

III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

CAIO AUGUSTO SOUZA LARA

SAMANTHA RIBEIRO MEYER-PFLUG

VIVIANE COÊLHO DE SÉLLOS KNOERR

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente:

Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuitiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigher Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

C755

Constituição, teoria constitucional e democracia I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Caio Augusto Souza Lara; Samantha Ribeiro Meyer-pflug; Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-349-8

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Saúde: segurança humana para a democracia

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Democracia. III Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



III ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

CONSTITUIÇÃO, TEORIA CONSTITUCIONAL E DEMOCRACIA I

Apresentação

Os artigos contidos nesta publicação foram apresentados no Grupo de Trabalho Constituição, Teoria Constitucional e Democracia I durante o III Encontro Virtual do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito - CONPEDI, realizado nos dias 24 a 28 de junho de 2021, sob o tema geral “Saúde: segurança humana para a democracia”. O evento foi promovido por esta sociedade científica do Direito com o apoio do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA. Trata-se da terceira experiência de encontro virtual do CONPEDI em mais de três décadas de existência.

A apresentação dos trabalhos abriu caminho para uma importante discussão, em que os pesquisadores do Direito puderam interagir em torno de questões teóricas e práticas, levando-se em consideração a temática central grupo. Essa temática traz consigo os desafios que as diversas linhas de pesquisa jurídica enfrentam no tocante ao estudo dos referenciais teóricos do Direito Constitucional e dos reflexos do constitucionalismo na atuação dos Poderes da República no país.

Os temas abordados vão desde os direitos fundamentais constitucionalizados, passando pelo controle de constitucionalidade e as experiências diversas de exercício da democracia. Direito ao esquecimento, ativismo judicial e discurso de ódio também estiveram presentes. Entretanto, por óbvio, os desafios atuais da temática do grupo relacionados à pandemia da COVID-19 foi o tema mais presente nas discussões.

Na coletânea que agora vem a público, encontram-se os resultados de pesquisas desenvolvidas em diversos Programas de Pós-graduação em Direito, nos níveis de Mestrado e Doutorado, com artigos rigorosamente selecionados, por meio de dupla avaliação cega por pares (double blind peer review). Dessa forma, todos os artigos ora publicados guardam sintonia direta com este Grupo de Trabalho.

Agradecemos a todos os pesquisadores pela sua inestimável colaboração e desejamos uma ótima e proveitosa leitura!

Caio Augusto Souza Lara

Samantha Ribeiro Meyer-pflug

Viviane Coêlho de Séllos Knoerr

**LIMITES A REFORMAS EM TEMPO DE EXCEÇÃO: REFORMA TRIBUTÁRIA,
SOB A ANÁLISE DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 109**

**LIMITS TO REFORMS IN TIME OF EXCEPTION: TAX REFORM, UNDER THE
ANALYSIS OF CONSTITUTIONAL AMENDMENT NO. 109**

Henrique Silva de Oliveira ¹
Enia dos Santos Costa ²
Cristiane Costa dos Santos

Resumo

O artigo examina a EC nº 109, à luz da doutrina do constitucionalista acerca do poder de reforma, do estado de exceção constitucional, e do fenômeno da mutação. Problematisa-se a constitucionalização do Estado de Calamidade Pública, rompendo com a estrutura do texto constitucional em um momento de calamidade (pandemia). Questiona-se a constitucionalidade de reformas de caráter financeiro/tributário, propostas ao estado brasileiro pari passu a um estado de excepcionalidade de calamidade pública (Covid-19). A metodologia utilizada foi a da pesquisa qualitativa, de caráter explicativo, com orientação analítico descritiva, mediante estudo e comparação de legislação pertinente.

Palavras-chave: Exceção, Inconstitucionalidade, Emenda, Constituição, Reforma

Abstract/Resumen/Résumé

The article examines EC # 109, in the light of the constitutionalist's doctrine on the power of reform, the constitutional state of exception, and the phenomenon of mutation. The constitutionalization of the State of Public Calamity is problematized, breaking with the structure of the constitutional text at a time of calamity (pandemic). The constitutionality of financial / tax reforms proposed to the Brazilian state has been questioned, leading to a state of exceptional public calamity (Covid-19). The methodology used was that of qualitative research, of an explanatory character, with descriptive analytical orientation, through study and comparison of pertinent legislation.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Exceptionality, Unconstitutionality, Constitutional amendment, Constitutional reform

¹ Mestre em Direito Público e doutorando (Universidade Federal da Bahia). Professor universitário e advogado. Salvador - Bahia - Brasil. prof.hsoliveira@gmail.com

² Bacharelada em Direito pela Estácio. E-mail: costa.enia@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/1988 estabelece, em seu artigo 60, § 1º, que o texto constitucional não pode ser emendado na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio. Por outro giro, o artigo 136 determina que o Presidente, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, podem decretar estado de defesa para preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social, ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza. Como aponta Giorgio Agamben, (2005), o estado de exceção era um dispositivo provisório para situações de perigo. Hoje se tornou um instrumento normal de governo.

As espécies, estado de sítio, estado de emergência e estado de calamidade pública, são gênero do estado de exceção, denominado pela doutrina como medida extraordinária e excepcional à legalidade, autorizado pelo ordenamento constitucional mediante situações de emergência. Já o estado de sítio é uma medida que pode ser usada pelo Presidente da República, solicitando ao congresso Nacional, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional. (Artigos 137 a 139 da Constituição Federal de 1988).

O Governo Federal decretou o estado de calamidade pública, que nos termos atuais é inédito em nível federal. A Lei de Responsabilidade Fiscal (LRF) prevê essa condição temporária, que suspende prazos para ajuste das despesas de pessoal e dos limites do endividamento; para cumprimento das metas fiscais; e para adoção dos limites de empenho, o contingenciamento das despesas. Dispõe seu artigo 65 que, “na ocorrência de calamidade pública reconhecida pelo Congresso Nacional”. No caso da União, portanto, “serão dispensados o atingimento dos resultados fiscais e a limitação de empenho prevista no art. 9º”. O artigo 9º prevê a hipótese de limitação de empenho, caso se verifique, bimestralmente, que a meta fiscal está comprometida.

O estado de calamidade foi previsto para durar até 31 de dezembro de 2020, foi necessário, “em virtude do monitoramento permanente da pandemia Covid-19, da necessidade de elevação dos gastos públicos para proteger a saúde e os empregos dos brasileiros e da perspectiva de queda de arrecadação”. Novamente prorrogado pelo STF, o estado de exceção vem apresentando uma preocupação para o sistema tributário brasileiro, podendo provocar insegurança jurídica ou até mesmo um reformismo esdrúxulo fiscal, dada as propostas apresentadas, de forma a estabelecer uma série de questionamentos, sobretudo, constitucionais.

O objetivo dessa exposição é trazer a baila, a constitucionalidade de reformas tributárias apresentadas nesse tempo de pandemia. Visto que, a excepcionalidade apresentada no estado de calamidade pública objetivava a flexibilização das metas fiscais, no tocante a suspensão de prazos para reajuste das despesas de pessoal e dos limites do endividamento. Estamos vivenciando um estado de calamidade pública, pulverizado pelos Estados federados com características de estado de defesa e estado de sítio.

A metodologia utilizada neste estudo foi o da pesquisa qualitativa, de caráter explicativo, com orientação analítico descritiva, mediante estudo e comparação de legislação pertinente, a qual seja a Emenda Constitucional 109, em comparativo com a Constituição Federal de 1988, principalmente. Este caminho metodológico se adéqua aos nossos estudos e propósitos, quais sejam, analisar o texto da Emenda 109 à luz do texto e diretrizes constitucionais. Nosso estudo é essencialmente interpretativo e hermenêutico, exigindo uma metodologia que propicie a compreensão legal.

Um fato que estarrece é a tramitação de projeto de reforma tributária, com calendários de votação, em plena pandemia já para votação em até seis (6) meses. A mais recente votação e promulgação foi a da Emenda a Constituição, que aconteceu no último dia 15 de março de 2021. Momento inadequado, e sem conformidade com a norma constitucional para discussão de tema tão sensível, e muito mais ainda para emendar, como bem observa Anna Cândida da Cunha Ferraz (1986), a relação entre estabilidade e mudança, ou entre a estática e a dinâmica constitucional, se apresenta a qualquer que seja o tipo de ordenamento constitucional positivo.

Além do mais a aparente inconstitucionalidade nas reformas tributárias, pode ensejar em uma flagrante ofensa a nossa carta magna deixada pelo constituinte, para garantir segurança jurídica no seu inteligente texto constitucional em seu art.60, §1 diz: que durante a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, a Constituição não poderá ser emendada. É o que chamamos de “limitações circunstanciais.” Isto é, as circunstâncias a que estão submetidas o país, conforme texto constitucional já mencionado, não há possibilidade de editais leis, a circunstância suspende todas as propostas de emenda, inclusive a Reforma Tributária.

Diferentes textos tramitam no Congresso. A proposta enviada pelo governo prevê a unificação do PIS e da Cofins (incidente sobre a receita, folha de salários e importação), e a criação de um novo tributo sobre valor agregado, com o nome de Contribuição Social sobre Operações com Bens e Serviços (CBS). A comissão mista, criada no ano passado, discute um texto que prevê a unificação de mais tributos. Mas diante dessa verdadeira disputa de projetos, a segurança jurídica e constitucionalidade da reforma poderão ser questionadas, visto que em

momento de conturbação e instabilidade deixa claro o texto constitucional, que não se pode emendar o texto constitucional em estado de exceção, sob risco de contrariar Cláusula Pétrea.

2 AS EMENDAS CONSTITUCIONAIS SOB OS ASPECTOS CIRCUNSTANCIAS E LIMITADORES FORMAIS

Examinam-se a seguir alguns aspectos do dito “poder de reforma”, que Brito (1993, p. 76) diuturnamente critica (já que poder é potência, e reforma é competência), à luz da doutrina constitucionalista.

2.1 Limitações Formais ou Procedimentais

O legislador constituinte derivado deve observar determinado procedimento que a ele é imposto. As limitações formais ao Poder Reformador referem-se às exigências necessárias para que a tramitação da emenda constitucional não seja eivada e irregularidade.

As limitações formais estão postas no art. 60, I, II e III, e §§2º, 3º e 5º, da Constituição Federal, que descrevem o procedimento das emendas constitucionais.

Apenas os legitimados podem oferecer sugestões de alteração do texto maior, e por assim dizer são legitimados a apresentar proposta de emenda constituição: a) um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal (art. 60, I); b) o Presidente da República (art. 60, II); e c) mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros (art. 60, III).

Iniciado o processo de discussão e votação, observa-se o processo legislativo estabelecido para a criação de leis ordinárias, antes de aprovadas, as propostas de emenda devem passar pelas seguintes etapas: a) Fase das comissões, momento em que será analisada pelas diversas comissões em ambas as Casas, criadas pelos respectivos Regimentos Internos. A Comissão de Constituição e Justiça são as mais importantes, que se debruçará sobre o mérito do projeto, mormente no que diz respeito à sua constitucionalidade; b) Fase do plenário, dividida em: 1) Discussão, que é o debate propriamente dito, em plenário; e 2) Votação, que é o instante em que ocorre a decisão parlamentar acerca da proposta de emenda. Uma importante exigência na votação em relação ao processo legislativo das emendas constitucionais é a necessidade de 3/5 (três quintos) dos votos dos membros da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, ocorrendo sempre em dois turnos distintos, em cada Casa Legislativa; c) Fase

Revisional, na qual um projeto de emenda aprovado em uma Casa deverá ser revisto pela outra, também em dois turnos; e d) Promulgação e publicação pelas Mesas das Casas do Congresso Nacional.

Diferentemente das demais produções legiferantes ordinária, não existiu previsão de sanção ou veto, portanto a fase executiva inexistiu. Assim, aprovada em caráter definitivo, a proposta de emenda deverá ser promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, com o respectivo número de ordem, consoante preconiza o art. 60, §3º, da Carta Magna. Mesmo sem previsão normativa específica que imponha a publicação das emendas aprovadas a sua divulgação é necessária, para que estas venham a integrar o ordenamento constitucional.

2.2 Limitações Circunstanciais

Quando da ocorrência de certas situações especiais, anormais na ordem jurídico social do país, o Poder constituinte Reformador fica impedido de promover qualquer modificação na Constituição. O status social anormal poderia afetar a independência e a liberdade dos órgãos incumbidos de empreender as reformas constitucionais. Os impedimentos circunstanciais estão presentes em nossa Constituição desde a Carta Desde 1934, tal limitação restringiu a possibilidade de se emendar o texto constitucional na vigência do estado de sítio, esse contexto foi mantido nas sucessivas Cartas. Somente na carta 1988, outras circunstâncias foram elencadas no art. 60 § 1º, na vigência de intervenção federal, estado de defesa, ou ainda estado de sítio, o constituinte originário entendeu que tais situações representam exceções à ordem normalmente estabelecida, que poderiam trazer prejuízos às instituições democráticas, tendo em vista a possibilidade de uso da força em detrimento das práticas democráticas.

As hipóteses nas quais cabe intervenção federal encontram-se elencadas nos arts. 34, bem como as características do ato interventivo estão postas no art. 36, ambos da Constituição Federal de 1988.

As principais características impostas pelo estado de defesa são as restrições aos direitos de reunião, sigilo de correspondência e comunicação, bem como a possibilidade de prisão por crime contra o Estado. A duração do estado de defesa pode chegar ao máximo de trinta dias, prorrogáveis por um único e igual período, desde que persistam as causas que justificaram a sua decretação. O decreto instituidor de tal estado de exceção deve ser enviado pelo Presidente da República, dentro de vinte e quatro horas, ao Congresso Nacional, que poderá, dentro de dez dias, aprová-lo, pela maioria absoluta dos seus membros, ou rejeitá-lo, oportunidade em que cessará o estado de defesa.

Por fim, no que pertine às limitações circunstanciais, quando o Brasil se encontrar em estado de sítio, também não poderá ser emendada a Constituição, ainda por respeito ao regramento contido em seu art. 60, §1º, se faz necessária a instauração da legalidade de exceção para fazer frente a anormalidade presenciada.

Em casos de comoção de grave repercussão nacional, ou ainda quando for comprovada a ineficácia do estado de defesa, bem como na hipótese de declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira, deverá ser decretado o estado de sítio, isso é o leciona o Art. 137 da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Para que seja decretado o estado de sítio, é necessária a verificação de alguns requisitos, quais sejam: a) A oitiva do conselho da República e do Conselho de Defesa Nacional; b) autorização do Congresso Nacional, através do voto da maioria de seus membros; e c) decreto do Presidente da República. O prazo de duração do estado de sítio também é de trinta dias diferentemente do estado de defesa, ele pode ser prorrogado por quantas vezes **forem necessárias**.

3 SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E O CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DE EMENDAS

Passa-se, em seguida, ao exame do controle de constitucionalidade para aplicação ao problema proposto, da Emenda Constitucional nº 109/2021, ou melhor, ao exame das limitações explícitas do dito “poder” constituinte derivado.

A Constituição Federal de 1988, em seu art. 102, regulamenta a competência do STF, mormente no que pertine ao processamento e julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade de lei ou ato normativo federal, instrumento processual adequado para a arguição de incompatibilidade de comando normativo inserido em emenda constitucional com os demais preceitos ínsitos na Carta Magna.

As emendas à Constituição são controladas pelas limitações já explanadas, resta concreto que acaso seu teor afronte qualquer uma das restrições, sejam estas de cunho material, formal, ou circunstancial, esta padecerá de vício de inconstitucionalidade, que deverá ser decretada pelo STF, mediante Ação Direta de Inconstitucionalidade, após provocação de qualquer uma das pessoas legitimadas para tal, conforme a dicção do art. 103, I a IX, da Lei Maior.

Para Canotilho, apud Lenza[24], “[...] enquanto a inconstitucionalidade por ação pressupõe a existência de normas inconstitucionais, a inconstitucionalidade por omissão pressupõe a violação da lei constitucional pelo silêncio legislativo (violação por omissão).”

No mesmo sentido aludi Zeno Veloso: “Mas a emenda constitucional pode ter sido feita sem obediência às regras formais e materiais da Constituição, abusando-se do poder derivado, condicionado e limitado de reforma, o que chega ao extremo quando se suprime, modifica ou altera as cláusulas Pétreas, o cerne inalterável da Carta Magna (Art. 60, §4º). Emenda deste tipo não se compatibiliza com o Texto Fundamental; ao contrário, foge do modelo, quebra o sistema, agride o ordenamento, compromete a harmonia, significando ato de subversão e de traição perpetrado pelo constituinte de segundo grau. (...) A emenda constitucional está sujeita, ao controle de constitucionalidade.”

Para o STF e doutrinalmente, o controle de constitucionalidade das emendas aprovadas pelo congresso são necessários, para que estes respeitem os limites impostos à atuação do Poder Reformador. A ADIn – Ação Direta de Inconstitucionalidade é o instrumento que deve ser utilizado para expurgar do ordenamento jurídico uma norma constante em Emenda Constitucional, que exorbite a limitação imposta ao legislador constituinte secundário.

Neste sentido, cumpre trazer à baila os escritos de Otto Bachof: “(...) os preceitos sobre a revisão de uma Constituição apenas podem obrigar o Poder constituído, nunca o Poder constituinte.”

Por conseguinte, sempre que comprovada a desarmonia entre qualquer uma das limitações implícitas ao Poder Reformador e o texto de uma emenda constitucional, esta deverá ser declarada inconstitucional, não gerando efeitos no ordenamento jurídico.

3.2 Estado de Exceção: Mensurando Seus Limites

Numa abordagem clara, faz-se necessário evocar os poderes da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 para uma interpretação clara, e possível adequação de seus institutos. No que tange as cláusulas Pétreas, não existem caminhos para deformações e criações de inconstitucionalidades, o momento clama por segurança jurídica, e pela guarda do Estado Democrático de Direito.

Há uma excessiva pressa em reformar para continuar a crescer, mas é de extrema importância a observância dos preceitos fundamentais que orbitam a reforma e o Poder Reformador. Entre as pautas mais cobiçadas, esta a votação da Reforma tributária, procrastinada

por décadas por se tratar de um tema complexo para quaisquer países, agora está sob a promessa de ser levada a plenário entre 06 a 08 meses.

No tocante ao momento de enfrentamento da Pandemia do Covid-19, é importante ressaltar, a anormal ordem jurídico social, que contraria claro, o mandamento constitucional de que em tempos de exceção, não se deve promover reformas ou emendas a Constituição sob pena de ferir frontalmente a Carta Magna no seu artigo 60, parágrafo 1º Vejamos: “Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: §1º A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.”

O que acontece em nosso país é uma anomalia constitucional nunca antes vista, onde não se sabe ao certo em que espécie de estado de exceção está a nação brasileira ora submetida. É de causar estranheza que em alguns estados da federação, vigore características de estado de defesa, e em outros, estados de sítio, sob uma cortina de fumaça do estado de calamidade. A flagrante ilegalidade, manifestada por ordem de gestores estaduais e municipais, resultam na usurpação de competência Federal, em agressão violenta ao pacto federativo.

O estado de defesa, previsto no artigo 136 da Constituição Federal, só poderá ser decretado pelo Presidente da República e, após, deve ser confirmado pelo Congresso Nacional, em votação por maioria absoluta. A medida tem como objetivo a preservação ou restabelecimento, em locais restritos e determinados, da ordem pública ou da paz social, quando ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional ou atingidas por calamidades de grandes proporções na natureza.

O decreto que o institui deverá determinar seu tempo de duração e especificar as áreas a serem abrangidas, além de permitir a adoção de medidas coercitivas como, por exemplo: (a) restrição dos direitos de reunião, do sigilo de correspondência e do sigilo de comunicação telegráfica e telefônica; bem como (b) a ocupação e o uso temporário de bens e serviços públicos, respondendo a União pelos danos causados e custos decorrentes. O tempo de duração não poderá ser superior a trinta dias, podendo ser prorrogado uma vez, por igual período.

O estado de sítio, por sua vez, está previsto no artigo 137 da Constituição Federal e pode ser aplicado nos casos de: (c) “comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa”; e (d) “declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira”. Nessas duas hipóteses, o pedido de declaração de estado de sítio é feito pelo Presidente da República, mas tem que ser aprovado, na sequência, pela maioria absoluta do Congresso Nacional (artigo 137, parágrafo único, CF).

Art. 137. O Presidente da República pode, ouvidos o Conselho da República e o Conselho de Defesa Nacional, solicitar ao Congresso Nacional autorização para decretar o estado de sítio nos casos de:

I - comoção grave de repercussão nacional ou ocorrência de fatos que comprovem a ineficácia de medida tomada durante o estado de defesa;

II - declaração de estado de guerra ou resposta a agressão armada estrangeira.

Parágrafo único. O Presidente da República, ao solicitar autorização para decretar o estado de sítio ou sua prorrogação, relatará os motivos determinantes do pedido, devendo o Congresso Nacional decidir por maioria absoluta.

O decreto que institui o estado de sítio permite, por exemplo: (a) a obrigação de permanência em localidade determinada; (b) restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão; (c) a suspensão da liberdade de reunião; (d) intervenção nas empresas de serviços públicos e a requisição de bens, dentre outros.

Essa medida, diferentemente do estado de defesa, que alcança local restrito e determinado como uma cidade ou um estado – tem maior abrangência, pois aplica-se a todo o território nacional. Não há prazo fixo para o estado de sítio, devendo o decreto que o instituir estabelecer seu período de duração, as normas necessárias à sua execução e as garantias constitucionais que ficarão suspensas. Não obstante, há limitação de prazo máximo, qual seja: trinta dias, o qual poderá ser prorrogado quantas vezes forem necessárias, a depender da situação concreta. Por exemplo: durante a vigência do estado de defesa, o Poder Público teria a possibilidade de restringir o direito de reunião, em decorrência da necessidade de evitar grandes aglomerações.

A decretação de estado de sítio, por seu turno, permitiria ao Poder Público, a restrição da liberdade de ir e vir do cidadão, obrigando a população, por exemplo, a se manter em quarentena total. É importante lembrar, porém, a excepcionalidade de todas as medidas aqui apontadas, pois todas - em maior ou menor grau - implicam restrições de direitos, garantias e liberdades individuais e, portanto, devem ser tratadas com muita cautela.

A Organização Mundial da Saúde recomendou e alguns dos Governadores dos Estados-Membros da Federação Brasileira tomaram a dianteira na regulamentação do atual período, editando e publicando decretos para limitação do acesso das pessoas a aos locais públicos, tal como, por exemplo, foi feito em Pernambuco por meio do decreto 48.881/2020 e em São Paulo pelo decreto nº 64.881/2020, seguido pelo Rio de Janeiro pelo decreto Nº 46.973/2020 e demais Estados da União pelos seus respectivos governadores que impediu o acesso dos transeuntes aos parques e às praias.

De acordo com o inciso XV do artigo 5º da Constituição da República, é livre a locomoção no território nacional em tempo de paz, podendo qualquer pessoa, nos termos da lei,

nele entrar, permanecer ou dele sair com seus bens. O que tornaria tais decretos estaduais inconstitucionais tendo-se em conta que só a previsão de limitação no direito de ir e vir por intermédio da decretação de estado de Sítio pelo Presidente da República nos termos dos artigos 137 e seguintes da Constituição da República.

Entretanto, deve-se vir à baila a defesa dos decretos que são embasados no direito à vida prevista na Constituição Federal, art. 5º, caput que aludi, às garantias invioláveis ao direito a vida e tendo-se em conta o direito a saúde, assegurado no artigo 6º, caput, para todos os cidadãos. Assim sendo, com a colisão de princípios, o direito coletivo à saúde se sobrepõe ao direito individual, pois, ao Estado incumbe adotar providências no sentido de preservar a saúde e integridade de toda a coletividade que pode ser exposta a um agente nocivo como o Covid-19.

Esclarecida a colisão de princípios, voltamos à questão da anomalia constitucional, o estado de exceção em que nos encontramos “Estado de calamidade Pública”, oficialmente decretada e eivado de vícios, ou seja, de características de estado de defesa e estado de sítio, não autoriza emenda constitucional. É evidente que muitos prejuízos poderão surgir. Votar uma reforma em meio a uma pandemia, trará para o país uma insegurança Jurídica e abertura de uma precedente sem retorno.

Ora, o pacto federativo esta ameaçado, sob vários aspectos, nessa empreitada, desde a desordem de decretos Estaduais e Municipais, e negligência a não observância constitucional, Propostas de descentralização acerca dos 70% de tributos, hoje concentrados na União são objeto de projetos, que para alguns doutrinadores é uma forma de absolutismo de Poder econômico, centrado na União, para outros, entretanto, define-se como proteção ao Pacto Federativo.

Os gestores estaduais e municipais usaram de forma oportuna e conveniente, poderes que a eles não são conferidos, usurpando competência do Chefe do Executivo Federal. O juízo jurídico (Guardião da Constituição) a eles, poderíamos questionar, pois, as medidas que os gestores estaduais e municipais ordenaram com características de defesa e sítio, não são a eles atribuídas. Logo, ao contrário de autorizá-las, deveria o Juízo Constitucional rechaçá-los.

O estado de exceção pressupõe excepcionalidade, de forma que a permanência neste estado causa desordem no Estado democrático de direito, e insegurança jurídica que país já enfrenta, mesmo antes da pandemia. Frente aos atores, digo, os entes federados, instala-se uma balbúrdia, isentos de responsabilidades fiscais, e sem necessidade de prestação de contas como bem assevera (AGAMBEN, 2004, p.12) em seu Título Estado de Exceção; que uma teoria de estado de exceção é como condição preliminar para se definir a relação que liga e, ao mesmo tempo

abandona o vivente do direito, descreve o estado de exceção como terra de ninguém, entre o direito público e o fato político, entre a ordem jurídica e a vida.

É custoso entender se estamos a inovar na construção de nosso gênero de exceção, e para tanto, necessário seria um desenho detalhado das regras, ademais, o que se apresenta é um entrante na Constituição altamente sensível, que seria construir este novo gênero de exceção sem causar prejuízo às cláusulas pétreas, já pontudas neste estudo. Haja vista, em um ano estado de Calamidade decretada, assistimos direitos fundamentais usurpados; Pacto Federativo ameaçado, a separação dos poderes defraudada pela invasão de competência.

Segundo descreve (Agamben, 2004), “Hitler promulgou, no dia 28 de fevereiro, o Decreto para a proteção do povo e do Estado, que suspendia os artigos da Constituição de Weimar relativos às liberdades individuais.” O decreto nunca foi revogado, de modo que todo o Terceiro Reich pode ser considerado, do ponto de vista jurídico, como um estado de exceção que durou doze anos. O totalitarismo moderno pode ser definido, nesse sentido, como a instauração, por meio do estado de exceção, de uma guerra civil ilegal que permite a eliminação física não só dos adversários políticos, mas também de categorias inteiras de cidadãos que, por qualquer razão, pareçam não integráveis ao sistema político

4 REFLEXÕES DA EMENDA 109 EM DETRIMENTO DE MEDIDA PROVISÓRIA

A Emenda 109 provenientes da chamada PEC Emergencial, foi promulgada em março de 2021 e estabelece medidas permanente e emergencial de controle das contas públicas, ao âmbito do Orçamento Fiscal e da Seguridade Social da União. A emenda possibilita a retomada do auxílio emergencial durante a pandemia da covid-19. Como se diz sempre quando uma proposta é transformada em outra, totalmente diferente da proposta inicial, diz-se que houve uma desidratação. Mas façamos um recorte a Emenda para tratarmos aqui da questão do Plano Emergencial de incentivos e benefícios federais de natureza tributárias.

No ritmo atual que estão os gastos públicos, em 2025 os gatilhos seriam acionados da EC 109 para União. Alguns especialistas arriscam a dizer que, cerca de 15 estados já estão no risco do limite para serem atingidos antes mesmo de 2025, para outros, nenhum deles está no limite proposto. As sanções são apenas restrições de contratos com a União, ainda que alguns estados e municípios venham a ultrapassarem o limite que a EC estabeleceu, uma dessas sanções é a tomada de empréstimo, tendo a união como fiadora.

A lei de Responsabilidade Fiscal já cria sanções efetivas, o que não ocorre com e EC 109. Para conter os efeitos da devastadora redução de renda da classe trabalhadora o governo

precisou sinalizar para o mercado e investidores externos que o aumento de gastos, andaria junto com o endurecimento fiscal, frente à necessidade da criação de novo benefício social.

A maioria dos dispositivos ratifica a necessidade de controle de gastos públicos, outros são modificações de dispositivos já disciplinados e previstos na CRFB/88, as demais vedações correspondem ao que já rigorosamente está presente na Lei de Responsabilidade Fiscal. Não sem razão essa roupagem foi usada para prever a constitucionalidade e legalidade ao novo auxílio emergencial. Questiona-se a ausência de uma MP que poderia ter sido emitida diretamente para o novo auxílio emergencial, evitando, todo o trâmite nas casas legislativas. Acontece que para a emissão do crédito extraordinário previsto no Art.167, III da Constituição da República Federativa do Brasil – CRFB/88 seria necessário os requisitos imprevisibilidade e urgência.

Art. 167. São vedados:

§3º A abertura de crédito extraordinário somente será admitida para atender a despesas imprevisíveis e urgentes, como as decorrentes de guerra, comoção interna ou calamidade pública, observado o disposto no art. 62.

Segundo Felipe Solto do IFI (Instituto Fiscal Independente) diante da grande crise de desemprego e precariedade do quadro social-econômico bastante elevado, não se justificaria o requisito da previsibilidade. Com receio de fazer o crédito e ferir a Lei de Responsabilidade Fiscal, e extrapolar o teto de gastos, o governo buscou amparo constitucional junto ao congresso.

4.1 Uma Análise do Art 4º da Emenda Constitucional 109

O artigo 4º da EC 109, de 15/3/2021, a “PEC Emergencial” como já dito anteriormente, prevê medidas que objetivam proporcionar melhorias na governança pública das renúncias de receitas tributárias no âmbito da União Federal. No caput do artigo 4º da EC 109, que determina do presidente da República o encaminhamento, ao Congresso Nacional, em até seis meses, de plano de redução gradual de “incentivos e benefícios federais de natureza tributária”, acompanhado das proposições legislativas e das estimativas dos respectivos impactos orçamentários e financeiros.

O chefe do Poder Executivo encaminhará o plano que passará pela deliberação do Congresso, ali poderá haver diversas negociações, e até mesmo à possível rejeição. Portanto, o que se questiona é a utilidade da norma, já que a mesma reflete deveres de governança pública, amplamente exigidos na CF/88, é uma repetição de normas já existentes que nunca foram observadas. O §1º do mesmo dispositivo traça parâmetros de redução gradual dos gastos

tributários vigentes na data de promulgação a aludida EC 109: para o ano em que encaminhado o plano, uma redução de 10%; e para os oito anos subsequentes, uma redução em montante total que não ultrapasse 2% do PIB. Ficam ressalvados gastos tributários, equivalentes a 1,9% do PIB (Simples Nacional, Zona Franca de Manaus e de Livre Comércio, Cesta Básica Agrícola e Entidades Filantrópicas).

Seria de extrema importância a aplicação de metodologias para a avaliação da Relevância Social de Políticas Públicas, avaliação *ex ante* de políticas públicas e de controles *ex post* de eficácia e eficiência. Sabe-se que as gestões governamentais não adéquam para aferir, pelo menos, os efeitos socioeconômicos alcançados com o gasto tributário, bem como sua comparação com o planejamento que lhe antecedeu. Não há na norma em questão qualquer tipo de exigência que defina uma avaliação para escolha dos gastos tributários para serem eliminados ou reduzidos.

Analisando a Metodologia de avaliação de um projeto, combinando as avaliações subjetivas que os tomadores de decisão fazem sobre os macro-objetivos, objetivos específicos e metas *ex-ante*, com as avaliações *ex-post*, resultantes dos indicadores de metas, e os respectivos graus de alcance dessas metas, interagindo com os objetivos específicos e os macro-objetivos, a abordagem metodológica seria robusta, porque transforma elementos de valor subjetivo de avaliação em valores objetivos, mensurados cardinalmente, hierarquizando os projetos em escala cardinal resistentes ao crivo do princípio de transitividade da escolha nas decisões de política de alocação dos recursos, objetivando o máximo de relevância social. Mas isso não ocorreu na elaboração da norma promulgada.

O estado de exceção, enquanto Figura da necessidade, apresenta-se, pois – ao lado da revolução e da instauração de fato de um ordenamento constitucional, como uma medida "ilegal", mas perfeitamente “jurídica e constitucional”, que se concretiza na criação de novas normas (ou de uma nova ordem jurídica. (Giorgio Agambe, 2004)

Conforme nota técnica nº 09/2021 a EC 109/2021 reúne diversas disposições cujos textos e abrangência, de cunho fiscalista, vinham sendo depurados desde 2017 (vide PEC 438/20184), alguns em iniciativas legislativas anteriores, com o propósito de rever conteúdo ou corrigi-los (com novas redações), aprofundando a formulação de princípios e a definição de mecanismos de ajuste fiscal de todos os entes da federação e norteando a política fiscal pela sustentabilidade da dívida. Alterou-se o arcabouço fiscal com disposições constitucionais relacionadas à sustentabilidade da dívida. O propósito desta Lei complementar é definir o patamar ou meta desejável para a dívida. Deverão ser compatíveis com a trajetória sustentável as diretrizes e leis complementares, resultados fiscais e os limites às despesas.

Vedações deverão ser adotadas (inclusive as previstas no art. 164-A) para garantir a convergência da política fiscal com a trajetória desejável da dívida. Diante dos desdobramentos recentes da crise sanitária, buscou-se assegurar em alguma medida contenção de gastos (compensação financeira), apesar de não indicar a fonte tempestiva dessa compensação, para a recriação do auxílio emergencial (residual) ao custo desta vez em 2021 de R\$ 44,0 bilhões - com benefício de R\$ 175,00 por mês para uni familiar; de R\$ 250,00 por mês para trabalhadores informais, e R\$ 375,00 por mês para mulheres chefes de família, em quatro parcelas, inferior ao que foi pago até dezembro de 2020, que totalizou R\$ 292,9 bilhões.

O propósito de que trouxesse ainda em 2021 alguma compensação para as despesas com o auxílio residual, e de que viesse a propiciar economias adicionais no curto prazo, foi frustrado, uma vez que não foram mantidas no texto constitucional as medidas de efeito imediato (redução temporária da jornada e dos vencimentos; suspensão das progressões e promoções). Ademais, as condições de acionamento dos gatilhos previstos no “teto de gastos” (EC 95, de 2016) da União não se observam nos primeiros quatro. Altera os arts. 37; 167, III; 168 e 239 da Constituição Federal e acrescenta ao ADCT, os arts. 36-B e 115, para conter o crescimento das despesas obrigatórias, regulamentar a regra de ouro, instituir plano de revisão das despesas, e dar outras providências.

Essas medidas de redução tem grande chance de judicialização, se cotejadas com os princípios da segurança jurídica e do ato jurídico perfeito. Note-se que, em boa medida, as restrições quanto ao aumento de gastos para 2021 foram disciplinadas na LC 173, na LDO 2021 e já foram incorporadas no projeto de lei orçamentária ainda em tramitação no Congresso Nacional. O decreto de calamidade pública foi o instrumento usado para dar legalidade à concessão do auxílio emergencial e para o afastamento das regras fiscais, e pela inserção do art. 5º que autoriza o uso do superávit financeiro dos fundos.

Justifica-se que sem o decreto, as medidas provisórias que vierem a ser editadas para autorizar despesas com o enfrentamento da pandemia em 2021 impactarão no resultado primário do exercício. Em 2020 exigiu-se a suspensão do cumprimento de algumas regras fiscais, por essa razão foi incluída a chamada cláusula de calamidade pública (nacional). Viabilizada por diversos instrumentos: decisão judicial sustando a aplicação de normas reguladoras de menor hierarquia; EC nº 106/2020 (EC do Orçamento de Guerra), LC 173/2020 (que, entre outros, alterou a LRF). Adicionalmente, a EC possibilita a otimização de fontes, com a desvinculação do superávit financeiro do ano imediatamente anterior ao reconhecimento da calamidade, destinado à cobertura de despesas de combate a seus efeitos e ao pagamento da dívida pública (art. 167-F).

Estimativas preliminares de fontes de *superávit* financeiro no âmbito da União, passíveis de desvinculação, já consideradas as respectivas exceções, indicam potencial de receitas financeiras nos seguintes montantes: a) art. 5º - *superávit* financeiro dos fundos públicos do Executivo utilizável até 2023 para o pagamento da dívida: estoque em 31/dez/20 de cerca de R\$ 173,5 bilhões (vide Anexo 2); b) art. 167-F - situação de calamidade pública nacional - *superávit* financeiro de fontes de todos os poderes, podendo ser destinado à dívida ou ao enfrentamento da calamidade - estoque em 31/dez/20 estimado em R\$ 381,9 bilhões.

Nova inserção nesta EC é a cláusula de emergência fiscal para os entes subnacionais, que se verifica tendo como indicador a relação entre despesas correntes e receitas correntes, a medida da poupança do ente. Parcela das fontes do art. 5º coincide com a desvinculação prevista no art. 167-F. A abrangência e as exceções previstas destes dispositivos não são as mesmas.

As disposições inseridas no texto constitucional são em grande parte autoaplicáveis, em especial nos momentos de calamidade pública ou de desequilíbrio das contas públicas, dispensando norma regulamentadora nº 7, o que inibe uma melhor elaboração do tema, em comparação com uma situação em que o disciplinamento de seus dispositivos viesse em legislação complementar (como é o caso do art. 163, VIII; do art. 164-A; e do art. 4º, §4º).

Os mecanismos de limitação de despesas estabelecidos para as três esferas de governo: dois obrigatórios para a União - desencadeados a partir do decreto de calamidade pública, quando houver, e da apuração de que a relação entre despesas obrigatórias e despesas primárias excede 95%, no horizonte - e um facultativo para os entes subnacionais - sempre que apurado que a relação entre despesas e receitas correntes excede 95% - indicam que, com a promulgação de emenda desse teor, prosseguir-se-á com os ajustes fiscais pelos próximos exercícios, dado que continuarão se verificando as condições para que os gatilhos sejam acionados. No caso do Executivo da União, a relação de 95%, mantida a atual metodologia, possivelmente será alcançada apenas em 2024 ou 2025. No caso do indicador utilizado para os demais entes (95% da relação despesa corrente/receita corrente), o gatilho mostra-se semelhante à média percentual verificada nos estados/DF em 2019.

Para os municípios, o percentual de 95% supera a média observada no período 2018 a 2020. Assim, no caso dos entes subnacionais, as condições de acionamento de medidas já serão observadas para alguns no ano da promulgação da Emenda Constitucional. Em regra as medidas da EC 109 asseguram ganho fiscal gradual apenas para União, porque são obrigatórias somente para o governo federal. Em suma, proíbe-se a edição de nova legislação capaz de expandir despesas obrigatórias ou de ampliar renúncias fiscais.

O acionamento dos gatilhos originários da EC 95 no âmbito do Novo Regime Fiscal (apenas União) sofreu alteração significativa na EC 109. Na versão da EC 95, o acionamento dependia de violação pelo poder/órgão do limite máximo financeiro.

O acionamento automático (não facultativo) das medidas preconizadas passa a ser o atingimento de 95% na relação entre as despesas primárias obrigatórias e o teto individualizado, aplicável por Poder ou órgão autônomo (art. 2º). O gatilho da União de 95% na relação entre despesas obrigatórias e despesas totais (primárias) encontra-se elevado, o que deixará margem estreita (quase insustentável) para as despesas discricionárias (inclui investimento), especialmente considerando a dinâmica de das despesas previdenciárias.

Os Poderes e órgãos da União se encontram todos abaixo desse nível máximo. Os gatilhos de 95% não serão acionados de imediato conforme mostra Tabela 6 da nota técnica nº09/2021, estimando-se que as despesas obrigatórias do Executivo estarão próximas deste limite somente a partir de 2024, a depender principalmente do INPC e do IPCA e do crescimento das despesas obrigatórias, especialmente as previdenciárias.

No caso da União, a decretação de estado calamidade de âmbito nacional é condição suficiente (art. 167-G da EC) para acionar as medidas de contenção de despesas obrigatórias e de renúncia de receita no exercício da decretação. No caso dos entes subnacionais, as medidas de correção são facultativas, mas existem sanções (vedação de concessão de garantias e operações de crédito com outro ente) enquanto todas as medidas não tenham sido adotadas desde o momento em que a relação despesa corrente/receita corrente ultrapassa 95% (art. 167-A da EC). O ente federado que optar por promover Plano de Equilíbrio Fiscal e Regime de Recuperação Fiscal nos termos das leis complementares nºs 178/2021 e 159/2017, deverá observar também as novas disposições da EC 109/21, no que tange ao limite orçamentário (valor autorizado) é considerado intransponível, de modo que ultrapassar o limite financeiro dependerá do pagamento a maior de restos a pagar.

Novamente após exposição da urgência e necessidade fiscais em editar lei, tem-se ainda uma anomalia constitucional, ou surge no cenário jurídico constitucional um novo gênero de estado de exceção, ainda sem suas características e contornos firmados, frente a isto, até que se restrinja os abusos, continuará o estado de calamidade pública a causar insegurança jurídica ao ordenamento jurídico brasileiro, sob pena de fragilidade ao pacto federativo, “a interpretação é *conditio sine que non* para a aplicação de norma constitucional; sem ela, a dinâmica constitucional seria impossível”. (Cunha Ferraz, 1986, p.24).

Isso é dito pelas diversas interpretações dadas pelos gestores estaduais e municipais no momento de pandemia nas suas respectivas jurisdição. Para tanto a de se falar a posteriori do

que se colherá dessas experiências, daquilo que poderá ser avaliado como acréscimo ao ordenamento jurídico ou das perdas notabilizadas ao Estado Democrático de Direito. A edição desta norma tem claro fundamento fiscal e necessário, mas não se pode apropriar-se de momento tão sensível para fazer interpretações individualizadas, sobretudo, ferindo direitos fundamentais e a Carta Magna.

5 CONCLUSÃO

Adentrar na análise e interpretação da constituição é tarefa colossal, e, portanto, ficamos angustiados pelo fato de saber impossível uma análise profunda em tão pequeno espaço para reflexão, e mais ainda angustiamo-nos por considerar que, pela importância e impactos que uma reforma pode ocasionar, não nos damos por satisfeitos em não prosseguir com tudo o que nos ocorre de entendimento da situação explanada.

O que a Constituição da República Federativa do Brasil - CRFB/1988 estabelece em seu artigo 60, § 1º, direciona, pois, toda a tomada de decisão quanto à elaboração legislativa quando em situação especialíssima de estado de exceção, como o que se vive não só no Brasil, mas no mundo inteiro com a pandemia do covid-19. A inconstitucionalidade da proposta de emenda constitucional, caracterizada como um processo legislativo ilegítimo dado o momento de calamidade pública que se vive.

A pandemia covid-19 ocasionou mudanças sociais e culturais incidentes no próprio comportamento das pessoas, que se viram obrigadas a adaptar seus hábitos às exigências de confinamento. Os impactos destas mudanças atingiram sobremaneira a economia, pois aumentaram significativamente os gastos. Todas estas mudanças caracterizaram o estado de defesa e estado de sítio, e dentro deste estado de coisas, onde se vivencia uma verdadeira calamidade pública não se pode tramitar projetos de reformas legislativas, posto que comprometeria a segurança jurídica.

No que tange à segurança jurídica, a proposta de reforma tributária fere a nossa carta magna deixada pelo constituinte, o que é determinado no seu art.60, §1 que diz que “durante a vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio, a Constituição não poderá ser emendada.” Ou seja, basta esta regulamentação constitucional para sabermos que toda a movimentação que se faz no Congresso por parlamentares e outros interessados, vai de encontro à legalidade, perfazendo-se como inconstitucional.

O artigo 4º da EC 109, de 15/3/2021, a “PEC Emergencial”, nos traz medidas de *“incentivos e benefícios federais de natureza tributária” que trariam benefícios e melhorias na*

governança pública, visto ter impactos orçamentários e financeiros. Estas medidas vêm descritas no *caput* do artigo 4º da EC 109, que determina ao presidente da República fazer este encaminhamento, ao Congresso Nacional, em até seis meses, de plano de *redução gradual* de “*incentivos e benefícios federais de natureza tributária*”, acompanhado das proposições legislativas e das estimativas dos respectivos impactos orçamentários e financeiros.

Em suma, esta medida replica o que normas já sedimentadas propõem, mas não são aplicadas, forçando o questionamento de sua utilidade e mesmo de sua validade e relevância. A avaliação *ex ante* de políticas públicas e de controles *ex post* de eficácia e eficiência, se faz necessária, com importância aumentada dada a crise social, econômica e financeira que atravessamos ademais esta medida é lacunosa no que diz respeito aos gastos tributários que deverão ser reduzidos ou mesmo cortados.

Agregando à ineficiência da medida, a persistência no projeto de emenda constitucional caracterizaria um vício de inconstitucionalidade, desrespeitando a norma prevista na constituição federal, violando direitos e garantias fundamentais, e colocando sob suspeição a validade dos atos jurídicos. A lei declarada inconstitucional é uma lei nula, reconhecida a situação preexistente e declarando os efeitos *ex tunc* a eles circunscritos, com retroatividade a data de sua criação.

Deverá se pronunciar o Supremo Tribunal Federal, que toma suas decisões em sede de controle abstrato de constitucionalidade, com efeito, *erga omnes*, vinculante aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública, de acordo com o art. 102, § 2º da CF e o art. 28, parágrafo único, da Lei 9.868/99. Já o § 2º do art. 102 da Constituição Federal, que dispõe sobre as decisões definitivas de mérito do Supremo Tribunal Federal, em ações diretas de inconstitucionalidade e ações declaratórias de constitucionalidade, terá eficácia contra todos os efeitos vinculantes, relativamente aos demais órgãos do Poder Judiciário e à Administração Pública direta e indireta, nas esferas federal, estadual e municipal.

Todo o processo de propositura da emenda constitucional passará pelo crivo da decisão do STF para a sua continuidade, ou não, fazendo prevalecer o estado democrático de direito, com controle inequívoco de sua constitucionalidade.

REFERÊNCIAS

AGAMBEN, Giorgio. O Estado de Exceção. São Paulo: Boitempo, 2004.

BRASIL, Decreto N°46.973/2020 Estadual - Rio de Janeiro.

BRASIL, Decreto Nº 48809 DE 14/03/2020 – Estadual – Pernambuco.

BRASIL, Decreto Nº 50433 DE 15/03/2021 - Estadual – Pernambuco.

BRASIL, Decreto Nº 64.881/2020 – Estadual – São Paulo.

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Lisboa: Almedina, 1994.

BRITO, Edvaldo. **Limites da revisão constitucional.** Porto Alegre: SAFe, 1993.

CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito constitucional e teoria da Constituição. 3ed. Coimbra: Almedina, 1999.

FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos Informais de Mudança da Constituição.** Série Max Limonad. Editora Max Limonad Ltda. São Paulo, 1986.

FERREIRA BRITO, Sérgio Antônio. Diálogo Institucional, Democracia e Estado de Direito: o diálogo entre o Supremo Tribunal Federal e o Congresso Nacional sobre a interpretação da Constituição. Tese de Doutorado. USP, São Paulo, 2013.

HESSE, Konrad. A força normativa da Constituição. Sérgio Antônio Fabris Editor, Porto Alegre, 1991.

LENZA, Pedro. Direito constitucional esquematizado. 7 ed. rev. atual. e ampliada. São Paulo: Método, 2004.

SILVA BELO, Eliseu Antônio da. Revista do Ministério público do Estado do Rio de Janeiro n. 74, out-dez/2019.