

UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA - UFU
Faculdade de Direito “Prof. Jacy de Assis”
Programa de Pós-Graduação em Direito
Mestrado Acadêmico em Direito

A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95
DE 2016

UBERLÂNDIA - MG
2019

FERNANDO MUNDIM VELOSO

**A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95
DE 2016**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Orientador: Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges.

Banca examinadora: Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha.

Banca examinadora: Prof. Dr. Wagner Jacinto de Oliveira

Área de Concentração: Direitos e Garantias Fundamentais.

Linha de Pesquisa 2: Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais.

UBERLÂNDIA - MG
2019

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
Sistema de Bibliotecas da UFU, MG, Brasil.

V443i
2019 Veloso, Fernando Mundim, 1981-
 A inconstitucionalidade material da Emenda Constitucional 95 de
 2016 [recurso eletrônico] / Fernando Mundim Veloso. - 2019.

 Orientador: Alexandre Walmott Borges.
 Dissertação (mestrado) - Universidade Federal de Uberlândia,
Programa de Pós-Graduação em Direito.
 Modo de acesso: Internet.
 Disponível em: <http://dx.doi.org/10.14393/ufu.di.2019.687>
 Inclui bibliografia.
 Inclui ilustrações.

 1. Direito. 2. Inconstitucionalidade das leis. 3. Regime fiscal - Brasil.
4. Brasil - Emenda Constitucional nº 95/2016. I. Borges, Alexandre
Walmott, 1971- (Orient.) II. Universidade Federal de Uberlândia.
Programa de Pós-Graduação em Direito. III. Título.

CDU: 340

Gerlaine Araújo Silva - CRB-6/1408



UNIVERSIDADE FEDERAL DE UBERLÂNDIA

ATA DE DEFESA

Programa de Pós-Graduação em:	Direito				
Defesa de:	Dissertação de Mestrado Acadêmico, número 124, PPGDI				
Data:	Trinta de maio de dois mil e dezenove	Hora de início:	17:00	Hora de encerramento:	19:00
Matrícula do Discente:	11712DIR005				
Nome do Discente:	Fernando Mundim Veloso				
Título do Trabalho:	A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL N° 95 DE 2016				
Área de concentração:	Direitos e Garantias Fundamentais				
Linha de pesquisa:	Sociedade, Sustentabilidade e Direitos Fundamentais				
Projeto de Pesquisa de vinculação:	Direitos e Deveres na Sociedade de Risco				

Reuniu-se na sala 201, bloco 3D, Campus Santa Mônica, da Universidade Federal de Uberlândia, a Banca Examinadora, designada pelo Colegiado do Programa de Pós-graduação em Direito, assim composta: Professores Doutores: Wagner Jacinto de Oliveira - IFTM/Uberaba; Helvécio Damis de Oliveira Cunha - UFU; Alexandre Walmott Borges - UFU - orientador(a) do(a) candidato(a).

Iniciando os trabalhos o(a) presidente da mesa, Dr(a). Alexandre Walmott Borges, apresentou a Comissão Examinadora e o candidato(a), agradeceu a presença do público, e concedeu ao Discente a palavra para a exposição do seu trabalho. A duração da apresentação do Discente e o tempo de arguição e resposta foram conforme as normas do Programa.

A seguir o senhor(a) presidente concedeu a palavra, pela ordem sucessivamente, aos(às) examinadores(as), que passaram a arguir o(a) candidato(a). Ultimada a arguição, que se desenvolveu dentro dos termos regimentais, a Banca, em sessão secreta, atribuiu o resultado final, considerando o(a) candidato(a):

Aprovado(a).

Esta defesa faz parte dos requisitos necessários à obtenção do título de Mestre.

O competente diploma será expedido após cumprimento dos demais requisitos, conforme as normas do Programa, a legislação pertinente e a regulamentação interna da UFU.

Nada mais havendo a tratar foram encerrados os trabalhos. Foi lavrada a presente ata que após lida e achada conforme foi assinada pela Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Alexandre Walmott Borges, Presidente**, em 30/05/2019, às 18:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

Documento assinado eletronicamente por **Helvecio Damis de Oliveira Cunha, Membro de Comissão**,



em 30/05/2019, às 18:20, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://www.sei.ufu.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1284076** e o código CRC **B758D9A2**.

Referência: Processo nº 23117.046363/2019-06

SEI nº 1284076

FERNANDO MUNDIM VELOSO

**A INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL DA EMENDA CONSTITUCIONAL 95
DE 2016**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Uberlândia - UFU, como requisito parcial para a obtenção do título de mestre em direito.

Prof. Dr. Alexandre Walmott Borges (Orientador)

Prof. Dr. Helvécio Damis de Oliveira Cunha.
(Banca examinadora)

Prof. Dr. Wagner Jacinto de Oliveira
(Banca examinadora)

Uberlândia/MG, 30 de maio de 2019.

AGRADECIMENTOS

Ao passar por esse processo acadêmico de busca do conhecimento é forçoso reconhecer a necessidade de agradecer a pessoas estimadas que contribuíram para que essa meta fosse alcançada. Não poderia deixar de agradecer aos meus amados pais, Roberto e Maria Delfina, por serem grandes incentivadores na busca do conhecimento. Desde a tenra idade, meus pais possibilitaram a mim, aos meus irmãos e a meu sobrinho mais velho, que pudéssemos buscar formação formal e pessoal de qualidade.

Agradeço ainda a todos os professores que tive em minha vida, que além de serem mestres, que cada um a seu modo, ofereceram-me valiosas lições, me inspiraram a me tornar também um professor, profissão a qual encontrei a minha vocação e a minha realização profissional. Dentre os inúmeros professores que tive, faço o agradecimento especial ao Professor Doutor Alexandre Walmott Borges, que com muita compreensão e educação, me orientou nessa empreitada de escrever uma dissertação.

Importante ser grato aos colegas da nona turma de mestrado de Direitos Fundamentais da Universidade Federal de Uberlândia, que conjuntamente percorremos esse caminho em busca de conhecimento acadêmico. Fico feliz de ter compartilhado com todos os colegas os anseios pelo conhecimento jurídico e pessoal. Além de agradecer a todos, agradeço nominalmente colegas em que enxerguei maior afinidade social, ideológica e jurídica, as prezadas amigas Ana Raquel e Jaqueline, que sempre foram solícitas em auxiliar qualquer colega e de discorrer sobre os mais variados assuntos em meio à tensão acadêmica.

Não posso deixar de agradecer aos meus sobrinhos queridos, fonte de afeto e carinho! Aos amigos e amigas carmelitanos, que compartilham comigo amizades de décadas, que me ajudaram a percorrer os caminhos que trilhei.

Por fim, agradeço profundamente à minha esposa Teresa Cristina, companheira e incentivadora de minha carreira acadêmica.

Dedicado aos meus avós paternos e maternos, que a partir de suas profundas raízes fincadas no sertão, emergiu uma frondosa árvore com vastos ramos;

aos meus pais, que com seus exemplos incansáveis e seus valores transmitidos, incutiram em minha personalidade uma visão de sociedade com valores progressistas e humanísticos;

à minha esposa Teresa Cristina, que em tempos onde o ódio avança, conseguimos construir um lar sólido, erguido sobre a rocha do amor.

“O tempo é um pássaro, de natureza vaga” (Paulinho da Viola e José Carlos Capinam)

RESUMO

O presente trabalho tem como problema analisar se a Emenda Constitucional 95 de 2016, que instaurou o Novo Regime Fiscal, viola as cláusulas imodificáveis elencadas pelo § 4º do art. 60 da Constituição Federal e fere o princípio da vedação ao retrocesso social. Mesmo que tenham sido obedecidas formalmente todas as exigências do Diploma Maior, no que tange à apresentação, trâmite e aprovação de alterações constitucionais, o que abarca a verificação de adimplemento dos requisitos formais e circunstanciais de constitucionalidade, a emenda constitucional aprovada pode, ainda assim, ser submetida por um dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, incisos de I a IX, da CF) ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão que ostenta em nosso ordenamento o status de guardião da Constituição, em sede de controle concentrado de constitucionalidade das normas (caput do art. 102 da CF). Diante desse contexto, já existe protocolado no Supremo Tribunal Federal, sete ações questionando a constitucionalidade da referida emenda. A Constituição Federal de 1988 trouxe para o centro de seu ordenamento jurídico a proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, o citado Diploma Constitucional, que ficou conhecida popularmente como a Constituição Cidadã, obriga o Estado brasileiro a garantir uma série de prestações em forma de políticas públicas como garantia de defesa à própria dignidade da pessoa humana. Com esse intuito, o texto Constitucional consagra uma série de direitos fundamentais que deverão proteger o cidadão e que gozam de um status constitucional diferenciado. A presente dissertação partiu da hipótese que esta emenda constitucional não é compatível com o regime constitucional vigente, visto que a proteção a dignidade da pessoa humana está no centro da Constituição Federal vigente, e o novo regime fiscal inviabilizaria o Estado de prestar políticas públicas com viés de garantir os direitos fundamentais e suprir o chamado mínimo existencial. Utilizou o método dedutivo, partindo de uma premissa geral, a Constituição Federal de 1988, chegando na Emenda Constitucional 95 de 2016, com suas particularidades. Utilizou-se o método de pesquisa bibliográfico. O objetivo deste trabalho consiste em analisar se a Emenda Constitucional 95 de 2016 padece de inconstitucionalidade material. Foi analisado se a mudança do chamado Regime fiscal, que limitou por 20 anos os investimentos do Estado em gastos primários viola as cláusulas imodificáveis elencadas pelo § 4º do art. 60 da Constituição Federal e se desrespeita o princípio da vedação ao retrocesso social, a proteção que a mesma tem sobre os direitos fundamentais e uma breve conceituação sobre estes.

Palavras-chave: Emenda Constitucional 95 de 2016. EC 95/16. Constituição de 1988. Direitos Fundamentais Sociais. Inconstitucionalidade Material.

ABSTRACT

The present work has as a problem to analyze if the Constitutional Amendment 95 of 2016, that instated the New Tax Regime, violates the unoditable clauses listed by § 4 of art. 60 of the Federal Constitution and violates the principle of the prohibition of social retrogression. Even if all the requirements of the Major Diploma have been formally obeyed, as regards the presentation, processing and approval of constitutional amendments, which includes verification of compliance with the formal and circumstantial requirements of constitutionality, the approved constitutional amendment may, however, be submitted by one of those entitled to propose a direct action of unconstitutionality (article 103, items I to IX, of the CF) to the Supreme Federal Court (STF), which in our legal system has the status of guardian of the Constitution, in seat of concentrated control of constitutionality of the norms (caput of article 102 of the CF). Given this context, there are already filed in the Federal Supreme Court, seven actions challenging the constitutionality of said amendment. The Federal Constitution of 1988 brought the protection of fundamental rights to the center of its legal system. In this sense, the aforementioned Constitutional Diploma, which is popularly known as the Citizen Constitution, obliges the Brazilian State to guarantee a series of benefits in the form of public policies as a guarantee of defense to the very dignity of the human person. With this aim, the Constitutional text establishes a series of fundamental rights that should protect the citizen and enjoy a differentiated constitutional status. the present dissertation started from the hypothesis that this constitutional amendment is not compatible with the current constitutional regime, since the protection of the dignity of the human person is at the center of the current Federal Constitution, and the new fiscal regime would make the State unable to provide public policies with bias guarantee the fundamental rights and supply the minimum existential call. Using the deductive method, starting from a general premise, the Federal Constitution of 1988, arriving at the Constitutional Amendment 95 of 2016, with its peculiarities. The bibliographic search method was used. The purpose of this paper is to analyze whether Constitutional Amendment 95 of 2016 suffers from material unconstitutionality. It was analyzed whether the change of the so-called Fiscal Regime, which limited state investments in primary expenditures for 20 years, violates the unchanging clauses listed in § 4 of art. 60 of the Federal Constitution and disrespects the principle of the prohibition of social retrogression, the protection it has on fundamental rights and a brief conceptualization on them.

Key Words: Constitutional amendment 95 of 2016. EC 95/16. Constitution of 1988. Fundamental Social Rights. Unconstitutionality Material.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	10
1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 COMO UMA CONSTITUIÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	13
1.1 <i>A Origem do Constitucionalismo</i>	16
1.2 <i>Direitos Fundamentais.....</i>	28
1.2.1 – Precedentes históricos da noção de direitos fundamentais	28
1.2.2 Direitos Fundamentais na Contemporaneidade	32
1.2.3 Direitos Fundamentais Sociais no ordenamento jurídico implantado pela Constituição Federal de 1988	35
2 A Emenda Constitucional 95 de 2016.....	44
2.1 - <i>Possíveis Efeitos Do Regime Fiscal Instaurado Pela Emenda Constitucional 95 De 2016 Em Relação Aos Direitos Fundamentais Sociais.....</i>	47
2.2 <i>A Importância Dos Investimentos Sociais Para A Consolidação Dos Direitos Sociais.....</i>	63
2.3 – <i>Novo Regime Fiscal e a Análise de sua Compatibilidade com os Objetivos Consagrados na Constituição de 1988</i>	70
2.4 Atuais Consequências Da Implementação Do Novo Regime Fiscal.....	75
3 Cláusulas Pétreas e o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social.....	79
3.1 <i>Princípio Da Vedação Ao Retrocesso Social.....</i>	86
CONSIDERAÇÕES FINAIS	93
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	98

INTRODUÇÃO

A Emenda Constitucional 95 de 2016 modificou o chamado Regime Fiscal do Estado Brasileiro. Vigente desde 2017, esta alteração constitucional congela o gasto público real pelo período de vinte anos. Foi aprovada pelo Congresso Nacional respeitando todos os quóruns previstos para modificação do texto constitucional. Mas por outro lado, altera a maneira do Estado investir em gastos sociais, podendo afetar efetivamente a manutenção e expansão de direitos fundamentais.

Nesse contexto, o presente trabalho tem como problema analisar se a alteração viola as cláusulas imodificáveis elencadas pelo § 4º do art. 60 da Constituição Federal e fere o princípio da vedação ao retrocesso social. Mesmo que tenham sido obedecidas formalmente todas as exigências do Diploma Maior, no que tange à apresentação, trâmite e aprovação de alterações constitucionais, o que abarca a verificação de adimplemento dos requisitos formais e circunstanciais de constitucionalidade, a emenda constitucional aprovada pode, ainda assim, ser submetida por um dos legitimados a propor ação direta de inconstitucionalidade (art. 103, incisos de I a IX, da CF) ao crivo do Supremo Tribunal Federal (STF), órgão que ostenta em nosso ordenamento o status de guardião da Constituição, em sede de controle concentrado de constitucionalidade das normas (caput do art. 102 da CF). Diante desse contexto, já existe protocolado no Supremo Tribunal Federal, sete ações questionando a constitucionalidade da referida emenda.

A Constituição Federal de 1988 trouxe para o centro de seu ordenamento jurídico a proteção aos direitos fundamentais. Nesse sentido, o citado Diploma Constitucional, que ficou conhecida popularmente como a Constituição Cidadã, obriga o Estado brasileiro a garantir uma série de prestações em forma de políticas públicas como garantia de defesa à própria dignidade da pessoa humana. Com esse intuito, o texto Constitucional consagra uma série de direitos fundamentais que deverão proteger o cidadão e que gozam de um status constitucional diferenciado.

O referido Diploma Constitucional, tem como marco teleológico o desenvolvimento da nação e a garantia de direitos fundamentais. Assim aponta o seu artigo 3º:

Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:

I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;

II - garantir o desenvolvimento nacional;

III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;

IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

A Emenda Constitucional analisada, foi resultado das Propostas de Emenda Constitucional 241 e 55 que, respectivamente, tramitaram na Câmara dos Deputados e no Senado Federal, obtendo sua votação final, em segundo turno nesta última casa legislativa, em 16 de dezembro de 2016. Desde então, foram acrescentados no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT) inúmeros dispositivos que implementaram um novo regime fiscal com um limite para os gastos do governo federal, que vigorará pelos próximos 20 (vinte) exercícios fiscais. Este regime valerá até 2036, sendo o teto fixado para 2017 correspondente ao orçamento disponível para os gastos de 2016, acrescido da inflação daquele ano. Para a educação e a saúde, o ano-base será este 2017, com início de aplicação em 2018. Qualquer mudança nas regras só poderá ser feita a partir do décimo ano de vigência do regime, e será limitada à alteração do índice de correção anual.

Estas limitações durante duas décadas irão certamente impactar nas políticas públicas que o Estado brasileiro tem implementado desde a vigência do atual diploma constitucional. Assim, a presente dissertação partiu da hipótese que esta emenda constitucional não é compatível com o regime constitucional vigente, visto que a proteção a dignidade da pessoa humana está no centro da Constituição Federal vigente, e o novo regime fiscal inviabilizaria o Estado de prestar políticas públicas com viés de garantir os direitos fundamentais e suprir o chamado mínimo existencial. Utilizou o método dedutivo, partindo de uma premissa geral, a Constituição Federal de 1988, chegando na Emenda Constitucional 95 de 2016, com suas particularidades. Utilizou-se o método de pesquisa bibliográfico.

À luz das considerações realizadas, o objetivo deste trabalho consiste em analisar se a Emenda Constitucional 95 de 2016 padece de inconstitucionalidade material. Foi analisado se a mudança do chamado Regime fiscal, que limitou por 20

anos os investimentos do Estado em gastos primários viola as cláusulas imodificáveis elencadas pelo § 4º do art. 60 da Constituição Federal e se desrespeita o princípio da vedação ao retrocesso social, a proteção que a mesma tem sobre os direitos fundamentais e uma breve conceituação sobre estes.

O primeiro capítulo discorre sobre como a Constituição Federal vigente traça objetivos claros de mudança social, de efetivação de direitos fundamentais. Diferente de diplomas constitucionais do Estado Liberais, que apenas fixavam competências estatais e positivava os chamados direitos fundamentais de primeira geração, a chamada Constituição Cidadã tenta tardiamente implantar avanços que as constituições do Estado Democrático de Direito trouxeram para alguns países da Europa Ocidental.

Ainda no primeiro capítulo, é apresentada uma breve evolução do Constitucionalismo. Do rompimento com Estado Absolutista europeu, por meio das Revoluções Burguesas que resultam nas Constituições Liberais, com seus paradigmas, passando pelo Estado Social até a consolidação das Constituições do Estado Democrático de Direito. Assim, foi feita uma breve análise para entender como a Constituição Federal deve ser analisada não apenas em seu aspecto formal, mas também substancial. Além de discorrer sobre os direitos fundamentais e como a Constituição vigente os regulamentou.

O segundo capítulo do presente trabalho analisa especificamente a Emenda Constitucional 95 de 2016 e o Novo Regime Fiscal por ela instaurado. Ainda analisa, a partir de estudos realizados por institutos de pesquisas, quais efeitos acarretarão sobre a prestação de serviços públicos a população. Além dos efeitos já noticiados em veículos jornalísticos.

O terceiro capítulo discute sobre as cláusulas pétreas, institutos que são inseridos nos diplomas constitucionais de constituições rígidas visando proteger bens jurídicos considerados vitais a essas sociedades. Nessa esteira, é observado se a Emenda Constitucional 95 fere as referidas cláusulas.

Na parte derradeira, mas ainda no mesmo capítulo também é realizada um breve estudo sobre o princípio da vedação ao retrocesso social, como ele é

conceituado pela doutrina e como a jurisprudência de alguns ordenamentos jurídicos já se manifestaram sobre este princípio. Assim, também foi analisado se a mudança constitucional discutida é contrária ao princípio da vedação ao retrocesso social.

1 A CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988 COMO UMA CONSTITUIÇÃO DE UM ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, A ORIGEM DO CONSTITUCIONALISMO E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A Constituição Federal Brasileira vigente foi pródiga na positivação de direitos fundamentais. Conhecida como Constituição Cidadã, trouxe uma série de objetivos para a República Federativa do Brasil. A Carta Magna de 1988 tenta tardiamente implantar avanços que as constituições do Estado Democrático de Direito trouxeram para alguns países da Europa Ocidental. Em seu artigo 3º, estabelece como objetivo fundamental, construir um verdadeiro Estado Social. Para isso, elenca uma série de direitos fundamentais que deverão ser efetivados.

Estes objetivos foram colocados no texto constitucional para vincular o Estado Brasileiro na orientação de suas ações. Seu conteúdo não deve ser meramente simbólico. O diploma promulgado em 1988 traça diretrizes básicas que devem ser seguidas através de políticas públicas, atividade legislativa e decisões judiciais. A Constituição Cidadã é muito clara ao definir o rumo que o país deve tomar.

Lênio Streck relata que o Brasil nunca conseguiu alcançar o Estado de Bem-Estar Social alcançado pelos países da Europa Ocidental. Entende ser o Brasil um país de “modernidade tardia”. Assim, passa-se para um paradigma de Estado Democrático de Direito, onde o constitucionalismo assume a responsabilidade de transformar a realidade social. (STRECK, 2013, p. 98)

A Constituição passou então a ser um pacto social fundante do Estado. Além de buscar assegurar a paz e a convivência civil, tem também o dever de estabelecer regras de proteção aos mais frágeis. Nesse sentido, a complexidade do sistema de representação popular que organiza a produção da política; positiva direitos

fundamentais e ainda tem o escopo de proteger as minorias das próprias maiorias. (STRECK p.113)

As Constituições com essas características passam a ser documentos compromissários e transformadores da sociedade, nomeadas por alguns autores como dirigentes (STRECK, 2007, p.6,7). Surgido no pós-guerra, estas Constituições se consolidaram em alguns países da Europa Ocidental e, no Brasil, trouxe propósitos de mudanças sociais em 1988.

Para os constitucionalistas filiados a este entendimento, as Constituições transcendem o Estado Liberal e passam a ter obrigações definidas de transformação da sociedade. Passa a ser imposto ao ordenamento jurídico e à atividade estatal um conteúdo de modificação da realidade. Igualmente, com as mudanças ocorridas no Estado, também as estruturas das Constituições foram modificadas. Pode-se destacar que, enquanto o paradigma do Estado Liberal elegia uma percepção de Constituição-garantia, que tinha a finalidade de preservar o conjunto das liberdades individuais; o Estado Democrático e Social optou pela Constituição como uma concepção de modificação social. (NASCIMENTO, 2009, p. 168).

O Direito passa a ser regulado por suas próprias normas constitucionais, impondo à sua produção não mais apenas formalidades, mas também requisitos materiais, uma validade substancial, mediante a necessidade de se respeitar os direitos fundamentais. Mesmo que uma norma seja emitida por autoridade competente e obedeça às formalidades, se ela for contrária aos valores consagrados pela Constituição, essa norma não gozará de validade substancial, de constitucionalidade material. Assim, não há apenas uma extensão do respeito à legalidade a todos os poderes, mas também um programa político futuro, porque atribuem a todos os poderes imperativos negativos e positivos como fonte de sua legitimação e, sobretudo, de deslegitimação. (FERRAJOLI, 2002, p. 44)

Dentro do Estado Democrático de Direito, passa-se a discutir não apenas se as formalidades do Direito deverão ser observadas, mas também se certos limites substanciais, em conformidade com os valores constitucionais estabelecidos serão respeitados. Questiona-se, assim, o conteúdo material dos diplomas constitucionais, mediante observação de valores substantivos que apontam para uma transformação

da realidade social. Por esse motivo, dentro do Estado Democrático de Direito, a Constituição passa a ser uma forma de instrumentalizar a atividade do Estado na procura dos objetivos estabelecidos pelo texto constitucional. (STRECK, 2003, p. 261)

A Constituição do Estado Democrático de Direito deixa de ser uma mera definidora de competências estatais. As prestações e fins do Estado positivados no corpo da Constituição e seus respectivos princípios são possibilidades de legitimação material da formação de um Estado. A coerência material da Constituição passa pela concretização dos fins e tarefas preceituadas em seu texto. Se o Estado constitucional democrático não se coaduna apenas com o “Estado de Direito formal e quer legitimar-se como Estado Social, surge o problema da Constituição dirigente, que passa pela questão da legitimação além dos limites formais do Estado de Direito, baseando-se também na transformação social.” (BERCOVICI, 1999, p. 17)

O Estado Democrático de Direito passa a ter uma nova legitimação no campo do direito constitucional e da ciência política. Nesse contexto, o Direito assume a tarefa de transformação social. Ao contrário das constituições liberais ou meramente sociais, a legitimidade, agora, advém da própria Constituição que resulta de um processo de refundação da sociedade. (STRECK, 2003, p. 284)

Nesse contexto, fica evidente que o ordenamento jurídico constitucional estabelecido em 1988 impõe um paradigma de consolidação de direitos fundamentais que devem ser aplicados pelo Estado Brasileiro. Diferentemente de outras Constituições de paradigma liberal, que apenas delimitam competências estatais e limitam o poder do Estado perante o particular, a Constituição de 1988 funda um novo pacto social. Estabelece valores que devem ser buscados não apenas pelo Estado, mas também pela sociedade. Cria obrigações não apenas negativas, mas também positivas. Limita a atuação do legislador ao exigir uma ação em conformidade com os valores estabelecidos pelo ordenamento constitucional. Diferente das ordens liberais, onde o Poder Legislativo era soberano e praticamente absoluto, a própria Constituição passa a ser soberana, inclusive subordinando o Poder Legislativo e o próprio Poder Constituinte Derivado.

Nesse sentido, o Poder Legislativo deverá ter sua atividade pautada não apenas obedecendo as formalidades estabelecidas na Constituição, mas também de maneira coerente com os valores e fins por ela estabelecida. Assim leciona Lênio Streck

É quando a liberdade de conformação do legislador, pródiga em discricionariedade no Estado-Liberal, passa a ser contestada por dois lados: de um lado, os textos constitucionais dirigentes, apontando para um dever de legislar em prol dos direitos fundamentais e sociais; de outro, o controle por parte dos tribunais, que passaram não somente a decidir acerca da forma procedimental da feitura das leis, mas acerca de seu conteúdo material, incorporando os valores previstos na Constituição. (STRECK, 2003, p.267)

Diante de tais premissas, importante se faz discutir como a visão do constitucionalismo evoluiu até chegar a ter essas características relatadas.

1.1 A Origem do Constitucionalismo

José Gomes Canotilho conceitua Constituição como uma “ordenação sistemática e racional da comunidade política, registrada num documento escrito, mediante o qual garantem-se os direitos fundamentais e organizam-se, de acordo com o princípio da divisão de poderes, o poder político”. (CANOTILHO, 2003, p. 13) Antes de se consolidar este conceito defendido pelo jurista português, a noção de Constituição passou por várias óticas, sendo importante fazer um breve histórico da evolução do Constitucionalismo.

A necessidade de um Estado construir uma Constituição fundante de sua sociedade surge com a oposição ao chamado Absolutismo Moderno Europeu. Marcelo Neves, afirma que no absolutismo monárquico a figura do monarca governante ainda não permite uma diferenciação funcional entre política e direito. “(...) na prática política das monarquias absolutistas, servia antes para legitimar um espaço juridicamente livre para o soberano, no âmbito do qual ele tinha o poder de estabelecer, aplicar e impor o direito” (NEVES, 2012, p. 18)

O Estado Absolutista viveu até meados do século XVIII. Sua derrocada se dá com a ascensão da classe burguesa que passa a divergir do exercício do poder absoluto do Monarca pautado em uma legitimação divina. Os opositores ao poder absoluto fundamentaram suas ideias em pilares da racionalidade humana, centrando seus ideais no liberalismo e no individualismo. Nesse diapasão, a liberdade passa a ter uma relevância especial, buscando um fortalecimento da pessoa humana, buscando retirar a atuação do Estado na vida do indivíduo. (MATEUCCI, 1998, P.36)

As Revoluções Liberais (Inglesa, Francesa e Americana), visaram tornar os homens "livres" e, "iguais", não distinguindo os mais nobres de plebeus. Neste momento, o direito, que até então se confundia com o próprio Monarca, dentro de um estado sem limites, viabiliza-se como um canal de libertação (CLÈVE, 1988). O Estado não é mais o rei. É o povo no parlamento, é a busca de uma finalidade comum. O Estado, que era "tudo", inclusive absoluto, passa a ser o mínimo, passa a atuar somente onde e quando a sociedade permitir, ou seja, o Estado não interfere mais na vida, na esfera dos indivíduos (princípio liberal).

Com o sucesso das Revoluções Burguesas, o monarca passa a ser limitado pelo direito. O Estado Liberal busca meio de conter os excessos do Estado Absolutista contra o cidadão. Documentos como a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789) e com o surgimento das primeiras cartas constitucionais, o Estado passa a ser juridicamente contido. Surge a noção de separação dos poderes, de legalidade e de direitos fundamentais, limitando o poder, até então absoluto, do Estado. Nesse sentido, afirma Ferrajoli:

De fato, divisão dos poderes, princípio da legalidade e de direitos fundamentais correspondem a outras tantas limitações e, em última análise, a negações da soberania interna. Graças a esses princípios, a relação entre Estado e cidadãos já não é uma relação entre soberano e súditos, mas sim entre dois sujeitos, ambos de soberania limitada. De modo particular, o princípio de legalidade nos novos sistemas parlamentares modifica a estrutura do sujeito soberano, vinculando-o não apenas à observância da lei, mas também ao princípio de maioria e aos direitos fundamentais – logo ao povo e ao indivíduo -, e transformando os poderes públicos de poderes absolutos em poderes funcionais. (FERRAJOLI, 2002, p. 28)

Assim, o constitucionalismo nasce tendo como principal característica fundamental a imposição de uma clara limitação jurídica ao Estado, às ações do governo. Se no absolutismo o poder do Monarca era absoluto e fundamentado por questões metafísicas, com o início do constitucionalismo, ele passa a ser limitado e fundamentado pela lei.

Dessa forma, a Constituição passa a ser um verdadeiro freio, trazendo garantias negativas do Estado perante o cidadão até então atemorizado com os arbítrios do Estado Absoluto. Sobre este contexto, leciona Paulo Bonavides: “Foi assim – da oposição histórica e secular, na Idade Moderna, entre a liberdade do indivíduo e o absolutismo do monarca – que nasceu a primeira noção do Estado de Direito (...)” (BONAVIDES, 2001, p. 41)

O constitucionalismo, visando gerar estabilidade para a realização das atividades mercantis e comerciais da classe burguesa, passa a também pregar questões mínimas que devem constar em um Estado constitucional. Assim, além dos limites previstos na lei na ação do governo, passa-se a defender um Estado com divisão dos poderes, para que este não se concentre e se torne opressor e arbitrário. Estas regras passam a ser definidas em uma norma fundamental gerará o próprio direito e a organização estatal, além de garantir a tutela e os direitos do indivíduo (FIORAVANTI, 2007, P. 85-83)

Dessa maneira, Paulo Bonavides entende que a organização do Estado moderno fundamentada na Constituição inspirou o modelo de Estado de Direito, visto que foram os ideais antiabsolutistas que forjaram os princípios da sociedade formada sob o chamado contrato social, de ordem jurídica baseada na racionalidade e da submissão estatal à liberdade individual. (BONAVIDES, 2010, p. 37)

Assim, consagra-se pós Revoluções Burguesas, o fim do Absolutismo Monárquico e o início do Estado Constitucional de Direito. Este se baseava em texto constitucional hierarquicamente superior, formal, rígido e impositivo, que assentou a liberdade individual do homem, instituiu direitos e garantias e limitou o poder estatal. O Estado passou a ser organizado e tripartido, retirando do monarca o poder absoluto e a concentração das funções estatais. Diante de tais premissas, assim discorrem Adriana Costa e Pedro Henrique Brunken:

As Revoluções do século XVIII, os homens tornaram-se "livres" e, em certa medida, "iguais". Neste momento, o direito, até então instrumento de mera opressão ou legitimação de um estado sem limites, viabiliza-se como um canal de libertação (CLÈVE, 1988). O Estado não é mais o rei. É o povo no parlamento, é a busca de uma finalidade comum. O Estado, que era "tudo", inclusive absoluto, passa a ser o mínimo, passa a atuar somente onde e quando a sociedade permitir, ou seja, o Estado não interfere mais na vida, na esfera dos indivíduos. (SCHIER, p. 3)

O princípio da separação de poderes, nessa dimensão consagrada pelo liberalismo burguês, fornece o fundamento teórico para a limitação do poder soberano. A partir da teoria de Montesquieu, as funções de fazer as leis (função legislativa), executar as diretrizes legais (função executiva) e controlar a sua aplicação (função judiciária), não são mais desempenhadas pelo Monarca e são distribuídas entre três órgãos: Poder Legislativo, formado por representantes do povo e encarregado de juridicizar a vontade geral, Poder Executivo – destinado a aplicação concreta das leis e Poder Judiciário – a quem cabia a função exclusiva de baseado na lei, solucionar casos concretos. (CLÈVE 2000, p. 29-30)

Diante desse panorama, Luigi Ferrajoli entende que nesse contexto histórico existiu uma verdadeira refundação do Direito sob o prisma do princípio da legalidade. Assim, passa-se a valorizar a segurança jurídica como garantia de certeza e liberdade frente à arbitrariedade, caracterizando o que o autor denomina de Estado Legislativo de Direito. (FERRAJOLI 2003, p. 15)

Assim, com a era do Estado Liberal, a soberania antes centrada na figura de um monarca, de um rei, um imperador, passa a ser centrada na lei. Dessa forma, a noção de legalidade passa a autolimitar a soberania do próprio Estado. Nesse momento da história, floresce a importância do Poder legislativo como representante do povo, e passa-se a ter a noção de soberania popular, tão defendida pelos autores contratualistas.

Difunde-se, assim, a noção de legalidade. A partir do monopólio estatal da produção jurídica, fica ressaltada a relevância do Poder Legislativo. Dessa maneira, afirma Ferrajoli:

O Estado de Direito moderno nasce, na forma do "Estado legislativo de Direito" (ou se preferir do Estado "legal"), no momento em que esta instância se realiza historicamente com a exata afirmação do princípio da legalidade

como fonte exclusiva do direito válido e existente anteriormente. Graças a esse princípio e às codificações que constituem a sua atuação, todas as normas jurídicas existem e simultaneamente são válidas desde que sejam “postas” por autoridades dotadas de competência normativa. (FERRAJOLI, p. 423 e 423)

Com esses fundamentos, criou-se um ambiente extremamente favorável à supervalorização e submissão à norma. A lei adquire, assim, um status nunca visto na história. A sociedade necessitava afastar a abertura do sistema jurídico aos valores defendidos pelo jusnaturalismo, tendo em vista que muitas atrocidades eram realizadas em nome do Direito e de seus princípios naturais. Dessa forma, buscava-se segurança jurídica e objetividade do sistema, e o Direito positivo cumpriu bem esse papel. As normas de conduta passam a ser adstritas à lei, a qual passa a ser o ponto central de conformação da sociedade. Com isso, os códigos são transportados para o centro do Direito. (VIEIRA, 2011, 106 - 107)

Entra em cena assim a ideia de representação política. Dessa forma, “tem como ponto de partida a teoria da soberania nacional e a soberania nacional conduz a um governo representativo” (CANOTILHO, 2003, p. 113). A titularidade do poder passa a ser atribuída ao povo, mas para o seu exercício era necessária a delegação desse poder aos seus representantes, os quais seriam então os únicos legitimados para confeccionar a maior expressão da vontade popular – a lei. Esse pensamento foi imortalizado no art. 6º da Declaração francesa de 1789, o qual dispunha que a lei “é a expressão da vontade geral”. E continuava: “Todos os cidadãos têm o direito de concorrer, pessoalmente ou através dos seus representantes, para a sua formação”.

Assim, nesse momento histórico, devido a ideia de soberania do Poder Legislativo, defendiam os juristas que não cabia ao intérprete do direito fazer críticas à substância da norma, incoerências ou antinomias. Deveria prevalecer sempre de qualquer modo a lei emanada de uma autoridade legislativa competente. A legislação tinha prevalência no ordenamento jurídico. Nesse viés, a validade da norma é determinada a partir de um aspecto formal, ligado à competência da autoridade da qual emanou. A norma é válida desde que elaborada de acordo com as exigências do sistema normativo. (FERRAJOLI, p. 426)

A partir dessa visão, a validade da norma é determinada pela ótica estritamente formal, ligada à competência da autoridade da qual emanou. De maneira concisa, a norma é válida desde que elaborada de acordo com as exigências do sistema normativo. Assim, não caberia ao jurista discussões substanciais sobre a norma considerada válida. Nesse sentido, Bobbio lecionava: “o ordenamento jurídico era ordenamento no qual a pertinência das normas era julgada com base em um critério meramente formal, isto é, independentemente do conteúdo” (BOBBIO, 2011 p. 81)

Nesse momento histórico, prevalecia a ideia de que a atividade do intérprete se desenvolvia por via de um processo dedutivo, onde se colhia a norma no ordenamento jurídico e fazia a subsunção dos fatos relevantes. Esse processo lógico-formal se concretizava através de um raciocínio silogístico, onde a lei é a premissa maior, a relação de fato é a premissa menor e a conclusão é a regra concreta que vai reger o caso. (BARROSO, 2009, p. 281)

Dessa forma, as decisões emitidas pelo Poder Judiciário, deveriam ser uma reprodução fiel da lei. Nesse período vige a prevalência do legalismo, tem-se o surgimento de um positivismo legalista, desenvolvido pela Escola da Exegese na França, baseadas em afirmações como: todo direito é positivo e somente o direito positivo é direito. Caberia ao jurista, apenas isolar o fato e identificar a norma jurídica a ele aplicável. Com a obtenção da lei escrita, o objetivo seria ater-se a ela de modo a transpor seu sentido com a interpretação literal dos textos. (FERRAZ JÚNIOR, 2011, p. 217).

Nesse contexto, interessantes os comentários de Luiz Roberto Barroso sobre as Constituições Liberais, “(...) os direitos não eram irradiados diretamente a partir da Constituição, mas somente a partir do momento em que havia a intermediação do legislador regulamentando o que estava previsto na Constituição”. (BARROSO, 2009, www.conjur.com.br/2009-mar-07/luis-roberto-barroso-traca-historico-direito-constitucional-tv?pagina=3).

Ressalta-se que esse nascente constitucionalismo, influenciado pelas Revoluções Burguesas, tinha caráter claramente liberal. Buscou assentar a liberdade individual do homem, instituiu direitos e garantias e limitou o poder estatal.

Nota-se um evidente viés abstencionista do Estado. Opondo-se, claramente, ao antigo Regime Absolutista, o Liberalismo pregava a contenção da atuação do Estado, até então, praticamente sem limite e completamente discricionário. A Constituição do Estado Liberal, então, apresenta-se destinada a conformar a sociedade negativamente, impondo limites aos poderes estatais.

Os diplomas constitucionais típicos do liberalismo consagram direitos, liberdades e garantias, na dimensão dos chamados direitos de defesa, que asseveravam aos cidadãos a possibilidade de exigir a abstenção do Estado. Dessa forma o Estado, então absoluto, e praticamente sem freios institucionais, passava a ser contido pelas leis por ele mesmo criadas.

Dessa forma, na concepção liberal clássica a função da Constituição restringia-se em limitar o poder político, sem que lhe fosse reconhecida a capacidade de produzir efeitos na vida social. Observa-se, assim, os esboços do Estado Liberal: um estado mínimo, abstencionista, organizado mediante uma Constituição rígida, que assegura a contenção do poder e garante direitos fundamentais consolidados até então. (GUASTINI 2003, p. 55).

Nesse Estado abstencionista, a intervenção era vedada. Entendia-se que os homens eram livres em suas relações particulares, não devendo o Estado se imiscuir nessas relações. Nem nas relações de trabalho existiam algum tipo de regulação estatal. Baseado em uma igualdade formal entre os cidadãos que asseguraria o equilíbrio entre eles, sem qualquer tipo de limitação.

Dentro do Estado Liberal, a defesa do princípio da igualdade, uma das maiores aspirações das Revoluções Burguesas, era feita de maneira bastante contundente. Porém, ressalte-se que a igualdade defendida é tão somente a formal, na qual se buscava a submissão de todos perante a lei, afastando-se o risco de qualquer discriminação. Logo, todas as classes sociais seriam tratadas uniformemente, pois as leis teriam conteúdo geral e abstrato, não observando qualquer particularidade ou subjetividade dos cidadãos (BONAVIDES, 2010, p. 217).

Com o avanço da história, esse modelo liberal passou a ser questionado, notadamente quanto à pretensão de absenteísmo estatal e proteção do

individualismo. Observou-se que desse cenário decorreu crescente concentração de renda e, por conseguinte, exclusão social. As Constituições liberais revelaram indiferença às relações sociais, porquanto fundadas em ideais privatistas e antioletivistas, cuja preocupação remete somente aos direitos da liberdade (BONAVIDES, p. 229)

Nesse sentido se posicionam Adriana Costa e Pedro Henrique Brunken:

O modelo de Estado Liberal, contudo, não foi capaz de dar conta dos anseios das sociedades ocidentais. Seja por aspectos econômicos, ligados a alterações no modelo capitalista, seja em face de demandas sociais, o modelo liberal clássico foi substituído por estados organizados nos moldes do Estado Social. Com efeito, o capitalismo e o livre mercado não foram suficientes para assegurar uma real liberdade e igualdade aos indivíduos. O bem geral, ao contrário do que propunham os liberais clássicos, não foi atingido através da somatória dos bens individuais, conforme pretendia Adam Smith (SCHIER, p. 9).

A igualdade formal consolidada e o absentismo do Estado Liberal em face das questões sociais, não conseguiram dar respostas aos conflitos sociais de sua época, agravando ainda mais situação da classe trabalhadora, que passava a viver sob condições miseráveis. A ausência de políticas públicas com aspecto social, agravado pela eclosão da Revolução Industrial, que submetia o trabalhador a condições desumanas e degradantes, a ponto de algumas empresas exigirem o trabalho diário do obreiro por doze horas ininterruptas, trouxe uma eclosão de movimentos sociais. Os diplomas constitucionais liberais mostraram-se indiferentes às relações sociais, visto serem alicerçadas em ideais privatistas e antioletivistas, cuja preocupação remete somente aos direitos da liberdade (BONAVIDES, p. 229)

Interessante, nesse contexto, a observação de Konrad Hesse sobre os direitos consagrados no Estado Liberal:

Para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação ajudam somente àquele que está financeiramente em condição de terminar a formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significado real para os proprietários, a liberdade de habitação somente para aqueles que possuem uma habitação. Se essas e outras liberdades devem ser mais do que liberdades sem conteúdo, então elas também pressupõem mais do que uma proibição de intervenções estatais(...) (HESSE, 1998, pp. 176-177)

Nesse sentido, surge a necessidade de uma atuação mais positiva do Estado. Preocupado com os movimentos sociais que reivindicavam melhores condições de trabalho e movimentos revolucionários, o Estado passa a mudar sua abordagem abstencionista, temendo a ruptura revolucionária, principalmente após a Revolução Russa de 1917. A aceitação da necessidade de intervenção, ou mesmo de regulação da economia pelo Estado, ampliou os limites da ordem liberal e deu margem à passagem para um modelo de intervenção estatal na ordem social e econômica. (BONAVIDES, p. 231)

Como descreve Claudio Pereira Souza Neto e Daniel Sarmento, já no final do Século XIX e início do Século XX, o grande aviltamento das condições sociais a classe operária, causada pelo extremo capitalismo liberal levado a um resultado de uma brusca mudança social ocasionada pela revolução industrial e pela liberdade extrema de contratar sem qualquer controle ou interferência estatal resultou em pressões dos trabalhadores e gerou forte receio de revoltas sociais que poderiam causar a ruptura total do modelo vigente.

No novo cenário, o estado incorpora funções ligadas à prestação de serviços públicos. No plano teórico, a sua atuação passa a ser justificada também pela necessidade de promoção da igualdade material, por meio de políticas públicas redistributivas e fornecimento de prestações materiais para as camadas mais pobres da sociedade, em áreas como saúde, educação e previdência social. (SOUZA NETO; SARMENTO, 2012, p. 61).

A I Guerra Mundial e a Crise de 1929 também foram eventos que reforçaram a necessidade de uma atuação positiva do Estado. Os efeitos da Grande Guerra e da Crise da Bolsa de Valores aumentaram a já existente miséria e desigualdade existente na América e na Europa. Estes eventos aumentaram a organização dos movimentos operários e também a influência marxista, principalmente após a Revolução Russa de 1917.

Deve ser ressaltado o pioneirismo das experiências constitucionais mexicana de 1917 e alemã de 1919 com a ampliação de direitos. Estas constituições continuaram a ser o instrumento que mantém os elementos estruturais do modelo liberal (Estado de Direito – tripartição de poderes e princípio da legalidade) mas que também atende demandas sociais.

Surge, assim, o Estado Social com o intento de resgatar a dimensão material do Estado de Direito, por meio de ações positivas do Estado na sociedade, intervenções voltadas a garantir a todos o acesso a um núcleo de direitos fundamentais. Nesse mesmo sentido, o caráter social desta forma de Estado implica na existência de uma atuação da sociedade no âmbito do poder público. Tem-se, deste modo, a socialização do Estado e a estadualização da sociedade (NOVAIS 1987, p. 128).

Mediante tais premissas, a Constituição adquire um novo status, tendencialmente positiva, pois constitui e conforma a sociedade através da imposição de fins e tarefas aos poderes públicos e consagra, ao lado dos direitos negativos, direitos fundamentais de natureza positiva, que implicam direitos de participação e direitos de prestações, ou seja, direitos através do Estado (SCHIER, 2001, p. 55).

Altera-se, portanto, o panorama do constitucionalismo de viés liberal, tendo em vista que as constituições, até então, sintéticas, uma vez que restritas aos direitos de liberdade, tornam-se analíticas, instituindo direitos de vieses econômicos e sociais, aumentando-se, assim, a gama de assuntos tutelados pelas constituições.

Porém estas Constituições Sociais não foram capazes de conter os avanços do nazismo e do fascismo. Ambos os regimes foram alçados aos governos respectivamente na Alemanha e na Itália de maneira a respeitar as normas institucionais vigentes até então. Tais regimes conduziram a Europa para ao segundo conflito de proporção mundial, culminando na II Guerra Mundial.

A 2ª Guerra Mundial acarretou intensas mudanças à nível global, influenciando também o constitucionalismo moderno e as constituições sociais, que se ocupavam apenas da forma político-estatal e da proteção ao indivíduo e do fomento de alguns direitos sociais. Isso porque os Diplomas constitucionais daquela época não foram capazes de proteger os cidadãos de uma nação de regimes totalitários que se legitimaram em suas cartas constitucionais para cometer o que posteriormente foram considerados crimes contra a Humanidade. Por outro lado, o mundo percebeu, após duas grandes guerras mundiais, que era preciso a garantia de direitos não apenas individuais (liberdade) e sociais (igualdade), mas também direitos difusos (fraternidade), como o direito à paz, a proteção ao meio ambiente, dentre tantos outros. (MARETO, 2016, p. 276).

Com a derrota dos regimes totalitários, as democracias constitucionais passaram a reconhecer a esfera substancial das normas constitucionais, passando a serem vistas como normas concretas e exigíveis diretamente. Nesse mesmo momento ganha força a implementação das jurisdições constitucionais. Nas palavras de Luis Roberto Barroso:

Uma das grandes mudanças de paradigma ocorridas ao longo do século XX foi a atribuição à norma constitucional do status de norma jurídica. Superou-se, assim, o modelo que vigorou na Europa até meados do século passado, no qual a Constituição era vista como um documento essencialmente político, um convite à atuação dos Poderes Públicos. A concretização de suas propostas ficava invariavelmente condicionada à liberdade de conformação do legislador ou à discricionariedade do administrador. Ao Judiciário não se reconhecia qualquer papel relevante na realização do conteúdo da Constituição. (BARROSO, 2005, p. 05)

Nesse momento histórico relatado emerge o que ficou conhecido como Estado Democrático de Direito. Essa nova concepção de Estado tenta superar as deficiências do Estado liberal e do Estado Social, absorvendo as conquistas dos modelos anteriores, superando aquilo que eles têm de problema e aprofundando nas conquistas que eles trouxeram.

Passa-se a observar não apenas a validade formal das normas, mas se essas se adequavam substancialmente ao ordenamento jurídico constitucional que ela estava inserida. A formulação das normas constitucionais na forma dos princípios e precisamente dos direitos fundamentais, outrora vistos apenas em seu caráter retórico, passa a ter também tem uma relevância política. Passa explicitar, com a titularidade dos direitos das pessoas, a própria titularidade das normas constitucionais nas quais os direitos consistem e, por isso, a sua colocação em posição supraordenada ao artifício jurídico, como titulares de outros tantos fragmentos da soberania popular. (FERRAJOLI, p. 96)

Os princípios constitucionais passam a dar uma noção de direito positivo a valores ético-morais imprescindíveis e que poderiam oferecer anteparos a leis ou textos constitucionais eventualmente discriminatórios e ofensivos à vida humana. Assim Ferrajoli aborda a relevância dos princípios dentro do ordenamento constitucional:

[...] a Constituição é definida, na sua parte substancial, mais do que como um conjunto de direitos fundamentais, isto é, de princípios, também como um sistema de limites e de vínculos, isto é, de regras destinadas aos titulares dos poderes. Precisamente, aos princípios consistentes em direitos

de liberdade (universais ou omnium) correspondem as regras consistentes em limites ou proibições (absolutos ou erga omnes); aos princípios consistentes em direitos sociais (universais ou omnium) correspondem as regras consistentes em vínculos ou obrigações (absolutos ou erga omnes). Direitos e deveres, expectativas e garantias, princípios em matéria de direitos e regras em matéria de deveres são, em suma, uns a face dos outros, equivalendo a violação dos primeiros, seja ela por comissão ou por omissão, a violação das segundas. (FERRAJOLI, p. 101-102)

Fica limitada assim a atuação do Legislativo, não mais apenas no aspecto meramente formal, mas também sob o prisma material. Assim, os direitos fundamentais e os princípios constitucionais, explícitos e implícitos, limitam a atuação. Não basta mais apenas o desejo do legislador, como antes, que poderia ser espúrio e conter excessos nefastos, mesmo que trouxesse valores totalmente divorciados da moral e repugnados pela sociedade.

Diferente do Estado Liberal, não há mais a soberania da lei, passa-se a observar o fenômeno da supremacia e centralidade da Constituição. Não é mais a lei que está no topo do ordenamento jurídico, mas a Constituição. Trata-se da substituição do legicentrismo positivista (império da lei) pela supremacia constitucional. Dessa forma, a lei além de ter seus critérios de competência e procedimento observados, também deve se subordinar aos valores estabelecidos pelo ordenamento jurídico constitucional, obedecendo princípios de direitos fundamentais.

Passa-se assim a reconhecer uma normatividade forte da Constituição, em razão da qual, posto um direito fundamental constitucionalmente estabelecido, se a Constituição é levada a sério, não devem existir normas com ele em contradição e deve existir – no sentido de que deve ser encontrado através de interpretação sistemática, ou deve ser introduzido mediante legislação ordinária – o dever correspondente por parte da esfera pública. Trata-se de uma normatividade relacionada, em via primária, à legislação, à qual impõe evitar as antinomias e colmatar as lacunas com leis idôneas de atuação; e, em via secundária, à jurisdição, à qual impõe remover as antinomias e apontar as lacunas. (FERRAJOLI, p. 112)

Assim de acordo com Ana Paula Barcelos, podemos entender as Constituições do Estado Democrático de Direito a partir de certas premissas:

(i) a normatividade da Constituição, isto é, o reconhecimento de que as disposições constitucionais são normas jurídicas, dotadas, como as demais,

de imperatividade, (ii) a superioridade da Constituição sobre o restante da ordem jurídica (cuida-se aqui de Constituições rígidas, portanto); e (iii) a centralidade da Carta nos sistemas jurídicos, por força do fato de que os demais ramos do Direito devem ser compreendidos e interpretados a partir do que dispõe a Constituição. Essas três características são herdeiras do processo histórico que levou a Constituição de documento essencialmente político, e dotado de baixíssima imperatividade, à norma jurídica suprema, com todos os corolários técnicos que a expressão carrega. (BARCELLOS, 2005, p. 83)

A Constituição do Estado Democrático de Direito passa assim a não se ater apenas a regular a organização do Estado. Mediante a consagração de princípios e de regras, passa a regular a vida social e estatal. Com uma forte carga axiológica, passa a ser encarada como um sistema material de valores que se configura como norma superior em relação às possíveis maiorias parlamentares e à vontade contingente, pois consagrou valores fundamentais universais. É uma norma axiológica soberana. (SIQUEIRA JR, 2012, p. 202 – 220)

1.2 Direitos Fundamentais

1.2.1 – Precedentes históricos da noção de direitos fundamentais

A história dos direitos fundamentais está intimamente ligada à gênese do moderno Estado constitucional. Ingo Sarlet afirma que “a essência e razão de ser do Estado Moderno residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e nos direitos fundamentais do homem.” (SARLET, 2013 - p 36)

A evolução histórica dos direitos fundamentais tem aspectos multifacetados e de amplos aspectos. Ingo Sarlet em sua obra afirma:

Para o jurista lusitano Vieira de Andrade, os direitos fundamentais podem ser abordados a partir de diversas perspectivas, a) filosófica, ou jusnaturalista, que cuida do estudo dos direitos fundamentais como direitos de todos os homens, em todos os tempos e lugares, num certo tempo; b) perspectiva universalista, ou internacionalista, como direitos de todos os homens (ou categorias de homens) em todos os lugares, num certo tempo; c) perspectiva estatal, ou constitucional, pela qual os direitos fundamentais são analisados na qualidade de direitos dos homens, num determinado tempo e lugar. (SARLET, p. 22)

Nesse trabalho, será analisada a perspectiva que o Estado dá a esses direitos entendidos como fundamentais. A forma como a Constituição regula e protege os direitos fundamentais. Assim, importante entender como alguns valores foram alçados ao status de direitos fundamentais e passaram a gozar de proteção especial dos estados e suas respectivas constituições.

Valores como a dignidade da pessoa humana, da liberdade e da igualdade dos homens encontram suas raízes na filosofia clássica, especialmente na greco-romana, e no pensamento cristão. Porém foi apenas na Inglaterra do século XVII que os ideais contratualistas da sociedade e a noção de direitos naturais do homem passaram a ter relevante importância, e isto não apenas no plano teórico, bastando, a simples referência às diversas Cartas de Direitos assinadas pelos monarcas desse período (SARLET, pp. 38 e 39)

Assim, importante lembrar o papel dos contratualistas. John Locke e Thomas Hobbes, foram estudiosos que ajudaram a desenvolver a concepção contratualista de que os homens têm o poder de organizar o Estado e a sociedade de acordo com sua razão e vontade. Foram também fundamentais para demonstrar que a relação autoridade-liberdade se funda na autovinculação dos governados, fundando assim, as premissas do pensamento individualista e do jusnaturalismo iluminista do século XVIII que, conseqüentemente, resultou no constitucionalismo e no reconhecimento de direitos de liberdade dos indivíduos considerados como limites ao poder estatal. (SARLET, p 40)

No decorrer da história, também se ressalta o pensamento de Immanuel Kant. Para o filósofo, todos os direitos estão abrangidos pelo direito de liberdade, direito natural por excelência. Para ele, todo homem em virtude de sua própria humanidade, encontra-se limitado apenas pela liberdade coexistente dos homens. O autor alemão, inspirado pela obra de Rousseau, conceituou a liberdade jurídica do ser humano como “a faculdade de obedecer somente às leis às quais deu seu livre consentimento, concepção essa que faz escola no âmbito do pensamento político, filosófico e jurídico” (SARLET, p 40)

Nesse contexto histórico, alguns diplomas legais foram importantes no reconhecimento de direitos fundamentais pelo Estado. Na Inglaterra, a *Magna Charta Libertatum*, pacto firmado em 1215 pelo Rei João Sem-Terra e pelos bispos

e barões ingleses serviu como ponte de referência para alguns direitos e liberdades civis clássicos, tais como o *habeas corpus*, o devido processo legal e a garantia da propriedade. Já durante o reinado de Guilherme D'Orange, entrou em vigor a *Petition of Rights*, de 1628, Carlos I, *Habeas Corpus Act*, de 1679, Carlos II, *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento, um importante limite de ação contra possíveis ações abusivas do Estado. (SARLET, ps. 41 e 42)

Na mesma direção, destaca-se a Declaração da Virgínia de 1776 e a Declaração Francesa de 1789. Tanto a declaração francesa quanto a americana tinham como características comum sua grande inspiração jusnaturalista, reconhecendo ao ser humano direitos naturais, inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis, direitos de todos os homens, e não apenas de uma casta ou estamento. (SARLET, p. 44)

Diante desse contexto, a evolução no campo da positivação dos direitos fundamentais teve como resultado a afirmação do Estado de Direito (ainda que não em seu caráter definitivo), “na sua concepção liberal-burguesa, por sua vez determinante para a concepção clássica dos direitos fundamentais que caracteriza a assim denominada dimensão (geração) desses direitos”. (SARLET, p. 45)

Partindo da premissa que os direitos fundamentais foram evoluindo de acordo com os fatos sócio-históricos, convencionou-se em parte da doutrina que esses primeiros direitos reconhecidos como fundamentais pelos aparatos estatais fossem chamados de direitos de primeira geração. Dessa forma, leciona Ingo Sarlet: “Assim fica subentendida a ideia de que a primeira geração ou dimensão dos direitos fundamentais é justamente aquela que marcou o reconhecimento de seu status constitucional material e formal” (SARLET, p. 37)

Pode-se observar que desde o seu reconhecimento nos primeiros diplomas constitucionais, os direitos fundamentais sofreram diversas mudanças em seu conteúdo, bem como em relação à sua titularidade, eficácia e efetivação. Dessa forma, nesse contexto caracterizado pela real mutação histórica conhecida pelos direitos fundamentais, reconhece-se a existência de três gerações de direitos. Ingo Sarlet esclarece que alguns autores entendem o reconhecimento de mais duas gerações: “havendo, inclusive, quem defenda a existência de uma quarta e até mesmo quinta e sexta gerações”. (SARLET, p. 45)

Porém, o referido autor alerta sobre a cumulatividade e complementariedade dessas gerações, como pode ser observado a seguir:

Com efeito, não há como negar que o reconhecimento progressivo de novos direitos fundamentais tem o caráter de um processo cumulativo, de complementariedade, e não de alternância, de tal sorte que o uso da expressão “gerações” pode ensejar a falsa impressão de substituição gradativa de uma geração por outra, razão pela qual há quem prefira o termo “dimensões” dos direitos fundamentais, posição essa que aqui optamos por perfilhar, na esteira da mais moderna doutrina. (SARLET - p 45)

Nessa linha de pensamento, os direitos fundamentais no momento histórico de seu reconhecimento nas primeiras constituições escritas podem ser considerados como fruto direto (ressalvado certo conteúdo social característico do constitucionalismo francês) do pensamento liberal-burguês do século XVIII. De forte caráter individualista, surgindo e afirmando-se como direitos do indivíduo frente ao Estado, mais especificamente como direitos de defesa, demarcando uma zona de não intervenção do Estado e uma esfera de autonomia individual em face de seu poder. Dessa forma, são considerados como direitos de cunho “negativo”, uma vez que dirigidos a uma abstenção, e não a uma conduta positiva por parte dos poderes públicos, sendo, nesse sentido, “direitos de resistência ou de oposição perante o Estado”. (BONAVIDES)

Assumem particular importância no rol desses direitos, especialmente pela sua notória inspiração jusnaturalista, os direitos a vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade perante a lei”. Como leciona Paulo Bonavides, são os chamados direitos civis e políticos.

Com o aumento das contradições entre a classe trabalhadora e a classe burguesa, aumenta também a tensão social. Movimentos sociais passam a questionar um Estado abstencionista, que não interfere na desigualdade social. Dessa forma, inicia-se a discussão sobre os direitos de segunda dimensão. A Revolução Industrial, no século XIX, foi o grande marco dos direitos de segunda geração. Tal revolução ressaltou a luta do proletariado na defesa dos direitos sociais. Com o início do século XX, tem-se a Primeira Guerra Mundial e, assim, a fixação de direitos sociais. (BONAVIDES, p. 232)

Estes direitos caracterizam-se por concederem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc. Fica evidente, assim, a necessidade de ações positivas por parte do Estado.

Com base na noção de igualdade material, pressupõe que não adianta possuir liberdade sem as condições mínimas para exercê-la. São esses direitos: saúde, educação, previdência social, lazer, segurança pública, moradia, direitos dos trabalhadores. Em que pese o fato de as conquistas desses direitos remeterem ao século XIX, como atesta Ingo Sarlet, somente no século seguinte estes foram consolidados:

[...] É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objetos de diversos pactos internacionais. (SARLET, p. 47 e 48)

Por serem direitos que dependem da ação concreta do Estado e da utilização de recursos estatais para tal realização, os direitos de segunda dimensão, também conhecidos como direitos sociais de natureza prestacionais, serão mais discutidos no decorrer do presente trabalho.

1.2.2 Direitos Fundamentais na Contemporaneidade

A Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 26 de agosto de 1789, segundo a qual “toda sociedade na qual a garantia dos direitos não é assegurada, nem a separação dos poderes determinada não possui Constituição”, em seu artigo 16, lança as bases do chamado núcleo material das constituições escritas contemporâneas, sendo essa noção de limitação jurídica do poder estatal, mediante a garantia de alguns direitos fundamentais e do princípio da separação dos poderes. Os direitos fundamentais integram, assim, a essência do Estado constitucional, fundamentando não apenas parte da Constituição formal, mas, também, sendo elemento nuclear da Constituição material. Nesse sentido, afirma Ingo Sarlet “Assim, acompanhando novamente as palavras de Klaus Stern, podemos afirmar que o Estado constitucional determinado pelos direitos

fundamentais assumiu feições de Estado ideal, cuja concretização passou a ser tarefa permanente". (SARLET, p. 59)

A forte relação dos direitos fundamentais com a ideia específica de democracia é outro aspecto que importante a ser ressaltado. Aqui importante lição nos traz Ingo Sarlet:

Como efeito, verifica-se que os direitos fundamentais podem ser considerados simultaneamente pressuposto, garantia e instrumento do princípio democrático da autodeterminação do povo por intermédio de cada indivíduo, mediante o reconhecimento do direito de igualdade (perante a lei e de oportunidades), de um espaço de liberdade real, bem como por meio da outorga do direito a participação (com liberdade e igualdade), na conformação da comunidade e do processo político, de tal sorte que a positivação e a garantia do efetivo exercício de direitos políticos (no sentido de direitos de participação e conformação do status político) podem ser considerados o fundamento funcional da ordem democrática e nesse sentido, parâmetro de sua legitimidade. (SARLET, p. 62)

Muitos termos são utilizados como sinônimo de direitos fundamentais, porém, nem sempre esta terminologia é utilizada de forma adequada. "Direitos do homem", e "direitos fundamentais", são utilizados como se sinônimos fossem, porém, esta terminologia é tecnicamente equivocada (ALVES, 2013, p. 26). Nesse sentido, Robert Alexy entende como direitos do homem aqueles "ideais universais", a serem alcançados por todos os povos e nações, como diz o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 10.12.1948. (ALEXY, 1999, p 55-60)

O mesmo autor ainda define que "direitos fundamentais são essencialmente direitos do homem transformados em direito positivo". Para ele, seriam os direitos fundamentais os direitos do homem que certo Estado entendeu por bem inserir dentro de seu direito positivo, sendo constitucionalizados. (ALEXY, 1999, p 77)

Nota-se, assim, o caráter positivo de um direito fundamental, sendo que este diferencia-se dos direitos dos homens por ser reconhecido por um determinado ordenamento jurídico. Assim, Cândice Lisboa Alves traça sua abordagem sobre os direitos fundamentais:

A expressão 'direitos fundamentais' encontra abrigo no plano interno de determinado Estado, circunscrevendo-se ao seu território e soberania, de forma que o conteúdo de alguns dos direitos considerados fundamentais para determinado Estado pode não ser para outro Estado. Há aqui uma escolha política pela proteção de valores considerados essenciais para salvaguarda da dignidade da pessoa humana, o que, por sua vez, relaciona-se com a identidade do povo do referido Estado, bem como suas expectativas políticas e ideológicas. (ALVES, 2013, p. 26)

Nesse sentido, cada Estado entende que certos valores são revestidos de essencialidade. Entendem que sem a garantia destes direitos, o ser humano não consegue uma existência digna. Diante desta importância, estes direitos foram revestidos com um status diferenciado. Passam a ser tutelados pelo próprio Direito Constitucional, tendo uma série de garantias contra possíveis ataques e vinculando o Poder Público ao compromisso de efetivação.

Os direitos fundamentais são, para Ferrajoli, normas substanciais sobre a produção de outras normas, uma vez que disciplinam não a forma, mas o significado das normas produzidas, condicionando a validade e a coerência com as expectativas formuladas pelos próprios direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2008, p.80).

Existem direitos de natureza prestacional cuja realização é vital para o próprio Estado e sobrevivência do Regime Democrático. Seja qual for o contexto social, para ser efetivamente cidadão é necessário que o indivíduo possa ter acesso à educação e saúde, sem os quais teria prejudicada sua capacidade de autodeterminação, ou participação ativa na vida pública. (FONTE, 2016)

Assim, pode-se entender que os direitos fundamentais sociais de caráter prestacional são aqueles que visam a realização da igualdade no seu sentido material, de modo a propiciar aos indivíduos uma equalização de oportunidades de acesso aos bens da vida, com a consequente redução das desigualdades sociais.

Nesse entendimento, deve ser ressaltado que o Estado deve garantir condições mínimas para a existência digna do cidadão. Dessa forma, Marcos Maselli Gouvêa denomina como mínimo existencial tais condições, as conceituando como:

[...] um complexo de interesses ligados à preservação da vida, à fruição concreta da liberdade e à dignidade da pessoa humana. Tais direitos assumem, intuitivamente, um status axiológico superior, e isto por serem essenciais à fruição dos direitos de liberdade. Sem direitos sociais mínimos, os direitos de liberdade permanecem um mero esquema formal. (GOUVÊA, 2003, P. 257)

Na obra Políticas Públicas e direitos fundamentais, Felipe Melo Fonte visa atribuir alguns parâmetros ao controle das políticas públicas. No decorrer do livro

conceitua a noção de mínimo existencial e algumas limitações que devem ser atribuídas quando da análise desse conceito. De regra geral, afirma que as políticas públicas estão submetidas ao crivo do controle judiciário. Porém, conforme demonstra adiante, no âmbito de sua divisão de políticas públicas constitucionais essenciais e não essenciais, verificamos que as últimas passam por um controle instrumental, quando as primeiras passam por um juízo de adequação. (FONTE, 2016, p. 208)

Outro fundamento que reconhece o mínimo existencial é de ordem puramente normativa, sendo que a Constituição da República, artigo 1º, III, dispõe sobre a dignidade humana, cujo centro é associado ao de mínimo existencial. Trata-se, segundo o autor, de um princípio imprescindível do Estado brasileiro, atribuindo legitimidade à ordem constitucional. Finda a segunda guerra mundial, dadas as atrocidades cometidas nesse período, inclusive sob o manto da legalidade, a dignidade humana assume importante função, sendo esse princípio até mesmo positivado no nosso texto constitucional, devendo ser tutelado pelos Estados. (FONTE, 2016)

A realização do mínimo existencial, bem como os direitos fundamentais de forma geral estão inseridos num campo considerado contramajoritário, isto é, sua realização independe da vontade da coletividade. Esse conceito é atual e relevante, dado que por muito tempo se referiam à democracia como fruto da maioria, e sabemos o quão preocupante é esse conceito quando se analisa o que a vontade de uma maioria foi capaz de fazer no holocausto alemão. Apenas dialogando com o texto, lembremos, ainda, que a ditadura civil-militar teve participação da coletividade.

1.2.3 Direitos Fundamentais Sociais no ordenamento jurídico implantado pela Constituição Federal de 1988

O caráter fundamental dos direitos sociais pode ser aferido tanto por uma compreensão formal, quanto substancial, como pode ser observado no corpo do texto constitucional.

Formalmente pode-se observar que a localização dos direitos fundamentais sociais se encontra no Título II da Constituição de 1988, denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”. O referido título abrange Capítulo I – “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (art. 5º), Capítulo II – “Dos Direitos Sociais” (art. 6º a 11), Capítulo III – “Da Nacionalidade” art. 12 e 13), Capítulo IV – “Dos Direitos Políticos” (art. 14 a 16) e Capítulo V – “Dos Partidos Políticos” (art. 17).

Observa-se, assim, que todos os direitos compreendidos no Título II da Constituição têm o status de direito fundamental, podendo, por força do §1º do art. 5º da Constituição (“As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”), ter aplicação imediata. Isso porque referida norma refere-se aos direitos fundamentais, mesma nomenclatura utilizada no Título II.

Sobre o aspecto substancial pode se observar que a fundamentalidade dos direitos sociais é abarcada pelo fato de que, sem as mínimas condições de subsistência, os demais direitos não encontram razão de existência, visto que o cidadão não terá meios fáticos de deles gozarem. São direitos que concretizam a busca material da igualdade e liberdade, por meio de ações positivas do Estado que tem por escopo eliminar óbices sócioeconômicos ao efetivo exercício dos direitos individuais. Nesse sentido, ainda ressalta Menezes:

Devem ser preservados, pois foram priorizados pelo constituinte originário como fundamentais à verdadeira concretização dos direitos fundamentais de primeira geração, notadamente a liberdade, igualdade e dignidade da pessoa humana. Por isso, abrangem também os direitos que formalmente não se encontram no Título II da Constituição, mas que apresentam tais características, o que é confirmado pela não-taxatividade prevista no art. 5º, §2º da CF. (MENEZES, 2011, p. 5)

Gilmar Mendes realça que as prestações “tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*fakitsche positive Handlungen*) quanto a prestações normativas de índole positiva (*normative Handlungen*)”. (MENDES, 2006, p. 02-03)

O direito à saúde está inserido na Constituição Federal de 1988 no título destinado à ordem social, tendo como objetivo alcançar o bem-estar e a justiça social (SARAIVA, 1983, p. 23). Nesse sentido, a chamada Constituição Cidadã, em seu art. 6º, estabelece como direitos sociais fundamentais a educação, a saúde, o

trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância.

O art. 196, da Constituição determina que “a saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”. (BRASIL, 1988).

A consagração do direito à saúde, como direito fundamental social, foi uma das maiores inovações da atual Carta Magna. Esta mudança foi diretamente influenciada pelo constitucionalismo que tomou força após a Segunda Guerra Mundial. (SARLET, 2008, p. 125 - 172)

O direito à saúde, como direito social, foi alçado pelo constituinte como de relevante importância. Recebeu um capítulo exclusivo, em uma demonstração de relevo deste bem jurídico e de necessidade de proteção. Nesse viés, o direito à saúde, por estar intimamente conectado ao direito à vida, reflete diretamente a proteção constitucional à dignidade da pessoa humana. (MOURA, 2013)

De acordo com Cândice Lisboa Alves, o direito à saúde já gozava do status de direito humano expresso em Tratados Internacionais (Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, Pactos de Direitos Econômicos Sociais e Políticos, de 1966). Porém, passou a ser classificado como direito fundamental em decorrência da leitura do art. 6º da Constituição de 1988, bem como do art. 5º, caput “quando asseveram o direito à vida, pois não há como proteger a vida humana sem a garantia dos serviços de saúde” (ALVES, 2013, p.131)

A obrigação do Estado de oferecer saúde à população é uma das inovações da chamada Constituição Cidadã. A elevação do direito à saúde à status de direito fundamental foi uma mudança introduzida pelo ordenamento constitucional vigente, diferentemente do sistema anterior, atendendo às reivindicações do Movimento de Reforma Sanitária, que muito influenciaram o constituinte originário. A explicitação constitucional do direito fundamental à saúde, assim como a criação do Sistema Único de Saúde (SUS) decorrem, assim, da evolução dos sistemas de proteção antes instituídos em nível ordinário (do Sistema Nacional de Saúde, criado pela Lei

6.229/75 e, já em 1987, do Sistema Unificado e Descentralizado de Saúde - SUDS). (SARLET, 2008)

O regime jurídico-constitucional do direito à saúde tem como suas principais características, a institucionalização de um sistema único, caracterizado pela descentralização e regionalização das ações e dos serviços de saúde; a garantia de universalidade das ações e dos serviços de saúde, expandindo o acesso, até então, assegurado apenas aos trabalhadores com vínculo formal e respectivos beneficiários; a explicitação da relevância pública das ações e dos serviços de saúde; a conformação do conceito constitucional de saúde à concepção internacional estabelecida pela Organização Mundial da Saúde (OMS, 1946), sendo a saúde compreendida como o “estado de completo bem-estar físico, mental e social”; a expansão do âmbito de proteção constitucional outorgado ao direito à saúde, transcendendo a noção meramente curativa, para abarcar os aspectos protetivo e promocional da tutela da vida.(SARLET, 2012)

Além de ser um direito fundamental, a tutela de implementação da saúde efetiva-se também como dever fundamental, conforme positiva o texto do art. 196 da CF/88: "a saúde é direito de todos e dever do Estado [...]". Revela-se, assim, como um típico direito-dever, em que os deveres conexos ou correlatos têm origem, e são assim reconhecidos, a partir da conformação constitucional do próprio direito fundamental. Diante de tais premissas, pode-se verificar que os deveres fundamentais vinculados ao direito à saúde, podem impor obrigações ao Poder Público, como na necessidade de políticas públicas de implementação do Sistema Único de Saúde, de índices mínimos de aplicação dos recursos financeiros em saúde e do dever geral de respeito à saúde, ou obrigações indiretas, sempre que dependentes da superveniência de legislação infraconstitucional reguladora, tendo por exemplo mais claro, a obediência às normas em matéria sanitária. (SARLET, 1999)

Este financiamento público tem como finalidade atender integralmente e universalmente o Sistema, não apenas de maneira superficial e paliativa. Por esta razão, o artigo 198 da Constituição determina de modo literal sobre as fontes de custeio do Sistema, remetendo, originalmente a lei complementar a previsão de

investimento mínimo anual a cargo de todos os entes da Federação. Como o direito à saúde reclama prestações positivas e, diante das diversas omissões governamentais quanto ao cumprimento do seu arranjo constitucional protetivo, o Constituinte Derivado, por meio da Emenda Constitucional 29 de 2000, pretendeu mitigar a vulnerabilidade fiscal das ações e serviços públicos de saúde, com o dever de gasto mínimo em moldes análogos ao piso da educação. Esse preceito foi posteriormente regulamentado pela Lei Complementar 141, de 13 de janeiro de 2012, a qual fixou os valores que a União deveria aplicar ao SUS. (BRASIL. STF, 2016).

Assim, a Lei Complementar 141, impedia retrocessos no montante anual de recursos investidos no SUS. Partindo da premissa de que os serviços de saúde são essenciais, mesmo em cenário econômico de dificuldade, deve-se conservar o montante de gastos de recursos mínimos pela União relativo ao exercício do ano anterior. (BRASIL. STF, 2016)

Mediante tais premissas, os valores estabelecidos pela Constituição, desde seu nascimento, até a emenda 20 é de progressividade em prol do direito à saúde e da sua garantia de financiamento suficiente em face dos preceitos constitucionais de atendimento universal, igualitário e integral no âmbito do SUS, bem como em face da garantia de irredutibilidade no volume de benefícios da seguridade de que trata o art. 194, parágrafo único, IV, também da Constituição.

Nesse sentido, a Constituição de 1988 estruturou garantias instrumentais de organização e procedimento para fins de proteção do direito fundamental à saúde em forma de “imperativos de tutela”. Isso porque o direito de acesso universal e igualitário às ações e serviços de promoção, proteção e recuperação da saúde a que se refere o art. 196 é realizado por meio de políticas sociais e econômicas que foram definidas estruturalmente no art. 198, na forma do Sistema Único de Saúde e do seu financiamento adequado.

Diante de um Estado que tem como um dos objetivos o fomento à saúde, importes observações faz Ana Paula de Barcellos:

Se o Estado tem o dever de oferecer determinada prestação em matéria de saúde por força do próprio texto constitucional – isto é: se se trata de uma

prioridade definida pela Constituição sob a forma de um consenso mínimo oponível a todos os grupos políticos –, parece lógico concluir que o Poder Público está obrigado a tomar decisões orçamentárias coerentes com esse dever. Veja-se: se o Estado está obrigado, pela Constituição, a oferecer serviços que custam dinheiro, concluir que o mesmo Estado estaria absolutamente livre para investir os recursos disponíveis como lhe pareça melhor – inclusive livre para não investir nos serviços referidos – parece um contra-senso.

Nesse cenário, se há carência de postos de saúde, Executivo e Legislativo estão obrigados, no âmbito do orçamento, a destinar os recursos necessários à prestação de tais serviços. A não alocação de verbas nesses termos descreeverá uma deliberação incompatível com a Constituição e, por isso mesmo, inválida. E se se trata de um dever jurídico – isto é: o dever de alocar os recursos necessários para a prestação de serviços exigidos constitucionalmente –, sua inobservância deve poder ser objeto de controle jurisdicional. (BARCELLOS, 2010, p 816)

Especial atenção também foi dada ao direito social à educação na Constituição vigente. Por entender que é um valor de desenvolvimento ao cidadão, indutor de emancipação e desenvolvimento humano, o direito à educação foi um dos assegurados pelo Constituinte Originário.

As principais diretrizes que regulamentam o direito à educação estão contidas artigo 206 da CF/88. Tais diretrizes devem ser observadas por todas as esferas governamentais para que, no exercício de suas atribuições, atinjam os objetivos nele propostos. São estes os princípios dispostos na norma citada:

- a) Igualdade de condições para o acesso e permanência na escola;
- b) Liberdade de aprender, ensinar, pesquisar e divulgar o pensamento, a arte e o saber;
- c) pluralismo de ideias e concepções pedagógicas e coexistência de instituições públicas e privadas de ensino;
- d) Gratuidade do ensino pública em estabelecimentos oficiais;
- e) Valorização dos profissionais da educação escolar, garantidos na forma da lei, planos de carreira, com ingresso exclusivamente por concurso público de provas e títulos aos das redes públicas;
- f) Gestão democrática do ensino público na forma da lei;
- g) Garantia do padrão de qualidade. (BRASIL, 2019)

Importante observar que a educação passa a ser não apenas um direito do cidadão, mas um dever do Estado. Os artigos 6º e 205 da CF/88 asseguram o direito fundamental e social à educação para todos, demonstrando, assim, o dever de ministrá-la ao poder público de maneira concorrente com a sociedade por meio da família. Para efetivar o cumprimento desse dever, o artigo 212, caput e § 1º determina a cada um dos Entes da Federação que, anualmente em seu orçamento, realize despesas provenientes de suas próprias receitas por meio de investimentos

mínimos na manutenção e desenvolvimento do ensino (União 18%, Estados e Municípios 25%), além do estabelecimento de regras sobre deduções relativas as transferências de mesma natureza entre os Entes Federativos. (BRASIL, 2019)

No início da atual vigência deste ordenamento constitucional, o valor social relacionado aos serviços de educação começaram a ser consolidados pela aplicação de recursos em sua estrutura basilar, por meio da norma contida no artigo 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias - ADCT (BRASIL, 2019), que tornou obrigatória a aplicação de metade dos recursos previstos no artigo 212 para erradicação do analfabetismo e na universalização do ensino fundamental nos dez anos após a promulgação da Constituição atual. Porém, tendo em vista seu valor fundamental, antes do esgotamento deste prazo, o índice foi aumentado, sendo determinada a universalização dos investimentos, não somente para a manutenção do desenvolvimento do ensino fundamental, além de elevar a remuneração do magistério. (LIBERATI, 2004, p. 87)

Posteriormente, através da Lei nº 9.424/1996 foi regulamentado o FUNDEF, atualmente FUNDEB - Fundo de Manutenção e Desenvolvimento da Educação Básica e de Valorização dos Profissionais da Educação. Esta lei descrevia a organização financeira do fundo e distributiva de recursos, assim como a preocupação com a fiscalização e controle destes investimentos como se depreende do artigo 11: “Os órgãos responsáveis pelos sistemas de ensino, assim como os Tribunais de Contas da União dos Estados e Municípios, criarão mecanismos adequados à fiscalização do cumprimento pleno, do disposto no art. 212 da CF/88 e desta Lei, sujeitando-se os Estados e o Distrito Federal à intervenção da União e os Municípios à intervenção dos respectivos Estados, nos termos do art. 34, VII, alínea e, e do art. 35, inciso III, da CF/88. (BRASIL, 1996)”

Em seguida, o FUNDEB, passou a possuir vinculação sistêmica de recursos, além de ter consolidado a aplicação de percentual mínimo para sua manutenção e desenvolvimento, passando a ser responsabilidade de todos os entes da federação a implantação, gestão e manutenção dos seus respectivos sistemas. À União, cabe o encargo por transferências supletivas de recursos para o financiamento dos sistemas estaduais e municipais; e aos Estados, a incumbência complementar de

realizar a transferência para o financiamento das redes municipais. (CONCEIÇÃO, 2016, p. 37)

Nesse sentido, observa-se um arranjo institucional através de dispositivos legais com o intuito de desenvolver a educação nacional. Estas normatizações legais criaram e direcionaram os recursos estabelecidos avançando neste sentido. A Emenda Constitucional 53 de 2006 e a Lei nº 11.494 de 2007, por exemplo, determinaram a distribuição de recursos entre os Estados Membros, proporcional a quantidade de alunos nas respectivas redes de ensino. (MENDES; COELHO; BRANCO, p 245)

Importante ressaltar o papel da Emenda Constitucional 59 de 2009. Esta emenda fortaleceu o direito à educação como próprio da democracia e oferece ao federalismo cooperativo o Plano Nacional de Educação (PNE) Lei nº 13.005/2014, como articulador do Sistema Nacional de Educação (SNE) previsto no art. 211 da Constituição.

Art. 211. A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios organizarão em regime de colaboração seus sistemas de ensino. § 1º A União organizará o sistema federal de ensino e o dos Territórios, financiará as instituições de ensino públicas federais e exercerá, em matéria educacional, função redistributiva e supletiva, de forma a garantir equalização de oportunidades educacionais e padrão mínimo de qualidade do ensino mediante assistência técnica e financeira aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios. (BRASIL, 2019)

Este dispositivo apontou para uma ampliação da educação como dever do Estado buscando diminuir as diferenças educacionais existentes no país, de forma a equalizar oportunidades para a sociedade, mitigar desigualdades sociais e regionais e, ao mesmo tempo, garantir padrão de qualidade.

Nesse sentido, pode-se observar que desde a vigência da Constituição de 1988, avanços consideráveis foram obtidos na consolidação do direito à educação. Aumento do financiamento, aumento da oferta ao público, legislações favoráveis à educação. Porém, a Emenda Constitucional 95, como será discutido posteriormente, vai em direção contrária.

Nesse sentido, entende Élide Graziane Pinto, em artigo publicado no sítio eletrônico Conjur, que o Novo Regime Fiscal é contraditório aos compromissos

assumidos com a Constituição de 1988 com a própria Declaração Universal dos Direitos Humanos e com a proteção da Dignidade da Pessoa Humana.

No Brasil, a DUDH (Declaração Universal dos Direitos Humanos) — direta ou indiretamente — está entranhada na alma da Constituição de 1988. Aqui, a dignidade da pessoa humana foi erigida como pilar da nossa República e os preceitos septuagenários da DUDH foram, em essência, fixados como direitos fundamentais lidos não só no artigo 5º, mas corajosamente no artigo 6º e em diversas outras passagens da nossa trintenária Constituição Cidadã. Não obstante tal retrospecto formalmente positivo nos 70 anos da DUDH e nos 30 anos da Constituição brasileira, o horizonte prospectivo para os próximos anos (quijá décadas, haja vista a Emenda 95/2016) é o de negação fática da promessa feita em tais documentos normativos de “progresso social”, dada a ausência de garantia normativa real de “medidas progressivas” para concretizar tais direitos inalienáveis no território nacional. (PINTO, 2018)

Diante desta breve análise dos direitos fundamentais, passemos a analisar a Emenda Constitucional 95, no tocante à forma como ela se relaciona com os direitos fundamentais.

2 A EMENDA CONSTITUCIONAL 95 DE 2016

A EC/95 altera os atos das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT), instituindo o denominado “Novo Regime Fiscal” (NRF), e dá outras providências. O “Novo Regime Fiscal” é instituído pelo acréscimo dos arts. 101 a 109 ao ADCT pelo art. 1º da PEC. Esse NRF é complementado com a revogação do art. 2º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015, promovida pelo art. 2º da EC/95.

O art. 101 estabelece que ele vigorará por vinte exercícios financeiros. O segundo aspecto a ser considerado é que sua abrangência se limita ao âmbito da União. O art. 102 estabelece, para cada exercício financeiro, limites individualizados para as despesas primárias – que são as despesas que excluem o pagamento de juros – dos seguintes Poderes e órgãos: do Poder Executivo (inciso I); do Supremo Tribunal Federal; do Superior Tribunal de Justiça; do Conselho Nacional de Justiça; da Justiça do Trabalho; da Justiça Federal; da Justiça Militar da União; da Justiça Eleitoral; e da Justiça do Distrito Federal e Territórios, no âmbito do Poder Judiciário (inciso II); do Senado Federal; da Câmara dos Deputados; e do Tribunal de Contas da União (TCU), no âmbito do Poder Legislativo (inciso III); do Ministério Público da União e do Conselho Nacional do Ministério Público (inciso IV); e da Defensoria Pública da União (inciso V). (STF, 2016)

O inciso I do § 1º do art. 102 determina que o limite das despesas primárias equivalerá, para o exercício de 2017, à despesa primária paga no exercício do ano anterior, corrigida em 7,2% (sete inteiros e dois décimos por cento). Esse índice de correção é equivalente à taxa de inflação presente em 2016. Para os outros exercícios financeiros, consoante determina o inciso II do § 1º, o limite das despesas primárias equivalerá ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo – IPCA, publicado pelo IBGE, ou de outro índice que vier a substituí-lo, para o período de doze meses encerrado em junho do exercício anterior a que se refere a lei orçamentária. (STF, 2016)

A alteração constitucional ainda impede qualquer possibilidade de abertura de crédito suplementar que amplie o total autorizado de despesa primária atingido pelos limites estabelecidos. Estão excluídos da base de cálculo do limite do “Novo Regime Fiscal” as transferências constitucionais referentes:

- a. aos Royalties de exploração do petróleo, de recursos hídricos para a geração de energia elétrica e de outros minerais devidos aos Estados, Distrito Federal e órgão da administração direta da União (art. 20, § 1º, CF),
- b. à distribuição de recursos que cabem aos entes federativos em face do recolhimento pela União de impostos e contribuições a microempresas e empresas de pequeno porte (art. 146, III, CF),
- c. à transferência da parte que cabe aos Estados, Distrito Federal e Municípios dos recursos arrecadados com a tributação do ouro como ativo financeiro ou instrumento cambial (art. 153, §5º, CF),
- d. à participação dos Estados e do Distrito Federal na arrecadação de recursos de impostos de competência da União (art. 157, CF);
- e. à participação dos Municípios na arrecadação de recursos de impostos da competência da União (art. 158, I e II, CF);
- f. aos recursos da União distribuídos ao Fundo de Participação dos Estados e do Distrito Federal e Fundo de Participação dos Municípios (art. 159, CF)
- g. às cotas estaduais e municipais da arrecadação da contribuição social do salário-educação (art. 212, § 6º, CF)
- h. às despesas referentes ao Fundo Constitucional do Distrito Federal (art. 21, XIV, CF),
- i. e as complementações pela União dos valores mínimos por aluno no âmbito do FUNDEB (art. 60, V e VII, ADCT). (STF, 2016)

Além disso, também ficaram excluídos dos limites do “NRF” os créditos extraordinários a que se refere o § 3º do art. 167 da Constituição Federal. Da mesma forma que as despesas não recorrentes da Justiça Eleitoral com a realização de eleições (art. 107, §6º, III, ADCT) e as despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes (art. 107, §6º, IV, ADCT).

Do decorrer dos três primeiros exercícios de vigência do Novo Regime Fiscal, o Executivo terá a possibilidade de compensar o excesso de despesas primárias do Poder Judiciário Federal, do Congresso Nacional, do Ministério Público e da Defensoria da União em relação aos limites fixados. Esta compensação se dará com a redução equivalente na sua própria despesa primária, não excedendo 0,25% do seu próprio limite (Art. 107, §7º e §8º).

No art. 108 do ADCT é criada a possibilidade de que em uma única vez (parágrafo único), neste período de vigência da emenda, o Presidente da República possa propor Lei Complementar que altere o método de correção dos limites de

despesa. Essa alteração só poderá ser proposta depois do décimo ano de vigência do NRF.

Caso haja descumprimento do limite individualizado, o Poder ou órgão responsável deverá proceder à readequação das despesas de acordo com o disposto no art. 107, § 1º, do ADCT, restando submetido a sanções, enquanto não realize a readequação.

Entre as sanções previstas na emenda está a proibição de “concessão, a qualquer título, de vantagem, aumento, reajuste ou adequação de remuneração de membros de Poder ou de órgão, de servidores e empregados públicos e militares, exceto dos derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal decorrente de atos anteriores à entrada em vigor desta Emenda Constitucional (art. 109, I); da “criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa”, (art. 109, II); de qualquer “alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa”, (Art. 109, III); da “realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas no inciso IV” (Art. 109, V).

Essas penalidades, conseqüentemente, não se dirigem apenas aos “gestores” e agentes políticos, mas atingem frontalmente a população que depende de alguns serviços públicos e de beneficiários de políticas, sobretudo os mais vulneráveis socialmente.

Dessa forma, observa-se que o Novo Regime Fiscal estabelecido pela EC 95 não leva em consideração variações econômicas e nem demográficas. Os índices de investimentos com gastos primários sempre serão os mesmos, independentemente de quaisquer variáveis. A mudança no texto constitucional, na prática, remove a proteção da dignidade da pessoa humana e coloca no centro os interesses dos credores do Estado brasileiro. Nesse sentido, observa Cynara Mariano:

Além da suspensão do projeto constituinte de 1988, o novo regime fiscal revela uma clara opção por uma antidemocracia econômica, inviabilizando a expansão e até mesmo a própria manutenção de políticas públicas para reservar dinheiro público e garantir o pagamento das obrigações assumidas pelo governo federal brasileiro perante os credores da dívida pública. Essa lógica pode ser observada pelo § 6.º desse mesmo artigo 102 do ADCT, que

estabeleceu ficarem excluídos do teto: I – as transferências constitucionais relativas à: a) participação dos Estados e Municípios no produto da exploração de petróleo e gás natural; b) repartição das receitas tributárias; c) cotas estaduais e municipais da contribuição social do salário-educação; d) as despesas relativas aos serviços da polícia civil, polícia militar, bombeiros e demais serviços públicos do Distrito Federal; e) e a complementação das cotas do salário-educação do DF e Estados caso o número de alunos não atinja o limite necessário; II – os créditos extraordinários abertos para atender a para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública; III – despesas com a realização de eleições pela justiça eleitoral; IV – outras transferências obrigatórias derivadas de lei que sejam apuradas em função de receitas vinculadas; e V – despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes. (MARIANO, 2017, p. 259)

Depreende-se, então, da análise desse dispositivo que inexiste qualquer margem para discussão e fixação de novos limites máximos para as despesas desses órgãos, incluindo as despesas com pagamento de remunerações e aposentadorias e pensões de seus servidores, no âmbito das leis de diretrizes orçamentárias anuais, eis que os limites máximos para as despesas primárias serão necessariamente os fixados nos incisos I e II do § 1º do art. 102, acrescido ao ADCT pelo art. 1º da PEC nº 55, de 2016.

Importante, também, ressaltar que tal modelo tão austero, com previsão constitucional não foi aplicado em nenhum lugar do mundo. A União Europeia, ao contrário do que afirma os defensores do Novo Regime Fiscal, utiliza metas fiscais estruturais ajustadas ao ciclo econômico e cláusulas de escape, que possibilitam que, em casos de grave crise econômica, as restrições fiscais sejam flexibilizadas temporariamente (FÓRUM 21, *et al.*, 2016, p. 47).

2.1 - Possíveis Efeitos Do Regime Fiscal Instaurado Pela Emenda Constitucional 95 De 2016 Em Relação Aos Direitos Fundamentais Sociais.

O Brasil teve grandes avanços no combate à pobreza e diminuição da desigualdade social na última década. Grande parte desse avanço se deu pelo forte investimento público em saúde, educação e proteção social. Porém, em estudo realizado pelo Instituto de Estudos Socioeconômicos – INESC, entende-se que a EC 95 representa uma grande ameaça aos avanços sociais e à proteção aos Direitos Humanos. O estudo chega à conclusão que ao constitucionalizar a austeridade

inviabiliza governos eleitos de terem investimento necessário para a proteção dos Direitos Humanos. “Esses investimentos são necessários para atender a população em processo de envelhecimento e às necessidades crescentes de financiamento”. (INESC, 2017, p.8)

O mesmo estudo traz, ainda, em seu bojo, comentários feitos pelo Relatório Especial das Nações Unidas sobre a Extrema Pobreza e Direitos Humanos sobre a o projeto de emenda constitucional que gerou a supracitada emenda constitucional:

[...] uma medida radical, desprovida de nuance e compaixão, argumentando que a emenda “tem todas as características de uma medida deliberadamente regressiva” (Alston, 2017). Esse anúncio reforçou declaração anterior da Comissão Interamericana de Direitos Humanos de que o redirecionamento do governo para severas medidas de austeridade viola suas obrigações legais (IACHR, 2016). (INESC, 2017)

Uma das grandes mudanças que terá muito impacto nas políticas públicas é a desvinculação de gastos mínimos em saúde. Com uma rede pública de saúde já sobrecarregada, o Poder Executivo não terá mais que investir um mínimo em saúde. Nesse sentido, entende Cynara Monteiro que tal mudança não é compatível com o modelo de Constituição prevista pelo poder constitucional originário: “Não deveria ser preciso dizer que isso é inconstitucional, pois atenta contra a lógica principiológica da vedação ao retrocesso social, consubstanciada no plano do direito positivo, no rol das cláusulas pétreas constitucionais do § 4.º do art. 60.” (MARIANO, 2017)

Nesse sentido, deve ser ressaltado que os investimentos em saúde nunca atingiram níveis elevados, comparado a países de primeiro mundo que atingiram grau de excelência na saúde pública. Em artigo publicado pelos autores Lenir Santos e Francisco Funcia, os mesmos afirmam:

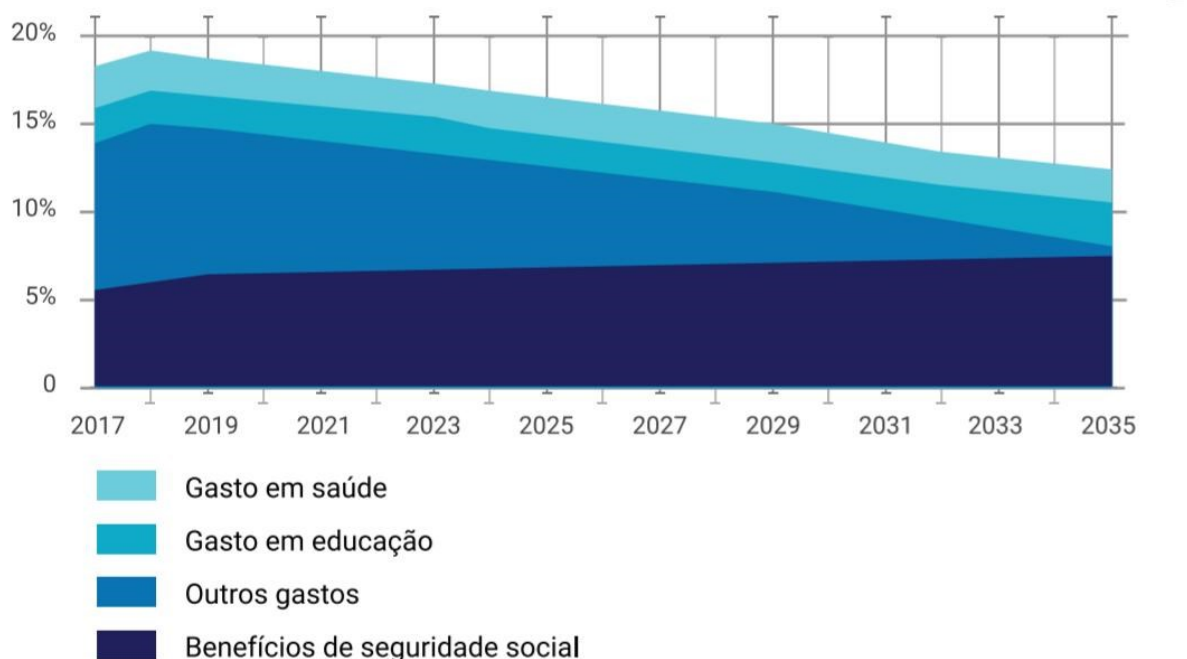
A realidade é que a saúde brasileira é subfinanciada. Gasta-se R\$ 3,60 per capita/dia com a saúde do cidadão nas três esferas de governo, que envolve desde a vigilância sanitária de produtos, alimentos, estabelecimentos, cargas perigosas, registro de medicamentos, alvarás de funcionamento de estabelecimentos comerciais (atividade protetiva e regulatória) a um transplante renal (atividade assistencial-prestacional).

Esse valor implica um gasto público consolidado (União, estados e municípios) em saúde de 4% do PIB (em 2017), quase a metade do gasto do Reino Unido (7,9% em 2015, segundo a Organização Mundial de Saúde). Considerando que o gasto consolidado em saúde pública no Brasil foi de R\$ 265 bilhões em 2017, essa diferença, em termos internacionais, corresponde a uma insuficiência superior a R\$ 210 bilhões/ano, sendo que

essa defasagem aumentará ainda mais pelos efeitos negativos da nova regra “congelada” do piso federal do SUS, que deve também ser analisada em conjunto com o teto geral para a disponibilidade financeira das despesas primárias (afinal, não basta empenhar a despesa para que as necessidades de saúde da população sejam atendidas, é preciso liquidar as despesas — fase da despesa pública que atesta que os bens e serviços comprados foram entregues e prestados nos termos contratados — para depois pagar). (SANTOS; FUNCIA, 2019).

Se antes da emenda, como observado, o financiamento em direitos sociais não atingia índices ideais, com o NRF a situação fica ainda mais drástica. A título de comparação, pode-se observar que se este regime fiscal tivesse sido imposto a partir de 2003, o investimento em saúde para o exercício fiscal de 2015 teria sido reduzido para 43% (R\$ 55 bilhões em vez de R\$ 100 bilhões). De acordo com o Instituto de Estudos Socioeconômicos, ao longo das duas próximas décadas, estima-se que o teto instaurado resultará em perdas efetivas em saúde e educação. Na figura abaixo, pode-se ter uma noção do impacto que a emenda poderá trazer a essas duas áreas do Estado brasileiro. (INESC, 2017, p.8)

Fig 11. Gasto social estimado como porcentagem do PIB com a EC 95, 2017-2036.



Fonte: Forum 21 et al, 2016, apud Rossi & Dweck, 2016

Um dos maiores impactos sociais consiste, sobretudo, na vedação da adoção de qualquer medida que “implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referido no inciso IV do caput do art. 7º da Constituição Federal” (Art. 109, VIII). Este dispositivo, na prática, implica que o NRF terá impacto direto sobre a viabilidade de aumento do salário mínimo, um dos mecanismos mais relevantes de distribuição de renda do país. De forma que, mesmo que haja ganho de produtividade do trabalho, a sociedade não poderá ser beneficiada, pois que a o NRF impede que esse ganho seja repassado na forma de um aumento da renda do salário.

Os impactos no investimento estatal já se fazem sentidos. Em 2017, as parcelas das dotações orçamentárias com saúde e educação do orçamento federal caíram, respectivamente, 17% e 19% (INEC, 2017b).

Em estudo liderado pelo Instituto de Saúde Coletiva da Universidade Federal da Bahia (ISC/UFBA), em colaboração com pesquisadores da Universidade de Stanford e do Imperial College de Londres, publicado nesta sexta-feira (26) na BMC Medicine, uma das principais revistas médicas do mundo, chegou-se à conclusão que medidas de austeridade fiscal, como a Emenda Constitucional 95/2016, que congelou os gastos com a saúde por 20 anos, assim como o recuo do Programa Mais Médicos, devem impactar diretamente os índices de mortalidade do Brasil pelos próximos anos. (<https://jornalggn.com.br/saude/austeridade-fiscal-na-saude-deve-gerar-50-mil-mortes-no-brasil-ate-2030/>)

O estudo citado, analisou dados de 5.507 municípios brasileiros em uma projeção de 2017 até 2030, data definida pela Assembleia Geral das Nações Unidas para o cumprimento dos “Objetivos Globais para o Desenvolvimento Sustentável” em 193 países, incluindo o Brasil.

Em que pese a retórica política dos defensores da Emenda Constitucional afirme o contrário, fato é que o Novo Regime Fiscal rompe com um dos pactos mais importantes do processo constituinte de 1988, originado ainda com a chamada “Emenda João Calmon” (EC nº 24, de 1983), proposta na vigência da Constituição de 1967, que estabeleceu limites mínimos para o investimento em educação.

Nesse sentido, o art. 212 da Constituição Federal, que determina a obrigatoriedade da União em aplicar um mínimo de 18% da receita proveniente de impostos na educação, foi incorporado ao texto constitucional de 1988 por unanimidade na comissão de sistematização da Assembleia Nacional Constituinte. Tal medida demonstra a existência de forte consenso formado ao longo de anos de desenvolvimento institucional brasileiro acerca da importância dos investimentos em educação para o desenvolvimento. (Anais da constituinte, 1987, p. 368)

Deve ser ressaltado, que diferente de países da Europa Ocidental que desde o pós-guerra universalizou a educação pública e acabou com o analfabetismo, o Brasil, como dito por Lênio Streck, é um país de modernidade tardia. A Constituição de 1988 teve como intuito justamente erradicar mazelas sociais ainda presente. Porém, o Brasil ainda hoje sofre com o drama do analfabetismo, da baixa escolaridade. O art. 212 da CF vinha justamente tentando consolidar a universalização da educação e a erradicação do analfabetismo, vinculado o Estado ao investimento em patamares mínimos em educação.

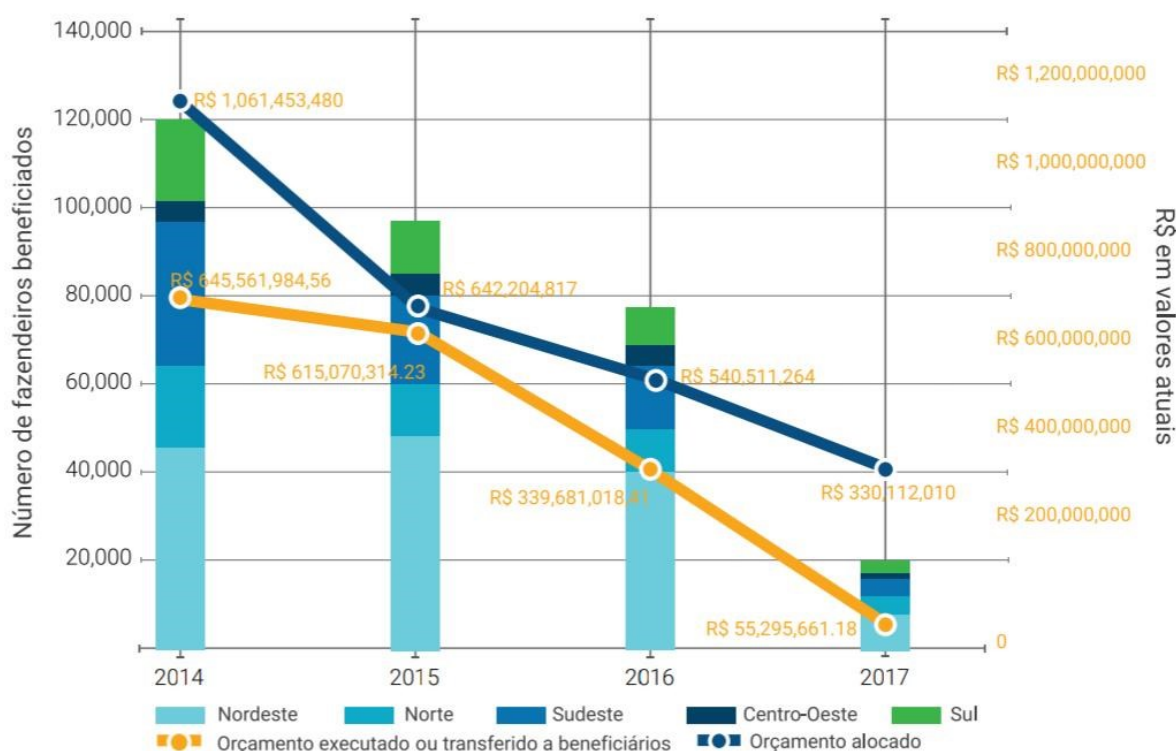
Tentando utilizar do mesmo método, este mecanismo foi posteriormente replicado no art. 198, §2º, CF, para a garantia do custeio do Sistema Único de Saúde, graças às Emendas Constitucionais nº 29 de 2000 e 86 de 2015. Tais emendas obrigavam a União a aplicar 15% da sua receita corrente líquida anual em ações e serviços públicos de saúde. Estas mudanças se deram seguidas de forte debate público sobre a importância da educação e da saúde para o país e da exclusão de amplas parcelas da população do acesso à educação pública.

Por outro lado, contrariando os anseios sociais, de acordo com o NRF, a partir de 2018, ambos os dispositivos têm sua vigência suspensa por força do novo art. 110 e incisos do ADCT. E os gastos com educação e saúde também terão como limites mínimos os valores do exercício exatamente anterior, corrigidos de acordo com o IPCA, nos termos do inciso II do §1º do art. 106 do ADCT.

Em relação ao combate à fome e à desnutrição, a situação também não é diferente. O governo brasileiro diminuiu o financiamento dos programas de segurança alimentar. O Programa de Aquisição de Alimentos (PAA), que agrupa agricultores familiares a famílias e crianças em situação de insegurança alimentar, é um exemplo preocupante desse risco à segurança alimentar. Após uma década de

financiamentos ascendentes, políticas públicas sociais direcionadas aos brasileiros de menor renda, o referido programa enfrenta cortes orçamentários severos oriundos dessa política de austeridade fiscal instaurada pelo regime da emenda constitucional 95. O orçamento autorizado ao Ministério do Desenvolvimento Social e à Secretaria de Desenvolvimento Agrário em 2017 foi de 31% em relação ao autorizado em 2014. Dessa forma, muitos microprodutores rurais em condições de vulnerabilidade social foram privados do referido benefício. Abaixo, o gráfico elaborado pelo INESC ilustra a situação descrita. (INESC, 2017, p.8).

Fig 12. Número de agricultores familiares beneficiados por região e orçamento alocado e executado pelo Programa de Aquisição de Alimentos (PAA).



*Orçamento executado e beneficiários em 2017 é uma projeção anual baseada na tendência de gasto até junho de 2017.

Fonte: SIGA Brasil e PAA

Situação de grande retrocesso também se encontra o Sistema Único de Saúde. A nota técnica 28, emitida pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), intitulada *Os Impactos do Novo Regime Fiscal Para o Financiamento do*

Sistema Único de Saúde Para a Efetivação do Direito à Saúde no Brasil, alerta sobre os resultados desastrosos que o novo regime fiscal pode trazer ao país.

Como é relatado no referido trabalho, o financiamento do SUS tem sido pauta habitual em discussões acadêmicas, no meio dos movimentos sociais e nas instâncias gestoras do sistema desde a vigência da Constituição Federal de 1988. Os mesmos debates chegam à conclusão de que o financiamento sempre foi insuficiente para atender às necessidades de saúde da população brasileira. Ainda mais levando em conta os princípios de universalidade, integralidade no acesso a bens e serviços inscritos no referido Diploma Constitucional. (IPEA, 2016, p. 4)

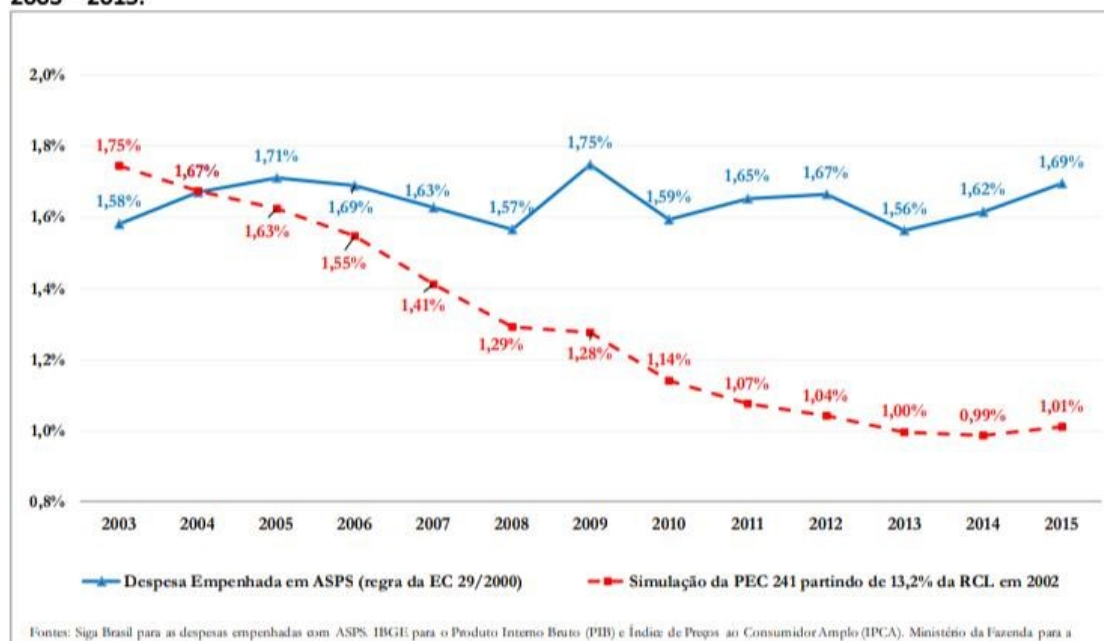
Nesse sentido, o referido estudo traz importantes dados:

O problema do financiamento insuficiente do SUS tem sido exaustivamente abordado nos últimos anos, revelando que, mesmo com a vinculação de recursos introduzida pela Emenda Constitucional nº 29, de 2000, a questão não foi equacionada. Desde aquele ano, houve aumento do gasto com saúde em todas as esferas de governo, mas com maior esforço dos municípios e estados, particularmente dos primeiros (Piola et al, 2013). A partir de 2016, passou a vigorar a EC 86, que estabelece a vinculação da despesa federal com ASPS em relação à RCL, partindo de 13,2% em 2016 até alcançar 15,0% em 2020, conforme já explicado na seção anterior (IPEA, p. 8).

Antes da entrada do novo Regime Fiscal, a regra vigente de aplicação de recursos em Ações e Serviços Públicos de Saúde pelo governo federal estabelecia que em 2016 a aplicação mínima foi de 13,2% da Receita Corrente Líquida (RCL), chegando até 15,0% da RCL em 2020. Partindo do pressuposto que esta regra estivesse valendo desde o exercício fiscal de 2003, sendo aplicado o valor equivalente a 13,2% da RCL de 2002 para calcular o mínimo daquele ano, a perda entre 2003 e 2015 teria sido de R\$ 257 bilhões em comparação com a aplicação realizada no período, cuja regra era dada pela EC 29, como pode ser observado no gráfico abaixo:

GRÁFICO 1

Simulação do impacto da PEC 241 sobre o Gasto Federal do SUS caso vigorasse desde 2003 (em % do PIB), 2003 – 2015.

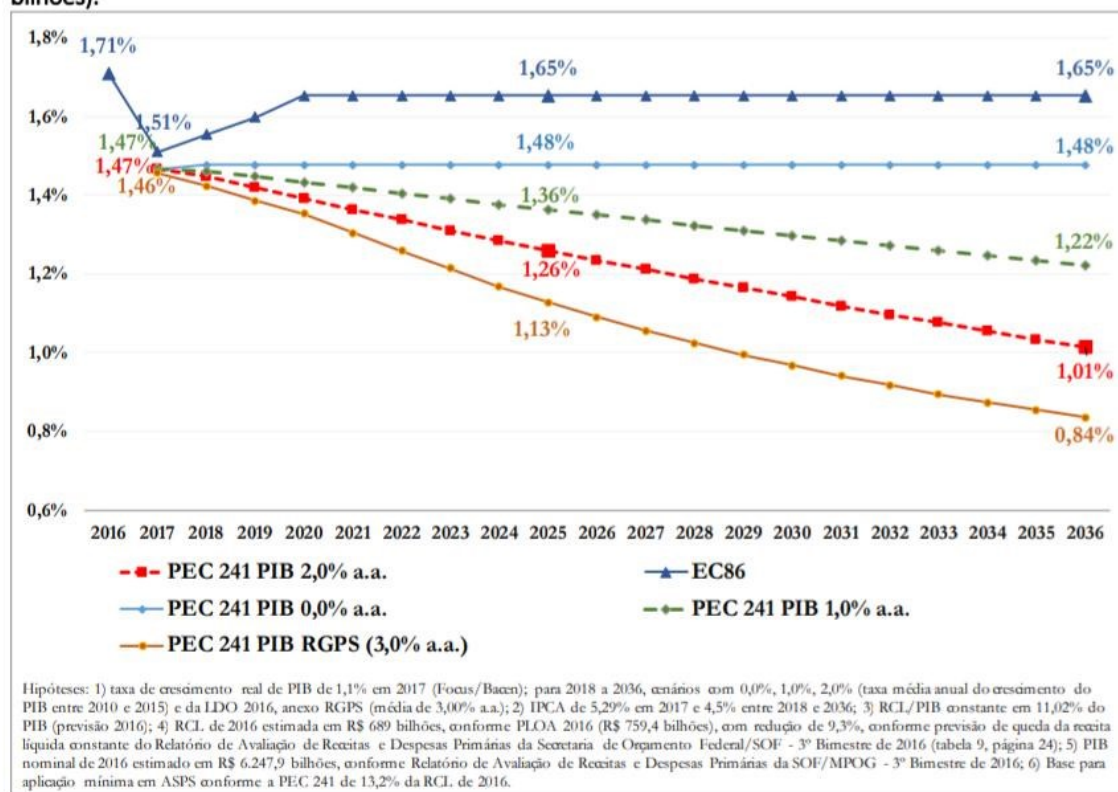


O sistema anteriormente vigente protegia o orçamento federal do SUS por meio da correção pela variação nominal do PIB, a regra estabelecida pelo Emenda Constitucional 95 incorpora apenas a correção pela inflação, desconsiderando a incorporação das taxas de crescimento da economia ao gasto com saúde e reduzindo a participação do gasto com saúde no PIB.

Importante também observar a projeção estimada antes da entrada do Novo Regime Fiscal, regido pela Emenda Constitucional 86 e após a sua entrada. No gráfico abaixo pode-se observar a gritante diferença:

GRÁFICO 2

Projeção do impacto da PEC 241 sobre o gasto federal com saúde em comparação com a manutenção da regra da EC 86 - em % do PIB (Hipóteses: piso da PEC 241 = 13,2% da RCL de 2016; e RCL 2016 = R\$ 689 bilhões).



Na tabela abaixo, pode-se observar perda acumulada com o Novo Regime Fiscal para o financiamento do SUS no período 2017 a 2036. No cenário com taxa de crescimento real do PIB de 2,0% ao ano, a perda acumulada no período seria de R\$ 654 bilhões, partindo-se de um limite inicial de 13,2% da RCL em 2016, e de R\$ 400 bilhões com limite inicial de 15,0% da RCL.

TABELA 1

Estimativa de impacto da PEC 241 para o financiamento federal do SUS - cenários para o período de 2017 a 2036.

Limite inicial 2016 conforme PEC 241	Taxa de crescimento anual do PIB	Perda Acumulada 2017-2036 em relação à regra da EC 86 (R\$ bilhões de 2016)	Valor do Gasto Federal com Saúde			
			R\$ bilhões de 2016	% do PIB	% da RCL	Valor per capita em R\$ de 2016
13,2%	0,0 % ao ano	-205	93,3	1,48	13,4	411
	1,0 % ao ano	-416	93,3	1,22	11,1	411
	2,0% ao ano	-654	93,3	1,01	9,2	411
	LDO 2017 (*)	-999	94,2	0,84	7,6	415
15,0%	0,0 % ao ano	49	106,0	1,68	15,2	467
	1,0 % ao ano	-162	106,0	1,39	12,6	467
	2,0% ao ano	-400	106,0	1,15	10,4	467
	LDO 2017 (*)	-743	107,0	0,95	8,6	472
Orçamento 2016**			106,9	1,71	15,5	519

* LDO 2017 - anexo RGPS. Taxa de crescimento real do PIB das projeções atuais para o RGPS (LDO 2017 - PL 02/2016). A média no período 2017-2036 é de 3,00% ao ano. IPCA de 6,0% em 2017, 5,4% em 2018, 5,0% em 2019 e 3,5% a partir de 2020.

** Valor para empenho previsto na LOA 2016. Foi calculado com base em uma RCL mais alta. O valor final da RCL pode ficar muito mais baixo, resultando em aplicação mínima inferior àquela prevista na LOA.

Hipóteses: 1) taxa de crescimento real de PIB de 1,1% em 2017 (Focus/Bacen); 2) IPCA de 5,29% em 2017 e 4,5% entre 2018 e 2036; 3) RCL/PIB constante em 11,02% do PIB (estimativa 2016); 4) RCL de 2016 estimada em R\$ 689 bilhões, conforme PLOA 2016 (R\$ 759,4 bilhões), com redução de 9,3%, conforme previsão de queda da receita líquida constante do Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias da Secretaria de Orçamento Federal/SOF - 3º Bimestre/2016 (tabela 9, página 24); 5) PIB nominal de 2016 estimado em R\$ 6.247,9 bilhões, conforme Relatório de Avaliação de Receitas e Despesas Primárias da SOF/MPOG - 3º Bimestre/2016; 6) Aplicação mínima em ASPS de 13,2% e 15% da RCL de 2016.

O mesmo estudo entende que a redução do financiamento do SUS afetará inevitavelmente os grupos sociais mais vulneráveis. Tal situação se acentuará, significativamente, nos estados mais pobres da federação, que mais dependem das transferências federais para financiamento de saúde. Também ficará prejudicado os programas preventivos, visto que de acordo com o estudo, a pressão da demanda dificulta o corte de despesas nos serviços de urgência e emergência e pronto atendimento. “Em situação de restrição orçamentária importante, é provável que as ações e serviços de prevenção e promoção à saúde sejam mais afetados, o que não é uma boa escolha em saúde pública”. (IPEA, 2016, p.15)

Nesse mesmo sentido, a impossibilidade do Governo Federal aumentar o investimento já insuficiente em saúde, provocará grandes dificuldades para o financiamento do SUS, visto que os estados e municípios não irão conseguir absorver o impacto da perda de recurso. Com a crise econômica afetando de modo

severo as finanças dos entes da federação, particularmente dos municípios, ficará pouco espaço fiscal para que estes entes compensem os recursos que deixaram de ser alocados.

Assim, é importante, na avaliação dos possíveis efeitos do NRF sobre o futuro do papel do Estado como agente distributivo no Brasil, levarmos em conta as projeções de desenvolvimento populacional para o país nos próximos 20 anos. Nesse lapso temporal, a conhecida precariedade dos serviços públicos e a evidente carência da sociedade brasileira em suas necessidades mais básicas, precisarão de alternativas à diminuição de investimentos. Por outro lado, haverá um evidente incremento das necessidades por serviços de saúde, educação e assistência social e demais serviços públicos garantidos na Constituição como direitos fundamentais.

Tudo se agrava ainda mais pelo fato do país passar por um rápido processo de envelhecimento da população. O aumento de expectativa de vida e a queda da taxa de natalidade transformou a estrutura demográfica do Brasil. As projeções do IBGE para a estrutura etária demonstram um grande aumento da população maior de 60 anos. As projeções calculam que, em 2036, a população com mais de 60 anos representará praticamente o dobro da atual (+96%), saltando de 24,9 milhões para 48,9 milhões de habitantes, e a população maior de 80 anos aumentará em mais de 150% (de 3,5 milhões para 8,8 milhões).

Esta alteração na pirâmide demográfica elevará, ainda mais, a pressão sobre o Sistema Único de Saúde, visto que a população mais idosa é mais suscetível à doenças crônicas não transmissíveis. A nota técnica do IPEA traz importantes dados sobre o envelhecimento da população:

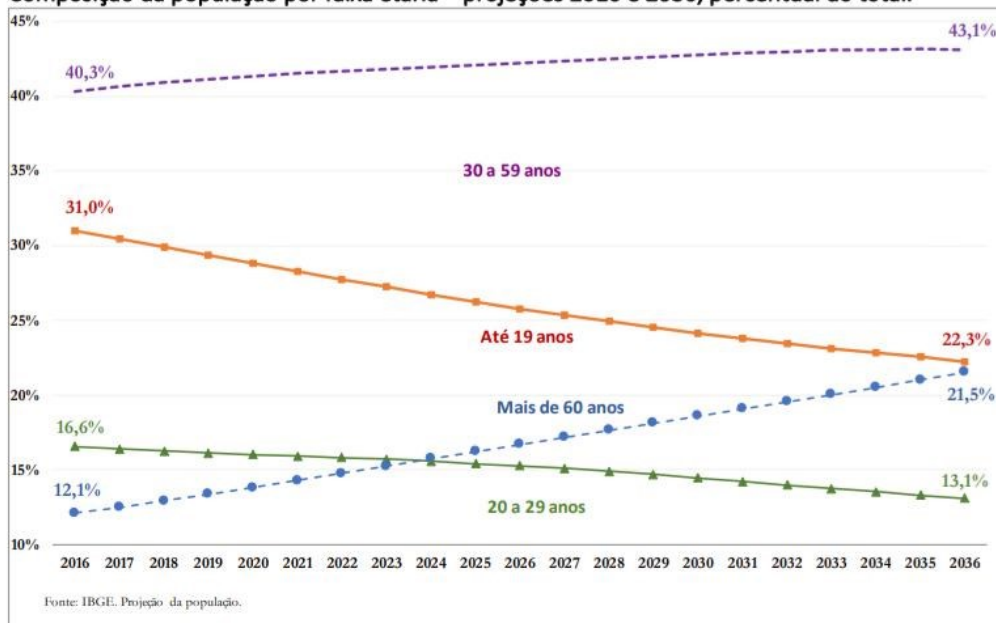
Um trabalho feito com objetivo de estudar o uso de serviços de saúde pela população idosa brasileira, correspondente à população com 60 anos ou mais, a partir de dados da Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (PNAD 19980), constatou que 20,3% dos idosos haviam procurado atendimento médico nas duas semanas anteriores à pesquisa, e que 44,3% se consultaram três ou mais vezes com médico no último ano, sendo que 9,3% e 4,3% dos idosos tiveram respectivamente, uma ou duas ou mais internações hospitalares neste mesmo período. Como 50% da população estudada tinha renda pessoal menor ou igual a um salário mínimo, as autoras calcularam que o gasto médio mensal com medicamentos comprometia aproximadamente um quarto da renda (23%) de metade da população idosa brasileira (Lima-Costa, Barreto e Giatti, 2003). Este último dado representa a importância que tem a disponibilidade de medicamentos,

principalmente os de uso contínuo, para esse segmento da população brasileira. (IPEA, 2016, p.19)

A seguir, o gráfico auxilia a entender a composição por faixa etária no período de vigência do Novo Regime Fiscal:

GRÁFICO 7

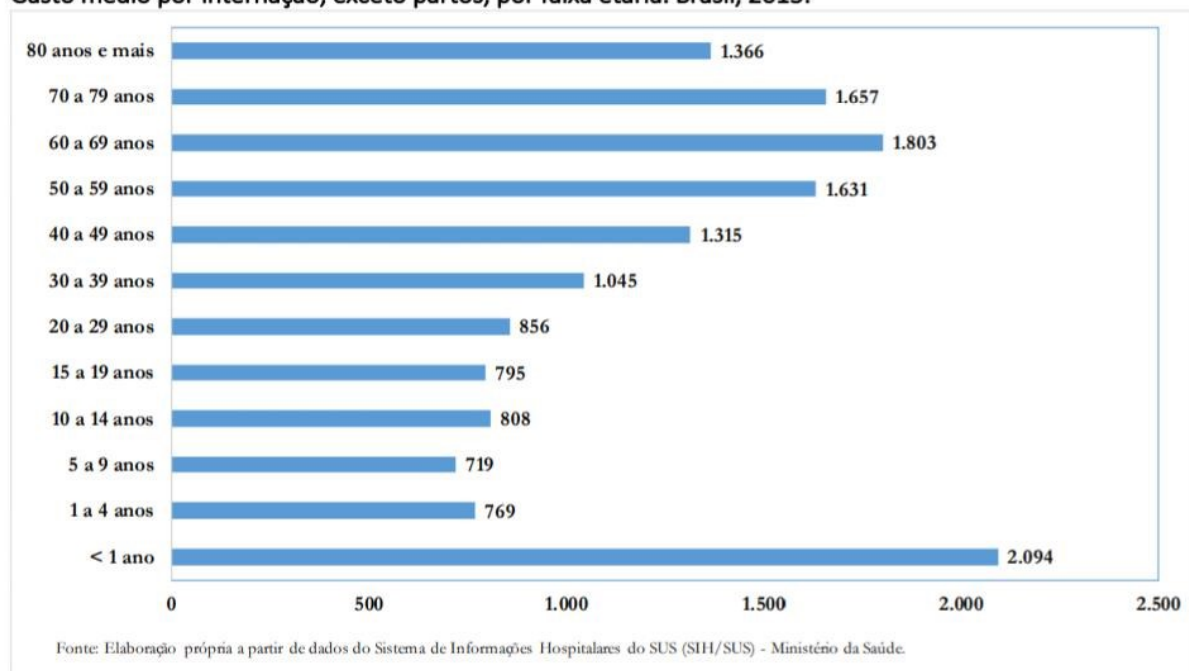
Composição da população por faixa etária – projeções 2016 e 2036, percentual do total.



Geralmente, pessoas com idade mais avançada gera mais necessidades de acesso a serviços de saúde e a insumos médicos em um cenário de rápida evolução na oferta de tecnologias e de aumento dos custos para tratamento e prevenção das patologias, porém, o horizonte apresentado pelo NRF impõe um menor financiamento para enfrentar este quadro. Nesse sentido, o gráfico abaixo apresenta o gasto médio por internação no SUS segundo a faixa etária. Pode-se observar que o gasto médio do atendimento para pessoas entre 60 e 69 anos de idade foi 73% maior que o gasto para a faixa etária de 30 a 39 anos em 2015.

GRÁFICO 8

Gasto médio por internação, exceto partos, por faixa etária. Brasil, 2015.



Na educação o impacto do Novo Regime Fiscal também pode ser notado. O art. 212 da Constituição determinava que, anualmente, a União aplicasse em despesas com Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE), no mínimo 18% da receita líquida de transferências (receita de impostos deduzida de transferências constitucionais a Estados e Municípios). (Estudo Técnico n.º 12/2016, p. 36)

Antes da vigência do Novo Regime Fiscal, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional (LDB), Lei nº 9.394/96, considerava, em seu art. 70, como de manutenção e desenvolvimento do ensino as despesas realizadas com vistas à consecução dos objetivos básicos das instituições educacionais de todos os níveis, compreendendo as que se destinam a:

- I - remuneração e aperfeiçoamento do pessoal docente e demais profissionais da educação;
- II - aquisição, manutenção, construção e conservação de instalações e equipamentos necessários ao ensino;
- III – uso e manutenção de bens e serviços vinculados ao ensino;
- IV - levantamentos estatísticos, estudos e pesquisas visando precipuamente ao aprimoramento da qualidade e à expansão do ensino;
- V - realização de atividades-meio necessárias ao funcionamento dos sistemas de ensino;

VI - concessão de bolsas de estudo a alunos de escolas públicas e privadas;
VII - amortização e custeio de operações de crédito destinadas a atender ao disposto nos incisos deste artigo;

VIII - aquisição de material didático-escolar e manutenção de programas de transporte escolar. (BRASIL, 1996)

Para verificação do cumprimento do referido limite constitucional de gasto mínimo com educação pela União, o Tesouro Nacional elaborava e publicava, no Relatório Resumido da Execução Orçamentária do Governo Federal (RREO), demonstrativo das receitas e despesas com MDE, em conformidade com o art. 72 da LDB.

A Tabela abaixo, simulando uma projeção realizada ainda em 2016, antes da aprovação da EC 95, apresenta os gastos com MDE – tanto pela aplicação mínima de 18% da Receita Líquida de Impostos (RLI) quanto pela aplicação que efetivamente vinha ocorrendo – em comparação à metodologia prevista pela Novo Regime Fiscal, caso a regra tivesse sido estipulada desde 2010, entrando em vigor a partir de 2011.

Tabela 8 - MDE - Piso CF x PEC 241/16 - Simulação 2010 a 2016

Valores em bilhões de reais.

Ano	Receita Líq. de Impostos (RLI)	Piso Atual (18% da RLI) (a)	Piso PEC (IPCA) (b)	Diferença Piso (PEC e CF/18%) (c=b-a)	Aplicação em MDE (executado) (d)
2010 ⁽¹⁾	173,5	31,2	31,2	-	33,7
2011	205,5	37,0	33,0	-4,0	39,8
2012	218,8	39,4	35,2	-4,2	56,0
2013	239,1	43,0	37,2	-5,8	53,9
2014	245,5	44,2	39,4	-4,8	56,8
2015	258,6	46,5	42,0	-4,5	59,4
2016 ⁽²⁾	259,7	46,7	46,5	-0,2	59,7

Elaboração: CONOF/CD em 30-jun-2016

Fonte: Tesouro Nacional - Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) de 2010 a 2015.

Estatísticas consolidadas /mediana junho/2016)

PIB real: BACEN e CONOF/CD

(1) RIL em 2010 foi acrescida da dedução da DRU (R\$ 14,0 bi) para permitir comparação equânime com os demais exercícios, uma vez que, a partir de 2011, a DRU deixou de incidir sobre recursos destinados à educação. Por conseguinte, também foram ajustados os valores da aplicação mínima (18% sobre a RLI sem a DRU) e a aplicação em MDE executada na mesma proporção constante do RRE (19,4 % da RLI sem a DRU).

(2) RLI estimada para 2016 com base no decreto de limitação de empenho (Decreto nº 8.784 de 7/6/2016). Já a estimativa do MDE executado em 2016 foi de 23% da RLI, com base na média dos 2 últimos exercícios.

Ao observar a tabela acima, conclui-se que o critério de correção do Novo Regime Fiscal aplicado desde o ano de 2010 implicaria menor piso para a educação.

A tabela seguinte, do Estudo Técnico número 11, apontava que também haveria declínio de recursos destinados a Manutenção e Desenvolvimento do Ensino (MDE) com a entrada em vigência do Novo Regime Fiscal. (Estudo Técnico 11, Câmara dos Deputados)

MDE x PEC 241/16 - Projeção 2016 a 2015

Valores em R\$ bilhões

EXERCÍCIO	Receita Líq. de Impostos (RLI)	Aplicação Mínima (18% da RLI)	Aplic. Mín. pelo IPCA (PEC)	Diferença (PEC e regra atual)	Aplicação em MDE (executado)	Aplic. MDE pelo IPCA (PEC)	Diferença (PEC e regra atual)
(1) 2016	259,7	46,7	46,7		59,7	59,7	
2017	276,7	49,8	50,1	0,3	63,6	64,0	0,4
2018	296,4	53,3	52,9	-0,5	68,2	67,5	-0,6
2019	315,9	56,9	55,5	-1,4	72,7	70,9	-1,7
2020	336,7	60,6	58,0	-2,6	77,4	74,1	-3,3
2021	359,8	64,8	60,6	-4,1	82,8	77,5	-5,3
2022	384,4	69,2	63,3	-5,9	88,4	80,9	-7,5
2023	411,8	74,1	66,2	-7,9	94,7	84,6	-10,1
2024	442,1	79,6	69,2	-10,4	101,7	88,4	-13,3
2025	475,9	85,7	72,3	-13,4	109,5	92,4	-17,1

Elaboração: CONOF/CD em jun/2016

Fonte: Tesouro Nacional - Relatório Resumido da Execução Orçamentária (RREO) de 2010 a 2015.

Projeção 2017 a 2025 pela variação PIB real e IPCA

PIB real e IPCA (projeção): Relatório Focus-Bacen (até 2020) e Conof/CD com base Focus-Bacen (2012 a 2025)

(1) RLI estimada para 2016 com base no decreto de limitação de empenho (Decreto nº 8.784 de 7/6/2016). Para os demais exercícios, estimou-se pela variação projetada do PIB real e inflação pelo IPCA. Já a estimativa do MDE executado em 2016 foi de 23% da RLI, com base na média dos 2 últimos exercícios.

Na tabela verifica-se que no exercício fiscal de 2017, não houve perda de recursos na aplicação em despesas de MDE. Porém, já em 2018 houve perda, sendo que nos exercícios subsequentes ela se torna ainda mais significativa.

Para os proponentes do Projeto de Emenda Constitucional que deu origem ao NRF é necessário um corte de gastos por habitante, partindo-se da premissa (sem nenhuma evidência de que seja verdadeira) de que é possível melhorar a prestação e implementação de serviços públicos, historicamente precários em qualquer comparação internacional, com menos recursos por habitante do que já é aplicado atualmente.

Também deve ser ressaltado os estudos realizados pelo IPEA sobre os impactos na assistência social. Em sua nota técnica de número 29, é demonstrando impactos preocupantes nos gastos em assistência social da União em programas como os relacionados aos benefícios de prestação continuada – voltados aos setores da população mais vulneráveis –, o programa Bolsa Família e o SUAS (serviços socioassistenciais voltados para o apoio e formulação de políticas públicas para os beneficiários de outros programas).

O Estudo demonstra que mesmo ainda inexistindo um sistema de proteção adequado no Brasil, desde a entrada em vigência do atual diploma constitucional, grandes avanços foram realizados. Os mecanismos de assistência social criados pela CF 88 conseguiram reduzir sensivelmente a exposição da população a condições de extrema pobreza. Porém, de acordo com os resultados desse estudo, se for utilizado como parâmetro o montante de gastos atuais, sendo apenas submetido a correções inflacionárias, obter-se-ia uma reversão da tendência observada nos últimos 10 anos de aumento de gastos com assistência social como proporção do PIB. Enquanto os gastos saíram de 0,89% em 2006 para 1,26% do PIB em 2016, eles voltariam a cair alcançando apenas 0,70% em 2036.

Nesse caso, importante fazer uma breve análise dos gastos da União com as despesas primárias, pauta das restrições do NRF. Grande parte das despesas primárias da União, 40,9% são resultantes do pagamento de benefícios da previdência social. Esse valor é referente, no entanto, a uma estrutura orçamentária própria, com financiamento próprio por meio das contribuições sociais do Instituto Nacional do Seguro Social. Assim, estes gastos que, embora possam discutidos em projetos de reformas previdenciárias, dificilmente podem ser alterados com efeito retroativo (para os que já fazem parte do sistema).

Diante dessas premissas, entende-se que o Estado Brasileiro passa a priorizar o pagamento de dívidas com o mercado financeiro, deixando de lado grupos que já padecem de grande vulnerabilidade.

A Emenda Constitucional 95 já começou a desproporcionalmente afetar grupos em desvantagem, tais como mulheres negras e pessoas vivendo na pobreza. Desde sua aprovação, novos dados apresentados aqui mostram que um volume significativo de recursos vem sendo desviado de importantes programas sociais para pagamentos do serviço da dívida, ameaçando exacerbar os níveis extremos de desigualdade econômica. Este informe demonstra como essas decisões fiscais colocam em risco os

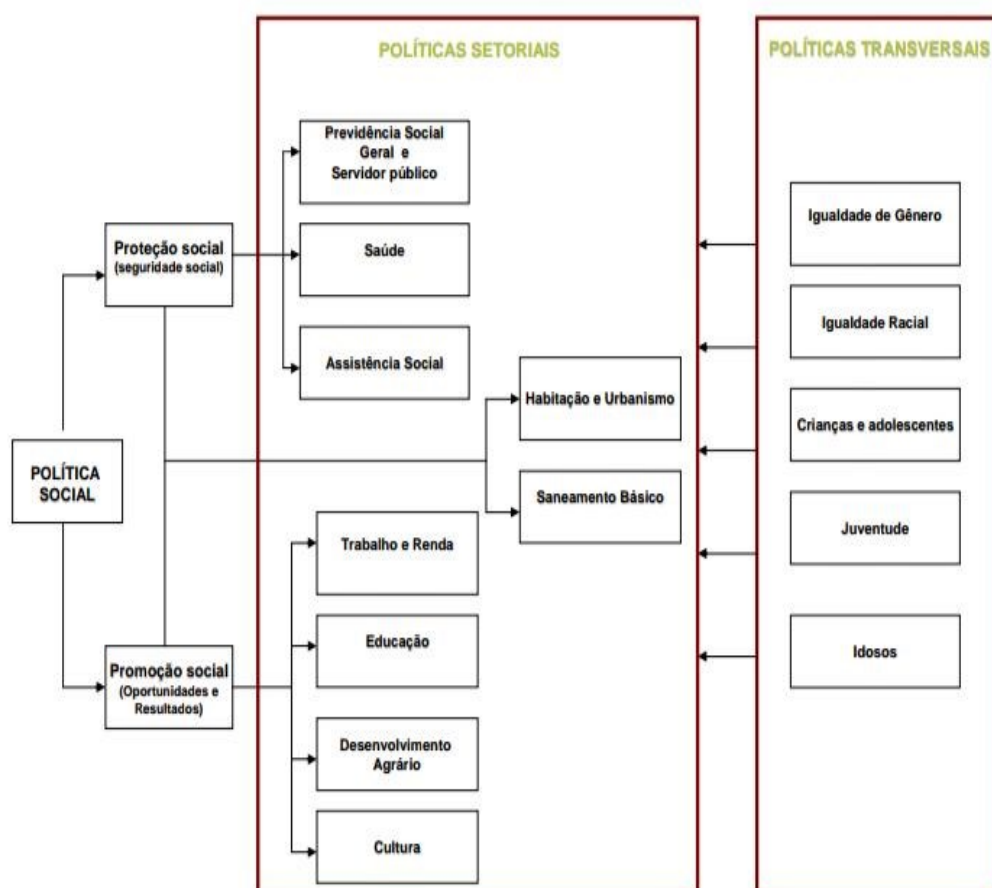
direitos sociais e econômicos básicos de milhões de brasileiros, inclusive os direitos à alimentação, à saúde e à educação, ao mesmo tempo em que exacerbam as desigualdades de gênero, raça e econômica. (INESC, 2017)

Assim, não deixa de chamar a atenção a falta de preocupação em limitar gastos que não aparecem no orçamento primário, como os elevados montantes de juros – diante do simplório argumento dos defensores da proposta de que estes cairiam automaticamente sob o novo regime fiscal.

2.2 A Importância Dos Investimentos Sociais Para A Consolidação Dos Direitos Sociais

Em pesquisa realizada pelo Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), observa-se que desde a Constituição Federal de 1988 e, de forma mais acentuada, na primeira década do presente século, pode-se constatar que a política social estava criando as condições básicas de vida da população, sobretudo, aquelas que dizem respeito à pobreza e à desigualdade.

Em consonância com as premissas nas quais a Constituição Federal vigente foi criada, foi montado um sistema de políticas sociais buscando dois grandes objetivos: proteger o cidadão frente as contingências, riscos e fatores que, independentemente da sua vontade, podem lançá-lo em situações de dependência ou vulnerabilidade; promover a geração de oportunidades e de resultados, como instrumento de justiça e equidade. Na figura abaixo, destaca-se esquema apresentado em nota técnica elaborada pelo IPEA.



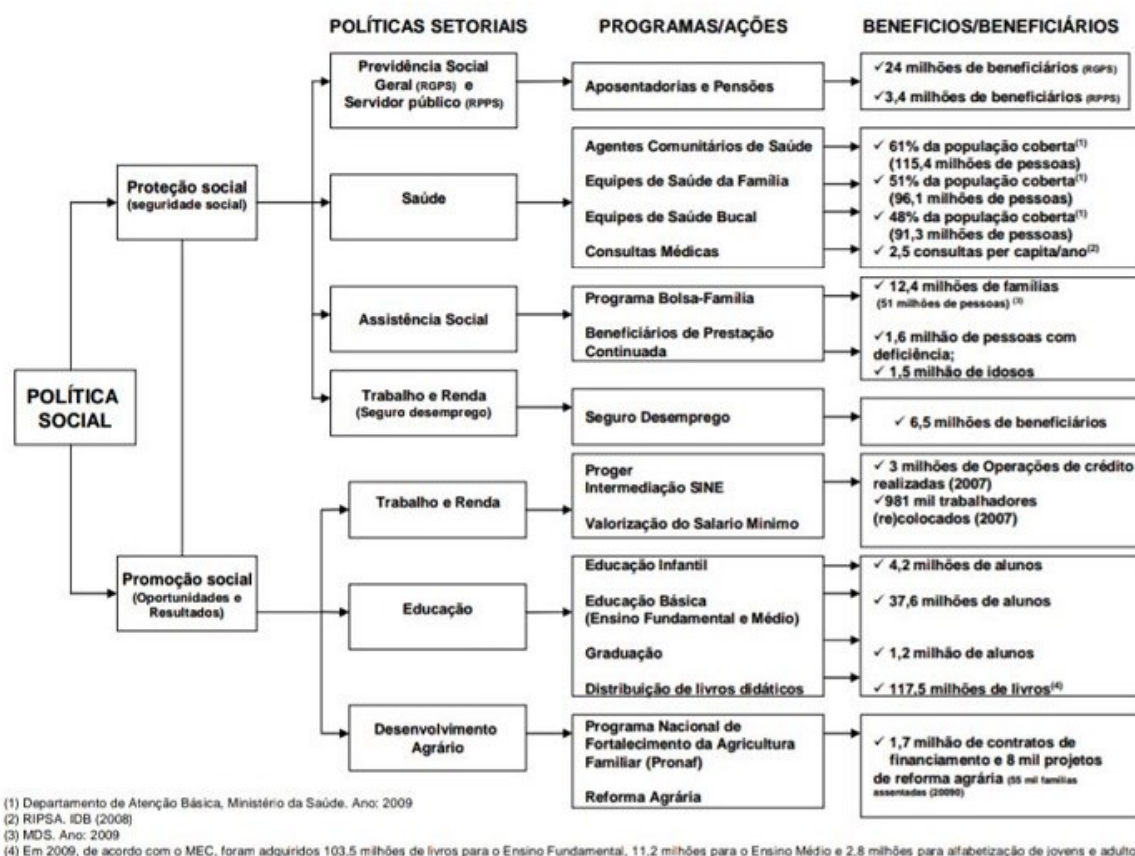
Fonte: Perspectivas do Desenvolvimento Brasileiro, Vol.10

O Estudo ainda traz importantes informações sobre as políticas públicas sociais implementadas pelo Estado brasileiro:

O sistema brasileiro de política social chama a atenção pela dimensão do seu conjunto: são dezenas de milhões de cidadãos atingidos pelas diversas políticas públicas de proteção e promoção social. Destaque-se ainda que tais políticas não se apresentam fragmentadas em ações emergenciais ou descontínuas, mas, ao contrário, operam de modo estável e sustentado no tempo, com regras e instituições estabelecidas. Boa parte dos benefícios e serviços tem estatuto de direitos e capacidade instalada, com aplicação diária de recursos materiais, humanos e financeiros na sua produção e provisão, ainda que nem sempre no volume e na qualidade desejados. (p. 5, IPEA)

Assim, pode-se observar a organização dessas políticas na figura abaixo, compartilhada pelo supracitado estudo:

Figura 2 – Políticas Sociais, seus benefícios e beneficiários

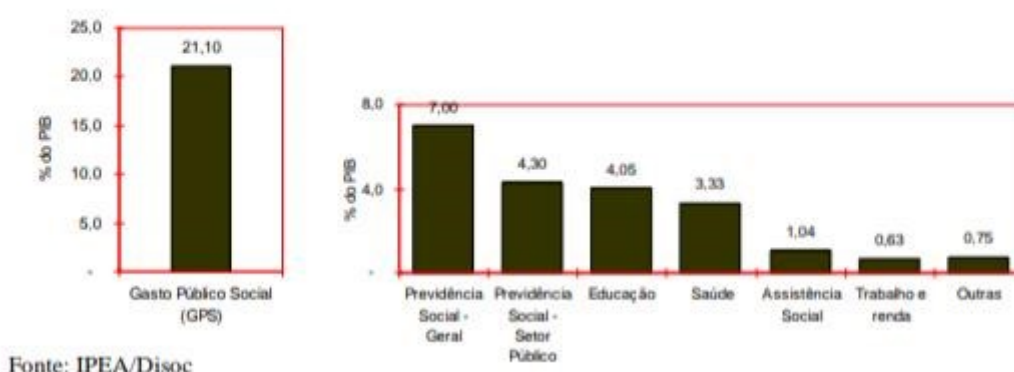


Todavia, a pesquisa constata também que os efeitos das políticas sociais foram além, pois começou regular, direta ou indiretamente, o volume, as taxas e o comportamento do emprego e do salário na economia brasileira. Porém, os efeitos são mais amplos, visto que a política social se transformou em eficiente instrumento, através do qual a economia nacional não apenas transferiu recursos aos mais carentes e prestações de bens e serviços ao conjunto da sociedade. Com esse investimento de recursos, ainda gerou um instrumento de aumento da demanda agregada, possibilitando a criação de um amplo mercado interno de consumo. (p. 3, IPEA)

Analisando o estudo do IPEA, é possível observar que o nível dos gastos sociais no Brasil vinha em ascensão desde a Constituição de 1988. Principalmente a partir do ano de 1993, com o início da implementação das políticas fundamentais previstas no Diploma Constitucional – SUS, Loas, Previdência Rural, entre outras –,

os gastos sociais aumentaram de maneira sustentada. O resultado para o ano de 2005, que mostra que o gasto social corresponde a cerca de 21,1% do PIB brasileiro. Também se observa que os principais itens de gasto, são a previdência social (7,0% do PIB), previdência do setor público (4,3% do PIB), educação (4,05%) e Saúde (3,33%). Dessa forma, para melhor compreensão, apresenta-se gráfico com os índices informados (p. 5)

Gráfico 1 – Gasto Público Social e setores sociais - 2005



A nota técnica do IPEA entendeu que a política social com todas as suas prestações, foi em grande parte, responsável pela aceleração do crescimento da economia a partir de 2004. Considerou também responsável em partes substanciais pela redução da situação de pobreza e desigualdade de renda, todas ações buscadas pelo legislador constitucional originário. (p. 6)

As políticas públicas direcionam grande parte dos gastos públicos à parte da população de baixa renda ou da classe média. Programas públicos como Bolsa Família, do Benefício de Prestação Continuada, dos benefícios subsidiados da Previdência Social, como no caso dos salários dos professores da educação básica, ou da grande maioria dos benefícios urbanos da previdência social no Brasil (85% destes são de até 3 salários mínimos) distribuem melhor a renda, visto que, salários e serviços, uma parte importante do gasto social estimula o circuito de multiplicação de renda, uma vez que, estes grupos sociais “tendem a consumir menos importados e poupar menos, o que implica em maior propensão a consumir produtos nacionais,

mais vendas, mais produção nacional e mais empregos gerados no país". (IPEA, p. 5)

Nesse sentido, observa-se que o gasto social tem um duplo benefício. Promove o crescimento da economia aliado à uma melhor distribuição de renda. Seu efeito sobre o Produto Interno Bruto e a renda das famílias é maior do que o efeito do investimento, da exportação de commodities agrícolas ou do pagamento de juros. (p. 6)

Assim, o estudo organizado pelo IPEA traz dados importantes:

Os resultados para o crescimento do produto após a simulação de um incremento no valor dos gastos públicos sociais de 1% do PIB na matriz, são que ao final do ciclo gerou-se um crescimento do PIB de 1,37%. O multiplicador do gasto social, em termos de PIB, é consideravelmente maior que o multiplicador dos gastos com os juros da dívida pública, 0,71% (quase o dobro), quase idêntico ao das exportações de commodities, de 1,40%, mas é inferior àquele do investimento em construção civil, 1,54%. (P. 10)

Traz, ainda, dados bem elucidativos:

Realizando as simulações detalhando por tipos de gastos dentro da área social, observa-se que no que tange ao multiplicador do PIB, o gasto social em educação tem o maior multiplicador dentre os agregados que se investigou, veja abaixo na Tabela 1. Tudo mais constante, ao gastar R\$1,00 em educação pública, o PIB aumentará em R\$1,85, pelo simples processo de multiplicação da renda que esta atividade propicia. Enquanto isso, R\$1,00 de produtos agropecuários ou oriundos da indústria extrativa de minérios que são exportados gera R\$1,4 de PIB para o país.

Tabela 1 - Multiplicadores Decorrentes de um Aumento de 1% do PIB Segundo Tipo de Gasto

Tipo de Gasto/Demanda	Multiplicador do PIB (%)	Multiplicador da Renda das Famílias (%)
Demanda Agregada (investimento, exportações e gasto do governo)	1,57	1,17
Educação e Saúde	1,78	1,56
Educação	1,85	1,67
Saúde	1,70	1,44
Investimento no Setor de Construção Civil	1,54	1,14
Exportações de <i>Commodities</i> Agrícolas e Extrativas	1,40	1,04

Fonte: Elaboração IPEA com informações do SCN 2006 (IBGE), PNAD 2006 e POF 2002-2003 (IBGE).

Em outra tabela ainda apresenta dados importantes sobre o programa social conhecido como Bolsa família, mostrando o seu impacto na economia brasileira:

No caso das transferências monetárias, apresentado na Tabela 2, o maior multiplicador do PIB e da renda das famílias pertence ao programa Bolsa Família (PBF). Para cada R\$1,00 gasto no programa, o PIB aumentará em R\$1,44 e a renda das famílias em 2,25%, após percorrido todo o circuito de multiplicação de renda na economia. A título de comparação, o gasto de R\$1,00 com juros sobre a dívida pública gerará apenas R\$0,71 de PIB e 1,34% de acréscimo na renda das famílias. Ou seja, pelo menos em termos de geração de PIB, o pagamento de juros tem maiores custos que benefícios. Já o programa Bolsa Família gera mais benefícios econômicos do que custa e este benefício é 2 (duas) vezes maior que o benefício gerado pelo pagamento de juros sobre a dívida pública. (11)

**Tabela 2 - Multiplicadores Decorrentes de um Aumento de 1% do PIB
Segundo Tipo de Gasto**

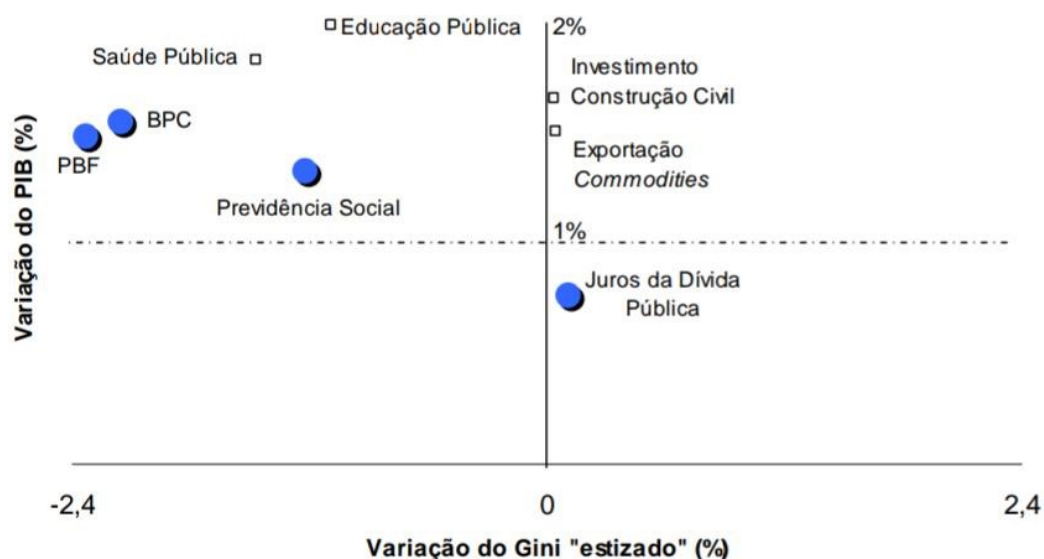
Tipo de Gasto/Demanda	Multiplicador do PIB (%)	Multiplicador da Renda das Famílias (%)
Programa Bolsa Família	1,44	2,25
Benefício de Prestação Continuada	1,38	2,20
Regime Geral da Previdência Social	1,23	2,10
Juros sobre a Dívida Pública	0,71	1,34

Fonte: Elaboração própria com informações do SCN 2006 (IBGE), PNAD 2006 e POF 2002-2003 (IBGE).

Na mesma direção apresentada pelo estudo, ilustrativo se mostra o gráfico apresentado, mostrando a influência dos gastos públicos no crescimento econômico e a distribuição de renda, tendo como parâmetro a variação do produto interno bruto e o índice Gini.¹

¹ O coeficiente de Gini é um cálculo usado para medir a desigualdade social, desenvolvido pelo estatístico italiano Corrado Gini, em 1912

Gráfico 1 – Efeitos de gastos públicos selecionados sobre o crescimento econômico e a distribuição de renda



Partindo da premissa de que um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil é conseguir aliar crescimento econômico e distribuição de renda, observa-se assim, que a totalidade dos gastos do quadrante à esquerda contribuem para esta finalidade. Por outro lado, pode-se concluir, uma ligação entre crescimento e austeridade nos investimentos governamentais, pelo contrário: o aumento no investimento do Programa Bolsa Família e no Benefício de Prestação Continuada, por exemplo, foram responsáveis por uma grande variação positiva do PIB e a maior queda na desigualdade. O Regime Geral da Previdência Social fica um pouco atrás nos dois quesitos, porém também apresenta relevante contribuição. Em sentido oposto, um aumento no pagamento de juros pouco contribui para o crescimento econômico e majora a concentração de renda.

Dessa forma, contrariando os defensores da Emenda Constitucional 95, que defende a austeridade dos investimentos em políticas públicas, nota-se que a multiplicação do PIB permite um aumento da arrecadação tributária da Fazenda Pública. A análise realizada pelo IPEA com a matriz de contabilidade social revelou que 56% do valor dos gastos sociais retornam para o erário, após o processo de multiplicação de renda que este mesmo gasto social possibilitou. Assim, isso

demonstra que o efeito de multiplicação do PIB permite um aumento das receitas do governo, fazendo com que parte do gasto social seja um investimento sustentável.

2.3 – Novo Regime Fiscal e a Análise de sua Compatibilidade com os Objetivos Consagrados na Constituição de 1988

Na Exposição de motivos da PEC 241 que deu origem ao Novo Regime Fiscal, é afirmado que o ajuste é necessário para “reverter, no horizonte de médio e longo prazo, o quadro de “agudo desequilíbrio fiscal” (Exposição de motivos nº00083/2016. PEC 241). Porém como exposto anteriormente, esta alteração não se trata de uma mera emenda constitucional, ela altera toda a estrutura da Constituição da República Federativa do Brasil, dando uma guinada teleológica contrária aos objetivos pretendidos pelo Poder Constitucional Originário.

Atacando direitos fundamentais sociais, a Emenda Constitucional 95 altera a própria essência da Constituição de 1988. Impõe um novo pacto constitucional, sem que para isso tenha sido construído o consenso necessário para mudanças tão profundas como as que estabelece e se fechando para alternativas possíveis por um período arbitrariamente fixado em 20 anos.

De acordo com projeções realizadas pelo próprio relator da Proposta de Emenda à Constituição na Câmara dos Deputados, o Novo Regime Fiscal deverá produzir uma queda na proporção entre os gastos feitos pelo governo central e o PIB. Uma queda na ordem de 5% a 6%, no prazo de 10 anos. Segundo projeção da consultoria “Tendências”, essa queda chegaria a 10% no prazo de 20 anos, se considerarmos um crescimento econômico médio de 2%, o que é próximo às médias históricas brasileiras em um prazo semelhante (G1, 2016). Desse modo, os gastos da União em relação ao PIB serão reduzidos a 15% (do PIB) em 2026 e a algo próximo a 10% (do PIB), em 2036.

O documento do governo ao justificar ao Congresso o “Novo Regime Fiscal”, por exemplo, afirma que esta medida é amplamente democrática. Alega que, com isso, a função do Poder Executivo se restringiria a estabelecer um teto para o gasto

global. Caberia assim à sociedade, representada pelos seus parlamentares eleitos, alocar os recursos entre os diversos programas. Essa afirmativa serviu como justificativa para o “Novo Regime Fiscal” contemplar uma mudança na fórmula de cálculo dos gastos mínimos em saúde e educação, sob o fundamento de que as regras constitucionais pretéritas que indexam esses pisos a percentuais da receita (ou do PIB) geram má gestão na aplicação dos recursos públicos. Como alternativa, foi estabelecido que os valores reais dos pisos de gastos em saúde e educação fiquem congelados por um tempo aleatório de 20 anos (apenas sendo reajustados por índices inflacionários).

O Novo Regime fiscal parte da ideia de que todas as necessidades por serviços públicos essenciais podem ser resolvidas com um remanejamento ou “ganho de eficiência nos gastos públicos”. Porém, tais afirmações não são baseadas em nenhum estudo que demonstre isso.

Embora seja importante e salutar uma gestão mais eficiente dos gastos públicos, a verdade numérica é que o Brasil está longe de investir em saúde de modo substancial, quando comparado com países desenvolvidos. Ao se analisar o total de gastos públicos *per capita*, o Brasil investiu em 2013 o equivalente a US\$ 591,0025. Bem menos que países como a Alemanha (com gastos de US\$3.696), Reino Unido (US\$ 2.766), França (US\$ 3.360), ou mesmo Argentina (US\$ 1.167) e Chile (US\$ 795), países que não tem regimes de saúde universais (ADI 5680).

Muitas críticas à EC 95 questionam o fato da alteração constitucional não apresentar nenhuma limitação ao pagamento de juros da dívida pública, tendo em vista que o maior percentual de endividamento decorre, essencialmente, dessas despesas. Em entrevista concedida Ana Maria Ramos Estevão e Lila Cristina Xavier Luz, a auditora aposentada da Receita Federal e ex-presidente do Sindicato Nacional dos Auditores Fiscais da Receita Federal, Maria Lúcia Fatorelli, traz contundentes críticas ao então Projeto de Emenda Constitucional que deu origem ao Novo Regime Fiscal:

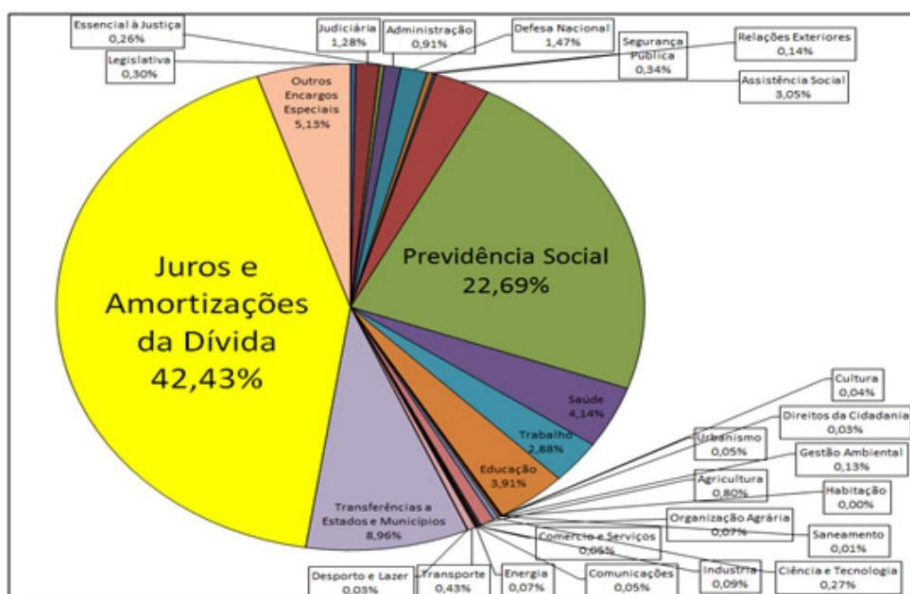
Se observarmos a exposição de motivos da PEC 55, a chamada PEC de controle de gastos – olha que nome simpático: controle de gastos. Quem é contra controlar gastos? Quem de nós vai dizer “Não, quero que gaste loucamente, sem controle”? Mas ela não trata disso. Essa PEC simplesmente estabeleceu um teto para as despesas primárias. E o que são as despesas primárias? Todo o gasto com a manutenção do Estado e com

os serviços públicos prestados à população, deixando de fora as despesas não primárias, que são as despesas com a dívida, as despesas financeiras. O objetivo dessa PEC foi destinar mais recursos para a dívida e ela nem fala nela, olha a esperteza... Segura os gastos primários, com todas as políticas públicas, para que sobrem mais recursos para os gastos financeiros. Então, na verdade, ela é a PEC da ganância financeira. Todo aumento de arrecadação, toda sobra de recurso decorrente desse congelamento, vai valer por 20 anos, vai para a dívida. Então, veja bem: aquele conceito histórico de que a dívida pública deveria destinar-se a suprir a necessidade de investimentos para o cumprimento do papel do Estado, esse objetivo está totalmente desvirtuado. (AUDITORIA CIDADÃ, 2017)

Nesse sentido, é importante analisar como grande parte das receitas do orçamento da União Federal é gasta. Na figura abaixo elaborada pela auditoria cidadã, podemos observar que em 2015 os gastos com a dívida têm consumido quase a metade do orçamento federal anualmente, conforme dados oficiais, tendo sido destinados 42,43% do Orçamento Geral da União, ou seja, R\$ 962.210.391.323,00 para juros e amortizações:

Orçamento Geral da União 2015 (Executado)

Total = R\$ 2,268 trilhão



Fonte: SIAFI Elaboração: AUDITORIA CIDADÃ
DA DÍVIDA

O montante gasto pela União para pagar juros aumenta ano a ano. Em 2015, por exemplo, a dívida pública federal interna aumentou R\$ 732 bilhões, saltando de R\$3,204 trilhões para R\$3,937 trilhões em apenas 11 meses (31/01 a 31/12), conforme publicado pelo Banco Central. Esse crescimento vertiginoso da dívida não teve contrapartida alguma em investimentos efetivos, que ficaram restritos a apenas R\$ 9,6 bilhões em 2015.

A causa da explosão da dívida pública não tem sido, de forma alguma, um suposto exagero dos investimentos em direitos sociais. Como observado nos dados apresentados, a incidência de juros abusivos e a prática de questionáveis operações financeiras que beneficiam somente aos sigilosos investidores privados, gerou uma dívida pública sem contrapartida ao país, totalmente divorciada dos objetivos estipulados pela Constituição Federal de 1988.

A economia real encolheu em 2015. O país passa por efetivo processo de desindustrialização; queda no comércio; desemprego recorde, arrocho salarial e até o PIB do país diminuiu 3,8%, porém, os lucros dos bancos cresceram efetivamente, conforme dados do próprio Banco Central.

Em artigo publicado no sítio eletrônico Auditoria Cidadã da Dívida, a economista Maria Lúcia Fatorelli relata dados interessantes:

Cabe registrar que no período de 2003 a 2015, acumulamos “superávit primário” de R\$ 824 bilhões, ou seja, as receitas “primárias” (constituídas principalmente pela arrecadação de tributos) foram muito superiores aos gastos sociais, tendo essa montanha de dinheiro sido reservada para o pagamento da questionável dívida pública. Apesar do contínuo corte de investimentos sociais imprescindíveis à população, a dívida pública se multiplicou, no mesmo período, de R\$ 839 bilhões ao final de 2002 para quase R\$ 4 TRILHÕES ao final de 2015. (FATTORELLI, 2016)

O relatório da PEC 241/2016, que gerou a EC 95/16 assinala que “a Dívida Bruta do Governo Geral aumentou de 51,7% do PIB em 2013 para 67,5% do PIB em abril de 2016”. Porém, o mesmo relatório omite que os juros abusivos são os reais responsáveis pelo real aumento da dívida. Os investimentos em direitos sociais, além de serem investimentos condizentes com os objetivos do Diploma Constitucional vigente, são indutores de desenvolvimento econômico e social como já demonstrado.

Importante também a informação trazida por Maria Lucia Fattorelli e Rodrigo Ávila no sítio eletrônico Auditoria Cidadã da Dívida que contesta os valores pagos aos rentistas:

Ora, mais uma reflexão: se estivesse ocorrendo apenas essa substituição, o estoque da dívida se manteria constante, certo? Mas na verdade o seu estoque continua aumentando, e de forma acelerada! É evidente que há algo errado aí.

Na realidade, boa parte do valor indicado como “Amortização” corresponde a uma parcela dos juros nominais que estão sendo pagos mediante a emissão de novos títulos da dívida, embora o Art. 167, inciso III, proíba o pagamento de despesas correntes (dentre elas os juros) com recursos obtidos com a emissão de novos títulos.

Desde a CPI da Dívida Pública concluída na Câmara dos Deputados em 2010 (<https://auditoriacidadada.org.br/conteudo/clique-aqui-para-saber-como-foi-a-cpi-da-divida/>), foi enviada denúncia ao Ministério Público sobre a equivocada contabilização de grande parte dos juros como se fosse amortização, pelo simples fato de que a amortização é classificada como uma despesa de capital, burlando-se assim a norma constitucional.

Apesar desse grave problema ter sido detectado e denunciado desde 2010, até hoje nada foi feito sobre esse grave erro, que tem sobrecarregado as contas públicas de forma inconstitucional. A consequência desse erro é a seguinte:

- Se faltam recursos para a Educação ou Saúde (despesa Corrente), por exemplo, resta comprometido o funcionamento de universidades, institutos federais, hospitais etc.; são interrompidos diversos projetos de pesquisa; fechados laboratórios e cancelados diversos programas nessas áreas, e a população fica prejudicada em seu direito constitucional;
- Se faltam recursos para o pagamento de juros (despesa Corrente), os rentistas não ficam prejudicados, pois estão sendo emitidos e vendidos novos títulos da dívida e, para driblar a proibição constitucional (Art. 167, III), grande parte dos juros é contabilizada como se fosse amortização. (FATTORELLI; ÁVILA, 2019)

Fica evidente assim, que o grande déficit existente nas contas públicas não é gerado pelos gastos primários. Como já demonstrado anteriormente, os gastos em políticas públicas de combate a desigualdade induzem o crescimento da economia e aumenta a arrecadação de tributos e receitas da União.

Dessa forma, nota-se que mesmo com toda a argumentação dos defensores do “Novo Regime Fiscal”, a Emenda 95/2016 acabou por inviabilizar, na prática, o cumprimento efetivo do ordenamento constitucional que determina a máxima eficácia de direitos fundamentais. Nessa direção conclui Élide Graziane Pinto, em artigo publicado no sítio eletrônico Conjur:

Sem dúvida, o núcleo dos direitos sociais à saúde e à educação foi invadido e severamente restringido com a perda da garantia de financiamento proporcionalmente progressivo em face da arrecadação federal: o horizonte estimado é de redução à metade, quando comparada a metodologia de cálculo dada pelo artigo 110 do ADCT com os artigos 198 e 212 da CR/1988. (PINTO, 2018)

Nota-se, assim, que deixar de investir por vinte anos em despesas primárias, tem como objetivo resguardar os interesses dos credores do mercado financeiro e não os objetivos previstos na Constituição Federal de 1988.

2.4 Atuais Consequências Da Implementação Do Novo Regime Fiscal

Desde 2017 o Novo Regime Fiscal foi implantado no país. Como relatado anteriormente, durante vinte anos o Estado não poderá mais aumentar o investimento nas chamadas despesas primárias. Após decorridos dois exercícios fiscais, alguns efeitos dessa medida já podem ser sentidos. Os noticiários do país relatam a dificuldade que os entes da Federação estão encontrando para arcar com suas obrigações orçamentárias com as novas restrições implementadas pela Emenda Constitucional 95.

Em janeiro do presente ano o governador do Estado de Goiás decretou estado de calamidade pública financeira. Em reportagem no sítio eletrônico Poder 360, encontra-se a notícia sobre a situação do ente da federação:

Em justificativa, Caiado disse que as medidas administrativas de racionalização e contenção de despesas possíveis sem o decreto não têm sido suficientes para reverter o quadro do Estado.

Segundo o governador, o déficit fiscal acumulado previsto para o final de 2019 é de mais de R\$ 6 bilhões, incluídos os quase R\$ 2 bilhões de despesas inscritos em restos a pagar, mais R\$ 1 bilhão correspondentes à parte da folha dos servidores, não empenhada no exercício de 2018 (PODER 360, 2019).

Como pode-se observar na mesma reportagem, a situação de calamidade financeira não se restringe ao Estado de Goiás, se estendendo também para os Estados de Mato Grosso, Rio Grande do Norte e Roraima:

O Goiás tornou-se o 4º Estado a decretar calamidade nas contas públicas em 2019.

Na última 5ª feira (17.jan), o governador do Mato Grosso, Mauro Mendes (DEM), tomou a mesma decisão, depois de o Estado não conseguir uma ajuda para antecipar recursos de exportações. Com a calamidade financeira, contratos e licitações estão sendo reavaliados e uma série de despesas foi suspensa. Novos contratos foram proibidos por 6 meses.

Em 2 de janeiro, a governadora do Rio Grande do Norte, Fátima Bezerra, também já havia decretado calamidade financeira no Estado por causa da grave situação econômica e fiscal da federação. O Plano Estadual de Recuperação Fiscal contém, entre outras, medidas que visam reduzir custos e controlar as despesas.

Ainda no dia 2 de janeiro, o governo de Roraima decretou estado de calamidade financeira.

E os problemas de orçamento nos Estados da Federação se avolumam. Em reportagem realizada pelo sítio eletrônico G1, é noticiado que 14 Estados superaram o limite da Lei de Responsabilidade Fiscal.

A Secretaria do Tesouro Nacional informou nesta terça-feira (13) que 14 estados da federação superaram em 2017 o limite da Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) de 60% da receita corrente líquida em gastos com pessoal, incluindo ativos a aposentados. Os dados constam no boletim de finanças dos entes subnacionais.

Os estados que ficaram acima do limite, no ano passado, foram: Minas Gerais, Mato Grosso do Sul, Rio Grande do Norte, Rio de Janeiro, Rio Grande do Sul, Mato Grosso, Sergipe, Acre, Paraíba, Roraima, Paraná, Bahia, Santa Catarina e Alagoas. (G1, 2018)

Diferente do que os defensores do Novo Regime Fiscal defendiam, a restrição em gastos primários está gerando justamente um maior endividamento dos entes da União e uma paralisa dos serviços públicos constitucionalmente instituídos. Nota-se uma diminuição da arrecadação e um aumento do déficit. Como demonstrado anteriormente, os gastos em programas sociais geram o aumento do crescimento da economia, além de reduzir as condições de vulnerabilidade social.

A Secretaria do Tesouro Nacional também informou que, em 2017, houve piora do resultado primário (despesas maiores do que receitas, sem contar os juros da dívida pública) dos estados, saindo de um déficit de R\$ 2,8 bilhões em 2016 para um resultado negativo de R\$ 13,9 bilhões em 2017.

O resultado ocorreu por conta do crescimento mais acentuado das despesas primárias empenhadas (R\$ 48,4 bilhões) relativamente ao crescimento das receitas primárias (R\$ 37,4 bilhões), acrescentou a instituição. (G1, 2018)

Situação preocupante também já se encontram as entidades fomentadoras de pesquisa. Em reportagem veiculada no sítio eletrônico G1, é noticiado que várias bolsas de pesquisas foram cortadas por orçamento insuficiente:

As Bolsas de Iniciação Científica (BIC) e Iniciação Científica Júnior (BIC Jr.) da Fundação de Amparo à Pesquisa de Minas Gerais (Fapemig) estão temporariamente suspensas por falta de recursos, segundo o governo de Minas Gerais.

Enquanto não forem regularizados os repasses, projetos que foram aprovados, mas que ainda não foram pagos terão seus prazos prorrogados. Não há previsão para novos pagamentos ou parcelas pendentes do Programa Pesquisador Mineiro (PPM).

(...)

A fundação informou em um comunicado publicado em seu site que “o Estado de Minas Gerais vem enfrentando severa crise fiscal, com decretação de calamidade financeira. Esta realidade tem afetado diretamente a capacidade da Fapemig de honrar com os compromissos assumidos junto a seus parceiros e beneficiários. Nenhum novo edital será lançado até que os recursos sejam regularizados. (G1, 2019)

Situação semelhante também é relatada pelo sítio eletrônico Estadão, porém com outra instituição de pesquisa:

CNPQ diz que não terá verba para investir em pesquisa em 2019. Orçamento para agência de fomento à pesquisa em 2019 é 33% menor e ministério alega que verbas só cobrirão bolsas.

SÃO PAULO - O Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) poderá perder mais um terço dos recursos em 2019, segundo a proposta orçamentária em discussão. Nesse caso, para não cortar bolsas, o órgão terá de praticamente zerar investimentos em pesquisa.

Pela proposta inicial, o orçamento do CNPq – principal agência de fomento à pesquisa científica no País – cairia de R\$ 1,2 bilhão para R\$ 800 milhões; uma redução de 33%. “É um valor inaceitável”, disse ao Estado, com exclusividade, o presidente do conselho, Mario Neto Borges. Só as bolsas atuais já custam mais do que isso: cerca de R\$ 900 milhões. O CNPq paga atualmente cerca de 80 mil bolsistas, em sua maioria jovens pesquisadores que formam a base da pirâmide de ciência e tecnologia no Brasil. (ESTADÃO, 2018)

Também traz alerta o orçamento apresentado pela saúde para o exercício fiscal de 2019, que de acordo com dados apresentados pelo sítio eletrônico da revista Carta Capital, sequer repõe a inflação de 2018:

O orçamento de ações e serviços públicos de saúde – ASPS terá dotação de R\$ 120,4 bilhões, crescimento nominal de apenas 2,5% em relação aos valores empenhados de 2018. Excluídas as emendas impositivas (cuja destinação depende da relação entre o parlamentar e suas bases políticas),

a variação é de apenas 1,2%, abaixo da inflação de 3,75% (IPCA). Isto é, o orçamento de saúde para 2019 sequer repõe a inflação de 2018. O quadro pode se agravar diante de eventual contingenciamento de recursos, sobretudo levando em conta a possibilidade de o governo perseguir um resultado primário mais restritivo.

O decréscimo real é consequência das regras fiscais vigentes, especialmente a Emenda Constitucional nº 95/2016, que afeta duplamente a saúde. Primeiro, as dotações globais, para cada Poder e órgão autônomo, não podem crescer acima da inflação registrada entre julho de 2017 e junho de 2018 (4,39%). Portanto, acréscimos de orçamento destinados à saúde deverão ser compensados com reduções em outras áreas, tendo em vista que a despesa já está programada no teto. (CARTA CAPITAL, 2019)

Essa situação pode ficar ainda mais preocupante se o chamado Orçamento Impositivo for aprovado. No dia 26 de março, a Câmara aprovou a PEC nº 2, de 2015, chamada PEC do Orçamento Impositivo. A proposta ainda precisará ser apreciada pelo Senado Federal, em dois turnos de votação. Independente do caráter meritório das despesas executadas por meio de emendas parlamentares, a medida aumenta a rigidez orçamentária. A elevação do gasto obrigatório reduziria a margem fiscal da União e, na ausência de outras medidas, dificultaria ainda mais o cumprimento do teto de gastos nos próximos anos. De 2020 a 2022, o impacto estimado da proposta seria de cerca de R\$ 7,3 bilhões.

Em nota técnica de número 31, o Instituto Fiscal Independente é claro ao afirmar que se o Orçamento Impositivo for aprovado, o Novo Regime Fiscal já paralisará as atividades estatais daqui à três anos:

É amplamente conhecido que a regra do teto de gastos prevê gatilhos, a serem automaticamente acionados em uma situação limite (de descumprimento). Contudo, chegar a esse ponto a apenas pouco mais de três anos da aprovação do Novo Regime Fiscal não seria algo positivo do ponto de vista do reequilíbrio estrutural das contas públicas, bem como para efeito da gestão de expectativas dos agentes econômicos. Nesse sentido, o avanço da PEC6 do Orçamento Impositivo é um risco para o cumprimento da regra fiscal, uma vez que reduz o grau de liberdade na execução do orçamento. (Nota técnica 31, Instituto Fiscal Independente, p 3)

Diante de tais fatos, observa-se que o Novo Regime Fiscal ao invés de impedir o endividamento do Estado brasileiro, aumenta seu nível de endividamento. Também impede que serviços públicos, constitucionalmente instituídos, já encontram dificuldade de serem prestados, pelo fato da impossibilidade de investimentos em despesas primárias, privilegiando apenas os gastos com a dívida pública e não com o povo brasileiro.

3 Cláusulas Pétreas e o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social

A Constituição possui normas fundamentais de arranjo de um Estado, significando que estas normas são “relativas à forma de Estado, forma de governo, sistema de governo, regime político (democrático, não democrático), modo de aquisição e exercício do poder, estabelecimento de seus órgãos, limites de atuação e direitos fundamentais de da pessoa humana”. (RUSSO, 2011, p. 17).

A Constituição Federal de 1988 regula a possibilidade de modificação de seu texto original. O artigo 60 da Carta magna determina o procedimento de alteração através de emenda constitucional. Pedro Lenza leciona que a Emenda Constitucional é uma espécie normativa “fruto do trabalho do poder constituinte derivado reformador, por meio do qual se altera o trabalho do poder constituinte originário, pelo acréscimo, modificação ou supressão de normas”. (LENZA, 2013, p. 627).

O legislador constitucional permitiu a alteração do texto constitucional para que se adequasse às possíveis novas necessidades da comunidade. Porém, não deixou de proteger valores que entendeu serem essenciais ao tipo de sociedade que foi idealizada quando promulgada a Carta Constitucional, deixando claro no parágrafo 4º do artigo 60 que determinadas mudanças não poderiam ser realizadas nem através de emenda constitucional.

O Poder Constituinte Derivado tem a faculdade de modificar o texto constitucional para que as garantias nele estabelecida e sua própria identidade se adeque ao surgimento de novas situações. Porém, o poder de revisão não pode ser confundido com a possibilidade de se construir uma outra Constituição. “Por isso, a adaptação que ele viabiliza, tendo caráter instrumental em relação à conservação do tipo de Estado existente, nunca pode sacrificar a forma essencial deste”. (MIRANDA, p. 600)

Deve ser ressaltado que o Poder Constituinte Derivado, ao proceder reformas na Constituição não goza de discricionariedade irrestrita, encontra-se limitado por

um sistema objetivo, que tem por finalidade preservar a identidade da Constituição e preservação de sua posição hierárquica dentro do ordenamento jurídico. Estes mecanismos, evitariam assim o desvirtuamento da Constituição original, ou mesmo a criação de uma nova através da reforma constitucional. (SARLET, 2011)

A possibilidade do Poder Constituinte Derivado promulgar Emendas à Constituição é limitada e condicionada, pois a própria rigidez da Constituição de 1988 impõe o acatamento de uma série de condições para que seu processo de alteração seja realizado. Essas condições, de acordo com Pedro Lenza, são as expressas ou explícitas, que podem ser formais ou procedimentais, circunstanciais e materiais, e as implícitas. “Assim, o ‘produto’ da PEC, qual seja a matéria introduzida, se houver perfeita adequação aos limites indicados, incorporar-se-á ao texto originário, tendo, portanto, força normativa de Constituição. (LENZA, p. 68).

Assim, pode-se observar que a eficácia das regras jurídicas produzidas pelo poder constituinte não está sujeita a nenhuma limitação normativa, seja de ordem material, seja formal, visto serem advindas do exercício de um poder suprapositivo. Por outro lado, as normas produzidas pelo poder constituinte derivado têm sua validade e eficácia condicionadas à legitimação que recebam do próprio diploma constitucional. Dessa forma, as emendas constitucionais não podem ultrapassar os limites das chamadas cláusulas pétreas. (BRASIL. STF, 2011).

Nelson de Souza Sampaio argumenta que o poder de reformar a Constituição encontra alguns limites que derivam da distinção entre poder constituinte e poder revisor, e, portanto, da própria unidade da constituição. Segundo o referido doutrinador, as constituições rígidas contêm, implicitamente, alguns limites materiais inerentes ao poder de reforma. E esses limites consistiriam logicamente em quatro categorias de normas, são elas:

- a) as relativas aos direitos fundamentais: O que se daria, para ele, como resultado do caráter supra-estatal desses direitos (já que eles seriam inerentes à própria forma do Estado liberal).
- b) as concernentes ao titular do poder constituinte: O poder reformador não pode dispor daquilo que não lhe pertence. De modo que uma reforma constitucional que alterasse a titularidade do poder constituinte não seria mais uma reforma constitucional, mas um ato revolucionário. Seria, então, inadmissível que o poder reformador alterasse o caráter democrático e plural de uma constituição cujo poder constituinte reside na soberania popular.
- c) as referentes ao titular do poder reformador: Como consequência da indisponibilidade do poder constituinte por parte do poder reformador,

tampouco esse último poderia revogar ou alterar a titularidade que lhe foi atribuída.

d) as relativas ao processo da própria emenda constitucional: Como o processo de emenda regula o exercício do poder reformador, ele expressa também a forma de expressão da titularidade reformadora atribuída pelo poder constituinte. Dado que esse seria indisponível, o exercício dos poderes por ele atribuídos também seriam indisponíveis. (SAMPAIO, 1961, p 94)

Observa-se assim, que certas balizas fundamentais não podem ser alteradas, pois descaracterizaria a sociedade que o Poder Constituinte Originário pretendia estabelecer. Por isso, a própria Constituição se protege ao vedar tais modificações radicais.

Encontram-se os direitos fundamentais protegidos não apenas contra o legislador ordinário, mas até mesmo contra a ação do poder constituinte reformador, já que integram o rol das "cláusulas pétreas" do art. 60, § 4.º, IV, da CF/1988, constituindo limites materiais à reforma da Constituição. Nesse sentido, como visto anteriormente, os direitos fundamentais sociais, gozam de proteção diferenciada na Constituição.

A reforma à Constituição deve ser no sentido de ampliar ou aprimorar os direitos fundamentais, não no sentido de restringi-los. Diante dessas premissas, cabe citar a lição de Paulo Bonavides:

Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea e matéria que requer, ao mesmo passo, um entendimento adequado dos direitos e garantias individuais do art. 60. [...]

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. (BONAVIDES, p 594-595.)

A restrição de aumento de investimento no regime de custeio mínimo das ações e serviços públicos pela União é que se verifica severo risco de retrocesso, afetando frontalmente os direitos sociais fundamentais, não sendo compatível com o ordenamento constitucional vigente.

Seguindo esse raciocínio, Fábio Konder Comparato, Heleno Taveira Torres, Élica Graziane Pinto e Ingo Wolfgang Sarlet sustentam que o financiamento dos

direitos à saúde e à educação dentro do ordenamento constitucional vigente são mínimos inegociáveis, se enquadrando em verdadeiras cláusulas pétreas:

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.

No que concerne ao direito fundamental à educação, somente períodos ditatoriais ousaram rever o compromisso social assumido desde a Constituição Republicana de 1934 de financiamento governamental em patamares mínimos nesse setor. Ou seja, há mais de 80 anos a nação brasileira reconhece na educação pública o caminho decisivo para a progressiva e inadiável superação da dependência tecnológica, ainda que sejam lentos e complexos os esforços de associar dever de gasto mínimo a qualidade no ensino.

Os retrocessos causados pelas Constituições de 1937 e 1967/1969 certamente adiaram esse histórico processo cumulativo de buscar universalizar o acesso à escola para todos os cidadãos, com o dever de ensino de qualidade. A despeito de tais retrocessos autoritários e desde a Emenda Calmon de 1983, a sociedade brasileira parecia caminhar para horizonte civilizatório basilar, como rota progressiva de materialização da dignidade humana sob os comandos legitimamente construídos e fixados em nossa Constituição Cidadã e no Plano Nacional de Educação (Lei 13.005/2014).

(...)

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. (COMPARATO, 2015)

Dessa forma, em uma comunidade estatal que se rotula livre e democrática, tutelada pelo pluralismo e sob a vigência de uma Constituição, a densidade normativa dos direitos sociais reclama proteção constitucional como condição do próprio exercício da cidadania. Os direitos que compõem a cidadania não são meras opções políticas legislativas ocasionais e circunstanciais.

Nesse sentido, boa parte da doutrina entende que as cláusulas pétreas não se limitam àquelas enumeradas taxativamente no §4º art. 60. Segundo o Prof. Gilmar Ferreira Mendes:

As limitações ao poder de reforma não estão exaustivamente enumeradas no art. 60, §4º da Carta da República. O que se puder afirmar como ínsito à identidade básica da constituição ideada pelo poder constituinte originário deve ser tido como limitação ao poder de emenda, mesmo que não haja

sido explicitado no dispositivo. Recorde-se sempre que o poder de reformar a constituição não equivale ao poder de dar ao país uma Constituição diferente, na sua essência, daquela que se deveria revigorar por meio da reforma. (MENDES, 2016, p. 289)

Gilmar Mendes, em sua condição de Ministro do Supremo Tribunal Federal, em um voto técnico e com robustos fundamentos, fala da relevância das cláusulas pétreas, de sua abrangência:

É fácil ver que a amplitude conferida às cláusulas pétreas e a ideia de unidade da Constituição (...) acabam por colocar parte significativa da Constituição sob a proteção dessas garantias. Tal tendência não exclui a possibilidade de um "engessamento" da ordem constitucional, obstando à introdução de qualquer mudança de maior significado (...). Daí afirmar-se, correntemente, que tais cláusulas não de ser interpretadas de forma restritiva. Essa afirmação simplista, ao invés de solver o problema, pode agravá-lo, pois a tendência detectada atua no sentido não de uma interpretação restritiva das cláusulas pétreas, mas de uma interpretação restritiva dos próprios princípios por elas protegidos. Essa via, em lugar de permitir fortalecimento dos princípios constitucionais contemplados nas "garantias de eternidade", como pretendido pelo constituinte, acarreta, efetivamente, seu enfraquecimento. Assim, parece recomendável que eventual interpretação restritiva se refira à própria garantia de eternidade sem afetar os princípios por ela protegidos (...). (...) Essas assertivas têm a virtude de demonstrar que o efetivo conteúdo das "garantias de eternidade" somente será obtido mediante esforço hermenêutico. Apenas essa atividade poderá revelar os princípios constitucionais que, ainda que não contemplados expressamente nas cláusulas pétreas, guardam estreita vinculação com os princípios por elas protegidos e estão, por isso, cobertos pela garantia de imutabilidade que delas dimana. (...) Ao se deparar com alegação de afronta ao princípio da divisão de poderes de Constituição estadual em face dos chamados "princípios sensíveis" (representação interventiva), assentou o notável Castro Nunes lição que, certamente, se aplica à interpretação das cláusulas pétreas: "(...). Os casos de intervenção prefigurados nessa enumeração se enunciam por declarações de princípios, comportando o que possa comportar cada um desses princípios como dados doutrinários, que são conhecidos na exposição do direito público. E por isso mesmo ficou reservado o seu exame, do ponto de vista do conteúdo e da extensão e da sua correlação com outras disposições constitucionais, ao controle judicial a cargo do STF. Quero dizer com estas palavras que a enumeração é limitativa como enumeração. (...) A enumeração é taxativa, é limitativa, é restritiva, e não pode ser ampliada a outros casos pelo Supremo Tribunal. Mas cada um desses princípios é dado doutrinário que tem de ser examinado no seu conteúdo e delimitado na sua extensão. Daí decorre que a interpretação é restritiva apenas no sentido de limitada aos princípios enumerados; não o exame de cada um, que não está nem poderá estar limitado, comportando necessariamente a exploração do conteúdo e fixação das características pelas quais se defina cada qual deles, nisso consistindo a delimitação do que possa ser consentido ou proibido aos Estados" [ADPF 33 MC, voto do rel. min. Gilmar Mendes, j. 29-10-2003, P, DJ de 6-8-2004.]

A Emenda Constitucional 95 rompe um dos ideais democráticos que é justamente a possibilidade das eleições determinarem quais são as políticas

públicas mais desejadas pela população. Afinal, de acordo com o art. 76 da Constituição Federal, cabe privativamente ao Presidente da República, eleito democraticamente em sufrágio universal (Art. 77, CF), o exercício do poder executivo, o que se materializa na sua competência de direção superior da administração federal, com o auxílio dos Ministros de Estado (84, II, CF).

O poder presidencial expressa a conexão entre o exercício do governo com a única fonte legítima de legitimidade em uma ordem democrática constitucional: a soberania popular, na forma da democracia representativa. A chefia do Poder Executivo, nesse sentido, não é exercida em nome próprio, senão que ela é expressão do autogoverno, um dos pilares do Estado Democrático de Direito.

Diante de tais premissas, as restrições ao poder presidencial devem ser originadas em decisões, inclusive do poder reformador constitucional, que possam ser legitimadas ao exercício da soberania popular em processos contínuos de decisão e que não limitem a expressão soberana popular. Uma mudança tão drástica que afasta do rol de competências presidenciais aquelas que são inerentes à própria noção de governo atingem não ao chefe do Poder Executivo Federal, mas sim à soberania popular. Assim, retiram toda a força do sufrágio democrático em sua substância.

Assim, uma das mais vitais atribuições presidenciais, aquelas relacionadas à competência privativa para a iniciativa de lei em matéria orçamentária (art. 165, caput, CF). Uma competência típica do Poder executivo nos mais diferentes sistemas constitucionais, fica suspensa de modo completamente irrazoável por um prazo de 20 anos.

Ao limitar em vinte anos o aumento de investimentos em despesas primárias, a EC 95 limita não apenas o poder de escolha do Poder Executivo, mas também do Legislativo. Essa limitação de gastos por prazo tão longo, impede o Congresso Nacional não só de decidir sobre o perfil do seu próprio orçamento, não podendo deliberar, discutir e participar da alocação dos gastos, assim como de optar por políticas que não estejam de acordo com as premissas do programa de economia política que subjaz a emenda.

Nesse sentido, na prática, o Novo Regime Fiscal tolhe o poder decisório dos representantes eleitos de buscarem alternativas orçamentárias que acharem mais adequadas para a situação vivida pelo país. Sendo assim, a democracia representativa fica substancialmente mitigada, pois os representantes eleitos ficam vinculados a uma opção orçamentária que não leva em consideração as necessidades que a sociedade possa ter. Por outro lado, o pagamento de despesas oriundas da dívida pública, gerada por juros elevados, continua privilegiada.

Assim, importe remeter-se ao artigo 14 da Constituição Federal, que trata dos Direitos Políticos. O referido dispositivo determina que o exercício da soberania popular se dá por meio do “sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com igual valor para todos”, correspondem direitos fundamentais subjetivos ao exercício de competências legislativas e constitucionais por parte do legislador, que se obriga a oferecer procedimentos democráticos baseados em princípios como o pluralismo político (art. 1º, V). Limitar as competências orçamentárias dos representantes eleitos, retira substancialmente a possibilidade de escolhas que a população possa buscar para o país.

Importante também analisar o inciso I do art. 102, que fixa por 20 anos o investimento em despesas primárias. Pode observar uma grave agressão à Separação dos Poderes, base do Estado Democrático de Direito. Em um sistema presidencialista, cabe ao Poder Executivo “formular e implementar as políticas públicas que tornarão efetivo o acesso da população a bens e serviços públicos previstos na Constituição Federal e na legislação infraconstitucional” (VIEIRA JR, 2016, P. 16).

Nesse mesmo enfoque, deve ser ressaltado que uma das limitações mais importantes do nosso sistema constitucional é aquela que está insculpida no inciso IV do §4º do art. 60 da Constituição Federal, que determina a impossibilidade do poder reformador suprimir ou abolir direitos fundamentais individuais.

Élida Graziane e Ingo Sarlet, em artigo publicado sobre o tema em questão, entendem que a vulnerabilidade fiscal dos direitos sociais, em especial a do direito à saúde, tem sido uma das maiores dificuldades de se efetivar a concretização dos mesmos, desde o próprio nascimento da Constituição de 1988, “resultado de um

conjunto de medidas e omissões que ora apenas tendem a se agravar” (PINTO; SARLET, 2015).

Ao observar todos os fatos descritos, evidente se mostra o desrespeito às cláusulas pétreas. Os direitos sociais prestacionais, vistos no ordenamento jurídico constitucional como direitos fundamentais, são claramente revogados. O próprio sufrágio universal, talvez o maior símbolo do Estado Democrático de Direito, ao estrangular as competências dos representantes da soberania popular, é no mínimo mitada, ou mesmo suprimido em sua substância. Por tais fatos, é notória assim que a Emenda Constitucional ofende cláusulas pétreas da Constituição vigente.

3.1 Princípio Da Vedação Ao Retrocesso Social

Para Joaquim José Gomes Canotilho, o princípio da vedação ao retrocesso social é decorrente do princípio da democracia econômica e social, este, por sua vez, constitui uma autorização da Constituição no sentido de que legislador e ou demais encarregados da concretização político-constitucional tomarem as ações pertinentes “para a evolução da ordem constitucional sob a ótica de uma ‘justiça constitucional’ nas vestes de uma ‘justiça social’” (CANOTILHO, 2003 p. 338)

O jurista português, ainda abordando a vedação ao retrocesso social esclarece:

[...] o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado 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 desse núcleo essencial. (CANOTILHO, 321)

Nessa mesma direção, Jorge Miranda entende não ser possível suprimir as normas legais e concretizadoras, retirando os direitos derivados a prestações, visto que os extinguir seria retirar de fato a eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Diante de tais premissas, deriva-se a regra do não retrocesso social, baseada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito. (MIRANDA, 2011, p. 188)

Cristina Queiroz também aponta a importância do referido princípio, afirmando que o poder público não pode reduzir garantias sociais sem apresentar alternativas contra o retrocesso:

Concretamente, o princípio da “proibição do retrocesso social” determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações sociais”, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma “lei de proteção”, a ação do Estado, que se consubstanciava num “dever de legislar”, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei (QUEIROZ, 2006, p. 116)

Em uma análise lógica da sistemática de proteção aos direitos fundamentais, observa-se que a possibilidade de retrocesso contraria à axiologia pretendida pelo ordenamento jurídico constitucional. Dessa forma, se o retrocesso social alcançar o próprio núcleo essencial do direito fundamental social, estará atingindo de fato, a própria dignidade da pessoa humana. Deixar discricionariedade capaz de possibilitar ao poder constituinte derivado a possibilidade de permitir retrocessos sociais é relegar o princípio da dignidade da pessoa humana em segundo plano é ferir de morte a proteção aos direitos fundamentais. (SARLET, p. 453)

O referido princípio visa a proteção dos direitos sociais efetivados por atos pretéritos contra medidas regressivas de entidades estatais, de forma que ocorra sempre ampliação desses direitos. A margem de ação dos agentes estatais torna-se limitada diante da concretização de direitos fundamentais de natureza social. O legislador fica vinculado à legislação efetivadora de direitos fundamentais e não estaria autorizado a eliminar normas sobre a matéria ou a reduzir drasticamente o alcance delas, “pois isto equivaleria a “subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador”. (SARLET, p. 444)

Alessandra Gotti de maneira coerente, relaciona a vedação ao retrocesso social com o Direito Internacional Público:

O retrocesso social acarreta a presunção de invalidez ou inconstitucionalidade da medida adotada, bem como transfere ao Estado o ônus da prova quanto à sua razoabilidade [...] e proporcionalidade. Isso

porque o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU aponta para o dever de cada Estado-parte, em caso de retrocesso constatado, de “demonstrar que examinou todas as alternativas existentes e justificá-las em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto da utilização do máximo dos recursos disponíveis, consagrando assim a inversão do ônus da prova, conforme pode ser verificado no Comentário Geral n. 3 (a índole das obrigações dos Estados-partes), parágrafo 9.(GOTTI, 2012, 171-174)

Em que pese o fato da não existência de norma positiva que regulamente o referido princípio no ordenamento jurídico pátrio, o mesmo é reconhecido pela jurisprudência. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o princípio da vedação de retrocesso em a decisão proferida, no MS 24.875-1/DF, j. 11.05.2006, ao proferir seu voto, o Ministro Celso de Mello defendeu:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculos a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.- (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125). (BRASIL. STF, 2006)

Diante de tais premissas, observa-se que o princípio da proibição do retrocesso social se conecta com os escopos da Constituição que, caso não sejam interpretados a sua luz, afetam de morte a lógica do ordenamento constitucional vigente. Assim, objetivos existem com intuito de serem cumpridos, devendo ao menos, exigir conformidade das tentativas com os preceitos estipulados. Ainda mais quando os preceitos estão inseridos na Carta que fundamenta o sistema de direitos. Segundo ela, todo empreendimento de poder instituído precisa ter em mente esses limites. Ao invés do estado, para cumprir sua missão, retirar direitos, ele deve agir para garantir e incrementar as potencialidades sociais da coletividade.

Fica evidente assim a existência de limites implícitos e explícitos ao Poder Reformador da Constituição que foram feridos pela Emenda à Constituição em tela.

Em primeiro lugar, não se pode entender como constitucional uma Emenda que tenha como produto o incremento dos efeitos reais da pobreza, já que é objetivo da Constituição erradicá-la. Quando o Poder Constituinte se reuniu, julgou relevante o suficiente este objetivo para demarcá-lo no documento, o que vincula a realização da dignidade da pessoa humana com essa perspectiva material. A pobreza – e sobretudo a extrema pobreza – não dialogam com a dignidade da pessoa humana.

A importância de se preservar os direitos fundamentais contra as chamadas maiorias eventuais é a verdadeira defesa à defesa à dignidade da pessoa humana, sendo que tal princípio representa o verdadeiro limite à discricionariedade do poder constituinte derivado. Este núcleo irradiador evita os abusos que possam levar ao esvaziamento ou à supressão do conteúdo buscado pelo constituinte originário. Ressaltando assim a relevância do princípio da dignidade da pessoa humana como parâmetro base da ordem constitucional, Ingo Wolfgang Sarlet expõe o sentido básico do princípio em três categorias: “não há como negar que os direitos à vida, liberdade e igualdade correspondem diretamente às exigências mais elementares de dignidade da pessoa humana” (SARLET, 99). Nesse diapasão, a dignidade humana com o seu núcleo -vida, liberdade e igualdade -, constitui princípio sistemático de todos os direitos fundamentais e tem também função legitimadora necessária ao reconhecimento de direitos fundamentais implícitos, sendo um dos fundamentos do Estado Democrático brasileiro, que existe em função dos seus indivíduos e cidadãos.

Assim, ao observar os ensinamentos doutrinários e o citado julgado da Suprema Corte, entende-se que o legislador não tem total discricionariedade para modificar a Constituição. Deve legislar respeitando os direitos já consolidados pelo ordenamento jurídico.

Dessa forma também se posicionou o Supremo Tribunal Federal no julgamento da ADI nº 1.946/DF, relatada pelo Ministro Sydney Sanches, em que a Corte consignou sua posição contrária à imposição normativa que implicasse em redução da proteção constitucional dos direitos sociais, entendendo tal medida como retrocesso histórico inadmissível. O Supremo Tribunal Federal deixou claro que há evidente ataque a cláusulas pétreas quando a retirada de direitos sociais fere o núcleo básico do princípio da igualdade:

EMENTA: - DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, § 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a Proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias". 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora.

Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. 4. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, ficou agora, ao ensejo deste julgamento de mérito, reforçada substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. 5. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidos, e nessa manifestação do Ministério Público federal, a Ação Direta de Inconstitucionalidade é julgada procedente, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. 6. Plenário. Decisão unânime. (ADI 1946, Relator(a): Min. SYDNEY SANCHES, Tribunal Pleno, julgado em 03/04/2003, DJ 16-05-2003 PP- 00090 EMENT VOL-02110-01 PP-00123) (BRASIL. STF, 2003)

O princípio da vedação ao retrocesso social pode ser observado no ordenamento jurídico português. O Tribunal Constitucional de Portugal se posicionou há algum tempo sobre a ideia da proibição do retrocesso social. Em

decisão proferida no ano de 1984, no acórdão nº 39, a Corte Constitucional decretou a inconstitucionalidade de lei que revogava consideravelmente a Lei do Serviço Nacional de Saúde, trazendo ao Tribunal o entendimento de que esta revogação violaria o direito constitucional de proteção à saúde. No trecho abaixo, pode-se observar o posicionamento do Tribunal Lusitano (REBELLO, 2009, p. 90):

[...] as tarefas constitucionais impostas ao Estado, em sede de direitos fundamentais, no sentido de criar certas instituições ou serviços, não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados.

[...] após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos; mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los. (apud REBELLO)

O ordenamento jurídico alemão também reconheceu a vedação aos retrocessos sociais nas decisões de seu Tribunal Federal Constitucional. Em recorrentes oportunidades, reconheceu a proibição do retrocesso social. Partiu da premissa de que as prestações sociais já concretizadas naquele estado teriam, caracterizariam um legítimo direito de propriedade da sociedade. Assim, a ação do poder legislativo não poderia obliterar um direito à prestação material já concretizado, sob risco de desrespeitar a própria garantia constitucional da propriedade. (SARLET, p. 446)

Oportuno também citar o acordo no âmbito do Direito Internacional intitulado como Pacto sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), do ano de 1966. Em seu art. 2º, dispôs sobre a obrigação dos Estados firmatários de implantar progressivamente os direitos referidos em seu título. Diante de tais premissas, Marcelo Rebello relata que: “Victor Abramovich e Christian Courtis sustentaram que estaria subentendida a vedação do retrocesso no que tange aos direitos sociais já concretizados”, e ainda ressalta que: “(...) Flávia Piovesan também adverte que da aplicação progressiva dos econômicos, sociais e culturais resulta a cláusula de proibição do retrocesso social em matéria de direitos sociais” (REBELLO, p. 92)

Diante de tais fatos, notório que reduzir por vinte anos o investimento em despesas primárias, reduzindo investimentos sociais já consolidados no país,

colocando em vulnerabilidade social, grande parte da população brasileira, contraria de morte o princípio da vedação ao retrocesso social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como discutido no presente trabalho, a Constituição da República Brasileira, que entrou em vigor em 1988 é uma Constituição do Estado Democrático de Direito. Diferente das Constituições Liberais ou mesmo das Constituições do Estado Social, que só tratava da organização e das competências estatais, ou ainda garantia que o Estado fornecesse alguns serviços públicos, ela tem como objetivo ser indutora de transformação social.

Com o intuito de trazer para o Brasil conquistas já alcançadas em países desenvolvidos, a Constituição de 1988 ficou popularmente conhecida com a Constituição Cidadã, pródiga em direitos fundamentais e com ambições e mesmo tardiamente, efetivar conquistas da modernidade. Suas normas passam a possuir efeitos que vinculam a atividade do próprio Estado, condicionando a ação de seus agentes. Os princípios explícitos e implícitos no Diploma Constitucional deixam de ser apenas símbolos políticos, passando a efetivar valores consagrados pelo Poder Constituinte Originário.

Nesse sentido, se fez necessário breve análise do histórico do Constitucionalismo moderno, do constitucionalismo que emergiu das Revoluções Burguesas, até o constitucionalismo que deu origem às os diplomas constitucionais do Estado Democrático de Direito. Nessa análise, observou-se que diferente das eras liberais e sociais, as normas devem ser analisadas não apenas em sua validade formal, mas também em sua validade substancial.

Assim, constatou-se que a Constituição Federal de 1988, como um Diploma do Estado Democrático de Direito, instaura um ordenamento jurídico constitucional tendo como valores fundamentais a serem observados pelos agentes do Estado, a proteção aos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana. Dessa forma, ações do Estado que são contrárias a esses valores resguardados pela Constituição, não são compatíveis com o ordenamento jurídico constitucional vigente.

Posteriormente, este trabalho fez uma breve análise da consolidação dos direitos fundamentais, desde aqueles consagrados pelas Constituições Liberais, até os de natureza prestacionais. Assim, observou que alguns direitos, inseridos dentro de ordenamentos jurídicos constitucionais, gozam de status diferenciado, tendo em vista que por uma decisão político social, são considerados de relevância primordial para sua sociedade. Dessa forma, são protegidos contra possíveis mudanças legislativas, inclusive não podendo ser restringidos nem ao menos pelo Poder Constituinte Derivado.

Estes direitos fundamentais, são institutos que resguardam a dignidade da pessoa humana. Possibilitam que os cidadãos tenham condições de viverem no interior do Estado com a garantia de que suas vidas terão condições mínimas de dignidade. Vão desde ações onde o Estado se abstém de agir, respeitando direitos do cidadão, ou através de deveres do Estado de fornecer serviços para a comunidade, através dos direitos fundamentais prestacionais.

Nessa esteira, fez-se resumida análise do direito à saúde e direito à educação, dois direitos fundamentais sociais de caráter prestacionais que estão inseridos dentro da Constituição Federal. Assim, notou-se o Poder Constituinte Originário se preocupou bastante com esses direitos, inserindo normas constitucionais que determinavam que o fomento à saúde e a educação não são apenas direitos da sociedade, mas um dever do Estado.

Observou-se que desde a entrada da vigência da atual Constituição, o Estado brasileiro tomou atitudes concretas de efetivação dos direitos sociais à saúde à educação. A instauração do Sistema Único de Saúde (SUS), o aumento do financiamento da saúde com índices mínimos do Produto Interno Bruto e o estabelecimento de políticas públicas de universalização da saúde foram medidas tomadas pelo Estado para tentar realmente efetivar o direito à saúde. Na educação, a criação de fundos de fomento à educação, a criação de índices mínimos para o financiamento à educação também foram demonstrações que o Estado brasileiro tomava medidas concretas de fomento à educação.

Após as referidas digressões, foi analisado o conteúdo da Emenda Constitucional 95 de 2016, que no ano de 2017 criou o chamado Novo Regime

Fiscal. Este regime proibiu que a União invista em despesas primárias durante vinte anos. Assim buscou-se analisar se essa Emenda, que obedeceu formalmente aos quóruns necessários para se alterar o texto constitucional, também se adequa substancialmente ao ordenamento jurídico instaurado pela Constituição Federal de 1988.

Assim, foi analisado dados de pesquisas que fizeram projeções sobre investimentos em direitos fundamentais prestacionais. Os referidos estudos mostram que o investimento em direitos sociais, que após a entrada em vigor do Diploma Constitucional cresciam ano após ano, mas que ainda eram ineficientes para trazer ao país a excelência já atingida em países de alto desenvolvimento humano, com a entrada do Novo Regime Fiscal, cairão drasticamente, deixando o financiamento desses serviços completamente vulneráveis.

Porém não apenas a longo e médio prazo os efeitos nefastos da EC 95 podem ser sentidos. O trabalho apresenta notícias de veículos jornalísticos mostrando que a falta de investimentos em despesas primárias já trouxe graves consequências aos serviços públicos. Cortes na saúde e na educação já são noticiados, cortes em bolsas de pesquisas e um grande endividamento dos Entes da Federação são relatados neste trabalho.

Ao analisar estudos sobre investimentos contra a desigualdade social, um dos objetivos positivados pelo vigente Diploma Pátrio, constatou-se que tais investimentos se revertem em fomento à economia e consequentemente não em endividamento. Esta constatação apresentada através de institutos de pesquisa, contraria o argumento dos defensores da EC 95/16 que afirmam que gastos em direitos sociais trazem o endividamento ao país. Dessa forma, além desses gastos se mostrarem eficazes em diminuir a situação de vulnerabilidade social no país, ainda se mostrou um eficiente indutor da economia.

Nesse mesmo sentido, também pode-se verificar que a maior parte da dívida do Estado brasileiro não são gerados por gastos em despesas primárias. A maior parte da dívida é gerada por despesas com o setor financeiro, com a rolagem dos juros da dívida pública. Mais de 42 % das receitas do país são direcionadas para pagar os contestados juros da dívida pública. Mesmo assim, o Novo Regime

Fiscal não traz nenhuma restrição a esses gastos, enquanto investimentos em direitos sociais, em atendimento aos anseios e necessidades dos cidadãos, são restringidos durante vinte anos, totalmente divorciado dos objetivos da República Federativa do Brasil.

No terceiro capítulo discutiu-se sobre cláusulas pétreas e sobre o princípio da vedação ao retrocesso social. Assim, foi observado que as Constituições Rígidas dão a liberdade para que o Poder Constituinte altere o texto de sua própria Constituição para que esse texto possa ser adequado às novas demandas apresentadas e as atualizações necessárias à sua época. Porém essas atualizações não podem tocar em bens jurídicos que são considerados vitais e estratégicos para uma sociedade. Dessa forma, a Constituição Federal de 1988 em seu parágrafo 4º do artigo 60 protege tais mudanças que atacaria bens jurídicos considerados fundamentais para este ordenamento jurídico constitucional.

Em relação ao princípio da vedação a retrocesso social, observou-se que o mesmo decorre da lógica sistêmica, tendo que vista que a permissão do Estado retroceder socialmente seria um contrassenso à axiologia instaurada no ordenamento jurídico constitucional. Esta vedação visa a proteger direitos sociais efetivados por atos já efetivados contra medidas regressivas de entidades estatais, de forma que ocorra sempre ampliação desses direitos.

Diante de tais fatos, evidente se mostra o desrespeito às cláusulas pétreas. Os direitos sociais prestacionais, inseridos no ordenamento jurídico constitucional como direitos fundamentais, são claramente revogados por falta de recursos. O próprio direito ao voto, grande corolário do Estado Democrático de Direito, ao estrangular as competências dos representantes da soberania popular, é no mínimo mitigada, ou mesmo suprimido em sua substância. Por tais fatos, é notória assim que a Emenda Constitucional ofende de morte o §4º art. 60 da Constituição Federal de 1988.

Este trabalho chega conclusão que a Emenda Constitucional de 2016, mesmo tendo obedecido os quóruns necessários para alterar o texto constitucional, padece de flagrante inconstitucionalidade material. Esta alteração impede que seja por duas décadas aumentado os investimentos em despesas primárias, atingindo

em cheio direitos sociais como saúde, educação, assistência social etc. Por outro lado, deixa livre pagamentos aos credores da dívida pública que consomem mais de 42% do produto interno bruto.

Assim, fica claro que o Poder Constituinte Derivado não pode acrescentar mudanças que são contraditórias aos anseios pretendidos pelo Poder Constituinte Originário. Através de um pacto fundante, a Constituição vigente buscou implantar mudanças sociais no Brasil. Implantar um verdadeiro Estado Democrático de Direito, consolidando as promessas de modernidade, mesmo que tardiamente. Dessa forma, deixar de fomentar direitos considerados fundamentais pela sociedade brasileira, para privilegiar interesses financeiros, não pode ser logicamente permitido dentro do ordenamento jurídico constitucional instaurado pela chamada Constituição Cidadã, até porque, o bem jurídico mais valioso resguardado pelo Diploma Pátrio é a dignidade da pessoa humana e não os lucros do sistema financeiro.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALCANTARA, Juliano Paniago de. Os direitos sociais à saúde e educação no Brasil: análise do instituto da intervenção. In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XXI, n. 169, fev 2018. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=20194&revista_caderno=9>. Acesso em abr 2019.

ALEXY, Robert. Colisão de Direitos fundamentais no Estado constitucional democrático. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: Editora Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 217, p. 55-66, jul. /set. 1999. <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413>

_____. Direitos Fundamentais no Estado Constitucional Democrático. **Revista de Direito Administrativo**, São Paulo: Ed. Renovar e Fundação Getúlio Vargas, n. 217, jul.-set./1999. <https://doi.org/10.12660/rda.v217.1999.47413>

ALVES, Cândice Lisbôa. **Direito à saúde**: efetividade e proibição do retrocesso social. Belo Horizonte: D'Plácido, 2013.

AUDITORIA CIDADÃ. O sistema da dívida pública brasileira. Entrevista concedida a Ana Maria Ramos Estevão e Lila Cristina Xavier Luz, 2017. Disponível em: <https://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2017/08/US60_web_entrevista-1.pdf> Acesso em abr. 2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2356 MC/DF**. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623127> > Acesso em nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 2362 MC/DF**. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Néri da Silveira. Brasília. Disponível em: < <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=623128>> Acesso em nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5595 MC/DF**. Medida cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. Relator: Min. Lewandowski. Brasília. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=5056708>>. Acesso em nov. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Petição inicial na ADI 5595**, Relator: Min. Lewandowski. Brasília. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/estfvisualizadorpub/jsp/consultarprocessoeletronico/ConsultarProcessoEletronico.jsf?seqobjetoincidente=5056708>>. Acesso em: set. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADIn 3.104-0/DF**, Pleno, j. 26.09.2007, rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 09.11.2007.

BRASIL, **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em set. 2017.

BRASIL, **Planejamento, Desenvolvimento e Gestão**. 2011-2016. Disponível em: <<http://www.planejamento.gov.br/assuntos/orcamento-1/>> Acesso em set. 2017.

BRASIL, **Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996**. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm> Acesso em: nov. 2017

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, Direitos fundamentais e controle das políticas públicas. **Revista de Direito Administrativo**, n. 240, abr-jun 2005. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43620>

BARCELLOS, Ana Paula de. O direito a prestações de saúde: complexidades, mínimo existencial e o valor das abordagens coletiva e abstrata. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (coord.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010,

BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em nov. 2017. <https://doi.org/10.12660/rda.v240.2005.43618>

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**. Limites e possibilidades da Constituição brasileira. Rio de Janeiro: Renovar, 2000

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. São Paulo: Malheiros, 2001.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 36, n. 142, p. 35-51. abr/jun 1999. Disponível em: < <http://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/474>> Acesso em: nov. 2017

BOBBIO, Norberto. **Teoria do ordenamento jurídico**. Tradução de Ari Marcelo Solon. São Paulo: Edipro, 2011

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARTA CAPITAL. Graças à “PEC do Fim do Mundo”, Orçamento do SUS cai em 2019. Disponível em: < https://www.cartacapital.com.br/saude/gracas-a-pec-do-fim-do-mundo-orcamento-do-sus-cai-em-2019/?utm_campaign=newsletter_rd_%20_30012019&utm_medium=email&utm_source=RD+Station > Acesso em mar. 2019

COMPARATO, Fábio; TORRES, Heleno Taveira; PINTO, Elida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Financiamento dos direitos à saúde e à educação: mínimos inegociáveis. **Revista Consultor Jurídico**. 2016. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2016-jul-27/financiamento-direitos-saude-educacao-minimos-inegociaveis>>. Acesso em: nov. 2017.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. **Atividade legislativa do poder executivo**. 2. ed. São Paulo: RT, 2000.

_____, Clèmerson Merlin. **O direito e os direitos**, São Paulo: Acadêmica, 1988.

DA SILVA, Adelmo Torquato; MERCÊS DA SILVA, Élide Raquel. A Emenda Constitucional 86 E O Impacto No Orçamento Da Saúde. **Revista Interface**, [S.l.], n. 2, out. 2016. Disponível em: <<https://ojs.ccsa.ufrn.br/index.php?journal=interface&page=article&op=view&path%5B%5D=626>> Acesso em: nov. 2017

ESCOBAR, Herton. **ESTADÃO**. CNPQ diz que não terá verba para investir em pesquisa em 2019. Disponível em: <<https://ciencia.estadao.com.br/noticias/geral,cnpq-diz-que-so-tera-verba-para-bolsas-em-2019,70002438970>> Acesso em: ago. 2018.

FATTORELLI, Maria Lucia. Você está sendo roubado pela pec 241. **Auditoria Cidadã da Dívida**, 2016. Disponível em: <<https://auditoriacidada.org.br/conteudo/voce-esta-sendo-roubado-pela-pec-241/>> Acesso em: nov. 2017

FATTORELLI, Maria Lucia. ÁVILA, Rodrigo. Orçamento 2019 revela que o rombo está no gasto com a dívida pública. **Monitor Mercantil**. Disponível em: < https://monitordigital.com.br/or-amento-2019-revela-que-o-rombo-est-no-gasto-com-a-d-vida-p-blica-2?fbclid=IwAR1OwyVDz4iehl4NI-69hl8hUhMjsKYVNXezge-lnwzppHHBADcddyU_fiY > Acesso em: nov. 2017.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**: técnica, decisão, dominação. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. **A soberania no mundo moderno**. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FIORAVANTI, Maurizio. **Constitucion: de la antigüedad a nuestros días**. Tradução de Manuel Martínez Neira. Madrid: Editorial Trotta, 2007.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2016.

FÓRUM, 21; FUNDAÇÃO FRIEDRICH EBERT STIFTUNG (FES); SOCIEDADE BRASILEIRA DE ECONOMIA POLÍTICA; PLATAFORMA POLÍTICA SOCIAL. **Austeridade e Retrocesso**: finanças públicas e política fiscal no Brasil. São Paulo: Fórum, 21; Fundação Friedrich Ebert Stiftung (FES); GT de Macro da Sociedade Brasileira de Economia Política (SEP); e Plataforma Política Social, setembro de 2016.

G1. 14 estados superam limite da LRF para gastos com pessoal em 2017, diz Tesouro Nacional, 2018. Disponível em: <<https://g1.globo.com/economia/noticia/2018/11/13/14-estados-superam-limite-da-lrf-para-gastos-com-pessoal-em-2017-diz-tesouro-nacional.ghtml>> Acesso em: dez. 2018.

G1. Bolsas de pesquisa em Minas Gerais são suspensas por falta de recursos, diz governo do estado, 2019. Disponível em: < <https://g1.globo.com/mg/minas-gerais/noticia/2019/02/28/bolsas-de-pesquisa-em-minas-gerais-sao-suspensas-por-falta-de-recursos-diz-governo-do-estado.ghtml> > Acesso em abr. 2019.

GOUVÊA, Marcos Maselli. **O Controle judicial das omissões administrativas**: novas perspectivas de implementação dos direitos prestacionais. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

GOTTI, Alessandra. **Direitos Sociais**: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados. São Paulo: Saraiva, 2012.

GUASTINI, Riccardo. La constitucionalización del ordenamiento jurídico: el caso italiano. In: CARBONELL, Miguel (org.). **Neoconstitucionalismo** (s). Madrid: Editorial Trotta, 2003, pp. 13-29.

INESC; OXFAM Brasil, 2017. **Direitos Humanos em Tempos de Austeridade**. Disponível em: <http://www.inesc.org.br/biblioteca/publicacoes/outras-publicacoes/direitos-humanos-em-tempos-de-austeridade/view> Acesso em jan. 2018

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 17. ed. rev., atual. e ampl. - São Paulo: Saraiva, 2013.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**. 2017. <https://doi.org/10.5380/rinc.v4i1.50289>

MATTEUCI, Nicola. **Organización del poder y libertad: historia del constitucionalismo moderno.** Madrid: Editorial Trotta, 1998.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional.** 11a. Ed. São Paulo, Saraiva, 2016

MIRANDA, Jorge de. **Teoria do Estado e da Constituição.** 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. A filosofia hermenêutica para uma jurisdição constitucional democrática: fundamentação/aplicação da norma jurídica na contemporaneidade. **Revista direito GV**, vol.5, n.1, p.147-168, 2009. Disponível em:< <http://www.scielo.br/pdf/rdgv/v5n1/a08v5n1.pdf>> Acesso em nov. 2017. <https://doi.org/10.1590/S1808-24322009000100008>

NEVES, Marcelo. **Transconstitucionalismo.** São Paulo. Martins Fontes, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **Contributo para uma teoria do estado de direito:** do estado de direito liberal ao estado social e democrático de direito. Coimbra: Coimbra, 1987.

PINTO, Elida Graziane; SARLET, Ingo Wolfgang. Regime previsto na EC 86/2015 deve ser piso e não o teto de gasto em saúde. **Revista Consultor Jurídico.** 2015. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2015-mar-24/gasto-saude-previsto-ec-862015-piso-nao-teto>> Acesso em: nov. 2017.

_____. Reduziu-se "em excesso" o legado da declaração dos direitos humanos e da CF. **Revista Consultor Jurídico**, 2018. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-dez-04/contas-vista-reduziu-excesso-legado-declaracao-direitos-humanos>> Acesso em: nov. 2017.

PODER 360. Governador de Goiás decreta calamidade financeira no Estado. 2019. Disponível em: < <https://www.poder360.com.br/brasil/governador-de-goias-decreta-calamidade-financeira-no-estado/>> acesso em: abr. 2019.

SANTOS, Lenir; FUNCIA, Francisco. Emenda Constitucional 95 fere o núcleo essencial do direito à saúde. **Revista Consultor Jurídico**, 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-21/opiniao-ec-95-fere-nucleo-essencial-direito-saude>> Acesso em: nov. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os Direitos Fundamentais Sociais Na Constituição De 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, n. 30, p. 97-124, abr./jun. 1999.

_____. Os Direitos Fundamentais Sociais e o problema de sua proteção contra o poder de reforma na Constituição de 1988. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 46, p. 42-73, jan./mar. 2004.

_____. Algumas considerações sobre o direito fundamental à proteção e promoção da saúde aos 20 anos da Constituição Federal de 1988. **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 67, p. 125-172, jul./set.2008.

SCHIER, Paulo Ricardo. Anotações nucleares de direito constitucional. Curitiba: Juruá, 2001.

SIQUEIRA JR, Paulo Hamilton. Constituição e Pós-modernidade. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 22, p. 202 – 220, jul./dez. 2008.

_____. Neoconstitucionalismo. **Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo**, vol. 29, p. 161 – 185, jan – jun. 2012.

_____. **Constituição e Pós-modernidade**, Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo | vol. 22/2008 | p. 202 - 220 | Jul - Dez / 2008 DTR\2008\768.

STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, 2013.

_____. **Hermenêutica jurídica e(m) crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria dos Advogados, 2009.

_____. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos e garantias fundamentais - Sociais no Brasil. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, vol. 8, n. 2, p.257-301, mai./ago, 2003. Disponível em: <<https://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/viewFile/336/280>>. Acesso em: nov. 2017.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**, Coimbra: Coimbra, 2006.

VIEIRA JR. Ronaldo Jorge Araújo. As Inconstitucionalidades do “Novo Regime Fiscal” Instituído Pela PEC nº 55, de 2016 (PEC nº 241, de 2016, na Câmara dos Deputados). **Boletim Informativo** – Núcleo de Estudos e Pesquisas da Consultoria Legislativa. Brasília/DF, 2016, Disponível em: <https://www.cartacapital.com.br/politica/consultoria-do-senado-aponta-inconstitucionalidade-da-pec-dos-gastos> Acesso em jan. 2018

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

BORGES, Alexandre Walmott. **Preâmbulo da Constituição & a ordem econômica**. Curitiba: Juruá, 2009.

CASTILHOS, Ricardo. Valores constitucionais. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; GONÇALVES JÚNIOR, Jerson Carneiro; BETTINI, Lucia Helena Polleti (Org.).

Hermenêutica constitucional - Homenagem aos 22 anos do Grupo de Estudos Maria Garcia. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

AGUIAR, Roger Silva. O positivismo e o pós-positivismo na criação e aplicação do Direito civil brasileiro. In: MELLO, Cleyson M. **Novos Direitos**: os paradigmas da pós-modernidade. Niterói: Impetus, 2004.

HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução (da 20ª Edição Alemã) de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sérgio. Fabris, 1998

LIBERATI, Wilson Donizeti. **Direito à educação**: uma questão de justiça. São Paulo: Malheiros, 2004.

ALMEIDA, M. S. R. **A escola inclusiva do século XXI**: as crianças podem esperar tanto tempo?. 2008.

CONCEIÇÃO, Sergio Henrique da. Perspectivas e Desafios do Plano Nacional de Educação (PNE) (2014-2024) no Contexto do Financiamento da Educação Básica. **Educação em Revista**, Marília, v.17, n.1, p.35-54, Jan.-Jun., 2016. Disponível em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/educaçãoemrevista/article/view/5862>>. Acesso em: 21 de abril de 2019.

Nelson de Sousa Sampaio. **O poder de reforma constitucional**. Salvador, Imprensa Oficial Bahia, 1961.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros, 2001.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira; SARMENTO, Daniel. **Direito Constitucional**: Teoria, história e métodos de trabalho [e-pub]. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2012.