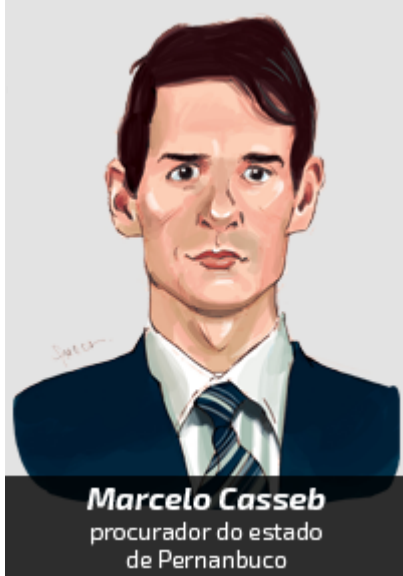


Dificuldade constitucional está na pauta do STF



Uma questão que certamente submeterá ao Supremo Tribunal Federal o

juízo de mais um *caso difícil* será aquele relativo à edição das Medidas Provisórias 664 e 665, ambas editadas em 30 de dezembro de 2014, que trazem uma série de alterações no regime jurídico de benefícios da seguridade social, previstos em favor dos servidores públicos e dos trabalhadores em geral, a exemplo do seguro-desemprego, da pensão por morte, do abono salarial, do auxílio-defeso e do auxílio-doença.

Não é surpresa para ninguém que tais diplomas normativos já estejam submetidos à apreciação do STF, consoante nos evidencia a propositura da ADI 5.246 e da ADI 5.230[1]. No âmago da discussão jurídica e constitucional dessas ADIs, floresce o argumento da inconstitucionalidade das MPs com base no princípio da proibição do retrocesso social.

Esse princípio não se reveste de uma clara delimitação conceitual. Sua origem remonta à década de 1970, quando a Alemanha atravessou período de dificuldade econômica agravada pelo agigantamento do Estado Social, o que gerou forte discussão sobre a legitimidade de restringirem-se e/ou suprimirem-se benefícios sociais assegurados aos cidadãos. O debate em torno do princípio da proibição do retrocesso social (ou da irreversibilidade dos direitos fundamentais) foi lá intensificado, sobretudo porque, diferentemente de outros sistemas constitucionais, a Lei Fundamental de Bonn não previu expressamente nenhum direito fundamental social, e o desenvolvimento desse princípio foi uma tentativa de resposta e de defesa dos críticos[2].

Desse modo, na linha de explicação de Ingo W. Sarlet, o princípio da proibição de retrocesso social significaria “toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público, com destaque para o legislador e o administrador, que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não)”[3]. Podemos considerá-lo, portanto, como um direito constitucional de resistência que se opõe à margem de conformação do legislador quanto à reversibilidade de leis concessivas de benefícios sociais.



Por outro lado, no Brasil, a discussão sobre a vedação do retrocesso social há de transcender a exclusividade das bancas acadêmicas para ingressar nos campos de batalha judicial, onde o STF deverá posicionar-se definitivamente sobre sua existência em matéria de direitos sociais, sobretudo por conta das ADIs 5.246 e 5.230 referidas.

É fato que não será a primeira vez em que o STF analisará essa questão. Na ADI 3.105 (rel. min. Cezar Peluso, j. 18/08/2004)[\[4\]](#), em que considerou constitucional a Emenda 41, que autorizou a instituição de contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores inativos, o ministro Celso de Mello analisou o âmbito de incidência do princípio da proibição do retrocesso e, com base nele, votou pela inconstitucionalidade da tributação: a conquista da garantia de não mais contribuir para o regime previdenciário com o ato de aposentação não poderia ser suprimida para obrigar os aposentados e pensionistas a continuarem como contribuintes do sistema, sob pena de retrocesso ilegítimo desse direito.

Nesse julgado, o ministro Celso afirmou que “a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos”, salvo na hipótese da implementação de políticas compensatórias.

Nas ADIs 5.246 e 5.230, conforme mencionamos, a proibição do retrocesso figura como argumento central da suposta inconstitucionalidade material das MPs. Em ambas as ações, os requerentes fundamentaram a pretensão de inconstitucionalidade nesse princípio e se apoiaram no voto do ministro Celso de Mello proferido na ADI 3.105. Contudo, há pelo menos três aspectos que, a nosso ver, merecem destaque.

Primeiro, o argumento comparativista utilizado pelo ministro Celso de Mello parece não mais se sustentar nos dias de hoje, seja porque o próprio J. J. Gomes Canotilho, jurista referido para atribuir autoridade ao argumento de inconstitucionalidade, mudou de posição em relação à eficácia normativa do princípio da proibição do retrocesso, seja porque também o Tribunal Constitucional de Portugal mudou de orientação em face da crise econômica e financeira deflagrada em Portugal nos idos de 2010-2011.

Com efeito, em estudos mais recentes, J. J. Gomes Canotilho[\[5\]](#) foi suficientemente claro em sua manifestação contrária a uma concepção rígida e inflexível do princípio da vedação do retrocesso, rompendo com a tese outrora defendida:

“O rígido princípio da ‘não reversibilidade’ ou, formulação marcadamente ideológica, o ‘princípio da proibição da evolução reaccionária’ pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizámos noutros trabalhos. ‘A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.”

Vale ressaltar que J. J. Gomes Canotilho não está sozinho em sua posição. Dentre outros, podemos



lembrar José Reis Novais^[6], quem afirma que o princípio da proibição do retrocesso social “não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”, porque pressupõe uma “concepção determinista da história” e um “optimismo inabalável”.

O Tribunal Constitucional de Portugal, por sua vez, ao desenvolver a denominada “jurisprudência da crise”^[7], evoluiu substancialmente em seus posicionamentos, de modo que vem com certa cautela tolerando restrições a benefícios sociais anteriormente conquistados em face da crise econômica e financeira.

Nesse contexto de emergência financeira, conforme se pode observar nos Acórdãos 399/2010, 396/2011 e 353/2012, o Tribunal Constitucional admitiu a redução salarial progressiva de 3,5% até 10% dos servidores públicos, a suspensão do adicional de férias e do décimo terceiro e a própria redução dos vencimentos dos servidores em até 25%.

A mudança de opinião de J. J. Gomes Canotilho, do Tribunal Constitucional e de outros constitucionalistas, que recentemente enfrentaram esse delicado tema em face da adversa conjuntura político-econômica de Portugal, demonstra, para além do erro ou do acerto, que a norma constitucional deve ser contextualmente interpretada de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas (a velha lição de Alexy e de Dworkin, cada um a seu modo).

Segundo, o conceito de “crise”, que implícita ou explicitamente está sempre presente no discurso político, perpassa essas sensíveis discussões jurídicas e constitucionais. Historicamente, tal qual nos faz compreender o historiador alemão, Reinhart Koselleck^[8], o conceito de “crise”, cuja semântica se reconduz à noção grega de “decisões definitivas e irrevogáveis” e ainda de “momento crítico de uma doença”, é retoricamente (re)ativado no intuito de legitimar “decisões adequadas” a situações adversas em curtíssimo espaço de tempo, diante da incerteza do futuro e da necessidade de prevenir-se o pior.

O problema, contudo, é que a noção de crise não é facilmente apreensível e, ao mesmo tempo, parece estar em evidência em todas as dimensões da organização da sociedade. Destarte, para alguns, é tão fácil utilizá-la, que se chega a ponto de esvaziá-la de sentido (crise moral, econômica, política, constitucional, social, religiosa, institucional, do Legislativo, do Executivo, do Judiciário etc.). Se tudo está em crise, nada é crítico; e, portanto, está dentro da normalidade.

Dessa preocupação, extraímos duas ponderações relevantes: uma, o cuidado para não criar-se uma “metanarrativa da crise” que teria o condão de legitimar, pela simples referência ao conceito de “crise” ou de emergência, a adoção de medidas de restrição, de limitação ou até mesmo de supressão dos direitos fundamentais; duas, não se pode gerar uma carga semântica negativa tal em torno do conceito de crise, de modo que se pretenda inviabilizar qualquer medida política ou jurídica excepcional, adotada em situações de particular gravidade.

Terceiro, e em decorrência das duas observações anteriores, afigura-nos de todo recomendável procurar compreender o princípio da vedação do retrocesso como modalidade do princípio da proporcionalidade, que veda ao Estado exercer uma “proteção insuficiente” dos direitos fundamentais, conforme magistério de Gilmar Ferreira Mendes^[9]. Na prática, isso significa que o princípio da proibição do retrocesso não deve constituir, em termos absolutos, um óbice intransponível às leis ou às emendas constitucionais que



eventualmente venham a limitar ou a suprimir direitos sociais. No entanto, para que tais atos normativos tenham sua validade constitucional certificada, será necessário que resistam ao teste tríplice da proporcionalidade (adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito).

Recorrendo mais uma vez à opinião de J. J. Gomes Canotilho, concordamos em que a não existência do princípio da vedação do retrocesso não implica conceder carta branca ao legislador para suprimir ou para restringir livremente qualquer direito social já assegurado em favor dos cidadãos. Não. Há parâmetros constitucionais que continuam a vigor, dentre eles a noção de “desrazoabilidades legislativas”^[10], as quais não de se submetidas ao juízo de proporcionalidade.

Da mesma forma, essa forma de interpretação constitucional preserva a margem de conformação das leis do legislador^[11], o que lhe permite, em casos específicos e sensíveis, restringir ou condicionar determinado padrão normativo já consolidado, desde que não se retroceda a um patamar inferior ao do “nível mínimo” de proteção constitucionalmente requerido e não se ofenda o princípio da proibição da proteção insuficiente^[12].

Em conclusão, o que nos parece verdadeiramente fundamental é que não se possa aprioristicamente tratar qualquer lei ou emenda à Constituição como inconstitucional porque, de alguma maneira, tenha reduzido ou, até mesmo, suprimido determinado benefício social já assegurado. É necessário, isso sim, aprofundar o exame e desenvolver uma reflexão mais apurada de acordo com as situações específicas de cada caso concreto e dos benefícios em questão, a exemplo da aferição das pessoas diretamente atingidas, dos fins originalmente estabelecidos pelo legislador ao benefício, do efetivo atingimento das metas colimadas e assim por diante.

Não podemos nos esquecer, ademais, da preciosa lição de Friedrich Müller, segundo quem a interpretação constitucional decorre de um processo de interação dialética entre a norma e o fato; não pode, pois, ser empreendida sem considerar-se a realidade subjacente. Daí que não concordamos com ideia de que o princípio da proibição do retrocesso social seja utilizado como trunfo contra toda e qualquer medida legislativa ou administrativa de restrição, de condicionamento ou de supressão de direitos sociais, por princípio.

Por outro lado, somos inteiramente a favor de que, com esses tipos de lei ou de atos, haja um controle rigoroso e estrito de sua legitimidade constitucional, reconhecendo-se, inclusive, a prevalência *prima facie* dos direitos fundamentais já consagrados (*in dubio pro libertate*). Porém, essa primazia do direito em face da política não pode impedir que se permita avaliar e concluir, em cada caso individual, se a definição tomada pela autoridade política, de fato, extrapolou (ou não) os limites constitucionais de sua respectiva margem de conformação normativa. Essa, conforme ressaltamos, será a grande questão a ser decidida pelo STF, em breve.

Esta coluna é produzida pelos membros do Conselho Editorial do Observatório da Jurisdição Constitucional (OJC), do Instituto Brasiliense de Direito Público (IDP). Acesse o portal do OJC (www.idp.edu.br/observatorio).



[1] Destacamos, ainda, que sobre a mesma temática tramitam no STF as ADIs 5232, 5234 e 5246.

[2] Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 240 e ss.

[3] Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latinoamericano*. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – RBEC*. Belo Horizonte, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.

[4] Dentre outras, podemos apontar as seguintes decisões do STF em que o princípio da proibição do retrocesso teve relevância: ARE nº 745745 AgR/MG; ARE nº 727864 AgR (Rel. Min. Celso de Mello, Segunda Turma, j. 04/11/2014, DJe-223, 12-11-2014); ARE nº 639.337-AgR (Rel. Min. Celso de Mello, j. 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011); RE nº 398.041 (Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 30-11-2006, Plenário, DJE de 19-12-2008).

[5] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.

[6] Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 244-245.

[7] Sobre tema, ver: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014; PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <http://ojs.idp.edu.br/index.php/observatorio/article/view/961/641>.

[8] Cf. KOSELLECK, Reinhart. *Crisi*. In: *Il Vocabolario della Modernità*. Trad. Carlo Sandrelli. Bologna: Il Mulino, 2009, p. 95-109.

[9] Cf. MENDES, Gilmar Ferreira & BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 228.

[10] Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Op. cit.*, p. 111.

[11] Cf. QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006, *passim*.



[12] Segundo anotou José Reis Novais, essa orientação é a que melhor se alinha com as diretrizes do Comitê para os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, que proíbe a aprovação de medidas e políticas que piorem – sem justificção razoável e proporcional – a situação dos direitos sociais. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Op. cit.*, p. 242.

Date Created

11/04/2015