

Brasília, 15 de março de 2021.

NOTA JURÍDICA

Assunto: Proposta de Emenda à
Constituição (PEC) n. 186. Análise
jurídica.

ASSOCIAÇÃO DOS SERVIDORES FEDERAIS EM TRANSPORTES, ASDNER, formalizou consulta acerca da Proposta de Emenda à Constituição (PEC) n. 186, aprovada pelo Congresso Nacional e promulgada em 15 de março de 2021, que, dentre outras disposições, estabelece regras de contenção de gastos públicos, institui diretrizes financeiras e orçamentárias e cria medidas emergenciais para a preservação do equilíbrio entre a dívida e a receita públicas.

Inicialmente, convém apresentar o histórico em que tal PEC (já aprovada para alterar em definitivo o texto constitucional) foi apresentada.

No contexto do denominado “Plano Mais Brasil”, a PEC n. 186 (“PEC Emergencial”) foi apresentada em conjunto com as PECs n. 187 (“PEC da Revisão dos Fundos”) e n. 188 (“PEC do Pacto Federativo”), em 5 de novembro de 2019, na Mesa Diretora do Senado Federal.

As referidas PECs faziam parte de um conjunto de medidas prévias à Proposta de Reforma Administrativa (PEC n. 32/2020), sob a justificativa de reformular ainda mais o funcionamento da máquina pública com o objetivo de diminuir os gastos obrigatórios e liberar recursos para investimentos em outras áreas, escolhidas pelo Governo como de interesse público.

A presente análise técnica visa a examinar a juridicidade e os impactos das alterações sobre os servidores públicos, bem como identificar as respectivas possibilidades para a sua impugnação judicial.

A PEC n. 186 altera a redação do art. 37 da Constituição Federal para incluir novo parágrafo (§ 16) com o objetivo de impor aos órgãos e entidades da Administração Pública a realização de “avaliação das políticas públicas, inclusive com divulgação do objeto a ser avaliado e dos resultados alcançados, na forma da lei”.

Tal previsão está relacionada à modificação promovida no art. 165 da Constituição Federal, alterado para dispor que o Planos Plurianuais, as Leis de Diretrizes Orçamentárias e as Leis Orçamentárias Anuais deverão considerar a avaliação prevista no art. 37, § 16.

A alteração do texto constitucional também conferiu ao Congresso Nacional a atribuição exclusiva de decretação de estado de calamidade pública de âmbito nacional, após iniciativa privativa do Presidente da República.

Com relação aos aspectos estritamente financeiros e orçamentários, a respectiva emenda constitucional inclui diversos dispositivos no Capítulo II – “Das Finanças Públicas”, com os denominados “gatilhos” para a contenção de gastos e a medição ostensiva da dívida pública. Merece destaque a redação do art. 167-A:

Art. 167-A. Apurado que, no período de 12 (doze) meses, a relação entre despesas correntes e receitas correntes supera 95% (noventa e cinco por cento), no âmbito dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, é facultado aos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, ao Ministério Público, ao Tribunal de Contas e à Defensoria Pública do ente, enquanto permanecer a situação, aplicar os seguintes mecanismos de ajuste fiscal:
I – vedação da:

- 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 anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo;
- b) criação de cargo, emprego ou função que implique aumento de despesa;



- c) alteração de estrutura de carreira que implique aumento de despesa;
 - d) admissão ou contratação de pessoal, a qualquer título, ressalvadas:
 - 1. as reposições de cargos de chefia e de direção que não acarretem aumento de despesa;
 - 2. as reposições decorrentes de vacâncias de cargos efetivos ou vitalícios;
 - 3. as contratações temporárias de que trata o inciso IX do *caput* do art. 37 desta Constituição; e
 - 4. as reposições de temporários para prestação de serviço militar e de alunos de órgãos de formação de militares;
 - e) realização de concurso público, exceto para as reposições de vacâncias previstas na alínea *d* deste inciso;
 - f) criação ou majoração de auxílios, vantagens, bônus, abonos, verbas de representação ou benefícios de qualquer natureza, inclusive os de cunho indenizatório, em favor de membros de Poder, do Ministério Público ou da Defensoria Pública e de servidores, empregados públicos e militares, ou ainda de seus dependentes, exceto quando derivados de sentença judicial transitada em julgado ou de determinação legal anterior ao início da aplicação das medidas de que trata este artigo;
 - g) criação de despesa obrigatória;
 - h) 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 desta Constituição;
 - i) criação ou expansão de programas e linhas de financiamento, bem como remissão, renegociação ou refinanciamento de dívidas que impliquem ampliação das despesas com subsídios e subvenções;
 - j) concessão ou ampliação de incentivo ou benefício de natureza tributária;
- ~~II – suspensão de progressão e de promoção funcional em carreira de agentes públicos, quando o respectivo interstício se encerrar no exercício financeiro mencionado no *caput* deste artigo, excetuadas aquelas que implicarem provimento de cargo ou emprego anteriormente ocupado por outro agente.~~
- § 1º Apurado que a despesa corrente supera 85% (oitenta e cinco por cento) da receita corrente, sem exceder o percentual mencionado no *caput* deste artigo, as medidas nele indicadas podem ser, no todo ou em parte, implementadas por atos do Chefe do Poder Executivo com vigência imediata, facultado aos demais Poderes e órgãos autônomos implementá-las em seus respectivos âmbitos.
- § 2º O ato de que trata o § 1º deste artigo deve ser submetido, em regime de urgência, à apreciação do Poder Legislativo.
- § 3º O ato perde a eficácia, reconhecida a validade dos atos praticados na sua vigência, quando:
- I – rejeitado pelo Poder Legislativo;
 - II – transcorrido o prazo de 180 (cento e oitenta) dias sem que se ultime a sua apreciação; ou

III – apurado que não mais se verifica a hipótese prevista no § 1º deste artigo, mesmo após a sua aprovação pelo Poder Legislativo.

§ 4º A apuração referida neste artigo deve ser realizada bimestralmente.

~~§ 5º O período em que vigorar a medida de que trata o inciso II do caput deste artigo não é considerado para a concessão de futuras progressões ou de promoções funcionais, sem prejuízo:~~

~~I – do aproveitamento, para tal fim, da fração de tempo que tenha se acumulado anteriormente ao início da vigência da vedação;~~

~~II – da concessão, durante o referido período, das promoções e das progressões cujo interstício tenha se encerrado antes da entrada em vigor da suspensão.~~

§ 6º As disposições de que trata este artigo:

I – não constituem obrigação de pagamento futuro pelo ente da Federação ou direitos de outrem sobre o erário;

II – não revogam, dispensam ou suspendem o cumprimento de dispositivos constitucionais e legais que disponham sobre metas fiscais ou limites máximos de despesas.

§ 7º Ocorrendo a hipótese de que trata o caput deste artigo, até que todas as medidas previstas nos seus incisos tenham sido adotadas por todos os Poderes e órgãos nele mencionados, de acordo com declaração do respectivo Tribunal de Contas, é vedada:

I – a concessão, por qualquer outro ente da Federação, de garantias ao ente envolvido;

II – a tomada de operação de crédito por parte do ente envolvido com outro ente da Federação, diretamente ou por intermédio de seus fundos, autarquias, fundações ou empresas estatais dependentes, ainda que sob a forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente, ressalvados os financiamentos destinados a projetos específicos celebrados na forma de operações típicas das agências financeiras oficiais de fomento

O disposto no inciso II do artigo transcrito, cujo dispositivo prevê a suspensão de todas as progressões e promoções funcionais dos servidores públicos, **foi suprimido do texto** após aprovação do destaque proposto pelo bloco de partidos composto pelo PSL, PL, PP, PSD, MDB, PSDB, REPUBLICANOS, DEM, SOLIDARIEDADE, PROS, PTB, PODE, PSC, AVANTE e PATRIOTA-PSC e, por arrastamento lógico, o § 5º.

Permaneceu hígida a disposição relativa à vedação ao reajuste de salários (salvo progressão e promoção) sempre que a relação entre despesas e receitas correntes superar 95%, de modo a impedir a concessão de aumentos de vencimentos enquanto perdurar a situação descrita no caput do dispositivo.¹

¹ Previsão semelhante, contida na nova redação conferida ao art. 109 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, veda ainda a concessão da revisão geral prevista no inciso X do caput do art. 37 da CF.

A norma proíbe a criação de cargos, a reestruturação de carreiras e a realização de concursos públicos para provimento de cargos efetivos ou comissionados, ressalvada a reposição de servidores em razão de vacância (que não impliquem aumento de despesa) e para a contratação de agentes por tempo determinado (para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, à luz do art. 37, IX, da CF).

Os dispositivos seguintes excepcionam do limite de teto de gastos as despesas necessárias para o combate à calamidade pública de âmbito nacional, reconhecida pelo Congresso após iniciativa privativa do Presidente da República, bem como viabiliza procedimentos de contratação simplificados quando a urgência for considerada incompatível com a modalidade regular.

A mencionada emenda à constituição promove modificações substanciais na política financeira do Estado, exaustivamente regulada pela Constituição Federal, com o objetivo de atribuir maior controle do gasto público.

Ocorre que, por via transversa, promove o congelamento dos vencimentos dos servidores públicos (ressalvada a hipótese de promoção e progressão funcionais, ante aprovação de destaque legislativo) e dá à Administração **a faculdade** de obstar a criação ou reestruturação de cargos na Administração Pública enquanto a diferença **superavitária** entre receitas e despesas (em especial, gastos primários) for igual ou inferior a 5%.

Com a promulgação da emenda constitucional, novos aumentos e reestruturações vencimentais de carreiras no serviço público passam a depender de drástica redução dos gastos públicos e aumento das receitas, uma vez que desde o ano de 2014 o balanço entre ambos é deficitário (dados obtidos do Ministério da Economia). A alteração constitucional em questão constitui, portanto, verdadeira punição ao serviço público pela ausência de equilíbrio atuarial das finanças públicas ao longo dos anos.

Transferir essa responsabilidade aos servidores públicos é temerário, uma vez que retira recursos justamente do setor responsável pela execução das atividades estatais e pelo aprimoramento de políticas públicas, inclusive orçamentárias.

É preciso, no entanto, ressaltar que mesmo o poder constituinte de reforma não está imune ao controle constitucional. A própria Constituição Federal tratou de limitar esse poder, para que o *núcleo essencial* de seus princípios seja preservado e fique a salvo da *“sedução de apelos próprios de certo momento político”*.²

² MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional – 7ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Saraiva, 2012, fl. 140.

Dessa forma, a alteração do texto constitucional também se sujeita ao crivo de constitucionalidade à luz das normas que regem o alcance do poder de emenda, nos termos da doutrina especializada:

Assim, é seguro que o Judiciário pode afirmar a inconstitucionalidade de emenda à Constituição. Isso pode ser feito depois de a emenda haver sido promulgada, em casos concretos, por qualquer juiz, podendo também se efetuar o controle abstrato, pelo STF, por meio de ação direta de inconstitucionalidade. O controle pode ocorrer antes mesmo de a emenda ser votada, por meio de mandado de segurança, reconhecendo-se legitimação para agir exclusivamente ao congressista.³

Afinal, as inovações promovidas por emendas constitucionais obedecem a limites materiais inerentes à conservação da identidade original e do “núcleo de decisões políticas e valores fundamentais” que tenham justificado a promulgação da Constituição, por intermédio das “denominadas cláusulas de intangibilidade ou cláusulas pétreas, nas quais são inscritas as matérias que ficam fora do alcance do constituinte derivado”:⁴

As cláusulas pétreas ou de intangibilidade são a expressão mais radical de autovinculação ou pré-compromisso, por via do qual a soberania popular limita o seu poder no futuro para proteger a democracia contra o efeito destrutivo das paixões, dos interesses e das tentações. Funcionam, assim, como a reserva moral mínima de um sistema constitucional.⁵

Materialmente, a Emenda à Constituição em apreço representa inequívoco *retrocesso social* em termos de garantias e direitos fundamentais dos ocupantes de cargos públicos, o que é vedado pelo ordenamento jurídico pátrio, fato que se refletirá na piora dos serviços básicos prestados à sociedade pelo próprio Poder Público.

Conforme a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o princípio da vedação do retrocesso tem *status* constitucional, com fundamento na dignidade humana, e impede limitações desproporcionais e reduções do grau de concretização de direitos fundamentais anteriormente consagrados:

Trata-se de princípio constitucional implícito, extraído dos princípios do Estado Democrático de Direito, da **dignidade da pessoa humana e da**

³ MENDES, Gilmar Ferreira. Op cit., fl. 143.

⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 159.

⁵ *Ibidem*, p. 162.

máxima efetividade dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º), que **impede a retirada de efetividade das normas constitucionais**. Entende-se que a Constituição estabelece para o legislador [e para o poder derivado] a obrigação de concretizar, por meio da legislação, os direitos fundamentais estabelecidos no texto constitucional. Como resultado, quando o legislador tenha cumprido tal função, impede-se tanto que (i) possa revogar tais concretizações sem aprovar legislação substitutiva, de modo a aniquilar a proteção constitucional conferida ao direito, quanto que (ii) possa **editar legislação substitutiva que limite ou reduza, de forma arbitrária ou desproporcional, o grau de concretização do direito fundamental anteriormente em vigor**.⁶

A doutrina administrativista, aliás, é unânime em reconhecer a existência do referido princípio na ordem constitucional pátria, diretamente derivado do princípio da dignidade da pessoa humana:

É possível deduzir do texto constitucional que a Carta Magna vigente contém, entre suas normas, o princípio que impõe ao legislador a observância da concretização sempre progressiva dos direitos fundamentais sociais, sendo-lhe defeso atuar comissivamente em sentido oposto [...] impedindo que ocorra uma frustração da vontade constitucional, notadamente quando estiverem em causa valores centrais da ordem jurídica, como é o caso da garantia de uma vida digna, tratando de uma inferência lógica, que simboliza o valor jurídico mais importante da sociedade.⁷

Ao impossibilitar o reajuste salarial dos servidores por período indeterminado, o Poder Constituinte Reformador acaba por impor a eles a redução de sua capacidade econômica, uma vez que também desconsidera os índices de inflação que depreciam o valor real da moeda.

Trata-se de previsão evidentemente inconstitucional, pois viola as garantias intangíveis da segurança jurídica, da isonomia e da *irredutibilidade salarial*, que ocupa lugar de destaque na Constituição Federal. Não por outra razão, o constituinte originário a

⁶ STF, Pleno, RE n. 878.694/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, Dje 5.2.2018, excerto do voto do Relator, grifos aditados.

⁷ TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, p. 161-186, set. 2013. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/14080/12948>>. Acesso em: 18 Nov. 2019. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v264.2013.14080>.

colocou não apenas no art. 37, mas também a situou no art. 7º (inciso VI), que compõe o título dos direitos e garantias fundamentais.

Além disso, em relação à formalidade da tramitação da PEC n. 186 no Congresso Nacional, é defensável a tese de que a alteração constitucional durante estado de calamidade pública padece dos mesmos vícios que impedem a reforma da Constituição na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio (art. 60, § 1º). Sobre o tema, aduz a doutrina mais especializada que:

O poder de emenda também se submete a restrições circunstanciais. Proíbe-se a mudança em certos contextos históricos adversos à livre deliberação dos órgãos constituintes, como a intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa.⁸

Tanto a declaração de estado de defesa ou de sítio, quanto as hipóteses de intervenção federal, existem para a preservação da ordem pública e da paz social. São mecanismos drásticos e excepcionais cujo objetivo é salvaguardar os princípios basilares da Constituição Federal.

O estado de calamidade decorre de grave comprometimento da ordem pública, que inclusive autorizaria a intervenção federal nos estados membros, que têm visto seus sistemas regionais de saúde entrarem em colapso com o agravamento da COVID-19.

As restrições sanitárias impostas pela disseminação do vírus, que em pouco mais de um ano já vitimou 280 mil indivíduos em território nacional, limitam e prejudicam a deliberação dos órgãos constituintes e privam a sociedade civil do necessário debate público em torno da oportunidade e da conveniência de se promover alterações na lei maior.

É inegável, portanto, a existência de fator circunstancial, condizente no momento de anormalidade institucional e sanitária que passa o país, que desautorizaria a reforma da Constituição.

Com a promulgação da Emenda à Constituição em 15 de março de 2021, o referido controle concentrado de constitucionalidade já pode ser promovido pelas entidades/autoridades legitimadas nos incisos art. 103 da CF, abaixo transcrito:

Art. 103. Podem propor a ação direta de inconstitucionalidade e a ação declaratória de constitucionalidade:
I - o Presidente da República;

⁸ MENDES, Gilmar Ferreira. Op. Cit, fl. 118.

- II - a Mesa do Senado Federal;
- III - a Mesa da Câmara dos Deputados;
- IV - a Mesa de Assembleia Legislativa ou da Câmara Legislativa do Distrito Federal;
- V - o Governador de Estado ou do Distrito Federal;
- VI - o Procurador-Geral da República;
- VII - o Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil;
- VIII - partido político com representação no Congresso Nacional;
- IX - confederação sindical ou entidade de classe de âmbito nacional.

É de se pontuar, ainda, que a possibilidade de reforma do texto constitucional durante o período de calamidade pública será submetida ao Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) ao julgar a ADI 6.417/DF, proposta pelo CIDADANIA (partido político). De acordo com a decisão proferida pelo Ministro LUIZ FUX, ao determinar a notificação das autoridades requeridas naqueles autos, embora o estado de emergência em saúde pública não configure estado de exceção, é preciso levar em consideração os fins buscados pela norma constitucional ao limitar o poder de reforma:

O estado de emergência em saúde pública não configura estado de exceção, de sorte a não se observar a normatividade constitucional, ainda em tempos críticos. Nada obstante, nessa situação de emergência e de calamidade pública – sem precedentes no Brasil e no mundo – é absolutamente exigível dos intérpretes da Constituição que levemos em consideração que o momento reclama uma interpretação teleológica dos dispositivos constitucionais.

A notória gravidade do contexto fático atual inspira a adoção de medidas ágeis e eficazes, voltadas à minimização dos custos e riscos envolvidos. Inspira, um passo além, a conjugação de todos os esforços, individuais e institucionais, possíveis para o combate ao atual estado de emergência em saúde pública de proporções internacionais.

[...]

A jurisprudência da crise, que se caracteriza e legitima pela temporariedade das medidas excepcionais e a correlação direta com o contexto particular, adota esses critérios para aferir a proporcionalidade das previsões instituídas.

A presente ação questiona a regularidade do trâmite legislativo de Emenda Constitucional que autoriza o Banco Central a comprar e vender ativos de capitais e de pagamentos em mercados secundários nacionais no âmbito de mercados financeiros durante a vigência do estado de calamidade pública decorrente da pandemia da Covid-19.

A matéria se reveste de grande relevância e apresenta especial significado para a ordem social e a segurança jurídica. Nesse particular, enfatizo a conveniência de que decisão venha a ser tomada em caráter

definitivo, mediante a adoção do rito abreviado previsto no artigo 12 da Lei Federal 9.868/1999.

Ainda não há data para a inclusão em pauta da ADI n. 6.417/DF, no qual o Supremo Tribunal Federal deverá se debruçar sobre a legitimidade de reforma permanente do texto constitucional durante estado de anormalidade cível e política causada por uma pandemia de alcance mundial.

São inegáveis os efeitos deletérios da atual pandemia sobre a sociedade civil e as suas consequências sobre a saúde pública e a economia. Não há falar, nesse contexto, em situação de normalidade que viabilizaria o debate entre as instituições constitucionalmente instituídas e a sociedade civil impactada pela medida.

De toda sorte, é certo que a Emenda à Constituição derivada da PEC n. 186 será alvo de diversas ações de controle concentrado de constitucionalidade, propostas diretamente ao STF, a quem caberá decidir em definitivo sobre a possibilidade de se reformar a Constituição Federal durante estado de emergência em saúde pública.

Por todas as considerações trazidas, são evidentes os inúmeros pontos de incompatibilidade da emenda constitucional derivada da PEC n. 186/2020 com postulados e questões intangíveis da Constituição Federal, reclamando que o Poder Judiciário, em razão da promulgação, por intermédio de controle repressivo de constitucionalidade para zelar pela higidez das cláusulas pétreas, constitutivas de autêntica limitação ao poder de emenda à Carta promulgada na presente era democrática.

Nessa hipótese, a atuação das entidades de classe é recomendada por intermédio de intervenção na qualidade de *amicus curiae* em futuras Ações Diretas de Inconstitucionalidade propostas no Supremo Tribunal Federal pelos respectivos legitimados (art. 103 da Constituição Federal), com o objetivo de aportar elementos de interesse ao aprofundamento do debate e conferir ampla legitimidade democrática ao controle normativo abstrato.

Assim a opinião de quem abaixo subscreve.

TORREÃO BRAZ ADVOGADOS
Antônio Torreão Braz Filho
Thiago Linhares de Moraes Bastos
Vitor Candido Soares
João Pereira Monteiro Neto