

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.448 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
IMPTE.(S) : JANDIRA FEGHALI E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S) : PAULO MACHADO GUIMARÃES
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DA CÂMARA DOS DEPUTADOS
ADV.(A/S) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. PROCESSO LEGISLATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PROPOSTA DE EMENDA CONSTITUCIONAL. NOVO REGIME FISCAL. PEDIDO DE SUSTAÇÃO DA TRAMITAÇÃO, POR VIOLAÇÃO DE CLÁUSULA PÉTREA.

1. O controle de constitucionalidade de emendas constitucionais tem caráter excepcional e exige inequívoca afronta a alguma cláusula pétrea da Constituição. Mais excepcional ainda é o controle preventivo de constitucionalidade, visando a impedir a própria tramitação de proposta de emenda constitucional.

2. O Congresso Nacional, funcionando como poder constituinte reformador, é a instância própria para os debates públicos acerca das escolhas políticas a serem feitas pelo Estado e pela sociedade brasileira, e que envolvam mudanças do texto constitucional. Salvo hipóteses extremas, não deve o Judiciário coibir a discussão de qualquer matéria de interesse nacional.

3. Por significarem severa restrição ao poder das maiorias de governarem, cláusulas pétreas devem ser interpretadas de maneira estrita e parcimoniosa. Não há, na hipótese aqui apreciada, evidência suficiente de vulneração aos mandamentos constitucionais da separação de Poderes, do voto direto, secreto, universal e periódico e dos direitos e garantias individuais.

4. A responsabilidade fiscal é fundamento das economias saudáveis, e não tem ideologia. Desrespeitá-la significa predeterminar o futuro com déficits, inflação, juros altos, desemprego e todas as consequências negativas que dessas

MS 34448 MC / DF

disfunções advêm. A democracia, a separação de Poderes e a proteção dos direitos fundamentais decorrem de escolhas orçamentárias transparentes e adequadamente justificadas, e não da realização de gastos superiores às possibilidades do Erário, que comprometem o futuro e cujos ônus recaem sobre as novas gerações.

5. Por certo, há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos. Porém, esta não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica, e não com judicialização.

6. Medida liminar indeferida.

I. A HIPÓTESE

1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por Deputados Federais integrantes do Partido Comunista do Brasil (PC do B) e do Partido dos Trabalhadores (PT) contra a tramitação da PEC nº 241/2016, com substitutivo aprovado por Comissão Especial da Câmara dos Deputados, com o seguinte teor:

“SUBSTITUTIVO

PROPOSTA DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO Nº 241-A, DE 2016

Altera o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, para instituir o Novo Regime Fiscal, e dá outras providências.

Art. 1º O Ato das Disposições Constitucionais Transitórias passa a vigorar com as seguintes alterações:

‘Art. 101. Fica instituído o Novo Regime Fiscal no âmbito dos Orçamentos Fiscal e da Seguridade Social da União, que vigorará por vinte exercícios financeiros, nos termos dos arts. 102 a 109 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.’ (NR)

MS 34448 MC / DF

‘Art. 102. Ficam estabelecidos, para cada exercício, limites individualizados para as despesas primárias:

I - do Poder Executivo;

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

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

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

V - da Defensoria Pública da União.

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

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

II - para os exercícios posteriores, ao valor do limite referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo - IPCA, publicado pelo 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.

§ 2º Os limites estabelecidos na forma do art. 51, *caput*, inciso IV, do art. 52, *caput*, inciso XIII, do art. 99, § 1º, do art. 127, § 3º, e do art. 134, § 3º, da Constituição, não poderão ser superiores aos estabelecidos nos termos deste artigo. 12

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

§ 4º As despesas primárias autorizadas na lei orçamentária anual sujeitas aos limites de que trata este artigo não poderão

MS 34448 MC / DF

exceder os valores máximos demonstrados nos termos do § 3º deste artigo.

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

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

I - transferências constitucionais estabelecidas pelos art. 20, § 1º, art. 146, parágrafo único, inciso III, art. 153, § 5º, art. 157, art. 158, incisos I e II, art. 159 e art. 212, § 6º, e as despesas referentes ao art. 21, *caput*, inciso XIV, todos da Constituição, e as complementações de que trata o art. 60, *caput*, incisos V e VII, deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias;

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

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

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

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

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

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

§ 10. Para fins de verificação do cumprimento dos limites de que trata este artigo, serão consideradas as despesas primárias pagas, incluídos os restos a pagar pagos e demais

MS 34448 MC / DF

operações que afetam o resultado primário no exercício.

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

‘Art. 103. O Presidente da República poderá propor, a partir do décimo exercício da vigência do Novo Regime Fiscal, projeto de lei complementar para alteração do método de correção dos limites a que se refere o inciso II do § 1º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

Parágrafo único. Será admitida apenas uma alteração do método de correção dos limites por mandato presidencial.’ (NR)

‘Art. 104. No caso de descumprimento de limite individualizado, aplicam-se, até o final do exercício de retorno das despesas aos respectivos limites, ao Poder Executivo ou a órgão elencado nos incisos II a V do *caput* do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que o descumpriu, sem prejuízo de outras medidas, as seguintes vedações:

I - 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;

II - criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;

III - alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;

IV - admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa e aquelas decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios;

MS 34448 MC / DF

V - realização de concurso público, exceto para as reposições de vagas previstas no inciso IV;

VI - criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores e empregados públicos e militares;

VII - criação de despesa obrigatória; e

VIII - adoção de medida que implique reajuste de despesa obrigatória acima da variação da inflação, observada a preservação do poder aquisitivo referida no inciso IV do *caput* do art. 7º da Constituição.

§ 1º As vedações previstas nos incisos I, III e VI do *caput*, quando descumprido qualquer dos limites individualizados dos órgãos elencados nos incisos II, III e IV do *caput* do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, aplicam-se ao conjunto dos órgãos referidos em cada inciso.

§ 2º Adicionalmente ao disposto no *caput*, no caso de descumprimento do limite de que trata o inciso I do *caput* do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, ficam vedadas:

I - a criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como a remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções; e

II - a concessão ou a ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária.

§ 3º No caso de descumprimento de qualquer dos limites individualizados de que trata o *caput* do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, fica vedada a concessão da revisão geral prevista no inciso X do *caput* do art. 37 da Constituição.

§ 4º As vedações previstas neste artigo aplicam-se também a proposições legislativas.' (NR)

'Art. 105. Na vigência do Novo Regime Fiscal, as

MS 34448 MC / DF

aplicações mínimas em ações e serviços públicos de saúde e em manutenção e desenvolvimento do ensino equivalerão:

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

II - nos exercícios posteriores, aos valores calculados para as aplicações mínimas do exercício imediatamente anterior, corrigidos na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.' (NR)

'Art. 106. A partir do exercício financeiro de 2018, até o último exercício de vigência do Novo Regime Fiscal, a aprovação e a execução previstas nos §§ 9º e 11 do art. 166 da Constituição corresponderão ao montante de execução obrigatória para o exercício de 2017, corrigido na forma estabelecida pelo inciso II do § 1º do art. 102 deste Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.' (NR)

'Art. 107. As disposições introduzidas pelo Novo Regime Fiscal:

I - não constituirão obrigação de pagamento futuro pela União ou direitos de outrem sobre o erário; e

II - não revogam, dispensam ou suspendem o cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas.' (NR)

'Art. 108. A proposição legislativa que crie ou altere despesa obrigatória ou renúncia de receita deverá ser acompanhada da estimativa do seu impacto orçamentário e financeiro.' (NR)

'Art. 109. A tramitação de proposição elencada no *caput* do art. 59 da Constituição Federal, ressalvada a referida no seu inciso V, quando acarretar aumento de despesa ou renúncia de

MS 34448 MC / DF

receita, será suspensa por até 20 (vinte) dias, a requerimento de um quinto dos membros da Casa, nos termos regimentais, para análise de sua compatibilidade com o Novo Regime Fiscal.' (NR)

Art. 2º Fica revogado o art. 2º da Emenda Constitucional nº 86, de 17 de março de 2015.

Art. 3º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua promulgação.

Sala da Comissão, 06 de outubro de 2016.

Deputado DARCÍSIO PERONDI

Relator"

2. Narram os impetrantes que, em 16.06.2016, o Presidente da Mesa Diretora da Câmara dos Deputados submeteu a versão original da proposta à apreciação da Comissão de Constituição, Justiça e Redação – CCJR (doc. 12). No dia 09.08.2016, a referida autoridade criou comissão especial destinada a emitir o respectivo parecer (doc. 17). O voto do relator, pela admissibilidade, foi acolhido pela maioria dos membros da CCJR. Em 06.10.2016, a comissão especial, desconsiderando dezenas de requerimentos para realização de audiências destinadas a ouvir especialistas e entidades representativas, aprovou o parecer do relator com seu respectivo substitutivo (doc. 18), vencidos os parlamentares integrantes das bancadas do PC do B e do PT (docs. 19 e 20).

3. Alega a inicial, em síntese, que a proposta de emenda contém enunciados tendentes a abolir a separação dos Poderes, o voto direto, secreto, universal e periódico, e os direitos e garantias individuais.

4. Para demonstrar o perigo na demora, afirmam que o Plenário da Câmara dos Deputados se reunirá em 10.10.2016 para apreciar e votar o parecer da comissão especial sobre a PEC nº 241/2016.

MS 34448 MC / DF

Pedem, assim, a concessão de medida liminar para suspender a tramitação da PEC nº 241/2016, até o julgamento final do *writ*.

5. Na petição nº 56.897, de 09.10.2016, os impetrantes requereram a juntada aos autos da Nota Técnica nº 82/2016, da Secretaria de Relações Institucionais da Procuradoria-Geral da República, que defende a inconstitucionalidade da PEC nº 241/2016 por violação à separação dos Poderes, e, por eventualidade, sugere alterações no texto.

6. É o relatório. Decido o pedido liminar.

II. INTRODUÇÃO: PERMANÊNCIA E MUDANÇA NA CONSTITUIÇÃO

7. A questão trazida no presente mandado de segurança envolve um aspecto extremamente sensível da teoria constitucional contemporânea: a tensão entre a vocação de permanência e durabilidade da Constituição, de um lado, e a necessidade de sua adaptação às novas realidades, sua plasticidade. No caso brasileiro, o constituinte de 1988 concebeu um sistema em que o processo de emenda é relativamente simplificado (*quorum* de 3/5, sem exigência de ratificação popular ou pelas Assembleias Legislativas dos Estados), mas o núcleo essencial da Constituição é protegido por um elenco substancial de cláusulas pétreas, *i.e.*, matérias que não podem ser alteradas pelo Congresso Nacional, mesmo funcionando como poder constituinte reformador.

8. Individualmente, já tive oportunidade de me debruçar sobre o tema ao decidir o pedido liminar no MS 32.262, em que se pedia a interrupção no trâmite de proposta de emenda que buscava exigir a aprovação do Congresso Nacional para a demarcação de terras indígenas. A presente decisão liminar toma aquela como ponto de partida, e também se vale de algumas das minhas reflexões doutrinárias mais recentes¹.

III. COMPETÊNCIA E LEGITIMAÇÃO ATIVA

MS 34448 MC / DF

9. É pacífica a competência deste Tribunal para processar e julgar, originariamente, os mandados de segurança contra atos da Mesa de qualquer das Casas Legislativas (CRFB/1988, art. 102, I, *d*). No caso, insurgem-se os impetrantes contra a tramitação de proposta de emenda constitucional que, a seu ver, afronta os limites materiais impostos pela Constituição ao poder de reforma reconhecido ao Congresso Nacional. Em tal situação, é igualmente remansosa a jurisprudência desta corte no sentido de que os parlamentares federais desfrutam de legitimação ativa para impugnar o curso do processo legislativo (MS 20.527, Rel. Min. Moreira Alves; MS 24.642, Rel. Min. Carlos Velloso; MS 23.047, Rel. Min. Sepúlveda Pertence). Assim, não há qualquer obstáculo de natureza processual ao exame do mérito da questão, em juízo cautelar inicial.

IV. APRECIÇÃO DO PEDIDO LIMINAR

IV.1 REQUISITOS: PLAUSIBILIDADE DAS ALEGAÇÕES E PERIGO NA DEMORA

10. Nos mandados de segurança de competência originária dos tribunais, cabe ao relator apreciar os pedidos de medida liminar (Lei nº 12.016/2009, arts. 7º, III, e 16, parágrafo único). Em síntese, são dois os pressupostos para seu deferimento: o *fumus boni iuris* – *i.e.*, a plausibilidade ou o fundamento relevante do direito alegado – e o *periculum in mora* – *i.e.*, o risco de que o passar do tempo, durante a tramitação do processo, torne inócua a decisão que se venha a proferir ao final. Os requisitos são cumulativos: a ausência de um deles é suficiente para impedir a concessão da liminar.

11. Aprovada em 06.10.2016 a proposta de emenda pela comissão especial, e estando marcado o primeiro turno de sua votação no Plenário da Câmara dos Deputados para o dia 10.10.2016, considero presente a urgência do pedido. Resta a análise da sua plausibilidade.

MS 34448 MC / DF

IV.2 PREMISA BÁSICA: EXCEPCIONALIDADE DO CONTROLE JUDICIAL DA TRAMITAÇÃO DE PROPOSTAS DE EMENDA À CONSTITUIÇÃO

12. O Congresso Nacional titulariza não apenas o poder legislativo ordinário, mas também o poder constituinte derivado – vale dizer: o poder de emendar a Constituição. O exercício dessa competência, que é ampla, sofre apenas as limitações impostas pela própria ordem constitucional. Dentre elas destacam-se as chamadas *cláusulas pétreas*, que são o núcleo de identidade da Constituição, intangível mesmo por via de emenda. Tais limitações materiais ao poder constituinte reformador encontram-se no art. 60, § 4º, da Constituição, *in verbis*:

“§ 4º. Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.”

13. Por se tratar de limitações ao poder de deliberação das maiorias – elemento inerente à democracia –, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas com comedimento. Nessa linha, não se proíbe toda e qualquer alteração no enunciado textual ou no regime constitucional de um direito fundamental, mas apenas a deliberação de propostas *tendentes a aboli-lo* – *i.e.*, daquelas que, uma vez aprovadas, atingiriam seu *núcleo essencial*, esvaziando ou minimizando em excesso a proteção conferida pelo direito². É preciso encontrar, no particular, o ponto de equilíbrio que preserve o núcleo de identidade da Constituição sem promover o engessamento da deliberação democrática por parte do Congresso Nacional³.

14. É justamente em função de seu caráter contramajoritário e potencialmente antidemocrático que as cláusulas pétreas devem ser interpretadas restritivamente, sem a pretensão de alargar

MS 34448 MC / DF

demasiadamente o seu sentido e alcance. Nessa linha, a Comissão de Veneza recomenda que as cláusulas de intangibilidade se limitem à tutela dos princípios básicos da ordem democrática e sejam interpretadas e aplicadas de forma restritiva e cautelosa⁴. No Brasil, embora o rol de cláusulas pétreas seja amplíssimo, admite-se sem dificuldades a possibilidade de limitação de seu conteúdo, até mesmo pelo legislador infraconstitucional, desde que preservado o núcleo essencial dos princípios e direitos protegidos⁵. O próprio Supremo Tribunal Federal já teve a oportunidade de afirmar justamente que *“não são tipos ideais de princípios e instituições que é lícito supor tenha a Constituição tido a pretensão de tornar imutáveis, mas sim as decisões políticas fundamentais, frequentemente compromissórias, que se materializaram no seu texto positivo”*. Por isso mesmo, conclui, *“os limites materiais à reforma constitucional (...) não são garantias de intangibilidade de literalidade de preceitos constitucionais específicos da Constituição originária”* (ADI 2.024 MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence).

15. Portanto, as cláusulas pétreas devem ser interpretadas como proibição de supressão do núcleo de sentido dos princípios que consagram, não como a eternização de determinadas possibilidades contidas em sua área não-nuclear. Entendimento diverso representaria *sufocar* o espaço de conformação reservado à deliberação democrática, e *engessar* o texto constitucional, impedindo sua adaptação a novas demandas sociais legítimas, o que obrigaria à convocação repetida e desestabilizadora do poder constituinte originário. Uma interpretação ampliativa das limitações materiais ao poder de reforma poderia, assim, esvaziar o princípio democrático, sobretudo em países como o Brasil, onde as cláusulas pétreas abrangem considerável parcela dos dispositivos constitucionais⁶.

16. De resto, a Constituição atribuiu ao Congresso Nacional a incumbência de servir como o espaço público de vocalização de ideias, opiniões e interesses de todos os segmentos da sociedade. Somente por

MS 34448 MC / DF

exceção extrema se deve obstar a discussão de um assunto de interesse público. Tal como compreendido atualmente, o ideal de governo democrático é o *deliberativo*, em que a ênfase recai sobre a capacidade de cidadãos, livres e iguais, decidirem seu futuro em um processo argumentativo honesto, em que prevaleça a força das melhores razões. Embora a deliberação não se restrinja (nem deva se restringir) aos órgãos formais de representação política, é inegável sua importância nesse cenário.

17. Assentada a excepcionalidade do controle judicial da tramitação legislativa de propostas de emenda à Constituição, passo a analisar as alegações da inicial. Dos quatro incisos do art. 60, § 4º, da CRFB/1988, os impetrantes alegam que três estariam sendo violados, isto é, os atinentes à manutenção: *(i)* do voto direto, secreto, universal e periódico (inciso II); *(ii)* da separação dos Poderes (inciso III); e *(iii)* dos direitos e garantias individuais (inciso IV). As alegações serão analisadas na ordem em que apresentadas na inicial.

IV.3 IMPLAUSIBILIDADE DA SUPOSTA OFENSA À SEPARAÇÃO DOS PODERES

18. Extraí-se da inicial que a proposta de emenda à Constituição em exame tenderia a abolir a separação dos Poderes em razão do seguinte: (a) o art. 102, § 1º, II, do ADCT preveria um índice de correção do teto de gastos (IPCA) determinado por uma “autarquia do Poder Executivo” (IBGE), de forma vinculante para os demais Poderes; (b) o art. 102, § 2º, do ADCT faria com que o limite instituído com base na correção do limite do ano anterior prevalecesse sobre os limites instituídos anualmente pelo Legislativo na Lei de Diretrizes Orçamentárias, elaborada a partir de proposta do Executivo; (c) o art. 102, § 7º, do ADCT, ao prever a possibilidade de compensação do excesso de despesas primárias dos outros Poderes com uma redução equivalente nas suas próprias despesas, consagraria uma “proeminência do Poder

MS 34448 MC / DF

Executivo sobre os demais” e (d) o art. 103 do ADCT preveria que, passados dez exercícios da vigência do Novo Regime Fiscal – NRF, somente o Executivo poderia propor, via projeto de lei complementar, alterações no método de correção dos limites de gastos, o que significaria nova hipótese de iniciativa privativa não prevista no art. 61, § 1º, II, da CRFB/1988, e violaria o direito dos outros Poderes de elaborar suas propostas.

19. Em sede de cognição sumária, considero que não se está diante de ameaça ao núcleo essencial da separação dos Poderes. Um dos conceitos seminais do constitucionalismo moderno, a separação dos Poderes significa que as funções estatais devem ser divididas e atribuídas a órgãos diversos, devendo existir mecanismos de controle recíproco entre eles, de modo a proteger os indivíduos contra o abuso potencial de um poder absoluto. Há, por certo, diversas formas de realizar essas duas concepções básicas – divisão de funções entre órgãos diversos e controles recíprocos –, e a experiência histórica dos diferentes países ilustra a tese.

20. Na experiência brasileira, a doutrina mais autorizada extrai dessas ideias centrais dois corolários⁷: a especialização funcional e a necessidade de independência orgânica de cada um dos Poderes em face dos demais. A especialização funcional inclui a titularidade, por cada Poder, de determinadas competências privativas. A independência orgânica demanda, na conformação da experiência presidencialista brasileira atual, três requisitos: *(i)* uma mesma pessoa não poderá ser membro de mais de um Poder ao mesmo tempo; *(ii)* um Poder não pode destituir os integrantes de outro por força de decisão exclusivamente política; e *(iii)* a cada Poder são atribuídas, além de suas funções típicas ou privativas, outras funções (chamadas normalmente de atípicas), como reforço de sua independência frente aos demais Poderes.

21. Pois bem. Na linha do que já se expôs acima, é evidente que a cláusula pétrea de que trata o art. 60, § 4º, III, não imobiliza os

MS 34448 MC / DF

quase 100 (cem) artigos da Constituição que, direta ou indiretamente, delineiam determinada forma de relacionamento entre Executivo, Legislativo e Judiciário. Muito diversamente, apenas haverá violação à cláusula pétrea da separação dos Poderes se o seu conteúdo nuclear de sentido tiver sido afetado. Isto é: em primeiro lugar, se a modificação provocar uma concentração de funções em um Poder ou consagrar, na expressão do STF, uma “instância hegemônica de poder” (MS 23.452, Rel. Min. Celso de Mello); e, secundariamente, se a inovação introduzida no sistema esvaziar a independência orgânica dos Poderes ou suas competências típicas.

22. Não é o que parece ocorrer no caso em exame. A apuração do IPCA não envolve valorações discricionárias do Poder Executivo, mas um esforço técnico para retratar a variação do poder aquisitivo das famílias residentes nos Municípios e regiões metropolitanas mais populosas do Brasil. A tarefa é desempenhada pelo IBGE, cuja vinculação formal ao Executivo não vem comprometendo a credibilidade da referida fundação, adquirida ao longo de décadas de relevantes serviços prestados ao País.

23. O argumento de que os limites que se pretende instituir por proposta de emenda à Constituição não poderiam ser diferentes daqueles previstos anualmente em cada Lei de Diretrizes Orçamentárias envolve uma inversão de hierarquia legislativa: é a LDO que deve obediência à Constituição, e não o contrário. Nada obsta a instituição constitucional de limites adicionais a serem observados na elaboração dos orçamentos.

24. A reserva conferida ao Executivo para propor modificações no método de cálculo dos limites de gastos, depois de passados dez exercícios da vigência do NRF, também não parece transformar o Executivo em uma “instância hegemônica de poder”. Isso porque não parece haver violação constitucional – muito menos ao núcleo essencial

MS 34448 MC / DF

de cláusulas pétreas – na previsão de um método de cálculo que resulte num limite aplicável de forma linear a todos os Poderes. Isto não compromete a atribuição que cada Poder possui para elaborar suas próprias propostas orçamentárias: apenas elas devem respeitar o limite aplicável a todos. Se assim é, não parece inconstitucional que se preveja ao Executivo – que detém a maior parcela do orçamento – a atribuição de rever o método de cálculo dos limites, a incidir igualmente sobre todos. Nem há óbice à instituição constitucional de nova hipótese de iniciativa privativa de lei ao Executivo, desde que não se trate de matéria relativa à especialização funcional e à independência orgânica dos demais Poderes.

25. Por fim, também não vejo ofensa manifesta a cláusula pétreia na redação proposta para o art. 102, §§ 7º e 8º, do ADCT. Ainda que seja discricionária a decisão do Executivo quanto à utilização de até 0,25% de seu próprio limite para compensar eventuais excessos dos demais Poderes nos três primeiros anos de vigência do NRF, essa faculdade vem em benefício desses Poderes, não em seu prejuízo. Extrai-se da justificativa do relator da Comissão Especial que essa possibilidade foi instituída em razão de leis previamente aprovadas que produzirão impacto sobre os limites do Legislativo, Judiciário e MPU até 2019⁸. De modo a assegurar a observância dos limites, previu-se a possibilidade de o Executivo usar parte de seu próprio limite para cobrir eventuais excessos dos demais. Se não houvesse essa possibilidade, os demais Poderes ficariam em situação mais delicada, de modo que o mecanismo reverte em seu proveito, e não em seu prejuízo. Esta é a razão pela qual, também aqui, não parece se configurar hegemonia do Poder Executivo. Note-se, ainda, que os direitos e vantagens decorrentes das leis já aprovadas não serão prejudicados ainda que o limite seja excedido, tal como se extrai da redação proposta para o art. 104, I, *in fine*, do ADCT.

26. No mais, é preciso não perder de vista que propostas de emenda à Constituição são deliberadas pelo mesmo Parlamento que aprova as normas orçamentárias, e que pode ou não chancelar as

MS 34448 MC / DF

propostas dos demais Poderes. A diferença é que emendas constitucionais não estão sujeitas a veto do Executivo, ao contrário do que ocorre com as leis infraconstitucionais, inclusive as orçamentárias. Assim, o papel do Executivo é até menor no processo legislativo ora em questão do que no da elaboração das leis orçamentárias em geral. Tudo isso reforça que a eventual aprovação de emenda constitucional, por quórum parlamentar qualificado, que resulte na imposição de limites à elaboração dos orçamentos, não viola a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, III, da CRFB/1988. Do contrário, seria necessário reconhecer que integra o núcleo essencial da separação de Poderes a possibilidade de cada um deles aumentar suas despesas sem limites, o que não me parece ser o caso.

27. Assim, em juízo de cognição sumária, não considero as alegações da inicial plausíveis o suficiente para autorizar a excepcionalíssima suspensão da tramitação de uma proposta de emenda.

IV.4 IMPLAUSIBILIDADE DA SUPOSTA VIOLAÇÃO À GARANTIA DO VOTO SECRETO, DIRETO, UNIVERSAL E PERIÓDICO

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

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

MS 34448 MC / DF

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

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

IV.5 IMPLAUSIBILIDADE DA SUPOSTA AFRONTA AOS DIREITOS E GARANTIAS INDIVIDUAIS

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

32. O último argumento da inicial é o de que a PEC tenderia a

MS 34448 MC / DF

abolir os direitos e garantias individuais, uma vez que a redação proposta para o art. 104, I, do ADCT vedaria, para os órgãos que descumprissem os limites, a “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”. Na ótica dos impetrantes, isto violaria a inafastabilidade do controle jurisdicional (CRFB/1988, art. 5º, XXXV).

33. É difícil alcançar o argumento da inicial, mas não se pode dar razão àquilo que se pode depreender. Não se está a negar efeitos a sentenças transitadas em julgado, nem a limitá-las a fatos anteriores ou posteriores à eventual entrada em vigor da emenda, já que a ressalva da parte final do art. 104, I, parece se referir apenas às determinações legais, e não às sentenças. É dizer: eventual descumprimento dos limites não impede a concessão de vantagens legais referentes a leis aprovadas antes da entrada em vigor da emenda, nem o cumprimento de sentenças judiciais transitadas em julgado. Não se vislumbra, portanto, qualquer ofensa à garantia da inafastabilidade do controle jurisdicional.

V. CONCLUSÃO

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

MS 34448 MC / DF

pétreas”. Esse é o delicado equilíbrio pelo qual deve velar o Judiciário.

35. A legitimidade do controle de constitucionalidade material de emendas é um ponto bastante polêmico. A natureza aberta e vaga dos princípios protegidos pelas cláusulas de intangibilidade acaba conferindo às Cortes um poder enorme, que inclui a definição do próprio conteúdo do “núcleo essencial”, da “estrutura básica” ou da “identidade” da Constituição. Nesse sentido, para que possa ser conciliado com a democracia, o exercício dessa competência exige, mais do que uma interpretação restritiva dos princípios petrificados, uma postura de autocontenção das Cortes. Não se deve esquecer que as emendas à Constituição são aprovadas mediante um processo mais dificultoso, que normalmente exige a formação de amplas maiorias, de modo que desfrutam de alto grau de legitimidade democrática e presunção reforçada de constitucionalidade¹⁰.

36. Como escrevi recentemente em texto doutrinário¹¹, o debate sobre o tamanho do Estado e sobre o limite de gastos públicos é inadiável. O Estado no Brasil ficou grande demais e a sociedade já não consegue sustentá-lo. Trata-se de uma estrutura cara, inchada e que presta serviços deficientes. Em 2015, aproximadamente 4% do PIB foi gasto com folha de pagamentos do funcionalismo público. Some-se a este valor as necessidades de custeio (equipamentos para saúde, educação, segurança pública, equipamentos urbanos, presídios, asfalto) e quase nada sobra para investimento. Como os servidores, como regra geral, têm estabilidade, não há como reduzir quadros. Não bastasse, a folha de pagamentos tem um aumento vegetativo decorrente de adicionais de tempo de serviço, promoções e reposição de aposentados. No momento atual, diversos Estados da Federação já estão atrasando salários. Nessa matéria, há uma bomba-relógio armada.

37. As dificuldades do momento poderão ter o condão de transformar o Orçamento Público em uma instância mais importante e

MS 34448 MC / DF

mais transparente da democracia brasileira. E será necessária uma atuação vigilante da sociedade civil para que as decisões políticas ali tomadas não sejam capturadas por interesses hegemônicos, em detrimento das demandas da sociedade. Sobre o tema, também me manifestei em texto recente:

“O orçamento é uma lei editada anualmente, contendo a estimativa de receita e a autorização para realização dos gastos públicos. É no orçamento que se tomam as decisões fundamentais – acerca de investimentos, obras públicas, projetos sociais – e se fazem escolhas trágicas acerca da alocação de recursos escassos. É nele que se materializam as escolhas éticas e políticas de uma sociedade. Quanto vai ser gasto com educação, saúde, pesquisa científica, infraestrutura, publicidade institucional. Estranhamente, o orçamento público no Brasil é tratado com grande indiferença pela sociedade e pelos formadores de opinião. É ruim que seja assim. A transparência na elaboração e na execução do orçamento são instrumentos fundamentais para que uma democracia possa funcionar adequadamente. Nos últimos anos, foi vitoriosa no Brasil a cultura de que o equilíbrio fiscal não tem ideologia. Adquirida esta consciência, resta agora dar o passo seguinte: fazer do orçamento uma instância política decisiva. Isso significa dar visibilidade à sua elaboração – com o debate público adequado acerca das prioridades adotadas na alocação de recursos – e à sua execução, que deverá ser acompanhada por controles jurídicos e sociais adequados”¹².

38. E porque em uma democracia nenhum tema é tabu, o próprio custo do Poder Judiciário – que inclui, além de juízes e tribunais, também as funções essenciais à Justiça – está sujeito a debate e reflexão. Estudo do Conselho Nacional de Justiça revelou que, em 2008, o orçamento destinado ao Judiciário correspondeu a 1,46% do PIB, enquanto, no mesmo período, a média obtida da comparação entre 38

MS 34448 MC / DF

países da Europa foi de 0,18% do PIB¹³. Também esses números devem estar sujeitos à discussão e à justificação adequada.

37. Diante do exposto, com fundamento no art. 16 da Lei nº 12.016/2009, **indefiro o pedido liminar.**

38. Solicitem-se informações à autoridade impetrada, bem como cientifique-se o órgão de representação judicial da União para, querendo, ingressar no feito (Lei nº 12.016/2009, art. 7º, I e II).

39. Decorrido o prazo, dê-se vista ao Procurador-Geral da República (Lei nº 12.016/2009, art. 12).

Publique-se. Intimem-se.

Brasília, 10 de outubro de 2016

Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO

Relator

Notas de fim:

1 - Nos dias 29 e 30.09.2016, participei em Brasília do “Global Symposium on Constitutional Amendment and Replacement in Latin America”, em que fui responsável por apresentação intitulada “As Constituições latino-americanas entre a vida e a morte: possibilidades e limites do poder de emenda”, elaborada em conjunto com a professora Aline Osorio. V., ainda, Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 174-222.

2 - V., por todos: Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmiento, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2012, p. 300-1;

MS 34448 MC / DF

Paulo Gustavo Gonet Branco, Poder constituinte. In: Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, *Curso de direito constitucional*, 2011, p. 142; Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 203-6.

3 - V. Rodrigo Brandão, *Direitos fundamentais, democracia e cláusulas pétreas*, 2008, p. 343.

4 - European Commission for democracy through law (Venice Commission), Report on Constitutional Amendment, adopted 11-12, dez., 2009. No original: “218. The Commission however considers that unamendability is a complex and potentially controversial constitutional instrument, which should be applied with care, and reserved only for the basic principles of the democratic order. (...) 220. On this basis the Venice Commission would as a general principle advocate a restrictive and careful approach to the interpretation and application of ‘unamendable’ provisions”.

5 - Ana Paula de Barcellos, *Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional*, 2005. No mesmo sentido, v., dentre outros, Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, 2001, p. 60 e ss.; Gilmar Ferreira Mendes, *Controle de constitucionalidade e direitos fundamentais*, 1998, p. 34 e ss.; e Luís Roberto Barroso, “Liberdade de expressão versus direitos da personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação”. In: Idem, *Temas de direito constitucional*, v. III, 2005.

6 - Nagib Slaibi Filho, *Direito constitucional*, 2004, p. 47: “As mencionadas cláusulas pétreas foram tão ampliadas pela nova Constituição (até então, seguindo-se o modelo estadunidense, as cláusulas pétreas restringiam-se à República e à Federação) que os quatro temas hoje (e principalmente os direitos e garantias individuais) são encontrados em toda a Constituição: assim, interpretação mais extensa

MS 34448 MC / DF

inibiria completamente o poder de emenda. E imobilizar o poder de reforma, na feliz expressão de Paulo Bonavides, é correr todos os caminhos para a revolução, isto é, a ruptura violenta da ordem constitucional”.

7 - Sobre o ponto, v. José Afonso da Silva, Curso de direito constitucional positivo, 2001, p. 113.

8 - Relatório do Deputado Darcísio Perondi, relator da Comissão Especial para a PEC nº 241/2016, p. 41: “As projeções da despesa primária para os anos iniciais do Novo Regime Fiscal apontam chance significativa de descumprimento de limites pelos Poderes Legislativo e Judiciário e pelo MPU, em função de leis cujos efeitos sobre as despesas primárias obrigatórias se estenderão até 2019. Deixado à parte dessa situação, o Poder Executivo utilizaria integralmente seu limite em despesas de sua responsabilidade. Como resultado, a despesa primária total, considerados todos os Poderes e órgãos, ultrapassaria o somatório dos limites individualizados. Ao permitirmos que o Executivo compense o excesso dos demais Poderes, haverá economia de despesa, já que o limite daquele será temporariamente reduzido, e o somatório dos limites será respeitado. Reitero que a realização dessa compensação, bem como seu montante financeiro, serão decisões discricionárias do Poder Executivo”. Em nota de rodapé, acrescenta-se: “Como é sabido, em especial para o Poder Judiciário, foram aprovados reajustes salariais parcelados que acarretarão aumento nas despesas com pessoal acima da inflação prevista para o período. Ademais, saliente-se que as despesas com pessoal representam a maior parcela da despesa primária dos Poderes, exceto do Poder Executivo”.

9 - V., entre outros: Ingo Wolfgang Sarlet, Do poder constituinte e da mudança constitucional. In: Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni e Daniel Mitidiero, *Curso de direito constitucional*, 2012, p. 137/8; Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e sua reserva de justiça*, 1999, p. 245-6;

MS 34448 MC / DF

Cláudio Pereira de Souza Neto e Daniel Sarmento, *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*, 2012, p. 307-10; Luís Roberto Barroso, *Curso de direito constitucional contemporâneo*, 2015, p. 211-217.

10 - Kemal Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments, A comparative study*. Bura: Elskin Press, 2008, p. 52. Sobre o tema, v., ainda: El Tribunal Constitucional ante la objeción democrática: tres problemas. Víctor Ferreres Comella. *En Jurisdicción constitucional y democracia*. Actas de las XVI Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional. AA. VV. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011.

11 - V. Brasil: O Caminho Longo e Sinuoso, in Luís Roberto Barroso, *A Vida, o Direito e Algumas Ideias para o Brasil*, Ed. Migalhas, 2016, p. 198-199.

12 - V. Brasil: O Caminho Longo e Sinuoso, in Luís Roberto Barroso, *A Vida, o Direito e Algumas Ideias para o Brasil*, Ed. Migalhas, 2016, p. 204.

13 - “Estudo comparado sobre recursos, litigiosidade e produtividade: a prestação jurisdicional no contexto internacional”, de 2011. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciarias/relat_estudo_comp_inter.pdf>, acesso em 09.10.2016.