



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

PARECER

Indicação: nº 073/2019

Objeto: Proposta de Emenda Constitucional nº 188/19

Indicante: Sérgio Luiz Pinheiro Sant'Anna

Relator: Emerson Affonso da Costa Moura

EMENTA: Proposta de emenda constitucional nº 118/2019, que estabelece medidas de ajuste fiscal. Exercício indevido das competências do poder constituinte reformador que atua como revisão constitucional violando o artigo 3º do ADCT. Violação ao princípio federativo e a autonomia político-administrativa dos entes. Violação aos princípios, objetivos e direitos fundamentais voltados à promoção da pessoa humana e da justiça social mediante a redução das desigualdades sociais, econômicas e regionais e promoção do bem de todos, o que se alcança com a expansão da promoção dos direitos sociais na busca por igualdade material. Violação ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos agentes públicos, princípio do concurso público, princípio da eficiência no serviço público e do direito fundamental ao serviço público. Violação ao regime constitucional de competência e de repartição de recursos tributários. **Opinião pela inconstitucionalidade parcial da proposta de emenda citada com requerimento de encaminhamento deste parecer ao Congresso Nacional para que tome as medidas cabíveis antes a sua aprovação e a representação aos legitimados do artigo 103 da Constituição Federal em caso de aprovação da emenda nos termos do artigo 2º inciso III, 3º inciso VI e 45 inciso I do estatuto do IAB.**



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

I. DO RELATÓRIO

Trata-se de indicação que versa sobre a proposta de Emenda Constitucional nº 188/19, que altera substancialmente a Constituição Federal modificando a redação de diversas regras¹ e acrescentando disposições² à Constituição Federal, bem como, altera³ e inclui normas⁴ ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias⁵

As medidas voltam-se ao ajuste fiscal mediante a modificação da estrutura do orçamento público, proibição de vinculação de receitas tributárias, redução de jornada de trabalho de servidores públicos, mecanismos quando as operações de créditos excederem as despesas de capita, criação no Conselho Fiscal da República dentre outras.

Em razão da amplitude da proposta e do objeto da indicação, o parecer tratará das reformas à partir dos seguintes temas indicados na indicação: o *princípio federativo*, os *objetivos constitucionais*, a *tutela os direitos sociais*, as *garantias funcionais dos servidores*, o *regime constitucional de competências* e de *repartição de recursos*.

Porém, torna-se necessário, precipuamente, delimitar o próprio objeto da referida indicação, a saber, os contornos possíveis a serem assumidos pelo exercício do poder constituinte reformador pelo poder legislativo sob a égide da Constituição Federal da República do Brasil de 1988.

Passo ao meu parecer.

¹ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Arts. 6º, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, 71, 74, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal

² BRASIL, Emenda Constitucional nº 118. Arts. 135-A, 163-A, 164-A, 167-A, 167-B, 168-A e 245-A

³ BRASIL, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Arts. 35, 107, 109 e 111.

⁴ BRASIL, Emenda Constitucional nº 118. Arts. 91-A, 115, 116 e 117

⁵ BRASIL, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Arts. 35, 107, 109 e 111.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

II. DA VIOLAÇÃO AOS LIMITES DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR E A DISPOSIÇÃO DO ADCT SOBRE REFORMA CONSTITUCIONAL

Desde já se aponta que a competência constitucional conferida ao parlamento para atuar como poder constituinte reformador não guarda a natureza de inicial, ilimitado e incondicionado, mas ao revés, se sujeita à restrições formais – de índole procedimental – e limites substanciais – de reserva de conteúdo.

O reconhecimento da natureza decorrente, limitada e condicionada do poder constituinte representa mais do que uma afirmação teórica para fins didáticos, mas uma implicação no funcionamento das instituições republicanas, que é a identificação de restrições de índole político-jurídica para a manifestações do exercício daquele poder.

Embora nenhuma Constituição tenha por finalidade ser perpétua já que é fruto do regime político subjacente, porém, não é através dos mecanismos criados pela mesma de garantia de sua estabilidade – ao qual inclui a reforma para preservar a sua eficácia – que devem ser feitas alterações substanciais.

Neste viés, *reforma* não é *revisão* constitucional e, tão pouco, *nova* constituinte, de modo que as alterações promovidas por uma Emenda Constitucional representem a manifestação de uma mudança formal no âmbito da lei fundamental adequando às demandas da sociedade não pode desconfigurar o pacto político fundamental.

Assim, deve considerar-se-á os limites que um poder constituinte reformador assume no que tange a preservação do conteúdo essencial – que não se identifica apenas com as limitações materiais explícitas nas chamadas *cláusulas pétreas* – mas envolve a proteção dos bens e valores essenciais eleitos pela comunidade na lei fundamental.

Na literatura jurídica já há o reconhecimento de limitações *implícitas* que junto as sujeições expressas tem por finalidade resguardar a Constituição – fruto da deliberação pública



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

permanente – das manifestações das maiorias eventuais – em processo majoritário temporário – de possíveis atentados à ordem jurídico-constitucional.

Buscam reconhecer a própria semântica da expressão *reformular*, que significa de fato alteração, mas não pode significar, mudanças substanciais, que possam configurar uma *construção* ou *destruição* sob pena de reconhecermos no poder constituinte reformador uma dimensão de Assembleia Constituinte.

Igualmente o exercício do poder constituinte reformador, que ocorre por via de emenda constitucional, não pode ser confundido com reforma constitucional, já que a primeira não observa limitação temporal, enquanto a segunda teve previsão de prazo constitucional⁶.

No caso em tela, observa-se que pela extensão do objeto da proposta de Emenda Constitucional nº 188/19, que altera modifica diversas regras⁷ e acresce outras⁸ à Constituição Federal, bem como, altera⁹ e inclui normas¹⁰ ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias¹¹, que assume o papel de reforma constitucional.

Inegável as críticas que se faz ao pacto federativo fiscal brasileiro, bem como, ao sistema de repartição constitucional de competências e receitas tributárias, que reforçam um federalismo anômalo e resultam em uma dependência político-financeira aos entes federados, que passam a atuar como plataforma eleitoral para o poder central.

Porém, não se pode a título de adoção de um crescente *pragmatismo* nas relações sociais e, inclusive, na interpretação constitucional suplantar a estabilidade constitucional e os limites

⁶ BRASIL, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Art. 3 A revisão constitucional será realizada após cinco anos, contados da promulgação da Constituição, pelo voto da maioria absoluta dos membros do Congresso Nacional, em sessão unicameral.

⁷ BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil. Arts. 6º, 18, 20, 29-A, 37, 39, 48, 62, 68, 71, 74, 84, 163, 165, 166, 167, 168, 169, 184, 198, 208, 212, 213 e 239 da Constituição Federal

⁸ BRASIL, Emenda Constitucional nº 118. Arts. 135-A, 163-A, 164-A, 167-A, 167-B, 168-A e 245-A

⁹ BRASIL, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Arts. 35, 107, 109 e 111.

¹⁰ BRASIL, Emenda Constitucional nº 118. Arts. 91-A, 115, 116 e 117

¹¹ BRASIL, Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Arts. 35, 107, 109 e 111.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

do poder constituinte de reforma para uma suposta adequação da Constituição às demandas sociais.

Relembrando as clássicas lições da hermenêutica a interpretação de qualquer norma restritiva de direito ou de competência demanda do intérprete, inclusive, constitucional parcimônia capaz de garantir que a manifestação ulterior do legislador – seja ordinário ou constitucional – não importe em esvaziamento da norma anterior.

Sob tal égide, que será analisada de forma sistemática as disposições da Emenda Constitucional nº 188 de forma a verificar, em que medida, algumas disposições preservam os bens e valores constitucionais, ao qual se destaca para contraste, sem impedimento, que hajam outras violações à lei fundamental.

III. DA VIOLAÇÃO AO PACTO FEDERATIVO E A AUTONOMIA POLITICO-ADMINISTRATIVA DOS ENTES FEDERADOS

Embora a implementação do federalismo brasileiro antes decorre de um ideal de certa elite intelectual, do que uma realidade histórica das formação das instituições e organização política, inevitável que torna-se resultado da evolução do constitucionalismo brasileiro à luz das manifestações constitucionais e suas previsões jurídico-positivas.

Sob a égide da Constituição da República Federal de 1988 a consagração do princípio federalista assume contornos através de forças antagônicas, que se por um lado, buscam a realização de um pacto *cooperativo* com a partilha de competências comuns e concorrentes, por outro lado, concentra atribuições na União reforçando o unitarismo.

Não obstante, sob os influxos crescentes na quadra atual de ingerência da União e reforço do poder central no federalismo brasileiro tem crescido a atuação da jurisdição constitucional, em especial, do Supremo Tribunal Federal, na garantia e promoção mais do que um experimentalismo, porém, a preservação da autonomia na federação.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Usualmente o poder constituinte reformador é considerado como a manifestação do próprio pacto federativo, a saber, pela possibilidade por via do senado federal como casa representativa igualitária dos entes federados de atuação na formação da vontade nacional do ente federal.

Porém, isto não significa ignorar, que as manifestações do poder constituinte reformador possam ser tidas como inconstitucionais quando à luz do exercício do princípio federativo acabe por violar a autonomia político-administrativa que devem existir entre os entes federados na preservação da própria estabilidade do pacto federativo.

Desta feita, deve-se reconhecer que a competência constitucional de reforma constitucional federal concedida ao Congresso Nacional não importa ignorar o próprio pacto federativo no que se refere a autonomia dos entes federados, bem como, o respeito as competências comuns, concorrentes e exclusiva dos mesmos.

Neste viés, reforça-se que a Constituição Federal enquanto pacto político-jurídico fundamental da federação deve representar consensos mínimos ou escolhas essenciais que garantam a preservação da unidade e perpetuidade da federação, mas sem atingir a autonomia político-administrativa, que ensejem desequilíbrio e influxos separatistas.

Dispõe a proposta de Emenda Constitucional distintas disposições, que interferem na autonomia político-administrativa de cada ente federado organizar suas próprias atividades importando em indevida ingerência da União nas competências que são próprias dos outros entes federativos.

Assim, a proposta de alteração do artigo 20 da Constituição Federal que dispõe já na norma constitucional ordinária a partilha de resultado na exploração de determinados recursos pela União passa a se sujeitar com o §3º a distribuição à “indicadores de resultado” e no § 4º a vedação da utilização de recursos para despesa com pessoal.

Inexorável, que do ponto de vista teleológico, pretendem as respectivas normas garantir a eficiência na aplicação de gestão dos recursos públicos, porém, não compete à União



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

determinar com será realizada a disposição pelos entes federados, já que não há hierarquia entre os entes federados, que sujeitam a mecanismos próprios de controle.

Prevê a própria Constituição Federal e a legislação federada – como a Lei de Responsabilidade Fiscal – instituições – como o Poder Legislativo auxiliado pelo Tribunal de Contas – e instrumentos de controle – de responsabilização político-administrativa, penal e civil – para manuseio de forma indevida dos recursos.

Neste sentido, a emenda constitucional ainda propõe inclusão entre atribuições do controle externo do Congresso Nacional auxiliado pelo Tribunal de Contas da União no inciso XII do artigo 71 consolidar a interpretação das leis complementares tributárias com súmulas vinculantes para os Tribunais de Contas dos Estados, DF e do Município.

Ademais, determina a criação de §5º e 6º que determina a possibilidade de reclamação ao Tribunal de Contas da União, bem como, que o descumprimento da decisão no prazo fixado importará em avocação da decisão que caberia ao Tribunal de Contas do Estado, DF e do Município.

Note que a título da preservação de uma austeridade fiscal para os Estados e Municípios transforma-se o Tribunal de Contas da União em uma *supercorte* criando uma hierarquia com os Tribunais de Contas dos Estados, DF e Município, que viola não apenas a independência constitucional das cortes, mas autonomia administrativas dos entes.

Em uma federação, compete a cada um dos entes locais – sejam os Estados no federalismo dual – ou regionais e locais – como no nosso federalismo anômalo com a presença de Estados, Municípios e Distrito Federal – criarem e organizarem as suas instituições e seus serviços.

Com atribuição de tais competências se viola a autonomia político-administrativa dos entes federados, já que passa a existir hierarquia entre o Tribunal de Contas da União – que não é desenhado pela Constituição Federal como um órgão da federação, mas da pessoa jurídica, que é a União – e os tribunais de contas dos outros entes federados.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Ademais, a criação dessa *supercorte* não atinge apenas o Estado Federativo, mas igualmente, o Estado Republicano, em especial, por violação ao Princípio da Separação dos Poderes, já que atribui a órgão auxiliar do Poder Legislativo competências que são exclusivas do Poder Judiciário dentro da partilha de competências constitucionais.

Corresponde a uma criação à brasileira de uma “jurisdição financeiro-orçamentária”, ignorando que a história constitucional brasileira desde a República consagrou o modelo de *judicial review* com a existência apenas de um contencioso judicial e não um contencioso administrativo como na França e quiçá uma jurisdição de natureza financeiro-orçamentária.

Igualmente viola o pacto federativo as disposições relativas à necessidade de comprovação da sustentabilidade financeira dos municípios conforme propõe a emenda constitucional no artigo 115 do ato das disposições constitucionais transitórias sob pena de ser incorporado à um dos municípios limítrofes.

Evidente que a imposição de incorporação enquanto resposta para a excessiva criação dos municípios nas últimas décadas viola a autonomia político-administrativa dos entes federados, em especial, do legislativo estadual quanto a criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios a partir de manifestação soberana popular¹².

Todavia, não foram estas as escolhas políticas fundamentais eleitas pela sociedade no âmbito de uma Assembleia Constituinte reunida após uma ruptura política, de modo que não cabe no âmbito do Poder Legislativo no exercício de um poder constituinte reformador atentar contra o princípio federativo.

¹² BRASIL, Constituição da República Federativa do Brasil de 05 de Outubro de 1988. Art. 18 §4. A criação, a incorporação, a fusão e o desmembramento de Municípios, far-se-ão por lei estadual, dentro do período determinado por Lei Complementar Federal, e dependerão de consulta prévia, mediante plebiscito, às populações dos Municípios envolvidos, após divulgação dos Estudos de Viabilidade Municipal, apresentados e publicados na forma da lei.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

IV. DO DESCUMPRIMENTO DOS PRINCÍPIOS, OBJETIVOS E DIREITOS FUNDAMENTAIS PREVISTOS NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

Oriundos de um regime militar autoritário e do agravamento da desigualdade social e econômica, a Constituição da República Federativa do Brasil é promulgada em 1988 com o ideal de preservação dos valores republicanos e democráticos, bem como, a busca pela justiça social que a faz ser intitulada como a Constituição Cidadã.

Sua trajetória nos últimos 30 anos é marcada por uma crescente afirmação de sua juridicidade com a busca pela eficácia dos seus preceitos e a reafirmação contemporânea do paradigma humanitário da centralidade da pessoa e dos seus direitos na ordem político-jurídica na conformação do exercício das competências públicas e da autonomia privada.

Diante das conquistas trazidas por esse movimento de busca pela efetividade constitucional deve ser ter cuidado ao verificar as tentativas insistentes das deliberações majoritárias eventuais na busca por superar as escolhas que a Constituição enquanto deliberação majoritária permanente – não perpétua – veiculou como fundamentais.

Neste sentido, determina a Constituição de 1988 como objetivos fundamentais da na República Federativa do Brasil a busca pela justiça social mediante a construção de uma sociedade solidária, erradicação da pobreza, marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais, bem como, a promoção do bem de todos.

Tais objetivos fundamentais não guardam caráter de normas constitucionais “programáticas”, em razão de suposto baixo grau de densidade ou qualquer outra construção teórica, que ignore o fato que sendo regra jurídica devem ser dotada de plena eficácia para a produção de efeitos.

Ao revés, enquanto norma jurídica que compõe a Constituição não pode sujeitar a sua eficácia à conformação legislativa, pois seria subverter a hierarquia no sistema normativo, de



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

modo que, a supremacia formal e axiológica da lei fundamental demanda a plena aplicabilidade de seus preceitos independente de omissão regulamentadora.

Sendo princípios dotados de plena eficácia, os objetivos constitucionais assumem a função de orientar a criação, a interpretação e aplicação das outras normas jurídicas reconduzindo a produção normativa à chamada ordem objetiva de valores instituídas não apenas pelos direitos fundamentais, mas pelos bens e valores da ordem constitucional.

As emendas constitucionais como fruto do poder constituinte reformador encontrarão limitações materiais explícitas e implícitas, bem como, se sujeitarão à ponderação com os princípios constitucionais, de forma que a reforma constitucional não atente contra o sistema jurídico-constitucional globalmente considerado.

No caso em tela, a Emenda Constitucional nº 188/19 a título de reformar a Constituição Federal para o atendimento ao princípio do equilíbrio fiscal – que não é um princípio ou objetivo fundamental, mas setorial, da ordem financeiro-tributária – viola os princípios e objetivos constitucionais.

Determina a inclusão do parágrafo único no artigo 6º, que determina que “será observado, na promoção dos direitos sociais, o direito ao equilíbrio fiscal intergeracional”, o que poderia ser vista como legítima ponderação legislativa para bens e interesses constitucionais se não envolvesse tal restrição apenas os direitos sociais.

A tutela dos direitos sociais é uma conquista recente, pois durante longo tempo, sujeitaram a promoção de tais valores constitucionais à política ordinária, de forma que caberia aos poderes públicos definirem na hora de formulação de tais programas de ação a realização de quais direitos sociais.

Inexorável que tal compreensão conduz a um estreitamento da proteção e promoção dos direitos sociais e, portanto, a realização dos objetivos constitucionais de redução das desigualdades sociais e econômicas e promoção de bem a todos, já que fundados na idéia de justiça redistributiva e busca da igualdade material.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Surpreende que em uma Constituição federal analítica marcada pela veiculação ampla de competências e programas constitucionais a imposição de restrição tenha recaído aos direitos sociais, o que demonstra um caráter ideológico de não compromisso com a realização de tais preceitos, quase sempre tidos como mera benesses estatais.

Os direitos fundamentais são relacionais e, portanto, a concretização de um direito do homem está ligado eminentemente aos mesmos, de forma que a promoção dos direitos individuais dependem da realização de direitos sociais e difusos, já que, por exemplo, sem meio ambiente equilibrado, direito de saúde não há pleno atendimento a vida.

Em uma interpretação sistemática da Constituição fica evidente como os preceitos da parte inorgânica– princípios, objetivos e direitos fundamentais – se correlacionam de forma que enfeixam na busca pela proteção do homem em sua dignidade e a proteção da fundamentalidade de seus direitos na sua promoção individual e na busca de justiça social.

A limitação imposta somente aos direitos sociais em razão de equilíbrio fiscal intergeracional – que, por exemplo, não foi colocada em relação ao direito de subsídio dos agentes políticos, que permanece protegido na proposta de emenda constitucional – não coaduna com a realização dos objetivos sociais e dos direitos fundamentais.

Ao revés, reafirma a história falta de compromisso com avanço na efetividade dos direitos fundamentais para além daqueles conquistados pelas revoluções burguesas, mas obtidos mediante o agravamento das desigualdades sociais como conquistas de classes reafirmando o compromisso das revoluções não apenas com a *liberdade*, mas a *igualdade*.

Não se ignora o agravamento da situação fiscal dos entes na federação brasileira, porém, o endividamento decorre de questões de outra ordem – crise econômica, redução dos royalties, excesso de despesas com pessoal, má-gestão e pagamento de dívidas– do que das políticas públicas promotoras da realização dos direitos sociais.

Tal responsabilização fica evidente na proposta de inclusão no artigo 116 que os planos nacionais, regionais e setoriais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

social, e os planos setoriais de desenvolvimento previstos na Constituição, não podem ter a vinculação de quaisquer parcelas de receitas públicas.

Embora festejada por parte da literatura jurídica tal necessidade de desvinculação do orçamento público ignora que se não fosse a exigência de gastos mínimos em ações de saúde e educação, não haveria o cumprimento de índices básicos de destinação pelos governos para investimentos – e não despesas – em tal medidas.

Tal uma proposta de desvinculação apenas quanto à programas e direitos de índole social e não de outros entraves ao orçamento público descumprem o princípio da máxima efetividade dos preceitos constitucionais, que envolve a aplicação dos direitos fundamentais, bem como, o princípio à vedação ao retrocesso social.

Em uma ordem constitucional, que frise-se, discorde ou não, consagrou o ideal de proteção da pessoa humana em extenso catálogo de direitos fundamentais e veiculou objetivos fundamentais voltados à promoção da justiça social, tal manifestação do poder constituinte reformador se demonstra inconstitucional.

A célebre afirmação de que *direitos não nascem em árvore* está absolutamente correta e o cumprimento dos direitos chamados de *fundamentais* – cuja a própria Constituição Federal optou por demonstrar a sua precedência pela inversão da parte inorgânica no texto constitucional – dependem efetivamente de tais recursos.

Se, porém, para certas escolas é possível alcançar o almejado “desenvolvimento” econômico sem o social, se ignora, que a Constituição Federal como norma jurídica que exterioriza um pacto político fundamental determinou um compromisso com a justiça social e com a concretização do desenvolvimento humano como um dos seus objetivos.

Retira, por conseguinte, das deliberações majoritárias eventuais – ao qual se inclui a manifestação do poder constituinte reformador exercido pelo poder legislativo formado por representantes eleitos por mandato fixo – a possibilidade de subverter tais finalidades através de esvaziamento das políticas públicas mediante tais proposições.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Para além de uma *lei formal*, o orçamento público é o ato administrativo de alocação de escolhas quanto a previsão da aplicação dos recursos e em um país marcado por um contexto grave de corrupção e violações ao erário público restringir a promoção dos direitos sociais parece proibir o remédio para atacar a própria doença.

A conquista de verdadeiro equilíbrio fiscal intergeracional pressupõe justiça social atual que garanta a redução das desigualdades e acesso à prestações materiais permitindo construir um ambiente de cidadania fiscal onde as gerações futuras possam entender a necessidade de uso racional dos recursos públicos.

A falta de tal entendimento fica claro quando a proposta de Emenda Constitucional prevê no artigo 212 §6º que a arrecadação da contribuição social do salário-educação será integralmente distribuída, nos termos da lei, aos Estados, Distrito Federal e Municípios, considerando o número de alunos matriculados na educação básica.

Parece haver uma preocupação pela eficiência dos recursos públicos limitando o investimento em educação básica conforme número de alunos desconsiderando questões próprias – despesas específicas, tais quais, como o ensino inclusivo – bem como, que a redução de recursos ocorrerá em municípios menores dificultando a justiça social.

A manutenção de uma estrutura, serviços e agentes de educação para entes menores é mais dispendioso do que em municípios maiores que já constam muita das vezes com infraestrutura e encontram maior concorrência possibilidade muitas das vezes redução de custos das despesas operacionais.

Ademais, quando a Constituição Federal determina a tutela do direito humano-fundamental-social à educação com normas relativas à universalização dos serviços correlatos não impõe limitações orçamentárias na distribuição, que podem gerar distorções e reforçar as desigualdades sociais e regionais.

Além, disto surpreende que o artigo 213 §1º proposto pela Emenda Constitucional se preocupe com a racionalização do emprego dos recursos em instituições públicas, mas permite



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

a destinação dos recursos para bolsas de estudo em rede privada, sem que haja a estipulação de restrição no emprego dos recursos.

Em tais medidas restritivas da proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais resta claro o caráter ideológico já mencionado, que orienta uma reforma pontual visando reduzir as políticas públicas veiculadoras dos direitos sociais e não se adéqua com a necessária reforma ampla fiscal para outros engates do orçamento público.

V. AS GARANTIAS FUNCIONAIS DOS SERVIDORES

Já tivemos a oportunidade de discutir em artigo e livros os aspectos acerca da constitucionalização do Direito Administrativo, que mais do que a previsão de um regime jurídico fundamental necessário para dar uniformidade a Administração Pública formada pelos entes federativos permite a releitura da matéria à luz dos preceitos fundamentais.

Se com a dita constitucionalização-*inclusão* eleva-se matérias da Administração Pública protegendo-as das deliberações majoritárias eventuais que podem atentar contra as garantias do serviço e do servidor público, por outro com a constitucionalização-*releitura* tais preceitos passam a ser vetores para a interpretação do regime administrativo.

Não se pode olvidar, que a previsão das garantias do serviço público na lei fundamental, decorreu da atuação corporativa na Assembleia Constituinte, que é o campo de deliberação política onde distintos grupos irão exercer suas influências e fazer os ajustes políticos, que resultarão na definição das escolhas fundamentais da nova ordem.

Deste modo, para o bem ou o mal, a Constituição Federal representa um pacto político-jurídico fundamental ao qual devemos respeitar, precipuamente, por demarcar as fronteiras de



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

um novo modelo no horizonte, que só foi possível, mediante recíprocas concessões, que resultam em seu caráter plural e na sua dialética liberal e social.

Com a previsão de um capítulo para a Administração Pública, portanto, a Constituição Federal de 1988 previu normas de preservação do serviço e dos servidores públicos, que abrangem princípios para orientar a criação, interpretação e aplicação pelo poder constituinte reformador e o legislador ordinário.

Engana-se quem considera que tais princípios se limitam ao gerais do *caput* do artigo 37, mas envolvem os setoriais, como, por exemplo, o princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos, que impede tal qual no trabalho privado, a redução dos salários com a preservação dos valores percebidos.

No caso em tela, a proposta de emenda constitucional igualmente propõe alteração no artigo 37 inciso XV para em violação ao princípio da irredutibilidade excepcionar a redução salarial dos vencimentos e subsídios em hipótese vinculadas a questões de ordem financeiro-orçamentária.

Além disto, determina no artigo 169, que a despesa com pessoal ativo, inativo e pensionista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios não poderá exceder os limites estabelecidos em lei complementar sob pena de redução temporária da jornada de trabalho, com adequação proporcional dos subsídios e vencimentos.

Propõe a respectiva emenda constitucional a título de implementação de um ajuste fiscal o aprofundamento de uma reforma administrativa com a flexibilização do regime funcional e perda de garantias do serviço público, que embora pareçam não se ligam apenas a interesses corporativos.

Além de ser dotada de longa trajetória institucional na história constitucional brasileira, a presença de prerrogativas para os servidores públicos se liga eminentemente as necessidades de garantia de estabilidade e independência para a promoção de um serviço público impessoal e eficiente.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Em um momento de ampliação da polarização político-social o afastamento de qualquer prerrogativa ou garantia funcional de índole constitucional representa perigoso cenário para politização do serviço público e perda da autonomia necessária aos servidores estatais para o regular exercício de suas funções.

Relembre-se que no Direito o conceito de eficiência não se limita e sequer pode albergar apenas o viés econômico, de modo que a busca pelo melhor rendimento deve ser tido não apenas no aspecto financeiro, mas igualmente através do desenvolvimento social com a realização dos princípios, objetivos e direitos fundamentais.

A busca pelo serviço público adequado – que atende as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia – só é possível mediante, dentre outras condições, do oferecimento de prerrogativas e garantias para o servidor público.

Ademais, tal indevida flexibilização além de violar o princípio da irredutibilidade dos vencimentos atinge outros princípios constitucionais que regem à Administração Pública, como visto, o princípio da eficiência – fundamento geral da concessão de garantias ao serviço público – e, também, o princípio do concurso público.

Ao veicular a Constituição Federal de 1988 o princípio do concurso público como necessário para a ocupação aos cargos públicos pelos servidores estatutários cria a lei fundamental uma limitação que não se restringe apenas o acesso, mas igualmente, impõe a incidência de seu regime jurídico durante seu exercício na Administração Pública.

Desta feita, há uma vinculação entre o concurso e o cargo público, de forma que o candidato mais apto foi selecionado para exercer a função públicas, mas igualmente ficou determinada a incidência do regime jurídico estatutário com todas as garantias inerentes do serviço público.

Assim, se no certame deve se observar o princípio da vinculação ao edital – que já estipula o vencimento e não prevê redução salarial – após a nomeação, homologação e exercício



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

há uma sujeição ao regime estatutário com todas as garantias constitucionais e legais incidentes como a irredutibilidade dos vencimentos.

Talvez por essa razão determina a Emenda Constitucional igualmente no artigo 167-A quando o volume de operações de crédito exceder à despesa de capital, a vedação da admissão ou contratação de pessoa, bem como, de concurso público ressalvada as reposições.

Não irei neste parecer ignorar que atualmente um dos grandes entraves no equilíbrio financeiro-orçamentário dos entes federados não sejam as despesas de pessoal, entretanto, tais excessos decorrem antes da falta de gestão responsável, do que a questão do concurso público ou regime do servidor público.

Não realizar o concurso público é reduzir sensivelmente os quadros dos servidores públicos e a expansão do serviço público já que este depende de requisitos materiais – estrutura, pessoal e recursos - ao qual abrange o elemento humano, que para atuar perante uma atividade dotada de regime jurídico de direito público deve ter disciplina compatível.

Ainda que se pudesse sustentar que tais limitações se adéquam à uma mudança de modelo – de Estado Burocrático para Gerencial, de Estado Provedor para Estado Regulador – a experiência comparada demonstra que quanto menor o papel dos entes públicos na persecução do interesse público, maior será na sua fiscalização.

O redimensionamento das funções estatais importa em modificações no regime do servidor e do serviço público, porém, sem a exclusão de sua titularidade e da crescente necessidade de mudança em seu papel com incremento da burocracia técnica, a expansão das capacidades institucionais e a ampliação da atuação reguladora.

Argumentos como supostas desigualdades – decorrente do regime do trabalho público em relação ao privado – ignoram as diferenças do acesso por concurso público, da sujeição durante o exercício a um plexo de deveres legais e instituições controladoras e da extinção do vínculo com crescente contribuição ao sistema previdenciário.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Igualmente é um ledô engano considerar que justiça social se realiza através apenas da igualdade formal, mas demanda uma isonomia material onde se concede ao servidor público uma série de prerrogativas para a tutela dos interesses ao seu encargo e todos os desafios que assume desde o concurso público até o seu exercício.

Qualquer restrição ao servidor público importa em eventual limitação ao serviço público, que em momentos de pandemia, demonstram e reafirmam o crescente esquecimento do papel central do Estado, da atividade pública e dos seus agentes na proteção de interesses da coletividade.

VI. VIOLAÇÃO AO REGIME CONSTITUCIONAL DE COMPETÊNCIAS E DE REPARTIÇÃO DE RECURSOS TRIBUTÁRIOS

Por fim, diante de tantas inconstitucionalidade demonstradas da proposta de emenda constitucional nº 188 na tentativa de instauração de um equilíbrio fiscal na federação brasileira há de se apontar as violações ao próprio regime constitucional de competências e de repartição dos recursos tributários.

Talvez a mais patente é a criação no artigo 135-A da criação de um Conselho Fiscal da República como órgão superior de coordenação da política fiscal e preservação da sustentabilidade financeira da Federação com a presença integral somente de membros da chefia do poder da União e de membros desvinculadas das competências tributárias.

Determina a participação do Presidente da República, da Câmara dos Deputados e do Senado Federal e de apenas 3 governadores e 3 prefeitos violando o equilíbrio do pacto federativo, bem como, Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal de Contas da União, que na partilha constitucional não tem competência tributária.



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Determina uma *super* competência fiscal onde competente ao referido órgão monitorar todos os orçamentos da federação, verificar o cumprimento das exigências constitucionais e legais referentes à disciplina orçamentária e fiscal, expedir recomendações dentre outras.

Reitera-se aqui todas as afirmações antes mencionadas acerca da necessidade de respeito do pacto federativo e de preservação autonomia político-administrativa dos entes regionais e locais como forma de proteção do Estado Federalista Brasileiro e alcance do fins e objetivos da implementação do modelo de federalismo cooperativo.

Tal ingerência tipicamente da União – demonstrada pela participação assimétrica dos entes regionais e locais, bem como, a centralidade de sujeitos do poder da União, inclusive, com representantes que já possuem seus campos de atuação definidos pela lei fundamental – não reforça a necessidade de descentralização da Constituição Tributária.

O alcance de uma verdadeira reforma tributária e fiscal resulta da redução do papel histórico de primazia da União na federação brasileira, em especial, em matéria de competências tributárias, o que demanda por um lado, a descentralização da arrecadação dos tributos para os entes federados e a construção de uma gestão fiscal responsável.

Tentar construir uma gestão fiscal responsável com a criação de inúmeros instrumentos de controle da ação dos entes além de não reforçar o modelo federalista, subverte a lógica da Lei de Responsabilidade Fiscal pautada na autonomia dos entes e na construção de ação planejada, transparente e responsável sem hierarquizações.

Ademais, não contribui para a formação de uma cidadania fiscal, que ocorre no âmbito do próprio ente federado, onde a partir da assunção de responsabilidade pelo próprio ente se permita uma responsividade da sociedade que é a destinatária das medidas fiscais e a controladora capaz de conformar de forma definitiva a atuação dos poderes.

Inúmeras outras disposições violam competências constitucionais como, por exemplo, a previsão no artigo 20 §3º condicionando o repasse dos royalties a critérios de distribuição e



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

indicadores de resultados pela União ignorando a autonomia político-administrativo dos entes federativos na aplicação dos seus recursos.

Ademais, a proposta do artigo 168-A faz ingerência sobre os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública na limitação de empenho e movimentação financeira de despesas ignorando as suas competências constitucionais.

Por fim, periga com o artigo 7º do ADCT que determina o excesso de arrecadação e o superávit financeiro das fontes de recursos apurados nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União serem destinados à amortização da dívida pública federal a vinculação de recursos de fontes distintas

Estes e tantos outros temas de natureza financeiro-orçamentária são objetos do parecer da Comissão competente deste Instituto dos Advogados Brasileiros, porém, não poderia olvidar em apontar as violações patentes à Constituição-Tributária ignorando as competências ligadas ao pacto federativo.

VII. DA CONCLUSÃO

Diante do exposto, opino pela inconstitucionalidade parcial da emenda constitucional nº 118/2019 pelos seguintes fundamentos e em relação aos seguintes artigos propostos para alteração ou inclusão no texto constitucional e na ADCT:

- (i) *Exercício indevido das competências do poder constituinte reformador que atua como revisão constitucional violando o artigo 3º do ADCT.*
- (ii) *Violação ao princípio federativo e a autonomia político-administrativa dos entes federados pela proposta de redação do: artigo 20 §3º e 4º com sujeição da distribuição de recursos conforme “indicadores de resultado” e vedação da utilização de royalties no pagamento de despesa de pessoal; do artigo 71 XII e*



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS

COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

§5º e 6º com criação de hierarquia do Tribunal de Contas da União com as cortes estaduais e municipais, que passam a se sujeitar ao seu controle, inclusive, em violação a Separação dos Poderes, já que assumiria função jurisdicional; do artigo 115 do ADCT com a necessidade de comprovação da sustentabilidade financeira dos municípios sob pena de ser incorporado à um dos municípios limítrofes.

- (iii) Violação aos princípios, objetivos e direitos fundamentais voltados à promoção da pessoa humana e da justiça social mediante a redução das desigualdades sociais, econômicas e regionais e promoção do bem de todos, o que se alcança com a expansão da promoção dos direitos sociais na busca por igualdade material através das propostas de: inclusão do parágrafo único no artigo 6º, que limita a promoção dos direitos sociais ao direito ao equilíbrio fiscal intergeracional, do artigo 116 que limita a vinculação de receitas públicas para planos de desenvolvimento econômico e social e do artigo 212 §6º e 213 §1º que prevê a redução de recursos aos entes e a destinação de bolsas de estudo em rede privada.*
- (iv) Violação ao princípio da irredutibilidade dos vencimentos dos agentes públicos, princípio do concurso público, princípio da eficiência no serviço público e do direito fundamental ao serviço público pela proposta de alteração dos artigos 37 inciso XV e 169 para permitir a redução salarial com redução de jornada de trabalho, bem como, a inclusão do artigo 167-A que determina a vedação da admissão ou contratação de pessoa, bem como, de concurso público ressalvada as reposições, quando o volume de operações de crédito exceder à despesa de capital.*
- (v) Violação ao regime constitucional de competência e de repartição de recursos tributários pela proposta de criação do artigo 135-A de criação de um Conselho*



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Fiscal da República sem plena participação igualitária dos entes federativos, do artigo 20 §3º condicionando o repasse dos royalties a critérios de distribuição e indicadores de resultados pela União, do artigo 168-A da ingerência sobre os órgãos dos Poderes Legislativo e Judiciário, do Ministério Público e da Defensoria Pública na limitação de empenho e movimentação financeira de despesas, do artigo 7º do ADCT que determina o excesso de arrecadação e o superávit financeiro das fontes de recursos apurados nos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União serem destinados à amortização da dívida pública federal.

Diante dos riscos da aprovação da respectiva emenda constitucional e dos objetivos estatutários do Instituto dos Advogados Brasileiros propõe-se encaminhamento com urgência deste parecer ao Congresso Nacional para que adote as medidas cabíveis pela violação as normas do poder constituinte originário e exorbitância da competência constitucional do poder de reforma nos termos do artigo 3º do ADCT.

Porém, diante de mera ciência pelo Congresso Nacional com a manutenção do projeto de emenda constitucional com sua aprovação, que o Instituto dos Advogados Brasileiro exerça através do direito constitucional de petição e conforme o artigo 2º inciso III, 3º inciso VI e 45 inciso I do seu estatuto uma representação aos legitimados do artigo 103 da CF para propositura de Ação Direta de Inconstitucionalidade.

É o parecer, ora submetido à douta apreciação do plenário.

Rio de Janeiro, 12 de Julho de 2020



INSTITUTO DOS ADVOGADOS BRASILEIROS
COMISSÃO DE DIREITO CONSTITUCIONAL

Emerson Affonso da Costa Moura

Professor Adjunto do Mestrado e da Graduação da Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro (UNIRIO)

Professor da Pós-Graduação da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Professor Adjunto da Graduação da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (UFRRJ)

Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ)

Mestre em Direito Constitucional pela Universidade Federal Fluminense (UFF)

Membro da Comissão de Direito Constitucional do Instituto dos Advogados Brasileiros (IAB)

Membro da Comissão de Direito Constitucional da Ordem dos Advogados Brasileiros (OAB/RJ)

Líder do Centro de Pesquisa de Jurisdição Constitucional (CPJC/Interinstitucional)