de motivação*”.

Conclui-se, portanto, que a Constituição submeteu os impostos extrafiscais a regime jurídico próprio, que respeita o princípio da publicidade e a necessidade de motivação dos atos administrativos. O controle dos decretos que aumentam ou reduzem a alíquota desses tributos é feito mediante a análise da conformidade com a lei autorizadora e do processo administrativo que culminou na aprovação do ato normativo.

19 SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 386.

O pleito do requerente de estender ao decreto do Executivo que altere alíquota de impostos extrafiscais a obrigação de prévia estimativa do impacto orçamentário e financeiro não se coaduna com o regime constitucional a que estão submetidos esses tributos. Isso porque, a motivação do decreto já é feita de acordo com a autorização conferida pela lei e pelas condições por ela estipuladas.

Ademais, exigir a estimativa do impacto orçamentário e financeiro da medida implementada por decreto de II, IE, IPI e IOF pode dificultar ou até impedir a intervenção eficiente do Estado na ordem econômica. A alternância e a variação das alíquotas nesse caso fazem parte da própria dinâmica desses tributos, que funcionam como fator de intervenção no domínio econômico. A exceção aos princípios da legalidade e da anterioridade contribuem para a atuação célere e eficaz do Executivo, a fim de obter êxito na intervenção da ordem econômica, de modo a assegurar o cumprimento do objetivo principal dos impostos extrafiscais.

Pelas razões expostas, é improcedente o pedido de concessão de interpretação conforme à Constituição ao art. 113 do ADCT, para incluir a exigência de que os decretos do Executivo que alteram alíquotas de II, IE, IPI e IOF sejam acompanhados de estimativa de impacto econômico e financeiro.

III.4 *Periculum in mora*

Segundo o requerente, é urgente a suspensão das normas pelo Supremo Tribunal Federal, uma vez que produzirão efeitos negativos progressivos ao longo dos próximos anos.

Não se verifica o *periculum in mora*, uma vez que o objetivo da emenda constitucional é conter a crise econômica brasileira e reequilibrar as contas públicas, de modo a evitar o aprofundamento da deterioração das finanças públicas. Eventual suspensão cautelar da eficácia da EC 95/2016 poderia provocar dano reverso, porque causaria instabilidade econômica, diminuiria a credibilidade da economia brasileira e prejudicaria o equilíbrio fiscal das contas públicas, conforme asseverou a Advocacia-Geral da União.

Nessa linha, não estão presentes os pressupostos de concessão da medida cautelar.

IV

Pelo exposto, a Procuradora-Geral da República opina pelo não conhecimento parcial da ação e pelo indeferimento da medida cautelar.

Brasília, 13 de novembro de 2018.

Raquel Elias Ferreira Dodge
Procuradora-Geral da República

ccc