

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

CONSTITUTIONAL AMENDMENT No. 95/2016: POSSIBILITIES OF VIOLATION OF FUNDAMENTAL RIGHTS?

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

RESUMO: O presente estudo pretende traçar e analisar, sob um prisma jurídico-constitucional e econômico a Emenda Constitucional n. 95, de 2016, a qual alterou o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o “Novo Regime Fiscal”. Por meio de pesquisa bibliográfica e de coleta de dados, o artigo se propõe a apresentar a evolução do endividamento do Governo Federal nos últimos anos, abordar os principais aspectos atinentes às alterações trazidas pelo referido normativo, bem como seus principais reflexos no ordenamento jurídico pátrio, afim de analisar a (in)compatibilidade vertical da referida Emenda com a previsão constitucional do artigo 1º, inciso III e as metas previstas no art. 3º, inciso III, bem como, com o núcleo essencial dos direitos fundamentais, mormente o direito à vida, saúde e assistência social, elencados como cláusula pétrea no dispositivo do § 4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988. Conclui-se que o primado da máxima efetividade dos direitos fundamentais e o princípio da proibição do retrocesso social regulam as ações do Estado implicando que mesmo por intermédio de Emenda Constitucional, as medidas devem garantir potenciais benefícios e oportunidades para todos, presentes e futuras gerações.

PALAVRAS-CHAVE: Alteração Constitucional; Violação de cláusulas pétreas; Vedação do retrocesso social.

86

ABSTRACT: *This paper aims to trace and analyze, from a legal-constitutional and economic perspective, the Constitutional Amendment n.95 of 2016, which amends the Transitional Constitutional Provisions Act, to create the “New Fiscal Regime”. By means of bibliographical research and data collection, we intend to present the evolution of Federal Government indebtedness in recent years, to address the main aspects related to the changes brought by the said Amendment, as well the main reflections in the legal order of the country, in order to analyze the (in) vertical compatibility of the Constitutional Amendment n. 95 with the constitutional provision of article 1º, III and the goals set forth in art. 3, item III, as well as, the essential core of fundamental rights, especially the right to life, health and social assistance, listed as a clause in the device of §4 of article 60 of the Federal Constitution of 1988. It is concluded that the primacy of maximum effectiveness of fundamental rights and the principle of prohibition of social retrogression regulate the actions of the State implying that even through the Constitutional Amendment, the measures must guarantee potential benefits and opportunities for all, present and future generations.*

KEYWORDS: *Constitutional change. Violation of unchanging clauses. Sealing of social retrogression.*

¹ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul (UEMS-Navirai/MS), Especialista em Direitos Difusos e Coletivos pela UEMS Dourados/MS Email. ricardo.ananias@gmail.com.

² Orientadora. Mestre em Direito pela Universidade de Brasília. Doutorado em Biotecnologia e Biodiversidade pela Universidade Federal de Goiás. Docente e Pesquisadora do quadro efetivo do Curso de Direito da Universidade Estadual de Mato Grosso do Sul. Email. lorecign@gmail.com

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como escopo analisar, sob o panorama jurídico-constitucional, a in(constitucionalidade) do Novo Regime Fiscal admitido pela Emenda Constitucional nº. 95, de 2016, formado pelo acréscimo dos artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114 no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), objetivando estabelecer limite de gastos de despesas primárias e respectivos condicionantes. Tal panorama consiste no juízo de admissibilidade da referida Emenda à luz da Constituição Federal de 1988. Por meio da pesquisa bibliográfica e de coleta de dados, procura-se aferir se a mudança constitucional viola as cláusulas pétreas elencadas pelo §4º do art. 60 da Constituição Federal de 1988, sobretudo, no que diz respeito ao inciso IV (direitos e garantias individuais).

Impõe-se relevante analisar, em especial a redação do art. 110 do ADCT, que determinou aplicações mínimas corrigidas apenas com índice inflacionário, em ações e serviços públicos de saúde e desenvolvimento do ensino, se tal dispositivo não ofende cláusula pétrea e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, bem como encontra barreiras no princípio da proibição do retrocesso social.

Em verdade, pretende-se explorar linhas gerais da economia, a fim de dar suporte à análise comparativa da Emenda à Constituição em tela e não esgotar a temática, eis que a pesquisa busca ponderar sistemicamente a relação que existe entre o direito e a economia política.

Por meio de pesquisa bibliográfica e de coleta de dados, far-se-á exposição do contexto da crise econômica brasileira, bem como as diversas circunstâncias e variáveis que ocorreram nos últimos anos que levaram ao cenário econômico-político atual do país. Em seguida, serão abordados os principais aspectos relacionados ao Novo Regime Fiscal, tais como, vigência e

abrangência de seus efeitos, e os limites impostos sobre as despesas primárias, dentre outras especificidades. Por fim, discute-se a compatibilidade vertical da Emenda Constitucional com as cláusulas pétreas gravadas no § 4º, IV do art. 60, além dos artigos 1º e 3º, todos da Constituição Federal de 1988, sob o prisma da máxima efetividade dos direitos fundamentais e do princípio da vedação do retrocesso social de direitos fundamentais garantidos às atuais e futuras gerações. Apresentam-se, ainda, alternativas que o Estado brasileiro poderia implantar em detrimento da EC nº. 95, de 2016.

1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONTEXTO DA CRISE POLÍTICO-ECONÔMICA BRASILEIRA

Preliminarmente, antes de adentrar na análise pormenorizada das medidas do “Novo Regime Fiscal” contidas na EC nº. 95, de 2016, faz-se necessário, a fim de entender os motivos pelos quais se optou traçar, de forma pontual, aspectos relevantes acerca da evolução da economia brasileira, no sentido de trazer ao lume algumas das variáveis que elucidam e explicam o atual cenário político-econômico, em especial o superciclo das commodities analisada em conjunto com a atrofia da indústria.

Insta registrar que a atual crise eclodiu em decorrência de uma série de fatores econômicos internos e externos, observando, inclusive, que as políticas públicas econômicas e fiscais adotadas pelas gestões passadas, entre o final da década de noventa até meados de 2014, contribuíram para ocorrência de instabilidades econômicas.

Trata-se da concessão de incentivos fiscais visando ao aquecimento da economia interna e o aumento e redução indiscriminados da taxa de juros, com o fim, em tese, de atrair investidores para consequente ampliação das oportunidades no mercado de trabalho, bem como as políticas de distribuição de renda, dentre outros programas sociais.

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

Em que pese tais medidas terem, por um lado, tornado possível a efetivação de uma gama de direitos fundamentais, importando, como reflexo, na concretização de objetivos fundamentais da República, especialmente aquele consignado no artigo 3º, inciso III, da CRFB/88, no que tange a redução da pobreza e das desigualdades sociais, é não só possível como provável que estas tenham desencadeado um processo de evolução reacionária, em outras palavras, o retrocesso social de uma nação.

É, portanto, neste contexto de globalização e a partir dos (des) estímulos da demanda externa que o Brasil tem feito suas escolhas em se tratando de possibilidades de crescimento econômico, sinalizando ter optado pela reprimarização das exportações em detrimento do setor industrial. Ambos os assuntos são tratados a seguir.

1.1 Superciclo das commodities e atrofia da indústria brasileira

O ideário neoliberal se materializou no território brasileiro especialmente a partir dos anos de 1990 quando foi promovida a abertura comercial e o processo de privatizações. Esse cenário expôs o obsoleto parque industrial brasileiro à competitividade internacional de modo que parte significativa dos empreendimentos industriais registrou falência. Por outro lado, o aumento significativo no preço das commodities no mercado internacional, impulsionado especialmente pela crescente demanda chinesa, estimulou a “vocação” brasileira de produção destes produtos.

¹ *Commodities* pode ser definido como mercadorias, principalmente minérios e gêneros agrícolas, que são produzidos em larga escala e comercializados em nível mundial. As commodities são negociadas em bolsas mercadorias, portanto seus preços são definidos em nível global, pelo mercado internacional.

Para elucidar algumas das variáveis financeiras em apreço, mister consignar que o país já vivenciou picos de louvor econômico, como os que ocorreram no fim dos anos 90 até o início de 2012 em que se registrou um aumento significativo no preço das commodities no mercado internacional, o qual foi impulsionado pela crescente demanda chinesa.

Como destaca Garcia (2016):

[...] foi um momento muito positivo para a economia brasileira, historicamente dependente da exportação de matérias-primas e produtos agrícolas. Em 2011, as exportações brasileiras alcançaram o recorde de US\$ 256 bilhões, 14% do Produto Interno Bruto (PIB). A China já era o maior parceiro comercial do Brasil. As exportações para o país asiático cresceram quatro vezes mais que as exportações totais entre 2000 e 2010, com destaque para soja, café, minério de ferro e petróleo.

Da análise, pode-se extrair que o Brasil surfava na onda dos elevados preços das commodities pelo comércio internacional, o que importou num crescimento eufórico da economia nacional. Os elevados preços das commodities promoveu um crescimento da economia nacional, especialmente com o aumento de exportações. Este momento positivo, porém, era extremamente dependente do comportamento das variáveis econômicas dos principais parceiros comerciais brasileiros.

Todavia, é evidente que a economia de uma nação não pode, apenas e tão somente, depender das regras ditadas pelo mercado internacional, principalmente em relação a matérias-primas, como é o caso da cotação das commodities, faz-se necessário que a balança e o mercado interno sejam aquecidos para fins de garantir estabilidade e sustentabilidade da economia.

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

O diagnóstico econômico existente é o de pouco investimento em novas tecnologias e quase nenhum projeto buscando o fortalecimento da soberania nacional, eis que tudo gira em torno da submissão ao capital estrangeiro.

Doutra banda, o modelo de política econômica adotada a partir dos anos de 2000, que não alterou essa dinâmica, favoreceu a distribuição de renda e a expansão do consumo: os programas sociais foram ampliados e o salário mínimo aumentou cerca de 72,31%, de 2003 a 2014, conforme dados obtidos no ano de 2014 pelo Portal Brasil em parceria com o Departamento Intersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos (DIEESE).

O ano de 2008 foi marcado pelo início de um período de crise econômica internacional inicialmente localizada nos Estados Unidos, mas que rapidamente se espalhou pelos outros países em função da lógica da globalização econômica.

O governo brasileiro optou por medidas econômicas pró-cíclicas² capazes de manter certo crescimento do consumo interno e em alguma medida impedir que a crise internacional afetasse o crescimento econômico.

Como consequência, em 2010 o Produto Interno Bruto (PIB) registrou uma taxa de crescimento de 7,5%, a maior expansão desde 1986, bem como um dos mais elevados em um comparativo feito pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), considerando 16 (dezesesseis) países, conforme Figura 1.

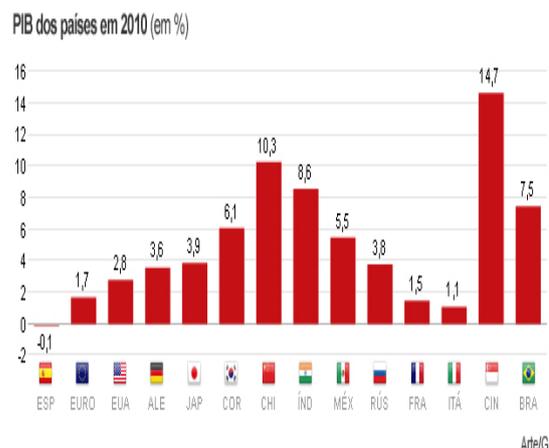


Figura 1. Gráfico do PIB dos países no ano de 2010 em percentual. Fonte: IBGE

Ocorre que o elevado estímulo ao consumo e a forte demanda por manufaturados não foram acompanhados por investimentos e crescimento na produtividade da indústria nacional, de modo a expor a fragilidade e dependência tecnológica brasileira em relação as importações de produtos industrializados haja vista que a política econômica e a especialização produtiva brasileira havia promovido: a desindustrialização, a reprimarização das exportações, perda de competitividade internacional, dependência tecnológica e vulnerabilidade externa estrutural (GONÇALVES, 2013).

Na tentativa de minimizar os impactos negativos, o governo brasileiro fez uso da política monetária (alteração do percentual da taxa de juros) com o fito de atrair novos investidores, visando à geração de novos empregos. Ocorre que o cenário de desequilíbrio e instabilidade econômica internacional não era momentâneo nem simples. Em 2014, a dívida pública cresceu de 51,3% para 57,2% do PIB. Já em 2015, saltou para 66,2%, conforme Figura 2.

² A exemplo da redução do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) para o setor automobilístico e eletroeletrônicos.

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

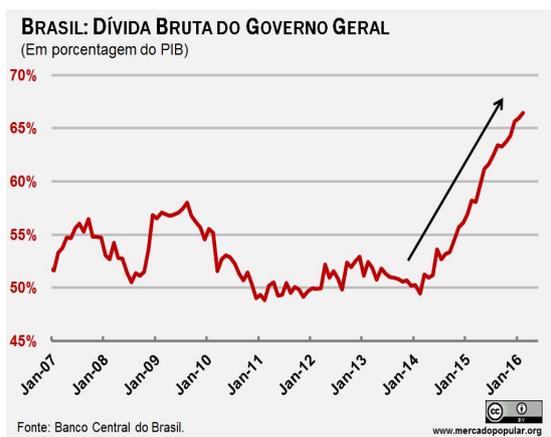
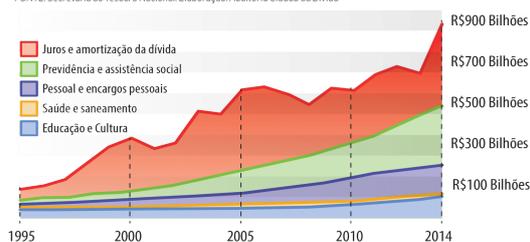


Figura 2. Evolução da dívida bruta contraída pelo Governo Federal desde o ano de 2007. Fonte: Banco Central do Brasil

Todavia, o endividamento do governo, desde meados de 1995, não esteve ligado a investimentos com os setores primários, pelo contrário, saúde e educação montaram a menor importância da dívida, a qual é representada, em maior percentual, pelos juros e amortizações, conforme dados produzidos em 2015 pela Auditoria Cidadã da Dívida, vinculada à Secretaria do Tesouro Nacional, conforme Figura 3.

Gastos com o pagamento da dívida 1995-2014

FONTE: Secretaria do Tesouro Nacional. Elaboração: Auditoria Cidadã da Dívida



NO ANO DE 2014:

DÍVIDA EXTERNA R\$1,4 TRI | DÍVIDA INTERNA R\$3,3 TRI | TOTAL R\$4,7 TRI | O EQUIVALENTE A 86,5% do PIB

Figura 3. Gastos com o pagamento da dívida no período que compreende os anos de 1995-2014.

Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional, elaboração auditoria cidadã da dívida.

Outrossim, em razão de mudança na política econômica e de redução das taxas de juros, houve uma evasão de investidores e multinacionais entre os

anos de 2011 e 2014, fato que resultou no aumento do desemprego em todo país, perfazendo, segundo dados do IBGE (AGÊNCIA BRASIL, 2016), mais de 12 (doze) milhões de desempregados atualmente.

2. PRINCIPAIS ASPECTOS RELACIONADOS AO NOVO REGIME FISCAL

O Novo Regime Fiscal admitido pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016, forma-se pelo acréscimo dos artigos 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113 e 114 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).

O primeiro aspecto de extrema importância trazido pela Emenda Constitucional n. 95 é o seu lapso temporal. O art. 106 determina que o Novo Regime Fiscal vigorará pelo prazo de 20 (vinte) anos, ou seja, vinte exercícios financeiros.

O segundo aspecto relevante refere-se ao âmbito de abrangência, limitando-se à União, determinado pelo caput do art. 107, o qual estabelece que para cada exercício financeiro deva ser respeitado limites individualizados para as despesas primárias (trata-se de despesas que não comportam pagamento de juros) dos seguintes Poderes e órgãos: I – o Poder Executivo; II – o Supremo Tribunal Federal, o Superior Tribunal de Justiça, o Conselho Nacional de Justiça, a Justiça do Trabalho, a Justiça Federal, a Justiça Militar da União, a Justiça Eleitoral e a Justiça do Distrito Federal e Territórios; III – o Senado Federal, a Câmara dos Deputados e o Tribunal de Contas da União; IV – o Ministério Público da União e o Conselho Nacional do Ministério Público; e V – a Defensoria Pública da União.

Já o § 1º do art. 107 busca estipular os limites que devem ser aplicados nos 20 (vinte) exercícios financeiros em que vigorará o Novo Regime Fiscal, sendo que o eventual saldo positivo em tal equação

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

será aparentemente destinado à redução dos encargos da dívida pública, para manter sua sustentabilidade intertemporal.

E, nesse particular, observa-se que o inciso I do §1º do art. 107 determina que o teto das despesas primárias seja equivalente, para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício de 2016, corrigida em 7,2% (sete vírgula dois por cento). Esse percentual de correção equivale à taxa de inflação do ano de 2016.

Percebe-se que são dois momentos que devem ser levados em conta para definir o limite de gastos com as despesas primárias, estabelecidos pela EC 95. O primeiro refere-se ao ano de 2017 cujo limite de gastos equivalerá à despesa primária de 2016. Já para os demais anos o limite irá corresponder ao do ano imediato anterior, corrigido pela inflação, esta, por sua vez, será medida pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA (inc. II, do § 1º do art. 107).

O artigo 108 do ADCT incluído pela EC prevê a possibilidade de alteração de limites a partir do décimo ano da vigência do Novo Regime Fiscal, mediante iniciativa apenas do Chefe do Poder Executivo Federal - Presidente da República, através de lei complementar, a qual somente poderá ser proposta uma única vez por mandato (parágrafo único). Em outras palavras, o governo federal estaria proibido de promover mais do que uma alteração nos parâmetros estabelecidos pelo Novo Regime Fiscal por legislação.

Conforme previsão do art. 109 com redação dada pela EC 95, ao Poder ou órgãos elencados nos incisos II a V, aplicam-se diversas vedações. Trata-se de vedações/sanções que serão aplicadas até o final do exercício de retorno das despesas aos respectivos limites, ao órgão ou Poder que gastou em excesso, ou melhor, que descumprir os limites individualizados de despesas

estabelecidos pelas disposições contidas no ADCT.

Extrai-se desse dispositivo que as punições se revelam, num primeiro momento, na forma de gastos de pessoal, desse modo, ficaria proibida a concessão de qualquer aumento de remuneração para o funcionalismo público e membros dos Poderes ou de qualquer outro órgão público. Restando ainda, terminantemente proibida a realização de concursos públicos, exceto para reposições de vacâncias previstas no inc. IV do mesmo artigo.

Assim, caso o órgão ou Poder vinculado a administração pública, deixar de obedecer ao limite individualizado de despesas primárias estipuladas pela nova Emenda constitucional, faz surgir a possibilidade de paralisar a realização de concursos públicos para contratação de pessoal (inciso V do art. 109). A proibição também se dá, em caso de as despesas ultrapassarem o limite das despesas primárias, a criação de despesa obrigatória ou reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo.

No caso de reajuste de despesa obrigatório, verifica-se evidente antecipação das modificações referentes à Previdência Social, que possui caráter de despesa obrigatória. No cenário atual, o salário-mínimo do cidadão aposentado é corrigido pelo salário de mercado, ou seja, o somatório da inflação com a variação real. Caso os limites estabelecidos não forem respeitados pelas entidades ou Poderes, automaticamente, o salário dos aposentados será reajustado apenas pela inflação.

Ao final, determina-se ainda, que em caso de desrespeito ao limite de gastos primários, ficará proibida a criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como qualquer forma de refinanciamento de dívidas que impliquem despesas com subsídio ou

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

subvenções, até mesmo a concessão ou incentivo ou benefício de natureza tributária.

Merece destaque a redação do art. 110 do ADCT, que determinou aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e desenvolvimento do ensino. Resta analisar se tal dispositivo não ofende cláusula pétrea e o núcleo essencial dos direitos fundamentais e, por conseguinte, o princípio do retrocesso social.

Por fim, quanto aos demais dispositivos, verifica-se que estes não guardam pertinência com o debate posto em questão, em razão disso não serão pormenorizadamente analisados.

3. EMENDA CONSTITUCIONAL E O RESPEITO ÀS CLÁUSULAS PÉTREAS

Antes de adentrar na análise meritória da EC n. 95, de 2016, impende tecer breves considerações sobre o sistema de alteração do texto constitucional adotado pela Constituição Federal de 1988.

Para Novelino (2011, p. 71-2) “o poder constituinte originário é responsável pela escolha e formalização do conteúdo das normas constitucionais”.

Já o poder constituinte derivado/reformador é responsável pelas alterações no texto constitucional “tem a função de modificar as normas constitucionais por meio de emendas, sendo que as limitações impostas a este poder pela Constituição de 1988 estão consagradas no art. 60”.

Nesse contexto, consoante lição preconizada pelo Relator Ministro Neri da Silveira, por ocasião do julgamento do Mandado de Segurança n. 22.972/DF, significa dizer que tais matérias não podem ser objeto de votação, momento no

qual se delibera a favor ou contra a emenda³.

Ao enunciar que não podem ser objeto de deliberação proposta de emenda constitucional tendente a abolir os direitos e garantias individuais, o Constituinte incluiu no catálogo não só os tradicionalmente categorizados como individuais (liberdade de expressão, por exemplo), mas os políticos (direito de voto) e os sociais (direito à saúde e direito à educação).

Os direitos e garantias individuais, sem embargo de estarem contemplados sistematicamente no art. 5º da Constituição, não se restringem a ele, sendo possível identifica-los ao longo de todo o texto constitucional (NOVELINO, 2011, p. 427). Posição também adotada pelo Supremo Tribunal Federal, manifestando-se no sentido de que os direitos e garantias individuais não se limitam ao art. 5ª da Constituição Federal, podendo ser encontrados ao longo do texto constitucional e, ainda, decorrentes de tratados e convenções internacionais⁴.

Superada a abrangência do conteúdo referente as garantias e direitos individuais, cabe acentuar que a expressão “tendente a abolir” atua como um divisor de águas a saber se há – ou não – ofensa à determinada cláusula pétrea. Vejamos a posição de José Afonso da Silva (1999, p. 594-595):

³ STF – MS n. 22.972/DF. Rel. Min: Neri da Silveira, por meio do qual o Supremo Tribunal Federal vai decidir se uma emenda constitucional pode instituir o parlamentarismo – ou semi-parlamentarismo – no país. Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/219482459/andamento-do-processo-n-22972-mandado-de-seguranca-14-08-2015-do-stf>> Acesso Out.2017.

⁴ STF – ADI n. 939-7/DF. Rel. Min: Sydney Sanches entendeu tratar-se de cláusula pétrea a garantia constitucional prevista no art. 150, inc. III, alínea “b” da Constituição Federal.

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

(...) É claro que o texto não proíbe apenas emendas que expressamente declarem: “fica abolida a federação ou a forma federativa de Estado”, “fica abolido o voto direto...”, “passa a vigorar a concentração de Poderes”, ou ainda “fica extinta a liberdade religiosa, ou de comunicação...”, ou o *habeas corpus*, o mandado de segurança...”. A vedação atinge a pretensão de modificar qualquer elemento conceitual da Federação, ou do voto direto, ou indiretamente restringir a liberdade religiosa, ou de comunicação ou outrodireito e garantia individual; basta que a proposta de emenda se encaminhe ainda que remotamente, “tenda” (emendas tendentes, diz o texto) para a sua abolição.

Logo, tem-se que a inconstitucionalidade não recai apenas nas emendas que suprimam ou provoquem a abolição de tais matérias gravadas como cláusulas pétreas. É plenamente prescindível que a emenda erradique determinada matéria petrificada, basta que seja evidenciada uma ‘tendência’ nesse sentido.

Em exame prévio acerca da conformidade constitucional da PEC 55/2016 nos autos do Mandado de Segurança registrado sob o n. 34.448/DF, ajuizado em 10.10.2016,⁵ o Supremo Tribunal Federal alertou quanto a impossibilidade de supressão das assim chamadas cláusulas pétreas, simplesmente porque os direitos materialmente fundamentais definem um patamar mínimo de justiça, cujo esvaziamento privaria a pessoa das condições básicas para o desenvolvimento de sua personalidade e, por via de consequência, a própria ordem constitucional perderia a sua identidade.

⁵ STF – MS n. 34.448/DF. Rel. Min. Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34448.pdf> Acesso Out. 2017.

(...) As Constituições devem se equilibrar entre permanência e plasticidade, entre a vida e a morte. Se forem rígidas demais, correm o risco de se tornarem anacrônicas e serem substituídas. Para viverem longamente, precisam, portanto, se modificar. Porém, se forem excessivamente flexíveis, correm o risco de terem seus preceitos estruturantes, seu “núcleo essencial” e “identidade” destruídos, o que representaria igualmente o seu decreto de morte. Para cuidar dessas preocupações, há, de um lado, que se permitir emendas à Constituição e, de outro, que se buscar impedir que as reformas possam esvaziar determinados conteúdos, por meio da identificação de ‘cláusulas pétreas’. Esse é o delicado equilíbrio pelo qual deve velar o Judiciário.

No mesmo sentido Bonavides (2001, p. 54) assevera que os direitos sociais, consagrados como direitos fundamentais, exigem a proteção do Poder Judiciário em face de normas que visem deteriorar o núcleo essencial desses direitos.

(...) interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. (...) Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprimirem a essência protetora dos direitos sociais, jacente na índole, espírito e natureza de nosso ordenamento maior, padecem irremissivelmente da eiva de inconstitucionalidade, e como inconstitucionais devem ser declaradas por juízes e tribunais, que só assim farão, qual lhes incumbe, a guarda bem sucedida e eficaz da Constituição.

A partir desse raciocínio, tem-se que por um lado, alterar ilimitadamente a Constituição poderá gerar insegurança jurídica, por outro, não modificá-la, a fim de adequá-la ao núcleo essencial e

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

intangível, causaria, inexoravelmente, sua ineficácia. O que deve predominar é a proteção das normas constitucionais que visam resguardar os direitos fundamentais.

3.1 A possível violação de direitos fundamentais pela Emenda Constitucional 95.

Da análise do art. 110 do ADCT alterado pela EC 95, de 2016, nota-se dois momentos distintos em que serão realizadas as aplicações mínimas em saúde e no ensino educacional no âmbito do Novo Regime Fiscal.

O primeiro momento se dará no exercício financeiro de 2017 (inc. I) preservando-se as normas constitucionais atualmente em vigor, isto é, as aplicações mínimas em saúde e educação corresponderão no exercício de 2016, àquelas estipuladas nos termos do inciso I, §2º do art. 198 e do caput do art. 212, da Constituição Federal de 1988. O art. 198 trata das aplicações mínimas em saúde no âmbito da União, verifica-se que, conforme disposto no inc. I do § 2º do referido dispositivo, tais aplicações equivalem a 15% (quinze por cento) da receita corrente líquida do respectivo exercício financeiro.

Relativamente à educação, a previsão acerca da regra geral de aplicação mínima contida no caput do art. 212 da CF/1988, é de que da receita resultante de arrecadação de impostos, a União deve aplicar nunca menos de 18% (dezoito por cento) e os Estados, Distrito Federal e Municípios, vinte e cinco por cento.

Já o Inciso II do art. 110 do ADCT refere-se ao segundo momento das aplicações dos recursos mínimos em saúde e educação, pertinentes aos 19 (dezenove) exercícios posteriores, correspondentes aos anos de 2018 a 2036, com valores calculados para as aplicações mínimas referentes ao exercício imediatamente anterior, começando com o exercício de 2017, corrigidos pelo IPCA (inc. II, do § 1º do art. 107).

Quanto aos efeitos da EC n.55, de 2016 sobre a saúde, vejamos a respeito, as conclusões dos pesquisadores do Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA):

(...) Pelo exposto nesta Nota Técnica, fica claro que a PEC 241 impactará negativamente o financiamento e a garantia do direito à saúde no Brasil. Congelar o gasto em valores de 2016, por vinte anos, parte do pressuposto equivocado de que os recursos públicos para a saúde já estão em níveis adequados para a garantia do acesso aos bens e serviços de saúde o congelamento não garantirá sequer o mesmo grau de acesso e qualidade dos bens e serviços à população brasileira ao longo desse período, uma vez que a população aumentará e envelhecerá de forma acelerada. Assim, o número de idosos terá dobrado em vinte anos, o que ampliará a demanda e os custos do SUS. (...) Como o Brasil é um dos países mais desiguais do mundo, a redução do gasto com saúde e dos gastos com políticas sociais de uma forma geral afetará os grupos sociais mais vulneráveis, contribuindo para o aumento das desigualdades sociais e para a não efetivação do direito à saúde no país (...)⁶.

No cenário trazido pelo Novo Regime Fiscal, a partir do exercício de 2018, os recursos mínimos aplicados nas áreas da saúde e da educação, “duas áreas estratégicas da atuação do Estado brasileiro que buscam assegurar acesso universal a dois dos mais importantes direitos sociais fundamentais passam a ser uma mera atualização monetária dos recursos (corrigida pela inflação do exercício anterior medida pelo IPCA)” (VIEIRA JUNIOR, 2016, p. 30).

As alterações produzidas pela EC n. 95, de 2016, preconizam mecanismo previsto para correção do limite de despesas para os próximos 19 (dezenove) exercícios, com objetivo apenas de atualizar monetariamente os valores

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

obtidos no exercício de 2017, mecanismo que viola frontalmente o núcleo essencial da Constituição, eis que está em jogo o resguardo de direitos fundamentais à pessoa humana.

Não é outro entendimento exarado por Fábio Konder Comparato, Heleno Taveira Torres, Élide Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet (2016), em análise da então PEC 55 que deu origem à EC nº 95, de 2016, concluíram que estaseria perigosa, seja para o nosso Estado Social em construção, seja do ponto de vista democrático-institucional:

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

Tal inversão de piso para teto despreza a despesa do comportamento da receita e faz perecer as noções de proporcionalidade e progressividade no financiamento desses direitos fundamentais. Assim, o risco é de que sejam frustradas a prevenção, a promoção e a recuperação da saúde de mais de 200 milhões de brasileiros. Ou de que seja mitigado o dever de incluir os cerca de 2,7 milhões de crianças e adolescentes, de 4 a 17 anos, que ainda hoje se encontram fora da educação básica obrigatória. [...] Estamos em pleno processo pedagógico e civilizatório de educar e salvaguardar a saúde de nossos cidadãos, o que não pode ser obstado ou preterido por razões controvertidas de crise fiscal. Nada há de mais prioritário nos orçamentos públicos que tal desiderato constitucional, sob pena de frustração da própria razão de ser do Estado e do pacto social que ele encerra.

Por tudo, torna-se evidente que a Emenda Constitucional n. 95 viola frontalmente o art. 60, § 4º, IV da Constituição de 1988, ao prever reajuste fiscal que tende a suprimir direitos sociais, principalmente, aqueles previstos nos arts. 198 e 212.

De forma pretenciosa os idealizadores da EC n. 55 pressupõem que os gastos e investimentos atuais seriam suficientes para que o Estado brasileiro cumpra a missão estabelecida no texto constitucional.

Não é por outra razão que a Constituição Federal de 1988, em seu art. 3º, III estabelece que um dos objetivos da República Federativa do Brasil é “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir desigualdades sociais e regionais”, senão pelo fato de que assume um papel predominantemente dirigente e transformador da realidade. A função da Constituição é, pois, não só limitação do poder e a regulação dos organismos estatais, mas a garantia de direitos e o

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

impedimento de violação pelo Estado. Nesse sentido, a organização do Estado moderno alicerçada na Constituição inspirou o modelo de Estado de Direito.

Desse modo, o conceito de Constituição ultrapassa os limites da organização do Estado, das funções dos poderes e dos direitos e deveres dos cidadãos para atingir outra gama de interesses com vistas a servir a todos os segmentos da sociedade, ainda que para tanto não exista unidade social. Essa gama de interesses revela-se nos direitos e garantias fundamentais. Portanto, a Constituição, nessa perspectiva, não deve ser vista apenas como uma norma pura, em seu sentido meramente jurídico, mas como norma que resulta da conexão, da interação com a realidade social que nos cerca, que é o que lhe dá conteúdo e significado, razão de sua existência. Assim, a Constituição do moderno Estado de Direito (Estado Democrático de Direito Social) deve ser vista como o elo entre a Política, o Direito e a Sociedade.

Daí porque ser possível, a título de conclusão preliminar, afirmar que a norma contida no artigo 196 da Constituição Federal veicula verdadeiro direito subjetivo da pessoa humana de exigir do Estado os bens e dos serviços que se fizerem necessários para a satisfação da sua saúde.

Por esse motivo, Écio Oto Ramos Duarte (2010, p. 24) defende uma nova visão constitucional, buscando dar sentido a Constituição “e, assim, superar seu caráter meramente retórico, encontrando mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos”.

É o que se extrai também de Canotilho (1999) apud Gottschalk Nolasco (2000, p. 50):

O princípio da democracia econômica e social contém uma imposição obrigatória dirigida aos órgãos de direção política (legislativo, executivo)

no sentido de desenvolverem uma atividade econômica e social conformadora, transformadora e planificadora das estruturas socioeconômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (...).

Para Gottschalk Nolasco (2000, p. 32) impõe-se ao Estado Democrático de Direito ao qual cumpre fundamentalmente construir uma sociedade livre, desenvolver as ações necessárias para transformação e desenvolvimento da ordem econômica constitucional, o que implica em promover a real igualdade social entre o povo brasileiro:

(...) Noutras palavras, se ao Estado Democrático de direito cabe como objetivo fundamental construir uma sociedade livre, justa e solidária (art. 3º, inciso I, da CF/88), impõe-lhe desenvolver as tarefas necessárias de transformação, modernização, desenvolvimento e realização da ordem econômica prevista na Constituição de 1988, com o fim de não fazê-la tornar-se um papel inútil – sem valor e sem aplicação, para realmente promover a igualdade real entre os brasileiros e conseqüentemente a redução das desigualdades regionais e sociais.

Como afirma Moraes da Rosa (2003):

Os Direitos Fundamentais, por um lado, indicam obrigações positivas ao Estado no âmbito social, e de outro, limitam negativamente a atuação estatal, privilegiando a liberdade dos indivíduos, jamais alienados pelo pacto social. Esses Direitos Fundamentais, longe de românticas declarações de atuação do Estado, representam substrato da democracia material-constitucional.

Vejamos, pois, o contundente entendimento do jurista Cattoni de Oliveira (2016), para quem, a PEC n. 241 que desembocou na EC 95, configura um ato desconstituinte, eis que ilegítima e

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

contraria os compromissos sociais, econômicos e culturais firmados pelo Estado Democrático de Direito estruturado pela Constituição Federal de 1988. Em suas palavras:

Institucionalmente, ela pode significar não apenas a suspensão, mas sim a revogação do núcleo normativo, administrativo-financeiro e orçamentário do Estado brasileiro tal como configurado pela Constituição de 1988, já que pretende excepcionar as normas constitucionais por 20 anos. E o que isso, enfim, significa? Coloca-se, pois, atualmente, em risco todas as conquistas sociais que apesar, de tudo, a sociedade brasileira conseguiu alcançar, como é o caso do SUS e da educação pública (sem falar até mesmo nos subsídios estatais à educação prestada pela iniciativa privada). Inviabilizar o SUS é colocar em risco e perigo a vida de milhões de pessoas. A PEC n 241 expressa, com isso, uma política governamental que privilegia os supostos compromissos do Estado para com o sistema financeiro, ainda que em detrimento da continuidade dos serviços públicos e em prejuízo da garantia de direitos fundamentais da população brasileira: aquilo que na literatura jurídica e política é denunciado como sendo, de fato, não mais um regime constitucional-democrático, mas sim um 'estado de exceção econômico (...)'.

Na prática, a Constituição não pode ser vista e muito menos aceita como mera ou simples "folha de papel" e nem mesmo como pura decorrência dos "fatores reais do poder que regem uma nação" (LASSALE, 2000). Significa dizer que de nada adianta uma sociedade dispor de um ordenamento jurídico formalmente completo, repleto de normativas e garantias fundamentais, mas na prática pública, ações e decisões afrontem contundentemente a vedação ao retrocesso social de direitos fundamentais.

4. A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA, O INSTITUTO DOS DIREITOS

FUNDAMENTAIS E A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

O início do século XX é marcado pela Primeira Grande Guerra e, conseqüentemente, pela origem dos direitos sociais. Nesse período, o constitucionalismo fixou os direitos sociais de segunda dimensão, os quais buscam exigir do Estado (lato sensu) a realização da justiça social.

Segundo Ingo Sarlet (2007, p. 55) esses direitos fundamentais alcançaram os textos das constituições em diversas partes do mundo e caracterizam-se como outorga ao indivíduo do direito a prestações sociais estatais.

Lenza (2011, p. 67) afirma que tal constatação é evidenciada, dentre outros documentos, pela Constituição de Weimar, de 1919 (Alemanha) e pelo Tratado de Versalhes de 1919 (OIT).

Bobbio (2006) aduz que a Declaração das Nações Unidas de 1948 inaugura uma fase importante do desenvolvimento constitucional, na medida em que essa

(...) contém em germe a síntese de um movimento dialético, que começa pela universalidade abstrata dos direitos naturais, transfigura-se na particularidade concreta dos direitos positivos e termina na universalidade não mais abstrata, mas também ela concreta, dos direitos positivos universais.

Ferrajoli (2015) assegura que o constitucionalismo é a orientação que, atualmente, prevalece na teoria e da filosofia do Direito. Isso porque, como visto, após o segundo grande conflito mundial, ocorre uma profunda reestruturação dos sistemas jurídicos europeus, com a introdução das Constituições rígidas, a ampliação dos catálogos de direitos fundamentais e a intensificação do controle de constitucionalidade das leis.

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

Aponta Streck (2008) que o fenômeno desse novo constitucionalismo proporciona o surgimento de ordenamentos jurídicos constitucionalizados a partir de uma característica especial: a existência de uma Constituição com característica compromissória e dirigente, que atravessa vertical e horizontalmente as relações sociais. Com isso, a Constituição como o fundamento ético-político da sociedade, é também o fundamento de validade (superior) do ordenamento e consubstanciadora da própria atividade político-estatal.

E por isso os direitos fundamentais revelam não só uma forma de legitimação e de justificação das cartas constitucionais, como também são fonte de deslegitimação e invalidação das regras que não lhe são consentâneas (FERRAJOLI, 2011, p. 775), equivalem a vínculos substanciais que condicionam a validade substancial das normas produzidas no âmbito estatal, ao mesmo tempo em que expressam os fins últimos que norteiam o moderno Estado Constitucional de Direito (FERRAJOLI, 1999, p. 22).

Nos dizeres de Acelino Carvalho (2013, p. 129) a efetivação dos direitos sociais somente será possível

(...) Mediante a afirmação do constitucionalismo contemporâneo como técnica de limitação do poder com fins de garantia. Isso implica um modelo teórico que, além de comungar da mesma preocupação, revele um indispensável compromisso com a força normativa da constituição e com a democracia, associado à reafirmação do princípio da separação dos poderes e à negação da discricionariedade e do ativismo judiciais.

No Brasil pode-se afirmar que há a previsão constitucional de proteção à inviolabilidade dos direitos e garantias fundamentais aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, mais precisamente no Título II da Constituição

Federal, nos artigos 5º a 17. Com isso, considera-se que a Carta Constitucional é garantista, vinculante e compromissória, tendo especial importância no estudo de proteção aos direitos fundamentais.

Acertadamente, nesse sentido, afirma Streck (2005, p.252), que no Brasil, onde o Estado Social, inversamente do que ocorreu no continente europeu, não passou de um simulacro, “o garantismo pode servir de importante mecanismo na construção das condições de possibilidade para o resgate das promessas da modernidade”.

Não são outras as preciosas lições de Ferrajoli (2012, p. 232-3):

De todas estas cartas, a Constituição brasileira de 5 de outubro de 1988 – composta por 250 artigos (muitos dos quais formados por inúmeros incisos e parágrafos) e por 97 normas transitórias, reformada em 1994 e, depois, alterada pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004 -, é indubitavelmente a mais avançada. As suas novidades são muitas e todas de grande relevância: um amplo catálogo de direitos sociais, entre os quais os direitos de última geração, como aquele ‘a um ambiente ecologicamente equilibrado’ (art. 225), e de direitos dos trabalhadores, inclusive contra a despedida ‘sem justa causa’ e um direito a um ‘salário mínimo fixado em lei’ (art. 7, I e IV); a rigidez absoluta de uma série de princípios declarados imodificáveis por nenhuma maioria, como a forma federativa do Estado, a separação dos poderes e os direitos fundamentais e as suas garantias (art. 60 §4º).

Dessa forma todo o Direito deve ser compreendido à luz da Constituição, mormente porque sob o paradigma do Estado Constitucional de Direito, “o Direito possui uma nova legitimidade, que viria da própria constituição”. Isso porque, “a constituição é a representação de um contrato social, diga-se de passagem, de um contrato que encerra no seu interior,

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

valores históricos em contínua referência ao momento de sua formação” (STRECK, 2008, p. 91).

Nota-se que a Constituição brasileira de 1988 fundada sob o paradigma do Estado Democrático Constitucional de Direito, de viés garantista (FERRAJOLI, 2012) e compromissório, representa uma direção vinculante para a sociedade e o Estado. Constituição significa constituir alguma coisa; é fazer um pacto, um contrato, no qual toda a sociedade é coprodutora, é partícipe. Desse modo, violar a Constituição ou deixar de cumpri-la é descumprir essa constituição do contrato social. Isso porque a Constituição – em especial a que estabelece o Estado Democrático de Direito, oriundo de um processo constituinte originário, após a ruptura com o regime não-constitucional autoritário, é assim, resultado de um contrato social, representação das aspirações maiores de um povo, de conteúdo normativo substancial, de acentuada carga axiológica, dirigente para o campo da formulação, interpretação e aplicação das leis (viés de Canotilho), tendo por objeto, as condutas humanas possíveis e que tenham algum interesse para os seres humanos, tornando-as protegidas por uma instituição por eles mesmo criada – o Estado (GOTTSCHALK NOLASCO, 2016).

Nessa perspectiva, o postulado da vedação do retrocesso está diretamente relacionado ao princípio da segurança jurídica, tendo em vista que os direitos sociais, econômicos e culturais devem “implicar uma garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas” (NOVELINO, 2011, p. 533).

A elaboração do princípio da proibição do retrocesso social teve origem no seguinte questionamento: uma vez estabelecida no sistema jurídico a positividade de um determinado direito fundamental e tendo o Estado

implementado medidas concretas no sentido de tornar efetivo o direito consagrado, poderia o mesmo ser suprimido ou restringido nas elaborações legislativas e interpretativas posteriores, ocasionando um retrocesso na área social atingida, por exemplo, nos direitos à educação, à saúde, à previdência e assistência social, à moradia?

Para Goldschmidt (2000, p. 33), “de acordo com o princípio da proibição do retrocesso social, uma vez reconhecido no sistema jurídico e definido como direito fundamental, esse não poderá ser suprimido ou restringido inadequadamente, a ponto de causar um retrocesso na sua atualização.”

No mesmo sentido, para Zagrebelsky (apud NOVELINO, 2011 p. 534) “a proibição de retrocesso consiste em um impedimento imposto ao legislador, decorrente das normas constitucionais programáticas de reduzir o grau de concretização atingido por uma norma definidora de um direito social”. Essa garantia foi consagrada no artigo 60, § 4º, inciso IV, c/c o art. 5º, § 2º e art. 6º, da Constituição Federal de 1988.

Ao analisar a força jurídica da vedação ao retrocesso social, Canotilho (2000, p. 339-340) sustenta:

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (...) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’, ou ‘aniquilação’ pura e simples do núcleo essencial. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstrato um *status quo*

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

social, mas de proteger direitos fundamentais sociais, sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Melo do Supremo Tribunal Federal ao analisar questão envolvendo o direito à saúde, entendeu:

(...) na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais).⁷

Nesse contexto, por impor limites de gastos mínimos corrigidos apenas com índice inflacionário, estabelece uma espécie de “sítio fiscal” que interrompe por duas décadas, a prestação contínua já garantida de serviços com saúde e educação, por exemplo, o que faz independentemente de eventual crescimento/desenvolvimento econômico ou arrecadação pública. Nesse caso, a EC n. 95 afronta o conteúdo material de regras constitucionais e infraconstitucionais de amparo e proteção a direitos fundamentais.

Logo, o que está em risco é o núcleo essencial da Constituição Federal

⁷ STF – STA n. 175/CE, Rel. Min. Gilmar Mendes <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiario/stf/anexo/sta175.pdf> Acesso Nov. 2017.

de 1988, estruturado pelos art. 1º, II, 1º, III, o art. 5º, §1º e o art. 60, §4º, IV, sendo dever de todos, zelar, defender e assegurar seus bens e princípios, para essa e as futuras gerações. Numa perspectiva intertemporal, faz emergir a face intergeracional da solidariedade (MORENO, 2015), a ligar as gerações atuais e as futuras, com a imposição de um dever de cuidado – com a assunção de uma responsabilidade de realização (LOUREIRO, 2010) – por parte daquelas para com essas, obrigando a que assegurem a incolumidade e proteção desses bens e preservem a possibilidade de um futuro digno.

Em termos intergeracionais, portanto, como as gerações presentes têm o poder de afetar as gerações futuras e de pôr em causa a própria continuidade da existência humana, entende Moreno (2015) estarem gravadas por uma responsabilidade reforçada – sobretudo em virtude da vulnerabilidade das pessoas vindouras e da fundamentalidade dos bens em jogo –, a lastrear e constringer as suas condutas de modo a antecipar, compreender e evitar comportamentos e omissões que gerem efeitos intergeracionais adversos, traduzindo-se em um novo imperativo categórico formulado por Hans Jonas: “age de tal maneira que os efeitos da tua ação sejam compatíveis com a preservação da vida humana genuína”, ou, em sua formulação negativa, “age de tal modo a que os efeitos da tua ação não sejam destrutivos para a possibilidade futura de uma tal vida” (LOUREIRO, 2010, p. 31, 42).⁸

⁸Loureiro (2010) explica o sentido e a expressão da responsabilidade intergeracional: “Importa pensar o futuro pós-progresso, no quadro de uma teoria da responsabilidade que tome a sério os interesses das novas e das futuras gerações. Responsabilidade que não é apenas do Estado, mas de todas as pessoas, que não é meramente retroativa, mas prospectiva. Responsabilidade élpica (do grego, *elpis* – esperança) no sentido de um dever de manutenção das condições de possibilidade de

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

De todo modo, a Constituição possui uma intrínseca propensão ao futuro (VALENTI, 2009, p. 63),⁹ pois conforme Moreno (2015) as suas normas permanecem válidas e eficazes sucessivamente, geração após geração, sem que precisem ser renovadas ou reeditadas periodicamente, dependendo o seu sucesso e efetivação de uma perspectiva temporal alongada (tendência à perpetuidade), a compreender contínuas gerações em colaboração. Isso se dá, porque os bens e os valores abrangidos pela ordem essencial constitucional básica (CANOTILHO, 2003) integram uma esfera de consenso essencial, que todos os indivíduos, atuais e futuros, “como livres e iguais, podem ser razoavelmente esperados a aprovar à luz dos princípios e ideais aceitáveis à sua razão humana comum” (RAWLS, 1993, p. 137).

Com base nessas premissas, inerentes ao princípio da vedação do retrocesso, o Novo Regime Fiscal adotado pela EC n. 95/2016 somente se justificaria – em face da sociedade e do nosso ordenamento constitucional – se houvesse, em seu texto, qualquer medida compensatória ou alternativa que viesse suavizar a violação dos direitos sociais promovidos pelo congelamento das despesas primárias durante os próximos 20 (vinte) anos.

Ocorre que não há alusão a qualquer solução alternativa que pudesse servir para tal desiderato, razão pela qual

realização da pessoa humana, de desenvolvimento das suas capacidades, se nos quisermos colocar no registro de Amartya Sen”.

⁹ Também Teles (2000, p.45) assinala que “o ato constituinte não tem uma dimensão apenas virada para o passado. Pretende também, e a título principal, comandar e condicionar o futuro e designadamente a produção jurídica futura”, sendo corroborado por Canotilho (2006, p. 12): “basta olhar para as cartas fundamentais e verificar que elas se preocupam, de uma forma ou de outra, com o tempo da vida humana”.

estamos diante de flagrante violação à Constituição Federal, que consiste na mitigação de direitos fundamentais, caracterizados como inatingíveis pelo inc. IV do do § 4º do art. 60 da CF.

Nesse contexto, parece-nos cristalino que a EC. 95, de 2016, afronta o conteúdo de dispositivos constitucionais e infraconstitucionais que amparam a proteção aos direitos fundamentais, notadamente mediante imposição de limites de gasto mínimos, corrigidos apenas com índice inflacionário, como se sucede com os direitos à saúde e à educação.

Sob qualquer dos ângulos acima expostos, a conclusão a ser alcançada é a mesma, qual seja: não há qualquer razão para impor o Novo Regime Fiscal adotado pela EC n. 95 a qual pretende estabelecer uma espécie de “sítio fiscal” que interrompe a eficácia dos direitos fundamentais por duas décadas, independente de eventual crescimento/desenvolvimento econômico ou arrecadação pública.

Partindo-se desses pressupostos, a questão torna-se de fácil análise, eis que a vedação ao retrocesso social, nesses casos, serve absoluta e nitidamente para proteger o mínimo existencial já conferido aos cidadãos brasileiros por força da Constituição Federal de 1988.

5. ALTERNATIVAS À EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 95, de 2016

Destaca-se que a Emenda Constitucional 95 contempla apenas medidas que objetivam limitar a evolução das despesas, mormente as de caráter primário e, por conseguinte, desconsidera qualquer alternativa que venha maximizar a arrecadação. No entanto, é possível apontar alternativas que não violam direitos fundamentais, como aquelas apresentadas pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada à Comissão de

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

Assuntos Econômicos (CAE) do Senado¹⁰, em audiência pública realizada em 25/10/2016, com a participação de Fernando Gaiger e André Calixtre, de Felipe Rezende, professor do Departamento de Economia da Hobart and William Smith Collegese Warley Rodrigues Junior, coordenador-geral da Secretaria de Política Econômica do Ministério da Fazenda.

Dentre as diversas alternativas apresentadas trataremos daquelas que fazem referência ao sistema tributário: a) Imposto sobre Lucros e Dividendos recebidos por donos e acionistas de empresas; b) Imposto sobre a Transmissão Causa Mortis e Doações (ITCMD) e; c) Imposto sobre Grandes Fortunas (IGF).

Quanto aos parâmetros de definição relativos ao Imposto sobre Lucros e Dividendos, Jules Michelet considera-se:

(...) que o lucro é o resultado positivo do exercício apurado pelas pessoas jurídicas, o qual, após alguns ajustes previstos na legislação, sofre incidência do imposto de renda e da contribuição social sobre o lucro líquido. Parte desse resultado pode ser distribuído para os sócios e acionistas da empresa na forma de dividendos ou lucros distribuídos (...)

Como se vê, a questão cinge em verificar se os lucros da atividade empresarial serão tributados quando obtidos pela pessoa jurídica, quando distribuído aos seus sócios, ou quando auferidos por ambos.

O sistema tributário adotado pelo Brasil atualmente concentra o lucro na pessoa jurídica, mediante a isenção da

distribuição desses lucros aos sócios. É o que dispõe a Lei n. 9.429, de 1995.

De acordo com Gobetti (2015, p 10), numa perspectiva comparada, ao contrário do Brasil, depreende-se que os 34 (trinta e quatro) países que compõem a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) adotam o sistema clássico de tributação de renda, o qual prevê a tributação na pessoa jurídica e, posteriormente, após distribuição de dividendos aos acionistas, também na pessoa física.

Ávila de Castro (2014), a partir de dados de Declarações do Imposto de Renda das Pessoas Físicas (IRPF) exercício de 2014, verificou que foram informados cerca de R\$ 231,3 bilhões a título de lucros e dividendos recebidos por pessoa física. Utilizando-se da forma de tributação exclusiva na fonte a uma alíquota de 15% (quinze por cento) sobre os lucros e dividendos recebidos, o autor chegou a um aumento de arrecadação de IRPF do montante de R\$31 bilhões ao ano.

Utilizando uma série de simulações sobre propostas alternativas na legislação do imposto sobre lucros e dividendos, Gobetti (2015, p. 31) evidenciou quatro efeitos: a) o efeito sobre a receita, b) o número de pessoas atingidas, c) o efeito sobre a desigualdade (por meio do índice de Gini) e o efeito sobre a progressividade (por meio do índice de Kakwani), chegando-se às seguintes conclusões:

- 1) A primeira alternativa, de tributar os dividendos a uma alíquota de 15%, como vigorava antes de 1996, atingiria 2,1 milhões de pessoas e aumentaria a receita em R\$ 43 bilhões (valores de 2013), reduziria a desigualdade em 3,67% (0,89 p.p. a mais do que atualmente) e ampliaria o índice de progressividade para 0,3671 (melhora de 1,1%).³²
- 2) A segunda alternativa, de tributar os dividendos pela tabela progressiva do IRPF, com a alíquota máxima atualmente vigente, de 27,5%, geraria uma receita adicional de R\$ 59

¹⁰ TV Senado. Audiência Pública. CAE (Comissão de Assuntos Econômicos) - Novo Regime Fiscal - 25.10.2016. Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uGnpx7iIGIE>>. AcessoOut.2017.

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

bilhões, atingindo 1,2 milhão de pessoas, reduzindo a desigualdade em 4,03% e ampliando a progressividade em 2,2%. 3) A terceira alternativa, de manter a isenção de dividendos, mas mudar a tabela do IRPF, teria de ser profunda a tal ponto de criar três novas alíquotas, de 35%, 40% e 45%, a partir de níveis bastante módicos de renda, para obter o mesmo adicional de receita e a mesma queda na desigualdade da primeira alternativa, atingindo 3,8 milhões de pessoas e ampliando o índice de progressividade em apenas 0,1%. 4) A quarta e última alternativa avaliada, de criar uma alíquota adicional de 35% do IRPF apenas para rendas muito elevadas (acima de R\$ 325 mil) e, simultaneamente, submeter os lucros e dividendos à tabela progressiva atingiria, como na segunda alternativa, 1,2 milhão de pessoas, mas geraria uma receita adicional de R\$ 72 bilhões, reduziria a desigualdade em 4,31% e ampliaria a progressividade do imposto em 2,6%.

O que salta aos olhos é que a taxação dos lucros e dos dividendos pode, além de melhorar a distribuição da carga tributária, reduzir as desigualdades sociais, contribuindo para criação de empregos e retomada do crescimento, sem, contudo, suprimir direitos sociais, pelo contrário, maximizá-los, o que torna essa alternativa bastante considerável.

A segunda alternativa apontada seria a reforma no sistema de tributação sobre a transmissão de riqueza no Brasil, é dizer, importaria na necessidade de aumento das alíquotas aplicadas ao Imposto sobre Transmissão Causa Mortis e Doação (ITCMD) também chamado de Imposto sobre Heranças, de competência dos Estados, conforme previsão no art. 155, I da Constituição de 1988. O ITCMD “é um imposto fiscal, ou seja, que busca carrear recursos para os Estados e o Distrito Federal. Porém, não se pode excluir a hipótese de que possa ter também função extrafiscal, pois nesse tributo ela consistirá no desestímulo ao

acúmulo de riquezas, ou seja, na concentração da renda” (ROCHA, 2011, p.3).

No que se refere às alíquotas, deve ser respeitado o limite máximo fixado pelo Senado Federal que, atualmente é de 8% (oito por cento), consoante art. 1º da Resolução n. 9, de 5 de maio de 1992.¹¹

Conforme levantamento realizado pela Consultoria EY – empresa de consultoria econômica¹² - sobre a tributação de heranças no Brasil, em comparação com 18 países, chegou-se à conclusão de que “o Brasil também é um dos últimos no ranking global de tributação de doações, com alíquota média de 3,23% - no Japão e Inglaterra, a média é de 30% e nos EUA, 29%”. O aumento de impostos sobre as heranças e transmissão de capital no Brasil, é defendido pelo economista francês Thomas Piketty,¹³ autor do livro “O Capital no Século XXI”, pois que são impostos extremamente reduzidos de apenas 4%:

Nos Estados Unidos é 40%, na Alemanha é 40%. Não discutir a cobrança de impostos sobre a riqueza no Brasil é uma loucura. É tudo muito ideológico. Todos os países têm imposto sobre herança muito superiores ao brasileiro. Você não precisa ser de esquerda para defender essa medida. Por acaso Angela Merkel ou David Cameron são de esquerda?

¹¹ Art. 1º A alíquota máxima do Imposto de que trata a alínea "a", inciso I, do art. 155 da Constituição Federal será de oito por cento, a partir de 1º de janeiro de 1992.

¹² EY. Brasil tem uma das menores alíquotas para tributar heranças e doações. Disponível: http://www.ey.com/br/pt/services/release_brazil_menores_aliquotas_heranca Acesso em: Nov.2017.

¹³ REVISTA CARTA CAPITAL. Não discutir impostos sobre à riqueza é loucura, por Miguel Martins. Disponível em: <http://www.cartacapital.com.br/economia/tomas-piketty-nao-discutir-impostos-sobre-riqueza-no-brasil-e-loucura-7525.html> Acesso Nov.2017.

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

Outro meio alternativo à EC nº 95 seria a regulamentação legal do Imposto sobre Grandes fortunas (IGF), previsto no art. 153, inc. VII, da Constituição Federal, que na visão de Mota (2010, p. 164-165) traria ao sistema tributário brasileiro verdadeiro instrumento de justiça tributária:

(...) repete-se a defesa no sentido de que o Imposto sobre Grandes Fortunas pode vir a constituir instrumento de alcance da justiça tributária no Brasil, uma vez que permitiria, em tese, não só uma justa distribuição da carga tributária entre os contribuintes, mas também, maior distribuição de renda e riqueza nacionais, o que permitiria, também, em tese, a redução das enormes desigualdades sociais verificadas no país e, por consequência, a pobreza de grande parte da população.

Amir Khair (2013, p. 2) calcula que a tributação de patrimônios caracterizados como grandes fortunas poderia render ao Estado, anualmente, cerca de 100 (cem) bilhões de reais:

No Brasil, onde a distribuição de renda é uma das piores do mundo é provável que essa relação possa superar a média de quatro vezes. Assim, uma alíquota média de 1% poderá vir a proporcionar com o tempo uma arrecadação da ordem de 4% do PIB, ou seja, três vezes o valor da CPMF. Em valores atuais o IGF poderia atingir R\$ 100 bilhões por ano. Pela proposta de reforma tributária do governo, R\$ 51,6 bilhões pertenceriam aos Estados e Municípios e os outros R\$ 48,4 bilhões ficariam com a União e poderiam ser usados para compensar a desoneração do INSS das empresas. Cada ponto de redução no INSS corresponde a R\$ 4 bilhões. Assim, a desoneração atingiria de 12 pontos percentuais.

Denota-se, portanto, que o Novo Regime Fiscal implantado por meio da EC n. 95, de 2016 oculta a verdadeira

demanda pela reforma tributária, providência capaz de combater a regressividade e a desigualdade implementada pelo sistema arrecadatório tributário brasileiro.

6. AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE AJUIZADAS EM FACE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016

O Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidades (ADIs) as quais questionam a constitucionalidade formal e material da Emenda Constitucional 95, de 2016.

Por meio de uma simples consulta ao sistema de busca processual disponibilizado pelo sítio online do Supremo Tribunal Federal é possível verificar o ajuizamento das seguintes ADIs: n. 5633, n. 5658, n. 5715, n. 5734 e n. 5680.

A primeira delas (ADI 5633) foi proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros (AMB), Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho (Anamatra) e pela Associação dos Juizes Federais do Brasil (Ajufe) em meados de dezembro do ano de 2016. As demais foram ajuizadas por entidades diversas e agremiações partidárias (Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação, Partido Democrático Trabalhista - PDT, Partido dos Trabalhadores - PT e Partido Socialismo e Liberdade - PSOL)

Os argumentos levantados orbitam, em linhas gerais, na alegação de que a Emenda n. 95, de 2016, fere cláusulas pétreas da Constituição Federal, com violação de princípios constitucionais como direitos e garantias fundamentais à saúde e à educação e outros como o da democracia e separação dos Poderes.

Buscam a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

a redação conferida pela EC 95, de 2016, e a retomada dos critérios previstos constitucionalmente no artigo 212 para o financiamento do ensino público.

Dentre todas essas ações, merece destaque a ADI de n. 5680, de autoria do Partido Socialismo e Liberdade – PSOL. A referida agremiação política aduz, sobretudo, que a Emenda Constitucional n. 95 contraria dispositivos internacionais garantidores de direitos humanos, sociais, econômicos e culturais, os quais foram reconhecidos pelo Brasil como normativamente vinculantes.

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

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

Em primeiro lugar, a EC afronta o dever de todo país signatário ao PIDESC em assegurar progressivamente o cumprimento dos direitos econômicos, culturais e sociais da população, o que deveria ser feito tanto através da via legislativa, como através da alocação máximo de recursos disponíveis. A EC é especialmente contrária às disposições do Artigo 13, 2, bem como do Artigo 20, 1 do PIDESC¹⁴ adoção de medidas

legislativas. (grifo nosso) Ao invés de cuidar da implementação progressiva dos direitos, a EC faz exatamente o contrário do que dispõe o PIDESC ao promover o congelamento, por vinte anos, de verbas destinadas a direitos sociais fundamentais como saúde e educação, as quais não serão mais proporcionais à receita fiscal do Estado, como devidamente narrado e demonstrado nos fatos. Com efeito, o Relator Especial para Extrema Pobreza e Direitos Humanos julgou que as medidas ora atacadas comprometeriam o pleno desenvolvimento das gerações futuras, atingindo os setores mais carentes da sociedade, sendo radicais, frias e desproporcionais. Enfim, sustentou que, de tão preocupantes, os termos da Emenda Constitucional posicionam o Brasil em uma categoria à parte quando o assunto é retrocesso social. A autoridade da ONU ainda reconheceu o grave desrespeito da EC ao sistema universal de garantia de Direitos Humanos, tal como aqui arguido: Isso evidentemente viola as obrigações do Brasil de acordo com o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que o país ratificou em 1992, que veda a adoção de “medidas deliberadamente regressivas” a não ser que não exista nenhuma outra alternativa e que uma profunda consideração seja dada de modo a garantir que as medidas adotadas sejam necessárias e proporcionais.

Destacam, por fim, que no âmbito do Sistema Interamericano de Direitos Humanos (SIDH), o Brasil assumiu uma série de obrigações de respeito, efetivação progressiva e não adoção de medidas regressivas dos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre eles os direito à saúde, ao trabalho, à educação, à cultura,

planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

¹⁴ Art. 2º. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

ao lazer e à assistência e previdência social.

As ações foram despachadas pela Exma. Ministra Relatora Rosa Weber que, nos termos do rito previsto pelo artigo 10 da Lei nº 9.868/1999, solicitou informações à Câmara dos Deputados e ao Senado Federal, bem como determinou a oitiva da Advogada-Geral da União e do Procurador-Geral da República.

Em atendimento à solicitação, a Câmara dos Deputados suscitou, preliminarmente, a inépcia da petição inicial sob o argumento de que as autoras teriam indicado erroneamente os dispositivos impugnados.

No mérito, a Câmara dos Deputados sustentou, inicialmente, que não haveria ocorrido a suposta fraude legislativa consistente na constitucionalização de temas típicos de leis ordinárias. A esse respeito, asseverou que, "longe de configurar um estratagema voltado à constitucionalização de temas essencialmente afetos à lei ordinária, o Novo Regime Fiscal busca nitidamente harmonizar diversas normas constitucionais voltadas à gestão administrativa dos Poderes da República e órgãos autônomos com a estipulação de limites à expansão da despesa primária do Poder Público Federal".

Afirmou, também, que os dispositivos em questão não violariam a autonomia financeira e orçamentária conferida ao Poder Judiciário, uma vez que:

(...) tais restrições à capacidade financeira de todos os Poderes da República e órgãos autônomos certamente não produz interferências *interna corporis* na elaboração da peça orçamentária do Poder Judiciário, mas tão somente estabelece um novo limitador de teto de gastos, para além daqueles já estabelecidos em cada exercício financeiro da LDO, consoante a prescrição do próprio art. 99 da

Constituição Federal." (fi. 14 das informações prestadas).

Os autos foram remetidos à Advocacia-Geral da União para manifestação, nos termos do art. 103, § 3º da Constituição Federal. O último despacho data de 03 de agosto de 2017, ocasião na qual a Min. Rosa Weber deferiu a admissão no feito, na qualidade de *amicus curiae*, a Defensoria Pública da União, nos moldes do art. 7º, §2º, da Lei nº 9.868/1999.

CONCLUSÃO

No ordenamento constitucional brasileiro atual, por serem direitos fundamentais, a saúde, a educação e a assistência social se encontram protegidos contra qualquer iniciativa legislativa e administrativa que vise a mitigar sua abrangência e a violar seu núcleo essencial, em conformidade com o estabelecido pelo art. 60, § 4º, inciso IV, c/c com o art. 5º, § 2º e art. 6º. Contexto em que são condições essenciais à dignidade da pessoa humana, cabendo ao Estado e seus órgãos garanti-los a todos, respeitando e fazendo respeitar o conteúdo formal e material da Carta Constitucional, permitindo-lhe avançar em consonância com a sucessão geracional e legitimar-se para o e no futuro, por meio de ações e políticas públicas permanentes.

Entendendo que os direitos fundamentais representam conquistas históricas consagradas pela ordem jurídica, a Constituição Federal de 1988, por isso mesmo, considera-os como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º); com isso, o legislador e o intérprete não podem ter poder absoluto e irrestrito no que tange à limitação dos direitos fundamentais, sob pena de torná-los esvaziados ou despidos de eficácia em face da subjetividade ou da arbitrariedade do agente limitador, especialmente diante do "valor da dignidade da pessoa humana, porque a pessoa é o valor-fonte de todos os valores ou o valor fundante da experiência ética".

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

A Emenda Constitucional 95, recentemente aprovada pelo Congresso brasileiro estabelece que, por até vinte anos, serviços públicos com saúde e educação sofrerão limite de investimento anual, implicando em menos recursos para investimentos em ações necessárias para sua efetivação.

Com isso, apresenta impactos negativos, em especial no que diz respeito à diminuição da provisão de recursos para supressão de despesas essenciais com efetivação de serviços de natureza pública envolvendo direito à saúde e educação. Ressalte-se que o governo federal teria alternativas à Emenda Constitucional, em especial medidas de natureza tributária, tais como o aumento do imposto sobre herança e doação, o retorno do imposto de 15% sobre os lucros e dividendos recebidos pelos grandes empresários e acionistas do mercado financeiro, além de outras medidas, como regulamentar através de Lei Complementar o imposto sobre grandes fortunas, conforme previsão do artigo 153, inciso VII da Constituição Federal de 1988. Todavia, optou-se por mudar a Constituição Federal em aspectos rígidos envolvendo a causação da diminuição na fruição de direitos fundamentais sociais.

Não é por outra razão que o Supremo Tribunal Federal (STF) recebeu diversas Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIs) as quais questionam a constitucionalidade formal e material da Emenda Constitucional 95, de 2016. Os argumentos levantados orbitam, em linhas gerais, na alegação de que a Emenda n. 95, de 2016, fere cláusulas pétreas da Constituição Federal, com violação de princípios constitucionais como direitos e garantias fundamentais à saúde e à educação, bem como princípios sensíveis, tais como a democracia e separação dos Poderes. Buscam a concessão de medida liminar para suspender a eficácia do artigo 110 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), com a redação

conferida pela EC 95, de 2016, e a retomada dos critérios previstos constitucionalmente no artigo 212 para o financiamento do ensino público.

Percebe-se que parte expressiva das despesas primárias objeto da EC 95, de 2016, reflete a própria atuação do Estado no campo social, pode-se concluir que o congelamento real dessas despesas por vinte anos representa uma desresponsabilização do Estado com a efetivação de direitos sociais, com impactos em uma progressiva e deletéria desvinculação entre a atuação pública no campo social e a dinâmica de desenvolvimento do país.

Entende-se, com isso, que os dispositivos constitucionais incluídos e/ou alterados pela Emenda Constitucional n. 95, de 2016, além da tendência a abolir cláusulas pétreas estabelecidas no inciso IV do §4º do art. 60, violam o fundamento constitucional do art. 1º, inciso III, e frustram as metas constitucionais previstas no art. 3º, inciso III, todos da Constituição Federal de 1988.

Diante disso, poder-se-ia estar diante de possível violação ao princípio da proibição ao retrocesso social que veda que direitos fundamentais (sociais), uma vez efetivados e conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia constitucional e um direito subjetivo de cada pessoa que não pode ter a sua eficácia impedida pelo retrocesso social; é dizer, não devem sofrer solução de continuidade permanente por meio de programas e ações públicas. Significa com isso, que quaisquer meios alternativos ou compensatórios, que tendam, de qualquer forma, diminuir sua efetivação, sejam considerados inconstitucionais. Disso decorre a possibilidade de se arguir a inconstitucionalidade de norma legal ou constitucional (Emendas à Constituição) que impede, suprime ou restringe um direito fundamental reconhecido nas constituições anteriores. Como observado, a dimensão da aplicabilidade do princípio

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

da proibição do retrocesso social, no que diz respeito à função limitadora das restrições aos direitos fundamentais, merece o exame e o reexame dos órgãos jurisdicionais.

Entende-se que um dos aspectos da obrigação do Estado brasileiro de promover e proteger os direitos fundamentais de todas as dimensões, compreende o dever de reformular o Novo Regime Fiscal implantado através da Emenda Constitucional nº 95, de 2016, seja por parte do Poder Executivo, Legislativo ou pelo Judiciário que em respeito às cláusulas pétreas e ao princípio da vedação do retrocesso social, deve estabelecer limites à atividade legislativa no sentido de evitar que direitos fundamentais já contemplados como conquista civilizatória e incorporados no sistema jurídico e patrimônio de pessoas, tais como o direito à saúde, educação e assistência social, bem como a adoção de Programas e ações que os garantam e possibilitem seu exercício, não sejam extirpados ou inadequadamente restringidos ou impedida a sua eficácia.

É de fácil conclusão que o novo regime fiscal estabelecido pela Emenda Constitucional não pretende reduzir gastos de imediato, mas limitar o aumento no futuro. Em curto prazo, portanto, não propõe qualquer solução, de modo que não gerará efeitos práticos sobre a crise econômica evidenciada, apesar de garantir supostas expectativas de solvência.

Um regime fiscal constitucional deve permitir a existência de um Sistema Único da Saúde, de Assistência Social e de Serviços Educacionais em e por todo o território brasileiro, de amplitude geral, sólidos e fortalecidos por uma política pública de serviços inclusiva evitando medidas antidiscriminatórias de impedimento de acesso ao mesmo direito para uma grande parcela da população. Isso implica, que ações estatais implementadas hoje, garantam o mínimo essencial para as presentes, e também

assegurem que as gerações futuras, de igual maneira, tenham potenciais benefícios e oportunidades.

REFERÊNCIAS

CARVALHO, Acelino Rodrigues. **A legitimidade da jurisdição constitucionalizada para proteção dos direitos sociais: Das tutelas coletivas aos coletivos de tutela.** Tese para obtenção do título de Doutor em Direito na área de Direito Público, apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade do Vale do Rio Sinos - USINOS. Rio Grande do Sul, 2013.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 11 ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos.** Trad. Regina Lyra. Campus: São Paulo, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estado de Direito.** 1999. <<http://pt.scribd.com/doc/43038759/Canotilho-Estado-de-Direito-LIVRO>>. Acesso Nov. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 3ª ed. Coimbra: Almedina Editora, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição.** 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2000.

CASTRO, Fábio Ávila de. **Imposto de renda da pessoa física: comparações internacionais, medidas de progressividade e redistribuição.** Tese de Mestrado apresentada na Universidade de Brasília. Disponível em: http://repositorio.unb.br/bitstream/10482/16511/1/2014_F%C3%A1bioAvilaDeCastro.pdf. >Acesso Out. 2017.

COMPARATO, Fábio Konder; TORRES, Heleno Taveira. PINTO, Élica Graziane. SARLET, Ingo Wolfgang. **Financiamento dos direitos à saúde e à educação:**

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

mínimos inegociáveis. Artigo de Opinião. CONJUR. 27.07.2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>>. Acesso Out. 2017.

COPETTI NETO, Alfredo. Dos princípios ilegítimos às práticas inefetivas: a proposta de Luigi Ferrajoli à defesa da normatividade das constituições contemporâneas. In: Ferrajoli, L.; Streck L.L.; Trindade, A.K. (Coord.) **Garantismo, Hermenêutica e o (neo) constitucionalismo**: um debate com Luigi Ferrajoli. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2012.

DUARTE, Écio Oto Ramos. **Neoconstitucionalismo e Positivismo Jurídico**. 2ª ed. São Paulo: Landy, 2010.

GARCIA, Giselle. **Entenda a crise econômica**. Disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-05/entenda-crise-economica/>> Acesso Nov. 2017.

GOBETTI, Sérgio Wulff. Progressividade Tributária: a agenda esquecida. 1º Lugar no Concurso de Monografias de Finanças Públicas. XX Prêmio Tesouro Nacional 2015. Disponível em: <<http://www.esaf.fazenda.gov.br/assuntos/premios/premios-1/premios-2015/xx-premio-tesouro-nacional-2015-pagina-principal/monografias-premiadas>>

GONÇALVES, Reinaldo. **Globalização e Desnacionalização**. São Paulo: Paz e Terra, 1999.

GONÇALVES, Reinaldo. **Desenvolvimento as avessas: verdade, má fé e ilusão no atual modelo brasileiro de desenvolvimento**. Rio de Janeiro: LTC, 2013.

KHAIR, Amir. **Imposto sobre Grandes Fortunas(IGF)**. <www.ie.ufrj.br/aparte/pdfs/akhair190308_2.pdf> Acesso Nov.2016.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**. 13 ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MORAIS DA ROSA, A. **O que é garantismo jurídico?** (Teoria Geral do Direito). Florianópolis: Habitus, 2003.

MORENO, Natália de Almeida. **A Face Jurídico-Constitucional da Responsabilidade Intergeracional**. Série D-9. Instituto Jurídico Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Estudos Doutorado e Mestrado. Concepção Gráfica Jorge Ribeiro, Abril. 2015. ISBN 978-989-8787-17-0.

MOTA, Sérgio Ricardo Ferreira. **Imposto sobre Grandes Fortunas no Brasil: Origens, especulações e arquétipo constitucional**. São Paulo: MP Editora, 2010.

NOLASCO, Loreci Gottschalk. **Direito Fundamental Social à Moradia: Aplicação, Limites e a Responsabilidade do Estado Brasileiro**. <www.sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/100807.pdf> Acesso Nov.2016.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 5 ed. Rio de Janeiro: Método, 2011.

OLIVEIRA, Marcelo Andrade Cattoni de. Breves considerações iniciais sobre a PEC n. 241 ("Novo Regime Fiscal"): o estado de exceção econômico e a subversão da Constituição democrática de 1998. <<http://emporiododireito.com.br/tag/estado-de-excecao-economico/>> Acesso Nov. 2016.

RAWLS, John. **Polítical Liberalism**. New York: Columbia University Press, 1993.

ROCHA, Cristiny Mroczkoski. **Aspectos Controvertidos do ITCMD**. <

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

http://www3.pucrs.br/pucrs/files/uni/poa/direito/graduacao/tcc/tcc2/trabalhos2011_1/cristiny_rocha.pdf> Acesso Nov.2017.

RODRIGUES, Marilene Talarico Martins. Artigos comentados. In: MARTINS, Ives Gandra da Silva. (Org.). **Comentários ao código tributário nacional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. (arts. 1º a 95, v. 1).

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 32 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermeneutica jurídica e(em) crise: uma explicação hermenêutica na construção do direito**. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

VALENTI, Veronica. **I Principi Costituzionali in Materia Previdenziale e la loro Dimensione Intertemporale**. Capítulo III. Dottorato di Ricerca in Diritto Costituzionale (SSD IUS/08). 2009. Università di Bologna. <http://amsdottora.to.cib.unibo.it/2063/>.

VIEIRA JUNIOR, Ronaldo Jorge Araújo. **As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” instituído pela PEC Nº 55, de 2016** (PEC n. 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/boletins-legislativos/bol53>. Acesso Nov.2016.

SITES:

ADI n.5680. **Ajuizada pelo Partido Socialismo e Liberdade - PSOL**.<<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetooincidente=5157574>> Acesso Out. 2017.

ADI n. 5633. **Ajuizada pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB, Associação Nacional dos Magistrados da Justiça do Trabalho - ANAMATRA e Associação dos Juizes Federais do Brasil AJUFE**<<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetooincidente=5112200>> Acesso Out. 2017.

ADI n. 5658. **Ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista**.<<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetooincidente=5132872>> Acesso Out. 2017.

ADI n. 5715. **Ajuizada pelo Partido dos Trabalhadores**.<<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetooincidente=52033512>> Acesso Out. 2017.

ADI n 5734. **Ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Educação-CNTE**.<<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetooincidente=5215453>> Acesso Out. 2017.

BRASIL, Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constitucao/constitucaoconsolidado.htm> Acesso Out. 2017.

BRASIL, Senado Federal. **Resolução n. 9, de 5 de maio de 1992**.<<<http://app1.sefaz.mt.gov.br/0325677500623408/07FA81BED2760C6B84256710004D3940/2CD5F43072B7AA2A03256812004E0415>> Acesso Nov.2017

AGÊNCIA BRASIL. **Desemprego sobe para 11,8% e atinge 12 milhões de pessoas, diz IBGE**.<<https://www.agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-09/desemprego->

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

sobe-para-118-e-atinge-12-milhoes-de-pessoas-diz-ibge> Acesso Out. 2017.

ESTADÃO ECONOMIA E NEGÓCIOS, **As desvantagens dos preços das commodities.** Disponível em: <<http://economia.estadao.com.br/noticias/geral,as-desvantagens-do-preco-das-commodities-imp-,894942>>. Acesso Out. 2017

EY. Brasil tem uma das menores alíquotas para tributar heranças e doações. <http://www.ey.com/br/pt/services/release_brasil_menores_aliquotas_heranca> Acesso Nov. 2017.

INSTITUTO DE PESQUISA ECONÔMICA APLICADA (IPEA). **O Novo Regime Fiscal e suas implicações para a Política de Assistência Social no Brasil.** Disponível em: <http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/nota_tecnica/160920_nt_27_disoc.pdf> Acesso Out. 2017.

PORTAL BRASIL. Departamento Inersindical de Estatística e Estudos Socioeconômicos. **Salário Mínimo.** <<http://www.portalbrasil.net/salariominimo.htm>> Acesso em Nov. 2017.

REVISTA CARTA CAPITAL. **Não discutir impostos sobre à riqueza é loucura, por Miguel Martins.** <<http://www.cartacapital.com.br/economia/thomas-piketty-nao-discutir-impostos-sobre-riqueza-no-brasil-e-loucura-7525.html>> Acesso Out. 2017.

STF – ADI n. 939-7/DF. Rel. Min.: **Sydney Sanches entendeu tratar-se de cláusula pétrea a garantia constitucional prevista no art. 150, inc. III, alínea “b” da Constituição Federal.** Disponível em: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/219482459/andamento-do-processo-n-22972-mandado-de-seguranca-14-08-2015-do-stf>> Acesso Out. 2017.

STF – MS n. 22.972/DF. Rel. Min.: **Neri da Silveira, por meio do qual o Supremo**

Tribunal Federal vai decidir se uma emenda constitucional pode instituir o parlamentarismo – ou semi-parlamentarismo – no país. Disponível: <<http://www.jusbrasil.com.br/diarios/documentos/219482459/andamento-do-processo-n-22972-mandado-de-seguranca-14-08-2015-do-stf>> Acesso Out. 2017.

STF – MS n. 34.448/DF. Rel. Min.: Luiz Roberto Barroso. Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34448.pdf> Acesso Out. 2017.

TV Senado. Audiência Pública. CAE (Comissão de Assuntos Econômicos) - **Novo Regime Fiscal.** Disponível em: <<https://www.youtube.com/watch?v=uGnpx7ilGIE>>. Acesso Out. 2017.

STF – STA n. 175/CE, Rel. Min.: Gilmar Mendes Disponível em: <www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiaStf/anexo/sta175.pdf> Acesso Nov. 2017.

CONSULTORIA LEGISLATIVA 2015. **Tributação de Lucros e Dividendos no Brasil: Uma Perspectiva comparada.** Coordenação de Jules Michelet Pereira Queiroz e Silva. <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/areas-da-conle/tema20/2015_19898-tributacao-de-lucros-e-dividendos-jules-michelet-et-all> Acesso Nov. 2017.

FIGURAS:

Figura 1: **Gráfico do PIB dos países no ano de 2010 em percentual.** <<http://g1.globo.com/economia/noticia/2011/03/economia-brasileira-cresce-75-em-2010-mostra-ibge.html>> Acesso Out. 2017.

Figura 2: **Evolução da dívida bruta contraída pelo Governo Federal desde o ano de 2007.** Disponível em:

ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 95, de 2016, SOB A PERSPECTIVA DE VIOLAÇÃO DE DIREITOS FUNDAMENTAIS

ANANIAS, Ricardo Alex Ribeiro¹; NOLASCO, Loreci Gottschalk²

<<http://mercadopopular.org/2016/05/a-ascensao-e-queda-do-pt-em-13-graficos/>>
Acesso Out. 2017.

Figura 3: **Gastos com o pagamento da dívida no período que compreende os anos de 1995-2014** Fonte: Secretaria do Tesouro Nacional, elaboração auditoria cidadã da dívida.
<<https://i2.wp.com/www.pstu.org.br/wp-content/uploads/EvolucaoDivida.png?fit=1350%2C1200&ssl=1>> Acesso Out. 2017.