

# Emenda Constitucional n. 95/2016 e o desmembramento dos Direitos Sociais

## Constitutional Amendment no. 95/2016 and the constitutional dismemberment of Social Rights

*Almir Megali Neto*<sup>1</sup>

**Resumo:** O presente trabalho apresenta um estudo sobre a Emenda Constitucional n. 95/2016 à luz da teoria do desmembramento constitucional criada por Richard Albert. Para tanto, realiza uma recuperação dos debates do Direito Constitucional Comparado sobre a teoria das emendas constitucionais inconstitucionais. O objetivo aqui é o de demonstrar que a Emenda Constitucional n. 95/2016 configura uma hipótese de desmembramento dos direitos sociais. A metodologia utilizada faz um uso crítico dos referenciais teóricos que trabalham a temática das emendas constitucionais inconstitucionais no campo do Direito Constitucional Comparado.

**Palavras-chave:** Desmembramento Constitucional. Emendas Constitucionais Inconstitucionais. Emenda Constitucional n. 95/2016.

**Abstract:** This article presents a study on the Constitutional Amendment no. 95/2016 in light of the theory of constitutional dismemberment created by Richard Albert. To do so, it makes a recovery of the debates of Comparative Constitutional Law on the theory of unconstitutional constitutional amendments. The purpose here is to demonstrate that Constitutional Amendment no. 95/2016 constitutes a hypothesis of dismemberment of social rights. The methodology applied makes a critical use of the theoretical references that work on unconstitutional constitutional amendments in Comparative Constitutional Law.

**Keywords:** Constitutional Dismemberment. Unconstitutional Constitutional Amendments. Constitutional Amendment no. 95/2016.

## 1. Introdução

Em 2016, o Congresso Nacional promulgou a Emenda Constitucional n. 95 (EC n. 95/2016).<sup>2</sup> A medida foi encaminhada ao Legislativo ainda nos primeiros dias do governo do então presidente da República Michel Temer,

---

<sup>1</sup> Mestre em Direito pelo Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG), bolsista pela CAPES. Participou do Programa Professor Residente IEAT/UFMG, atuando no curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais, no ensino da Disciplina Direito Constitucional II. Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais.

<sup>2</sup> Disponível em: <<https://www12.senado.leg.br/noticias/materias/2016/12/15/promulgada-emenda-constitucional-do-teto-de-gastos>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

com o objetivo de equilibrar as contas públicas por meio de um rígido mecanismo de controle de gastos públicos por vinte anos. Segundo a base governista, a medida era necessária para garantir o equilíbrio das contas públicas que, segundo ela, vinha aumentando continuamente, tornando-se um obstáculo intransponível ao crescimento nacional.

Importa destacar que a EC n. 95/2016 foi bastante criticada pela oposição, que considerou que a proposta impediria investimentos públicos, agravaria a recessão e prejudicaria principalmente os mais pobres, ao diminuir recursos públicos destinados para áreas como educação e saúde. Além disso, durante o período de votação da medida nas duas Casas do Congresso Nacional, diversos setores da sociedade civil se posicionaram contrariamente à adoção das medidas.<sup>3</sup> Representativas nesse sentido foram as ocupações às instituições de ensino realizadas por todo o país pelo movimento estudantil, como forma de protesto às medidas adotadas pelo governo Temer, dentre elas à Proposta de Emenda à Constituição (PEC) que instituiu um Novo Regime Fiscal.<sup>4</sup>

A medida também foi duramente criticada do ponto de vista de sua compatibilidade com a Constituição de 1988,<sup>5</sup> isto é, do ponto de vista de sua constitucionalidade.<sup>6</sup> O Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, foi instado a se manifestar sobre a constitucionalidade da medida de forma

---

<sup>3</sup> Segundo pesquisa realizada pelo Instituto *DataFolha*, às vésperas do segundo turno de votação da proposta pelo Senado Federal, apenas 24% da população brasileira era favorável às mudanças promovidas pela EC n. 95/2016. A pesquisa está inteiramente disponível em: <<http://media.folha.uol.com.br/datafolha/2016/12/12/b4dd8e8b801d33432a731ad9443c69ba6a741a9a.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2018.

<sup>4</sup> De acordo com o balanço divulgado pela União Brasileira dos Estudantes Secundaristas (UBES), 1.197 instituições de ensino foram ocupadas em todo o país como forma de protesto às reformas promovidas pelo governo Temer, dentre elas a EC n. 95/2016. Disponível em: <<https://ubes.org.br/2016/ubes-divulga-lista-de-escolas-ocupadas-e-pautas-das-mobilizacoes/>>. Acesso em: 20 mai. 2018. Não há um balanço nacional oficial sobre o número de instituições de ensino realmente ocupadas, razão pela qual, de acordo com o Ministério da Educação, há divergências entre os números apresentados pela UBES.

<sup>5</sup> Um esclarecimento quanto à utilização do termo constituição se faz necessário. Quando o termo for empregado de modo genérico, sem particularizar de qual constituição se está a falar, utilizar-se-á o termo com a letra “c” minúscula. Quando se fizer referência a uma constituição específica de algum país o termo será escrito com a letra “C”, maiúscula.

<sup>6</sup> A título de exemplo, cf. CATTONI DE OLIVEIRA, 2018, p. 83-88.

preventiva e repressiva, ou seja, tanto antes quanto depois da promulgação da EC n. 95/2016.<sup>7</sup>

Até a data de fechamento deste texto, houve apenas apreciação monocrática pelo ministro Luís Roberto Barroso do pedido liminar formulado pelo impetrante do mandado de segurança n. 34.448 (MS n. 34.448) para suspender a tramitação, na Câmara dos Deputados, da PEC n. 241/2016 (numeração recebida pela EC n. 95/2016 durante sua tramitação perante referida Casa legislativa). O pedido foi indeferido por Barroso que determinou a continuidade da tramitação.<sup>8</sup> Após a promulgação da EC n. 95/2016, o ministro Luís Roberto Barroso determinou a extinção do feito sem resolução de mérito, em virtude da perda superveniente da legitimidade ativa do impetrante.<sup>9</sup> Por sua vez, nenhuma decisão foi proferida nas ações diretas de inconstitucionalidade propostas em face da EC n. 95/2016.

Por outro lado, é preciso destacar que a Procuradoria Geral da República (PGR), por meio da Nota Técnica PGR/SRI n. 82/2016, recomendou que o Congresso Nacional rejeitasse integralmente a PEC, posteriormente promulgada (EC n. 95/2016), tendo em vista a inconstitucionalidade da medida. Em suma, àquele momento, a PGR considerou que a proposta violaria a independência e a autonomia dos poderes, razão pela qual recomendou o arquivamento da medida.<sup>10</sup>

---

<sup>7</sup> Cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. MS 34448. Rel. Min. Luís Roberto Barroso; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5633. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5643. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5655. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5658. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5680. Rel. Min. Rosa Weber; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5715. Rel. Min. Rosa Weber; e BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 5734. Rel. Min. Rosa Weber.

<sup>8</sup> A decisão monocrática proferida pelo ministro Luís Roberto Barroso em sede liminar está disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/MS34448.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

<sup>9</sup> A decisão que extinguiu o feito sem resolução do mérito se encontra disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28MS%24%2ESCLA%2E+E+34448%2ENUME%2E%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/jt3xuuc>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

<sup>10</sup> A Nota Técnica PGR/SRI n. 82/2016 está inteiramente disponível em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/documentos/nota-tecnica-pgr-sri-no-082-2016-pgr-00290609-2016.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

Posteriormente, nas ações diretas de inconstitucionalidade ofertadas em desfavor da EC n. 95/2016, a PGR ofertou parecer pelo indeferimento das medidas cautelares requeridas nestes feitos, consistentes na suspensão da eficácia do ato normativo impugnado. De acordo com o órgão ministerial, a emenda constitucional objeto de controle não violaria o núcleo essencial de qualquer uma das cláusulas pétreas e, tampouco, esvaziaria a densidade normativa de nenhum direito fundamental.<sup>11</sup>

Além de ter mobilizado o cenário jurídico-político nacional, a EC n. 95/2016 também chamou a atenção de observadores internacionais. Philip Alston, relator especial da Organização das Nações Unidas (ONU) para extrema pobreza e direitos humanos, criticou severamente a medida por considerá-la radical e sem compaixão, principalmente, para com os mais pobres. Alston afirmou também que a medida constitui uma violação de obrigações internacionais do Brasil e que vai atar as mãos dos futuros governantes. Alston apontou, ainda, que a adoção da medida proposta pelo governo Temer representaria um retrocesso nas políticas de proteção social adotadas com sucesso pelo Brasil nos últimos anos, destacando a preocupação do Estado brasileiro em promover políticas para a erradicação da pobreza e para o reconhecimento dos direitos à educação, saúde, trabalho e segurança social.<sup>12</sup>

Considerando a força normativa do Direito Internacional dos Direitos Humanos, bem como as obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro, Roznai e Kreuz (2018, p. 35-56) sustentam que, além de inconstitucional, a EC n. 95/2016 também seria contrária aos compromissos internacionais assumidos pelo país. Nesse sentido, advogam a possibilidade de controle de convencionalidade do referido ato normativo como alternativa

---

<sup>11</sup> Os pareceres estão completamente disponíveis em: <<http://www.mpf.mp.br/pgr/noticias-pgr/emenda-constitucional-95-2016-nao-fere-a-carta-magna-nem-esvazia-direitos-fundamentais-opina-pgr>>. Acesso em: 20 dez. 2018.

<sup>12</sup> Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/brasil-teto-de-20-anos-para-o-gasto-publico-violara-direitos-humanos-alerta-relator-da-onu/>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

ao controle de constitucionalidade que pode ser realizado em relação à emenda.

Em sendo assim, criou-se um ambiente propício para o estudo da compatibilidade da EC n. 95/2016 com a Constituição de 1988. Dessa maneira, considerando as objeções sobre a constitucionalidade da EC n. 95/2016, bem como o conceito de desmembramento constitucional criado por Richard Albert (2018), o presente trabalho se destinará a demonstrar como referida emenda é contrária ao projeto constituinte inaugurado em 1988 e como ela se enquadra no conceito criado por Albert.

Sustenta-se, aqui, que referida emenda transbordou os limites estabelecidos para o processo de reforma da Constituição, razão pela qual a mesma está eivada da pecha da inconstitucionalidade sendo, portanto, incompatível com a Constituição de 1988, representando, ainda, um caso de desmembramento dos direitos sociais consagrados constitucionalmente. A metodologia utilizada faz um uso crítico dos referenciais teóricos que trabalham a temática das emendas constitucionais inconstitucionais no campo do Direito Constitucional Comparado.

## 2. O estado da arte dos estudos sobre Emendas Constitucionais Inconstitucionais

No âmbito do Direito Constitucional Comparado, importantes estudos têm sido desenvolvidos no campo das emendas constitucionais. Tem-se apontado que o debate sobre o poder de reforma<sup>13</sup> é “o espaço em que o direito, a política, a história e a filosofia se encontram” (ANDENAS, apud,

---

<sup>13</sup> Considera-se o poder de reforma como gênero que abarca diferentes meios de alteração da constituição, a saber, os processos de emenda e de revisão constitucional (HORTA, 1994, p. 45-46). Referida classificação é, inclusive, a adotada pela Constituição brasileira de 1988 (BRANDÃO; SARLET, 2013, p. 2374). A doutrina constitucional diferencia as alterações constitucionais mais amplas das menos amplas, chamando as primeiras de revisão constitucional e as últimas de emenda constitucional (LUTZ, 1996, p. 356). Referidas modalidades de alteração da constituição são consideradas mecanismos de mudança formal, pois seus procedimentos encontram previsão expressa no texto constitucional (CANOTILHO, 2003, p. 1059).

ROZNAI, 2017, p. 5 – tradução livre). Neste mesmo sentido, costuma-se dizer que as emendas à constituição estão diretamente relacionadas aos princípios mais fundamentais de uma determinada estrutura constitucional (ALBERT, 2013, p. 225-281).

De acordo com Ginsburg e Melton (2015, p. 689 – tradução livre), “cerca de trinta constituições são emendadas por ano ao redor do mundo”. Segundo os autores, a nível global, o número de emendas constitucionais tem crescido frequentemente desde a segunda metade do século XX, não obstante o processo de reforma do texto constitucional ter ficado mais difícil, principalmente, entre os anos de 1970 e 1980, período no qual boa parte das constituições passou a exigir maiorias qualificadas nos órgãos do Poder Legislativo e aprovação popular via referendo para que as emendas fossem aprovadas.

O assunto, portanto, vem se mostrando relevante, principalmente quando se tem vista que a Constituição de 1988 passou por 99 emendas em seus 30 anos de vigência.<sup>14</sup> Em virtude disso, Ginsburg e Melton (2015, p. 615) caracterizam a Constituição brasileira como um exemplo daquilo que denominam de *statutory constitution*, isto é, como uma constituição que conta com limites flexíveis de emenda, que regulamenta detalhadamente uma série de matérias e que é alterada quase todos os anos. Os autores apontam que essas constituições têm a virtude de serem frequentemente alteradas através de mecanismos internos, evitando-se a rota mais onerosa de substituição total.

Em estudo anterior, realizado em coautoria com Zachary Elkins, referidos autores apresentaram um modelo de constituição que consideram desejável para assegurar a maior longevidade de uma ordem constitucional apontando, inclusive, a Constituição brasileira de 1988 como um caso de sucesso (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 65-92). Para eles, a

---

<sup>14</sup> Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/emendas/emc/quadro\\_emc.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/quadro_emc.htm)>. Acesso em: 10 out. 2018.

inclusão, compreendida como a “amplitude da participação popular na formulação do projeto constitucional e na execução contínua do mesmo” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 78 – tradução livre), associada à flexibilidade, isto é, à capacidade da “constituição se ajustar ao surgimento de novas forças sociais e políticas” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 82 – tradução livre) e à especificidade, que “se refere ao nível de detalhe das disposições constitucionais e ao número de matérias versadas no documento” (ELKINS; GINSBURG; MELTON, 2009, p. 84 – tradução livre), forneceriam um modelo constitucional longo e, portanto, capaz de superar a expectativa de vida média das constituições.

Apesar disso, há aqueles para os quais o elevado número de emendas pode significar que a constituição não é vista como uma lei superior, tendo seu papel confundido com o da legislação ordinária (LUTZ, 1996, p. 246). No Brasil, denomina-se o fenômeno de emendismo constitucional (KUBLISCKAS, 2009, p. 169), chegando-se a afirmar que o país vive uma agenda constituinte permanente (COUTO; ARANTES, 2006, p. 41).

Por outro lado, há quem sustente que o elevado número de emendas constitucionais na experiência brasileira sugere que tanto a sociedade quanto o sistema político rejeitam ações feitas completamente à margem da Constituição. Nesta perspectiva, caso a Constituição fosse “desimportante, as ações políticas desejadas pelos grupos hegemônicos seriam simplesmente adotadas à sua margem, sem que os agentes interessados sequer tivessem que canalizar previamente a sua energia no afã de alterar o texto constitucional” (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 283).

No debate constitucional norte-americano, há quem sustente a irrelevância dos procedimentos formais de reforma da Constituição. O argumento é no sentido de que, naquele país, a maior parte das alterações da Constituição se dá por vias informais. David Strauss (2001, p. 1459 – tradução livre), por exemplo, afirma que “as emendas constitucionais não têm sido um meio importante de mudar a ordem constitucional” norte-

americana. Segundo este autor, as “emendas à Constituição têm sido questões periféricas no processo de transformação do regime constitucional” (STRAUSS, 2001, p. 1460 – tradução livre) naquele país. Para além do debate norte-americano, há aqueles, como Georg Jellinek, que sustentam que a questão das emendas constitucionais é menos interessante que a da transformação que ocorre fora do texto constitucional (JACOBSON; SCHLINK, 2002, p. 54-57).

Não obstante isso, vale destacar que o modelo consagrado pelo Artigo V da Constituição norte-americana estabeleceu os “fundamentos da rigidez constitucional, organizou a técnica da emenda à constituição e ofereceu as primeiras manifestações da intangibilidade de matérias constitucionais” (HORTA, 1992, p. 5-6). De fato, a previsão expressa da possibilidade de reforma do texto constitucional, combinada com o estabelecimento de um procedimento mais dificultoso de alteração da constituição e de limites materiais, adotada pela Constituição norte-americana acabou prevalecendo mundo afora. Como aponta Royo (2000, p. 179), todas as constituições editadas a partir de 1919 contaram com previsões deste tipo. Nesse sentido, pode-se dizer que a limitação ao poder de reforma da constituição se tornou um elemento comum a diversos arranjos institucionais ao redor do mundo.

Por mais que o processo formal de reforma da Constituição norte-americana não tenha sido a principal via de alteração deste texto constitucional, o mesmo não pode ser dito em relação às constituições estaduais daquele país. De acordo com Alan Tarr (2016, p. 9-32), se compararmos as constituições estaduais norte-americanas com a federal, fica-se imediatamente impressionado com o quão diferentemente os documentos lidam com a mudança constitucional. Segundo o autor, nos estados, os processos de emenda à constituição e de substituição constitucional são relativamente mais fáceis e, ao longo do tempo, a tendência geral tem sido facilitar tanto a emenda constitucional quanto a substituição das constituições estaduais, não obstante, apenas mais

recentemente, parece estar havendo uma certa resistência quanto à criação de novas constituições estaduais, havendo uma maior preferência popular por alterações pontuais nas constituições já existentes.

Para se ter uma noção da diferença do tratamento conferido aos processos de alteração e de substituição constitucional nas ordens jurídicas parciais dos estados em relação à Constituição norte-americana, basta comparar o número total de emendas e substituições constitucionais ocorridas nos estados com as ocorridas na Constituição federal daquele país. Enquanto a Constituição norte-americana passou por apenas vinte e sete emendas desde a sua elaboração em 1787, nos estados, considerando-se as constituições adotadas a partir da emancipação das antigas treze colônias britânicas, até 2018, foram adotadas ao todo 144 constituições que, por sua vez, foram emendadas 7.608 vezes desde então.<sup>15</sup>

Nesse sentido, quando se diz que na prática constitucional norte-americana o recurso às emendas constitucionais como forma de alteração do texto constitucional é desimportante por ter caído em desuso ao longo dos anos, obviamente só se pode estar se referindo à Constituição federal daquele país. Isso quer dizer que a leitura que se faz da importância do processo formal de reforma constitucional naquele país é, para dizer o mínimo, incompleta. O problema não está no fato daqueles que se dedicaram ao estudo do Direito Constitucional estadunidense terem interpretado erroneamente a prática ou a história constitucional daquele país, mas sim, que a maioria dos observadores apenas levou em consideração a história da Constituição federal e da Suprema Corte federal como as únicas, ou as únicas que merecessem atenção.

De todo modo, tem-se preocupado cada vez mais com o conteúdo das emendas constitucionais e, portanto, com sua compatibilidade com a ordem

---

<sup>15</sup> Para uma listagem de todas as constituições e emendas constitucionais adotadas pelos vários estados norte-americanos desde a independência da Coroa britânica até 01 de janeiro de 2018, *cf.* THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS, 2018. Disponível em: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/system/files/1.2.2018.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2018.

constitucional estabelecida. David Landau (2013, p. 189-260), por exemplo, observa que o constitucionalismo está sendo utilizado como ferramenta para enfraquecer a democracia. Nesse sentido, para o autor, regimes autoritários estão recorrendo aos mecanismos de emenda à constituição e à substituição constitucional para auxiliá-los a construir uma ordem constitucional mais autoritária. Dessa maneira, referidos atores estariam utilizando das possibilidades oferecidas pelo constitucionalismo para miná-lo. É o que o autor denomina de constitucionalismo abusivo.

Para Landau (2013, p. 195 – tradução livre), o constitucionalismo abusivo corresponderia ao “uso de mecanismos de mudança constitucional, a fim de tornar um Estado significativamente menos democrático do que era antes”. Segundo o autor, “nesses regimes, os atores e forças políticas dominantes tendem a controlar não apenas os ramos do governo, mas também os mecanismos de responsabilização horizontal que devem fiscalizar os atores políticos” (LANDAU, 2013, p. 200 – tradução livre). Nesse sentido, Landau observa que, por meio de emendas à constituição, atores políticos descompromissados com a democracia têm promovido alterações nos textos constitucionais visando estender seus mandatos, extinguir instituições como as cortes ou mesmo reduzir as competências daquelas.

Landau e Dixon (2015, p. 8) apontam que no campo do Direito Constitucional Comparado, tradicionalmente, costuma-se aceitar a existência de mecanismos de controle procedimental do processo de emenda à constituição e que, apenas recentemente, tem-se adotado restrições de ordem substancial a referidos processos.<sup>16</sup> No mesmo sentido, Roznai (2013, p. 660 – tradução livre) afirma que “parece que a tendência global está se movendo no sentido de aceitar a ideia de limitações – explícitas ou implícitas – ao poder de reforma da constituição”. Roznai (2017, p. 20-21) indica um

---

<sup>16</sup> Para os autores, “[p]rocedural restrictions focus on determining the rules (supermajorities, temporal restrictions, etc.) that an amendment must clear in order to be valid; substantive restrictions instead define a range of matters as being outside of the amendment power, regardless of the procedure that is followed in undertaking the amendment” (LANDAU; DIXON, 2015, p. 8).

aumento gradual do número de constituições com limitações materiais ao poder de reforma tomando como marco inicial para sua análise o ano de 1789.

O autor também indica que, a partir do segundo pós-guerra, assistiu-se a um aumento da complexidade das cláusulas constitucionais que estabelecem limites materiais ao poder de reforma da constituição. Dessa maneira, tem-se apontado que a tese das emendas constitucionais inconstitucionais seria algo que faria parte daquilo que se considera constitucionalismo transnacional (DIXON, 2011, p. 1-17). Albert (2018, p. 15 – tradução livre) afirma que “a doutrina da emenda constitucional inconstitucional tem viajado pelo mundo, desde suas bases políticas na França e nos Estados Unidos, passando por suas origens doutrinárias na Alemanha, até sua aplicação prática nos Estados constitucionais em quase todas as regiões do mundo”.

### 3. A Teoria do Desmembramento Constitucional

Pois bem, nesse rico ambiente teórico, Richard Albert (2018) propõe a criação de um novo conceito no âmbito dos estudos sobre as emendas constitucionais, a saber, a noção de desmembramento constitucional. Albert (2018) observa que, cada vez mais, tem se tornado comum a promulgação de emendas constitucionais que fazem mais do que reparar ou aprimorar alguma disposição constitucional à luz das novas demandas surgidas no seio da sociedade. Para ele, haveria casos em que as emendas constitucionais estariam extrapolando os limites estabelecidos pelo poder constituinte originário para alteração das constituições, uma vez que, por meio do processo formal de reforma da constituição, determinados atores políticos estariam, na verdade, rompendo com a ordem constitucional estabelecida.

Na introdução de seu artigo, Richard Albert sustenta que seu objetivo ao propor a categoria do desmembramento constitucional seria “introduzir

uma nova ideia na literatura sobre emendas constitucionais – a ideia de desmembramento constitucional – para nos desafiar a entender melhor os usos e funções das regras de mudança em constituições escritas, não escritas e parcialmente escritas” (ALBERT, 2018, p. 2 – tradução livre). Importante destacar que, para Albert (2018, p. 2-3 – tradução livre), “o ímpeto por trás da teoria do desmembramento constitucional é que algumas emendas constitucionais não são emendas. São esforços autoconscientes para repudiar as características essenciais da constituição e destruir seus fundamentos”.

Os casos de desmembramentos constitucionais, nos termos em que definidos por Albert (2018, p. 3-4), fariam mais do que as emendas comumente fazem. De acordo com o professor da Universidade de Austin, haveria duas espécies de emendas constitucionais, a saber: as emendas corretivas e as emendas elaborativas. As primeiras promoveriam uma correção no texto original da constituição. As segundas, por sua vez, fariam mais do que simplesmente corrigir uma falha técnica encontrada pelas gerações futuras na constituição. Elas dariam continuidade ao projeto constituinte em vigor expandindo o sentido e alcance das disposições constitucionais para consecução de fins pretendidos por este próprio projeto constitucional.

Um desmembramento constitucional, em contraste, é incompatível com a estrutura existente de uma constituição porque procura alcançar um propósito conflitante. Ele procura deliberadamente desmontar uma ou mais partes elementares de uma constituição. Um desmembramento constitucional altera um direito fundamental, a estrutura e organização dos poderes constituídos ou uma característica central da identidade de uma constituição. É uma mudança constitucional compreendida pelos atores políticos e pelo povo como inconsistente com a constituição no momento em que a mudança é feita. Para usar uma abreviação grosseira, o propósito e o efeito de um desmembramento constitucional são os mesmos: desfazer uma constituição. [...] a importante diferença entre uma emenda e um desmembramento reside no fato de que uma emenda continua o projeto constituinte de acordo com o desenho atual da constituição, enquanto um desmembramento é incompatível com a estrutura existente da constituição e, em vez disso, tenta desfazer uma de suas partes fundamentais - seus

direitos, estrutura ou identidade (ALBERT, 2018, p. 4-5 – tradução livre).

Albert (2018, p. 4) sugere que desmembramentos constitucionais poderiam ocorrer também em virtude da interpretação do texto constitucional pelos órgãos do Poder Judiciário. Contudo, referida proposta não foi desenvolvida no artigo até então publicado, razão pela qual no presente trabalho, a ideia de desmembramento constitucional pela via da interpretação judicial deixará de ser desenvolvida.

Sintetizando, pode-se dizer que, para Albert (2018), haveria alterações formais das constituições que, apesar de seguirem o procedimento previsto constitucionalmente para alteração do texto constitucional, seriam mais do que simples emendas à constituição e, ao mesmo tempo, seriam menos do que uma nova constituição, pois não substituiriam inteiramente a constituição vigente, a ponto de romper totalmente com a ordem jurídico-política estabelecida. Referido fenômeno seria o que o autor denomina de desmembramento constitucional. Em suas palavras,

Um desmembramento é um esforço autoconsciente, percebido como o desfazer da constituição, com recurso às regras de alteração constitucional. Um desmembramento introduz uma mudança que é incompatível com a estrutura e a finalidade existentes da constituição. Um desmembramento introduz uma mudança transformadora na constituição, mas não produz uma nova constituição porque, por uma questão de forma, a constituição permanece como era antes da mudança, exceto na medida da mudança em si. A teoria do desmembramento constitucional, portanto, não reconhece uma nova constituição até que uma nova constituição seja, de fato, adotada de forma autônoma pelos atores políticos relevantes, escolhendo lançar e completar com sucesso o processo formal de elaboração de uma nova constituição para esse propósito (ALBERT, 2018, p. 14 – tradução livre).

Considerando, portanto, que emendas à constituição corrigem algum defeito do texto constitucional eventualmente descoberto pelas gerações

futuras ou promovem alterações na estrutura textual da constituição visando aprimorar suas disposições com o objetivo de atingir algum dos fins perseguidos por determinado projeto constituinte e que desmembramentos constitucionais promovem uma alteração ou mesmo uma substituição dos compromissos fundamentais de uma dada ordem constitucional, Albert (2018, p. 38-52) apresenta as formas de desmembramentos constitucionais que sua teoria abrange. Dessa maneira, segundo o professor da Universidade de Austin, “um desmembramento constitucional altera um ou mais dos aspectos essenciais da constituição - especificamente, seus direitos, estrutura ou identidade” (ALBERT, 2018, p. 39 – tradução livre).

No que diz respeito ao desmembramento de um direito garantido por uma constituição, Albert (2018, p. 39 – tradução livre), afirma que o fenômeno ocorre quando se verifica “a revogação ou a substituição de um direito fundamental protegido pela constituição - não apenas qualquer direito, mas um que seja central para a comunidade política”. Por sua vez, segundo o autor, o desmembramento constitucional da estrutura constitucional seria vislumbrado quando uma emenda à constituição aprovada segundo o procedimento previamente estabelecido “implica[r] uma clara ruptura com a forma pela qual a constituição organiza a alocação de poder, como ela equilibra reivindicações concorrentes e o exercício da autoridade, ou como suas instituições públicas funcionam” (ALBERT, 2018, p. 39 – tradução livre). Por fim, o desmembramento constitucional também pode ocorrer quando uma emenda à constituição extinguir um compromisso fundamental assumido por determinado projeto constituinte ou quando além de extinguir um compromisso anteriormente tido como fundamental de determinada ordem jurídico-política a emenda à constituição adotar um novo compromisso constitucional distinto do anterior. Nas palavras de Albert,

[...] um desmembramento da identidade de uma constituição resulta ou na extinção de um compromisso constitucional fundamental ou na extinção simultânea de um compromisso

constitucional fundamental e na adoção de um novo compromisso constitucional. Um compromisso constitucional fundamental não é nem um direito nem uma estrutura, mas sim um valor constitucional. Valores constitucionais são a base de um determinado regime. Eles nos ajudam a classificar as regras legais do regime, os princípios morais e os compromissos políticos relativos uns aos outros; eles informam as escolhas que os atores políticos fazem; e influenciam como os juízes interpretam a constituição (ALBERT, 2018, p. 39 – tradução livre).

No artigo publicado pelo *Yale Journal of International Law*, Albert (2018, p. 39-49) apresenta exemplos de distintas experiências constitucionais no âmbito do Direito Constitucional Comparado para demonstrar cada uma das categorias de desmembramento constitucional por ele elencadas. Pois bem, dessa forma, o professor da Universidade de Austin apresenta exemplos de desmembramento de direitos no Brasil, na Jamaica e nos Estados Unidos da América; de estrutura constitucional na Irlanda, na Itália e na Nova Zelândia; e, finalmente, de identidade constitucional no Caribe. Sendo assim, na próxima seção, procurar-se-á demonstrar como a EC n. 95/2016 se enquadra no conceito de desmembramento constitucional de Albert, com especial atenção para os direitos sociais. Por ora, vale indicar que Albert (2018, p. 40-42), acertadamente, enquadra referida Emenda como um caso de desmembramento de direitos.

#### 4. EC 95/2016 e o Desmembramento dos Direitos Sociais

A tentativa de impor um limite às despesas públicas era uma das metas da base política aliada ao ex-presidente Temer, mesmo quando ele ainda ocupava o cargo de vice-presidente da República. A proposta foi uma das medidas lançadas pelo seu partido em dezembro de 2015 no documento denominado “Uma ponte para o futuro”.<sup>17</sup> Referido documento foi lançado durante o Congresso Nacional da Fundação Ulysses Guimarães, uma instituição privada, sem fins lucrativos e criada pelo Partido do Movimento

---

<sup>17</sup> Disponível em: <<https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/2016/11/UMA-PONTE-PARA-O-FUTURO.pdf>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

Democrático Brasileiro (PMDB) – atualmente denominado Movimento Democrático Brasileiro (MDB) –<sup>18</sup> para realizar doutrinação programática e educação política para a cidadania.<sup>19</sup>

Referido documento aponta para a necessidade de se recuperar as taxas de crescimento em níveis próximos aos observados no decorrer do século XX “numa trajetória realista que leve em conta a necessidade preliminar de reconstituirmos o Estado brasileiro, para que ele volte a ser como foi no passado” (PMDB, 2015, p. 4). Um ponto imprescindível para a retomada do crescimento econômico, nos termos pretendidos pelo documento, seria o enfrentamento do denominado “problema fiscal” (PMDB, 2015, p. 6). Para enfrentá-lo, seria preciso “mudar leis e até mesmo normas constitucionais, sem o que a crise fiscal voltará sempre, e cada vez mais intratável, até chegarmos finalmente a uma espécie de colapso” (PMDB, 2015, p. 6).

A “ponte para o futuro” pretendida pelo PMDB afirmava, ainda, que o déficit nas contas públicas seria produto das despesas obrigatórias, seja por vinculação constitucional, seja por indexação obrigatória de valores. A solução apresentada para “atingir o equilíbrio das contas públicas, sem aumento de impostos” seria “devolver ao orçamento anual a sua autonomia” para “acabar com as vinculações constitucionais estabelecidas, como no caso dos gastos com saúde e com educação, em razão do receio de que o Executivo pudesse contingenciar, ou mesmo cortar esses gastos em caso de necessidade” (PMDB, 2015, p. 9).

Essas ideias inspiraram Henrique de Campos Meirelles e Dyogo Henrique de Oliveira, membros da equipe econômica do governo Temer, a

---

<sup>18</sup> Em sessão administrativa realizada em 15 de maio de 2018, o Tribunal Superior Eleitoral (TSE), por unanimidade, aprovou a mudança do nome e da sigla do Partido do Movimento Democrático Brasileiro (PMDB) para Movimento Democrático Brasileiro (MDB). Disponível em: <<http://www.tse.jus.br/imprensa/noticias-tse/2018/Maio/aprovada-mudanca-do-nome-do-partido-do-movimento-democratico-brasileiro-pmdb>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

<sup>19</sup> Cf. Os artigos 1º e 3º do Estatuto da Fundação Ulysses Guimarães. Disponível em: <<https://www.fundacaoulysses.org.br/wp-content/uploads/img-pdf/1462900686-estatuto-fug.pdf>>. Acesso em 20 mai. 2018.

elaborar uma proposta de emenda à Constituição, para instituir um Novo Regime Fiscal a partir da alteração de normas do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT).<sup>20</sup> Vale destacar que Meirelles, até então ministro da Fazenda do governo Temer, afirmou em entrevista que a denominada “desvinculação das despesas obrigatórias com saúde e educação” seria “parte fundamental e estrutural” do novo regime fiscal.<sup>21</sup>

Referida ideia também parece estar orientando os trabalhos da equipe econômica do atual governo. Em seu primeiro discurso como ministro da Economia do governo Jair Bolsonaro, Paulo Guedes afirmou que é preciso frear o crescimento dos gastos públicos, que, na sua visão, estava corrompendo a política e estagnando a economia.<sup>22</sup> No seu discurso de posse, Guedes chegou a afirmar que seu principal alvo seria a apresentação ao Congresso Nacional de uma proposta de emenda à Constituição para reforma da previdência social o que, inclusive, já fora feito.<sup>23</sup>

Na mesma oportunidade, o ministro da Economia chegou a afirmar que, caso a proposta não seja aprovada pelo Congresso Nacional, a alternativa seria desvincular gastos públicos previstos constitucionalmente. Para ser mais exato, nas palavras de Guedes, o plano B, por assim dizer, seria “desindexar, desvincular e desobrigar todo o orçamento federal”, na esperança de que isso retiraria as amarras da gestão do orçamento. Mais recentemente, o ministro afirmou em entrevista que o governo já articula a

---

<sup>20</sup> Cf. Justificativa que acompanhou a proposta de emenda à Constituição encaminhada por Henrique Meirelles e Dyogo Oliveira ao Presidente Michel Temer. Disponível em: <[http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop\\_mostrarintegra;jsessionid=7092F1F67571E7B82E8274C9FAD15542.proposicoesWebExterno1?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016](http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/prop_mostrarintegra;jsessionid=7092F1F67571E7B82E8274C9FAD15542.proposicoesWebExterno1?codteor=1468431&filename=PEC+241/2016)>. Acesso em: 20 mai. 2018.

<sup>21</sup> Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/noticias/redacao/2016/05/24/limites-com-educacao-e-saude-irao-ao-congresso-em-2-semanas-diz-meirelles.htm>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

<sup>22</sup> Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2019/01/guedes-sugere-plano-alternativo-se-aprovacao-de-reforma-da-previdencia-falhar.shtml>>. Acesso em: 02 jan. 2019.

<sup>23</sup> Em 20 de fevereiro de 2019, o próprio atual presidente da República, Jair Bolsonaro, fez questão de entregar pessoalmente ao presidente da Câmara dos Deputados a proposta de emenda à Constituição para reforma da previdência, elaborada pela sua equipe econômica. Disponível em: <<https://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/TRABALHO-E-PREVIDENCIA/572624-REFORMA-DA-PREVIDENCIA-CHEGA-AO-CONGRESSO.html>>.

Acesso em: 20 fev. 2019.

elaboração de uma proposta de emenda à Constituição para alterar o pacto federativo e acabar com as despesas obrigatórias e as vinculações orçamentárias. Nas suas palavras, “os políticos têm de controlar 100% do orçamento”. Considerando a situação fiscal dos estados e municípios brasileiros, Guedes chegou a afirmar que o projeto de desindexação das despesas obrigatórias teria ganhado vida própria, tendo deixado de ser uma alternativa à reforma da previdência para se tornar uma das prioridades do atual governo.

A leitura que o ministro fez do último processo eleitoral bem indica os propósitos das reformas apresentadas pela pasta por ele chefiada. Em sua opinião, “depois de 30 anos de hegemonia da social-democracia, finalmente estava aparecendo a outra perna. Você precisava de uma liberal democracia, como uma aliança de conservadores com liberais”. Caso a Constituição oferecesse resistência a essa mudança, Guedes sugeriu que “não é ficar escondido atrás de um documento escrito há 30 anos e jogar a culpa nele. Como um político pode dizer que a culpa é da Constituição? Então, faça uma Proposta de Emenda Constitucional”.<sup>24</sup>

Pois bem, a medida proposta pelo governo federal e aprovada pelo Congresso em 2016 visa impor um limite aos gastos primários da União, em montante correspondente aos gastos ocorridos no exercício financeiro anterior corrigidos, contudo, pela inflação medida pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo (IPCA). Referido teto irá vigor por vinte anos, mas, a partir do décimo ano, poderá ser alterado por iniciativa do presidente da República, por meio de propositura de lei complementar. Com isso, será fixado um limite para a despesa primária total, para cada exercício financeiro, do Poder Executivo, do Poder Judiciário, do Poder Legislativo, do Tribunal de Contas da União, do Ministério Público da União e da

---

<sup>24</sup> A entrevista foi concedida ao Jornal *O Estado de São Paulo*, em 10 de março de 2019. Seus principais trechos estão disponíveis em: <<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,os-politicos-tem-de-controlar-100-do-orcamento,70002749472>>. Acesso em: 11 mar. 2019.

Defensoria Pública da União, nos termos da nova redação conferida ao art. 107, incisos I a V, do ADCT.

Além disso, é preciso destacar que estão vedados aumentos reais do limite de gastos o que, por sua vez, deverá corresponder ao valor referente ao exercício imediatamente anterior, corrigido pela variação do Índice de Preços ao Consumidor Aplicado – IPCA. Isso quer dizer que apenas aumentos nominais serão possíveis.

As regras do novo regime não permitem, assim, o crescimento das despesas totais e reais do governo acima da inflação, nem mesmo se a economia estiver bem, o que diferencia o caso brasileiro de outras experiências estrangeiras que adotaram o teto de gastos públicos. Somente será possível aumentar os investimentos em uma área desde que sejam feitos cortes em outras. As novas regras desconsideram, portanto, as taxas de crescimento econômico, como também as demográficas pelos próximos 20 (vinte anos), o que (e aqui já antecipando a nossa crítica a respeito), poderá levar ao sucateamento das políticas sociais, especialmente nas áreas da saúde e educação, pondo em risco por completo a qualidade de vida da população brasileira.

Fixado o teto uma única vez, isso vinculará todos os fenômenos administrativos que ocorrerem nas várias unidades, órgãos e pessoas administrativas acima citadas, pelos próximos 20 (vinte) anos, o que, obviamente, impedirá os investimentos necessários à manutenção e expansão dos serviços públicos, incorporação de inovações tecnológicas, aumentos de remuneração, contratação de pessoal, reestruturação de carreiras, o que se faz necessário em virtude do crescimento demográfico, e sobretudo em razão dos objetivos e fundamentos constitucionais, que direcionam um projeto constituinte de um Estado de Bem Estar Social. O novo regime fiscal suspende, por consequência, o projeto constituinte de 1988, e retira dos próximos governantes a autonomia sobre o orçamento, salvo se houver, no futuro, em uma nova gestão, outra proposta de emenda constitucional em sentido contrário. Retira também do cidadão brasileiro o direito de escolher, a cada eleição, o programa de governo traduzido no orçamento e, com isso, decidir pelas políticas públicas prioritárias para o desenvolvimento econômico (MARIANO, 2017, p. 261).

Da leitura do parágrafo 6º, do art. 107, do ADCT, é possível vislumbrar que estão excluídos do teto de gastos imposto pela EC n. 95/2016 as transferências constitucionais relativas (i) à participação dos estados e municípios no produto da exploração de petróleo e gás natural; (ii) à repartição das receitas tributárias; (iii) às cotas estaduais e municipais da

contribuição social do salário-educação; (iv) às despesas relativas aos serviços da polícia civil, polícia militar, bombeiros e demais serviços públicos do distrito federal; (v) à complementação das cotas do salário-educação do distrito federal e dos estados, caso o número de alunos não atinja o limite necessário; (vi) aos créditos extraordinários abertos para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública; (vii) às despesas com a realização de eleições pela justiça eleitoral; (viii) às outras transferências obrigatórias derivadas de lei que sejam apuradas em função de receitas vinculadas; e (ix) às despesas com aumento de capital de empresas estatais não dependentes.

Nesse sentido, da nova redação conferida ao parágrafo 6º, do art. 107, do ADCT, pode-se dizer que “não foram excluídos do teto o pagamento de juros e amortizações da dívida pública, que podem se avolumar livremente” (MARIANO, 2017, p. 262). Além disso, “também não foram excluídos do teto, no Brasil, os percentuais obrigatórios de gastos com a saúde e educação. A Constituição, como se sabe, exige que os governos apliquem um percentual mínimo de sua receita em educação e saúde” (MARIANO, 2017, p. 262).

Pois bem, em sendo assim, “não deveria ser preciso dizer que isso é inconstitucional, pois atenta contra a lógica principiológica da vedação ao retrocesso social, consubstanciada no plano do direito positivo, no rol das cláusulas pétreas constitucionais do parágrafo 4º do art. 60” (MARIANO, 2017, p. 263).<sup>25</sup> É o que se pretende demonstrar no presente trabalho com auxílio do desmembramento constitucional de Richard Albert (2018).

De acordo com Albert (2018, p. 40 – tradução livre), “o Brasil concluiu recentemente um esforço bem-sucedido para desmembrar um direito

---

<sup>25</sup> Sobre isso, não custa que lembrar que o ministro Luís Roberto Barroso, ao indeferir o pedido liminar no MS n. 34.448, chegou a reconhecer que, “por certo, há risco de setores mais vulneráveis e menos representados politicamente perderem a disputa por recursos escassos”, caso a então proposta de emenda à Constituição fosse aprovada. Contudo, inexplicavelmente, mesmo reconhecendo que a medida poderia representar uma violação a direitos constitucionalmente assegurados, o ministro indeferiu o pedido liminar por entender que “esta não é uma questão constitucional, mas política, a ser enfrentada com mobilização social e consciência cívica, e não com judicialização”.

constitucionalmente assegurado”. Fazendo menção expressa à proposta de emenda à Constituição enviada ao Congresso Nacional pelo governo Temer e, posteriormente aprovada, tanto pela Câmara dos Deputados quanto pelo Senado Federal, sob o nome de EC n. 95/2016, o autor afirma que o propósito da medida seria limitar os gastos públicos, em virtude de uma alegada crise orçamentária que, supostamente, impediria o crescimento do país. Segundo o professor da Universidade de Austin, a medida comprometeria os recursos que deveriam ser destinados à educação e à saúde.

Em junho de 2016, o presidente interino propôs uma emenda constitucional que limitaria os gastos públicos por até vinte anos, com o crescimento do gasto anual limitado à taxa de inflação do ano anterior. O objetivo da emenda - que limitaria os gastos públicos com saúde e educação, além de outras áreas de gastos públicos - foi para lidar com a crescente lacuna orçamentária que sobrecarregou o Brasil nos últimos anos, uma vez que as receitas fiscais não conseguiram acompanhar o aumento das despesas. A emenda entrou em vigor em dezembro de 2016 (ALBERT, 2018, p. 40 – tradução livre).

Interessante notar que Albert (2018, p. 41) reconhece a existência de críticas direcionadas por variados setores da sociedade civil organizada à EC n. 95/2016 bem como as razões que fundamentam essas críticas. Segundo Albert, as críticas direcionadas à proposta se fundamentariam na ampla proteção conferida pela Constituição não apenas aos direitos sociais, mas também, à ordem econômica e social que, até então, não teria sofrido mudanças significativas.

Para demonstrar a proteção conferida pela Constituição aos direitos sociais e à ordem econômica e social, o autor cita parte do preâmbulo segundo a qual o projeto constituinte inaugurado em 1988 seria “destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais”. Cita os valores sociais estabelecidos como fundamentos da República pelo art. 1º, inciso IV, da Constituição, bem como a erradicação da pobreza e a diminuição da desigualdade social como um dos objetivos do Estado brasileiro, do art. 3º, inciso III, da Constituição. Em seguida, faz menção à seção destinada pela própria Constituição aos direitos sociais (art. 6º a 11 da Constituição), à

ordem social que assegura a todos o direito à saúde pública (art. 196 a 200 da Constituição), à assistência social (art. 203 e 204 da Constituição), e à educação (art. 205 a 214 da Constituição) (ALBERT, 2018, p. 41).

Albert reconhece que a inclusão das referidas matérias no texto constitucional foi produto de ampla mobilização popular que, ativa e decisivamente, participou e influenciou no processo de elaboração do novo projeto constituinte inaugurado em 1988. Em suas palavras,

[...] o reconhecimento desses direitos sociais não veio por acaso; foi uma vitória dos grupos da sociedade civil cujas “energias mobilizadas” procuravam “mudar a realidade brasileira” com “demandas sociais” que acabaram se traduzindo em um extenso rol de direitos sociais na Constituição. Ao contrário do resto da Constituição, que sofreu cerca de cem emendas desde a sua entrada em vigor em 1988, as proteções aos direitos sociais não foram substancialmente alteradas (ALBERT, 2018, p. 41 – tradução livre).

Nesse sentido, Richard Albert (2018, p. 42 – tradução livre) conclui que a EC n. 95/2016 poderá impactar diretamente o “gozo de direitos sociais da próxima geração no Brasil”, além de minar “o compromisso fundador e continuado da Constituição com os direitos sociais”, razão pela qual ela “pode ser mais do que uma simples emenda. Seu propósito e efeito sugerem que ele deveria ser chamado de desmembramento constitucional”. Ao analisarem a EC n. 95/2016 à luz da teoria do desmembramento constitucional, Roznai e Kreuz (2018, p. 44) afirmam que, em verdade, ela representa um deliberado desmanche de uma das partes elementares da Constituição de 1988, a saber, os direitos sociais.

Cattoni de Oliveira (2018, p. 84), ao comentar sobre a PEC 241, afirmou que a mesma representaria “não apenas a suspensão, mas sim a revogação do núcleo normativo, administrativo-financeiro e orçamentário do Estado brasileiro tal como configurado pela Constituição de 1988, já que pretende excepcionar as normas constitucionais por 20 anos”. Para o constitucionalista mineiro, caso a proposta de emenda à Constituição fosse aprovada (como de fato o foi), ter-se-ia criado, “em verdade, uma nova carta

política, ilegítima e contrária aos compromissos sociais, econômicos e culturais do Estado Democrático de Direito” (CATTONI DE OLIVEIRA, 2018, p. 84).

Por sua vez, Mariano (2017, p. 262-263) afirma que “o novo regime fiscal suspende, por consequência, o projeto constituinte de 1988” e que, além disso, impede “a expansão e até mesmo a própria manutenção de políticas públicas para reservar dinheiro público e garantir o pagamento das obrigações assumidas pelo governo federal brasileiro perante os credores da dívida pública”. De acordo com a referida autora, “o teto de gastos públicos do governo federal brasileiro, implementado pela EC 95/2016, é, portanto, uma ofensiva conservadora de retirada de direitos sociais, tendo como alvo prioritário o projeto constituinte de 1988” (MARIANO, 2017, p. 280).

Importa destacar que os limites materiais ao poder de reforma da Constituição, também conhecidos como cláusulas pétreas ou cláusulas de intangibilidade (SARMENTO; SOUZA NETO, 2016, p. 293), visam retirar determinadas matérias do âmbito de deliberação do poder constituinte derivado, em virtude do caráter essencial de tais matérias para determinada ordem jurídico-política. Albert (2013, p. 244) afirma que os limites materiais ao poder de reforma da constituição expressam os compromissos políticos especiais de uma dada sociedade. Citando como exemplo o caso brasileiro, o autor afirma que referidos compromissos “seriam tão importantes que impediriam qualquer possibilidade de alteração em sentido contrário às suas disposições” (ALBERT, 2013, p. 255 – tradução livre).

Em solo pátrio, os limites materiais estão previstos no parágrafo 4º, do artigo 60, da Constituição, que veda a deliberação de qualquer proposta de emenda tendente a abolir a forma federativa de Estado, o voto direto, secreto, universal e periódico, a separação dos Poderes e os direitos e garantias individuais.<sup>26</sup> Segundo Albert (2013, p. 239), tais limites possuem

---

<sup>26</sup> Apesar do texto constitucional se referir apenas a direitos e garantias individuais não se exclui do âmbito normativo do § 4º, inciso IV, do art. 60, da Constituição de 1988, os direitos

caráter preservativo, pois pretendem preservar aspectos relevantes da estrutura constitucional brasileira ao impedirem a possibilidade de alteração do texto constitucional que possa vulnerar seu núcleo essencial. Vale destacar que, por expressa dicção do mencionado dispositivo constitucional, mudanças meramente redacionais ou que almejam aperfeiçoar os institutos nele contidos serão permitidas. Nesse sentido, as alterações que se mostrem tendentes a abolir esses direitos, não estão à disposição do poder constituinte derivado de reforma, pois, como salienta Raul Machado Horta (1994, p. 49), “a abolição não se circunscreve às formas grosseiras e ostensivas, mas também alcança as formas oblíquas, dissimuladas e ladeantes”.

Não custa lembrar que as despesas obrigatórias por vinculação constitucional, tais como, os pisos estabelecidos constitucionalmente para a educação e a saúde dos artigos 198, parágrafo 2º, e 212, *caput*, da Constituição, foram e continuam sendo apontadas como as grandes vilãs da crise orçamentária que assolaria o país. Referido posicionamento, conforme já dito anteriormente, motivou a equipe econômica do governo Temer a elaborar a proposta de emenda à Constituição posteriormente aprovada pelo Congresso Nacional (EC n. 95/2016) e, inclusive, tem servido de inspiração para as reformas pretendidas pelo governo Bolsonaro.

O discurso em prol da EC n. 95/2016 é muito bem representado por aquilo que Bercovici e Massonetto (2006, p. 57-77) denominam de constituição dirigente invertida, isto é, ao discurso segundo o qual a ingovernabilidade brasileira seria produto, justamente, do amplo quadro de direitos de ordem sócio-econômica assegurados pela Constituição. A alternativa que este grupo apresentaria para o suposto quadro de

---

sociais. Cf. BRANDÃO, 2007, p. 1-44. Além do mais, o próprio STF já assentou entendimento em sentido contrário à classificação dos direitos fundamentais segundo o critério denominado constitucional-literal. Sobre isso, cf. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI n. 939. Rel. Min. Sidney Sanches. Julgamento em: 15/12/1993. DJ: 18/03/1994.

ingovernabilidade brasileira seria o desmanche das políticas públicas de Estado Social.

[...] a constituição dirigente das políticas públicas e dos direitos sociais é entendida como prejudicial aos interesses do país, causadora última das crises econômicas, do déficit público e da “ingovernabilidade”; a constituição dirigente invertida, isto é, a constituição dirigente das políticas neoliberais de ajuste fiscal é vista como algo positivo para a credibilidade e a confiança do país junto ao sistema financeiro internacional. Esta, a constituição dirigente invertida, é a verdadeira constituição dirigente, que vincula toda a política do Estado brasileiro à tutela estatal da renda financeira do capital, à garantia da acumulação de riqueza privada (BERCOVICI; MASSONETTO, 2006, p. 73).

Pelo exposto, constata-se que, acertadamente, Albert (2018, p. 40-42) classifica a EC n. 95/2016 como um caso de desmembramento de direitos assegurados pela Constituição. De acordo com referido autor e, conforme aqui já exposto, o desmembramento de direitos ocorre quando, por meio de uma emenda constitucional, constata-se a revogação ou a substituição de um direito fundamental essencial para determinada ordem constitucional. Ora, é justamente isso que se passa no caso da EC n. 95/2016, principalmente, quando se tem vista os também aqui já mencionados pisos constitucionalmente estabelecidos aos recursos financeiros que devem ser destinados para áreas como saúde e educação. Dessa maneira, as disposições da EC n. 95/2016, na verdade, acabariam por suspender a eficácia dos mencionados dispositivos constitucionais, durante todo o período de vigência da referida emenda.

## 5. Conclusão

O processo de reforma constitucional é uma questão central do constitucionalismo moderno, já que desempenha o papel de articular o dilema da estabilidade e da mudança no Direito Constitucional. Considerando que “a permanência da Constituição é a ideia inspiradora do constitucionalismo moderno” (HORTA, 1992, p. 5), pode-se dizer, com Roznai (2017, p. 15 – tradução livre), que “o processo de reforma da

constituição é um método para reconciliar a tensão existente entre estabilidade e flexibilidade”. Isto é, a discussão em torno dos limites ao poder de reforma da constituição tem impacto direto sobre a relação existente entre constitucionalismo e democracia.

Como poder de direito e, portanto, não soberano e vinculado à obra do poder constituinte originário, o poder de reforma da constituição somente está autorizado a rever os termos de uma constituição para corrigi-los ou aprimorá-los, desde que observados as formas e os limites estabelecidos pela própria constituição. A soberania popular, fundamento de legitimidade para o exercício do poder político de qualquer regime democrático, “somente pode ser exercida por meio de formas constitucionais já estabelecidas ou em processo de estabelecimento. Isso indica o que, em sua formulação mais elementar, pode ser chamado de paradoxo do constitucionalismo” (LOUGHLIN; WALKER, 2007, p. 1 – tradução livre).

Isso porque uma constituição inteiramente imutável não resistiria ao teste do tempo, uma vez que não atenderia às exigências e necessidades das gerações futuras. Uma constituição deste tipo, seria antidemocrática por impossibilitar que as gerações futuras decidam sobre seu próprio destino. Por sua vez, uma constituição cujo processo de alteração seja extremamente facilitado estaria ao sabor das maiorias ocasionais perdendo, assim, seu caráter fundamental bem como sua capacidade em assegurar os direitos e valores mais caros de uma determinada sociedade, em face do poder político e das forças sociais criando, ainda, um cenário de instabilidade.

Este é o desafio inerente ao poder de reforma da constituição: preservar o núcleo essencial da constituição e ao mesmo tempo possibilitar atualizações em seu texto pelas gerações futuras. Democracia e constitucionalismo, portanto, têm se apresentado em permanente tensão quando o assunto é reforma da constituição. Por um lado, há a necessidade de preservação do núcleo essencial da constituição em face de eventuais

investidas realizadas por maiorias ocasionais e, por outro, há a exigência de garantia da abertura ao futuro de um determinado projeto constituinte.

Assim, acredita-se que a questão pode ser melhor compreendida no sentido de que os limites impostos à geração do presente pelos seus antepassados constituem, na verdade, pré-compromissos que, apesar de vincular as gerações futuras, possibilitam a elas o redimensionamento de seus direitos e instituições. Como destaca Cattoni de Oliveira (2006, p. 74), “um povo democrático e plural não está imune aos compromissos constitucionais que assume perante si mesmo, sob pena de autodissolução. Isso a história política dos últimos duzentos anos é implacável em nos mostrar”.

É justamente este o risco que se corre com a EC n. 95/2016, em especial, com o desmembramento dos direitos sociais promovido por ela que, por sua vez, vai de encontro aos compromissos expressamente assumidos pelo projeto constituinte de 1988. Em diversas passagens do texto constitucional, percebe-se o compromisso com a garantia do exercício dos direitos sociais, com o bem-estar social e com a redução das desigualdades sociais. Nesse sentido são: o preâmbulo da Constituição de 1988; o art. 1º, inciso IV, que estabelece os valores sociais como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil; o art. 3º, incisos I, III e IV, que estabelecem como objetivos do Estado brasileiro a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, a erradicação da pobreza para redução das desigualdades sociais, visando à construção de uma sociedade sem preconceitos ou qualquer outra forma de discriminação; o Título II, Capítulo II, com ampla previsão dos sociais constitucionalmente estabelecidos; e, por fim, o Título VIII que trata da ordem social, cujo objetivo é o bem-estar e a justiça sociais, nos termos de seu art. 193.

## Referências

ALBERT, Richard. Constitutional Amendment and Dismemberment. **Yale Law Journal**, vol. 43, n. 01, pp. 1-84, 2018.

\_\_\_\_\_. The Expressive Function of Constitutional Amendment Rules. **McGill Law Journal**, vol. 59, n. 02, p. 225-281, 2013.

BERCOVICI, Gilberto; MASSONETTO, Luís Fernando. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica. **Boletim de Ciências Econômicas**, Coimbra, v. XLIX, pp. 57-77, 2006.

BRANDÃO, Rodrigo. Direitos fundamentais, cláusulas pétreas e democracia: uma proposta de justificação de aplicação do art. 60, § 4º, IV da CF/88. **Revista Eletrônica de Direito do Estado**, Salvador, n. 10, pp. 1-44, abr./jun., 2007.

\_\_\_\_\_; SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 60. *In*: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz. (Orgs.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, pp. 2373-2403.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade de. Breves considerações iniciais sobre a PEC n. 241 (“Novo Regime Fiscal”): o estado de exceção econômico e a subversão da Constituição democrática de 1988. *In*: BAHIA, Alexandre Melo Franco; NUNES, Dierle; BACHA E SILVA, Diogo; CATTONI DE OLIVEIRA, Marcelo Andrade (Orgs.). **Controle jurisdicional do devido processo legislativo: história e Teoria Constitucional brasileira**. Belo Horizonte: Conhecimento Livraria e Editora, 2018, pp. 83-88.

COUTO, Claudio Gonçalves; ARANTES, Rogério Bastos. Constituição, governo e democracia no Brasil. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, São Paulo, v. 21, n. 61, pp. 41-63, 2006.

DIXON, Rosalind. Transnational Constitutionalism and Unconstitutional Constitutional Amendments. **University of Chicago Public Law & Legal Theory Working Paper**, n. 349, pp. 1-17, mai. 2011.

ELKINS, Zachary; GINSBURG, Tom; MELTON, James. **The Endurance of National Constitutions**. Cambridge: University Press, 2009.

GINSBURG, Tom; MELTON, James. Does the constitutional amendment rule matter at all? Amendment cultures and the challenges of measuring amendment difficulty. **International Journal of Constitutional Law**, v. 13, n. 3, pp. 686-713, jul. 2015.

HORTA, Raul Machado. Permanência e mudança na constituição. **Revista de Informação Legislativa**, v. 29, n. 115, pp. 5-25, jul./set. 1992.

\_\_\_\_\_. Natureza, limitações e tendências da revisão constitucional. **Revista de informação legislativa**, vol. 31, n. 121, p. 45-54, jan./mar. 1994.

JACOBSON, Arthur; SCHLINK, Bernhard. **Weimar: a jurisprudence of crisis**. Berkeley: University of California Press, 2000.

KUBLISCKAS, Wellington Márcio. **Emendas e mutações constitucionais: análise dos mecanismos de alteração formal e informal da Constituição Federal de 1988**. São Paulo: Atlas, 2009.

LANDAU, David. Abusive constitutionalism. **Davis Law Review**, v. 47, n. 1, pp. 189-260, 2013.

\_\_\_\_\_; DIXON, Rosalind. Constraining Constitutional Change. **Wake Forest Law Review**, FSU College of Law, Public Law Research Paper n. 758, pp. 1-22, 2015.

LOUGHLIN, Martin; WALKER, Neil. **The Paradox of Constitutionalism**. Oxford University Press, 2007.

LUTZ, Donald S. Toward a Theory of Constitutional Amendment. **The American Political Science Review**, v. 88, n. 02, pp. 355-370, 1996.

MARIANO, Cynara Monteiro. Emenda constitucional 95/2016 e o teto dos gastos públicos: Brasil de volta ao estado de exceção econômico e ao capitalismo do desastre. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 04, n. 01, pp. 259-281, jan./abr. 2017.

PARTIDO DO MOVIMENTO DEMOCRÁTICO BRASILEIRO. **Uma ponte para o futuro**. Brasília: Fundação Ulysses Guimarães, 2015. Disponível em: <[http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER\\_A4-28.10.15-Online.pdf](http://pmdb.org.br/wp-content/uploads/2015/10/RELEASE-TEMER_A4-28.10.15-Online.pdf)>. Acesso em: 20 mai. 2018.

ROYO, Javier Perez. **Curso de derecho constitucional**. 7. ed. Madrid: Marcial Pons, 2000.

ROZNAI, Yaniv. **Unconstitutional constitutional amendments: the limits of amendment powers**. Oxford: Oxford University Press, 2017.

\_\_\_\_\_. Unconstitutional Constitutional Amendments: The Migration and Success of a Constitutional Idea. **The American Journal of Comparative Law**, v. 61, pp. 658-719, 2013.

\_\_\_\_\_; KREUZ, Leticia Regina Camargo. Conventionality control and Amendment 95/2016: a Brazilian case of unconstitutional constitutional amendment. **Revista de Investigações Constitucionais**, Curitiba, v. 5, n. 2, pp. 35-56, mai./ago. 2018.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho**. 2. ed. Fórum: Belo Horizonte, 2016.

STRAUSS, David A. The irrelevance of constitutional amendments. **Harvard Law Review**, v. 144, pp. 1457-1505, 2001.

TARR, Allan G. Explaining state constitutional changes. **Revista do Núcleo de Investigações Constitucionais da Universidade Federal do Paraná**, v. 3, n. 2, pp. 9-32, mai./ago. 2016.

THE COUNCIL OF STATE GOVERNMENTS. **General Information on State Constitutions (As of January 1, 2018)**. Disponível em: <<http://knowledgecenter.csg.org/kc/system/files/1.2.2018.pdf>>. Acesso em: 02 fev. 2019.

Artigo recebido em: 20/03/2019.

Aceito para publicação em: 26/07/2019.