

ISSN 1127-8579

Pubblicato dal 28/11/2012

All'indirizzo <http://w.diritto.it/docs/34328-a-consagra-o-do-princ-pio-da-veda-o-do-retrocesso-na-previd-ncia-social-brasileira>

Autori: Fabiana Rodrigues de Almeida, Gleice Aparecida Gouveia, Roberson Bertone de Jesus

A consagração do princípio da vedação do retrocesso na previdência social brasileira

A CONSAGRAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO NA PREVIDÊNCIA SOCIAL BRASILEIRA

Fabiana Rodrigues de Almeida¹

Gleice Aparecida Gouveia²

Roberson Bertone de Jesus³

RESUMO

O artigo trata, especificamente, da vedação da aplicação do princípio do retrocesso na previdência social, tendo em vista ser um princípio implícito na Constituição Federal de 1988. Fez-se necessário tratar o conceito do princípio do retrocesso e sua vedação constitucional e, posteriormente, falar sobre a ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade – de n. 1946, na qual, em homenagem ao mencionado princípio, não se permitiu a limitação do benefício de salário maternidade ao valor teto dos demais benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social.

Palavras-chave: Princípio do retrocesso. Constituição. Seguridade Social.

ABSTRACT

The article deals, specifically, about prohibiting the application of regress principle in social security, owing to be an implicit principle in the Constitution of 1988. It was necessary to treat the principle's concept of constitutional regress and prohibition for, posteriorly, talk about ADI – Ação Direta da Inconstitucionalidade- n. 1946, in which, in tribute to the mentioned principle, didn't allow limiting the benefit of maternity salary to the ceiling of other benefits paid by the General Welfare.

Keywords: Regress principle. Constitution. Social Security.

SUMÁRIO: INTRODUÇÃO. 1 PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988. 2 ASPECTOS DO PRINCÍPIO DO RETROCESSO NA SEGURIDADE SOCIAL. CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

¹ Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Católica de Uberlândia.

² Acadêmica do 10º Período do Curso de Direito da Faculdade Católica de Uberlândia

³ Orientador do trabalho. Docente da Faculdade Católica de Uberlândia.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a Seguridade Social se identifica como uma política pública e tem por finalidade proteger o cidadão. Sabe-se, também, que ela engloba a Saúde, a Assistência Social e a Previdência Social, sendo que a saúde é prestada por meio do SUS (Sistema Único de Saúde). Já a Assistência Social é administrada pelo Conselho Nacional de Assistência Social, não dependendo ambos de contribuição.

A Previdência Social, no entanto, funciona como um seguro social, exclusivo para aquele cidadão que contribui, ou seja, àquele cidadão que quer ter garantida uma renda quando não tiver mais capacidade de trabalho por um dos "riscos sociais", como doença, invalidez, morte, idade avançada, desemprego, maternidade e reclusão.

É no contexto desse conceito de Previdência Social que se localiza o foco de interesse da presente pesquisa, pois o artigo trata, especificamente, da vedação do princípio do retrocesso na previdência social, tendo em vista ser um princípio implícito na Constituição Federal de 1988, cuja não observância acarreta consequências nefastas às pessoas cujos interesses a norma atende.

Para perfeito entendimento do que se propõe, faz-se necessário discutir sobre o conceito do princípio do retrocesso e sua vedação constitucional e, posteriormente, sobre o ADI 1946, pelo qual fora considerado inconstitucional o limite de salário pago pela previdência social às gestantes.

1 PRINCIPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO E CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988

A Constituição de 1988, por consagrar o Estado social e democrático do direito no país, traz como consequência a necessidade de serem resguardados os direitos fundamentais sociais.

Acredita-se que este seja um desafio tendo em vista as mutações sociais. Por essa razão, a Corte Suprema atua fielmente no sentido de manter e efetivar os direitos fundamentais dos brasileiros.

Ademais, tratam-se de cláusulas pétreas, em relação às quais ao legislador resta observar, não podendo proceder a alterações que venham dissipar os direitos dos brasileiros. Por outro lado, estes direitos vinculam-se aos princípios constitucionais que se reportam aos direitos humanos e têm seu fundamento na dignidade da pessoa humana.

É neste sentido que o art. 5º, § 2º da CF, dispõe expressamente: “Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”.

Assim, os direitos fundamentais refletem uma fórmula encontrada pelo legislador para estabelecer valores mínimos que viessem garantir direitos essenciais.

A citada norma constitucional traz consigo uma série de efeitos, sendo um deles a proibição ao retrocesso, o que reflete na seguridade social.

Neste mesmo sentido Paulo Bonavides⁴ pondera que:

A proclamação da normatividade dos princípios em novas formulações conceituais e os arestos das Cortes Supremas no constitucionalismo contemporâneo corroboram essa tendência irresistível que conduz à valoração e eficácia dos princípios como normas-chaves de todo o sistema jurídico; normas das quais se retirou o conteúdo inócuo da programaticidade, mediante o qual se costumava neutralizar a eficácia das Constituições em seus valores reverenciais, em seus objetivos básicos, em seus princípios cardeais.

A norma constitucional deve, pois, ser interpretada visando à máxima eficácia social, ou seja, o texto constitucional deve ser visto à luz da efetivação/concretização de direitos sociais, direitos de segunda geração que vieram justamente para humanizar o então Estado Liberal.

Ressalte-se que, para garantir a eficácia dos direitos fundamentais, primeiramente, devem ser aplicadas as soluções hermenêuticas, vinculadas às histórias constitucionais visando à devida atualização normativa⁵.

A proibição de retrocesso social possui indubitável natureza principiológica, haja vista exibir um elemento finalístico, traduzido na garantia do nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e a permanente imposição constitucional de desenvolvimento

⁴ **Curso de Direito Constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 180.

⁵ DUZ, Cleusner Donizeti. **O princípio constitucional da vedação ao retrocesso frente à constitucionalidade do artigo 5º, § 3º, da CF/88.** Disponível em <<http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1016>>, acessado em 10 de maio de 2012.

dessa concretização. Por isso, nega-se a sua caracterização como simples modalidade de eficácia jurídica das normas que envolvem direitos fundamentais⁶.

Ademais, o princípio da proibição do retrocesso está implícito na Constituição da República de 1988 e tem como objetivo fazer com que o legislador tenha seus poderes limitados ou até restringidos aos direitos fundamentais sociais já alcançados. O intuito é melhorar, de forma progressiva, as condições de vida da população.

Na mesma linha, Flávia Piovesan⁷ esclarece que

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.

Tal princípio decorre dos direitos sociais, do princípio da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, dentre outros contidos na Constituição da República de 1988.

Adentrando aspectos mais diretamente ligados à seguridade social, acrescente-se que este princípio procede, também, da imposição da Lei Maior, que amplia os direitos fundamentais sociais tendo em vista, consequentemente, reduzir as desigualdades sociais. O intuito é construir uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social, ideais presentes nos princípios da seguridade social.

Constituem verdadeiros direitos fundamentais e de radicação subjetiva das prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos reconhecidos na Constituição, isto é, dos chamados direitos derivados a prestações⁸.

Justifica-se a sindicabilidade judicial da manutenção de seu nível de realização, frustrando qualquer tentativa de retrocesso social. Assumem, pois, a condição de verdadeiros direitos de defesa contra as medidas de natureza retrocessiva, cujo objetivo seria a sua destruição ou redução⁹.

⁶ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição do retrocesso social**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social#ixzz1uOKbJi00>>, acessado em 07 de maio de 2012.

⁷ PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000, p. 550.

⁸ CHAVES, Arthur Pinheiro. **O direito à segurança alimentar no Brasil**. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0705_0737.pdf>. Acessado em 07 de maio de 2012.

⁹ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição do retrocesso social**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social#ixzz1uOKbJi00>>, acessado em 07 de maio de 2012

Deu-se na Constituição Federal de 1988, em seu artigo 194, corolário da seguridade social, quando estabelece que “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social”.

Conforme doutrina de Marisa Ferreira dos Santos¹⁰, “A Seguridade Social entra em cena quando o indivíduo não tem condições de prover seu sustento ou de sua família, em razão de desemprego, doença, invalidez ou outra causa”.

É o acontecimento *incertus na* e/ou *incertus quando*, que acarreta a impossibilidade de ganho ou de trabalho, trazendo como consequência a necessidade de substituição da renda de trabalho. Exemplos de risco que acarreta impossibilidade de ganho, muito embora exista a possibilidade de trabalho são a doença e o acidente, que tragam incapacidade laborativa. Os riscos são classificados em biológicos e econômico-sociais. Os primeiros são relativos à vida física do trabalhador e os segundos à vida em sociedade. São os primeiros, acidente do trabalho ou não, doença, invalidez, velhice, morte e maternidade. O desemprego é um risco econômico-social¹¹.

Ou seja, a Seguridade Social, especialmente no contexto da Previdência Social, visa garantir o mínimo necessário à sobrevivência dos indivíduos (segurados) em delicados momentos de suas vidas, eleitos pela lei.

2 ASPECTOS DO PRINCÍPIO DO RETROCESSO NA SEGURIDADE SOCIAL

Para o desenvolvimento do assunto, tratar-se-á do julgamento da ADI 1946/ DF, que se refere à vedação do princípio do retrocesso no caso do benefício de salário maternidade, prestação securitária assegurada à gestante.

Naquela ação questionou-se a alteração impingida na Constituição Federal por meio da Emenda Constitucional n. 20/98, a qual passou a impor aos benefícios pagos pelo Regime Geral de Previdência Social vinculação a um teto (um valor pecuniário máximo), haja vista a necessidade de se manter a nova disposição do equilíbrio financeiro e atuarial no Regime.

¹⁰ SANTOS, Marisa Ferreira. **Direito Previdenciário**. 5. ed São Paulo: Saraiva, 2009, p. 1.

¹¹ DAROS, Ana Carine Busaato. **O Princípio da Proibição do retrocesso no âmbito do Direito Fundamental à Previdência Social delineado na Constituição Federal de 1988. Dissertação de Mestrado**. Universidade Católica do Paraná.

Ocorre que o benefício salário maternidade é o único benefício que também é salário de contribuição, ou seja, é o único benefício do Regime Geral de Previdência Social sobre o qual incide contribuição. Ademais, é o único que historicamente é pago em sua integralidade, sempre sendo tratado mais como um benefício previdenciário do que um encargo trabalhista haja vista a necessidade de se evitar preconceitos no mercado de trabalho em desfavor das trabalhadoras.

Nesse passo, ao longo da história da previdência social brasileira, sempre se retirou da iniciativa privada e se transferiu para o poder público eventuais ônus decorrentes da necessidade de afastamento da gestante de suas atividades enquanto nesta condição, com vistas, como dito, à proteção do mercado de trabalho em favor das trabalhadores.

Não fosse assim, certamente as empresas poderiam agir negativamente, por exemplo: a) contratação de um menor número de mulheres; b) contratação de mulheres com salário inferior.

Nesse contexto, com o teto trazido pela emenda constitucional n. 20, à época em R\$1.200,00 (mil e duzentos reais), tinha-se um impasse, que se resume nos seguintes pontos: a) impossibilidade de limitação do benefício salário maternidade ao teto mencionado em razão do princípio da vedação do retrocesso; b) impossibilidade de se repassar os custos superiores ao teto aos empregadores, sob pena de afronta à histórica proteção dada às mulheres no contexto do benefício de salário maternidade; c) ônus social público do Regime Geral de Previdência Social que poderia ficar com o custo de assumir o encargo de garantir o benefício mencionado com valor superior ao teto.

Desafiado, por meio da ADI 1.946-5/DF, o STF, julgou em 03 de abril de 2003, julgamento publicado em 16 de maio do mesmo ano, tendo como relator o Ministro Sidney Sanches, o seguinte:

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSO CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº. 20, DE 15.12.1988. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60,§ 4º, IV, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez maior como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo Art.6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada “na forma desta Constituição”, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias”. Diante deste

quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal Originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº. 20/98 conteria referência expressa a respeito. É, à falta da norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubstancial, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado.

Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará então, propiciada a discriminação que a Constituição buscava combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homem e mulheres, previstos no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1988, tenha chegado a esse ponto, na chamada reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade. A convicção firmada, por ocasião do deferimento da Medida Cautelar, com adesão de todos os demais Ministros, substancialmente no parecer da Procuradoria Geral da República. Reiteradas as considerações feitas nos votos, então proferidas, e nessa manifestação do Ministério Público Federal, em parte, para se dar, ao art. 14 da Emenda Constitucional nº. 20, de 15.12.1998, interpretação conforme à Constituição, excluindo-se sua aplicação ao salário da licença gestante, a que se refere o art. 7º, inciso XVIII, da Constituição Federal. Plenário. Decisão unânime.

A referida ação foi proposta pelo Partido Socialista Brasileiro, PSB, tendo em vista o art. 14 da Emenda Constitucional nº. 20 de 15 de dezembro de 1998, segundo o qual:

O limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral da previdência social de que trata o art. 201 da Constituição Federal é fixado em R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), devendo a partir da data da publicação desta Emenda, ser reajustado de forma a preservar, em caráter permanente, seu valor real, atualizado pelos mesmos índices aplicados aos benefícios do regime geral de previdência social.

Além, o art. 6º, da Portaria nº. 4883, de 16 de dezembro de 1998, do Ministério da Previdência e Assistência Social prescreveu:

O limite máximo para o valor dos benefícios do RGPS a serem concedidos a partir de 16 de dezembro de 1998, é de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais), inclusive do benefício de que tratam os arts. 91 a 100 do Regulamento

dos benefícios do regime geral de previdência social- RBPS, aprovado pelo Decreto nº. 2172, de 5 de março de 1997, e dos benefícios da legislação especial pagos pela Previdência Social, mesmo que a conta do Tesouro Nacional.

Do exposto, vê-se que optou o STF por consagrar a solidariedade social, a máxima efetividade da constituição, o princípio da vedação do retrocesso, princípio da igualdade e da não discriminação, uma vez que numa decisão eminentemente garantista optou por impor à Previdência Social o ônus de arcar com o benefício salário maternidade, sem limitação ao teto criado pela referida emenda constitucional.

Neste sentido, veja o posicionamento de Marisa Ferreira dos Santos¹²:

O STF afastou do salário- maternidade a aplicação do limite máximo do valor dos benefícios do RGPS fixado pelo art. 14 da EC nº. 20/98: Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ai invés da mulher trabalhadora. Estará, entoa, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de omissão, por motivo de sexo (...).

Constata-se que, se a portaria, consagradora da emenda constitucional n. 20, fosse aplicada, as mulheres retornariam ao *status quo ante*, ou seja, em face delas voltariam a existir distinções entre salários (homens e mulheres), as empresas contratariam menos mulheres, deixando de oportunizar o mercado de trabalho próspero para tantas mulheres aptas ao mercado de trabalho.

Assim, agiu bem o STF no julgamento da ADI 1.946-5/DF, vez que em homenagem aos princípios mencionados, *standards* do Estado democrático de direito brasileiro, afastou a aplicação de uma conveniente regra limitadora, criada pelo constituinte derivado, em total afronta às normas que orientam todo o sistema normativo brasileiro, sendo estas, nascidas originariamente em 1988.

¹² SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário**. 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2009, p. 189.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Constituição da República é uma das maiores conquistas dos brasileiros, não exigir seu cumprimento é retroagir. Alterá-la, ao livre talante da conveniência, é retroagir. Por essa razão, a Corte Suprema, guardiã da Constituição, deve cumprir o que já está definido e, principalmente, definir qual é o limite imposto ao Estado, nas ocasiões em que tentar limitar os direitos e garantias consagrados no texto constitucional.

Assim, após esta brevíssima leitura doutrinária e jurisprudencial do princípio da proibição de retrocesso social, facilmente se constata a residência implícita dele no sistema jurídico-constitucional brasileiro, vez que decorre da própria essência do sistema principiológico consagrado na Constituição.

Nesse contexto, eventuais objeções à sua existência e aplicação devem ser rechaçadas à luz de todo arcabouço jurídico-normativo-principiológico consagrado no texto constitucional brasileiro. Agiu bem a Suprema Corte brasileira ao consagrá-lo na proteção da gestante, ocasião oportuna e digna de aplausos.

REFERÊNCIAS

- BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira e LAZZARI, João Batista. **Manual de Direito Previdenciário**. 10. ed. Conceito: Campinas, 2008
- CHAVES, Arthur Pinheiro. **O direito à segurança alimentar no Brasil**. Disponível em <http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2012_02_0705_0737.pdf>. Acessado em 07 de maio de 2012.
- DAROS, Ana Carine Busaato. **O Princípio da Proibição do retrocesso no âmbito do Direito Fundamental à Previdência Social delineado na Constituição Federal de 1988. Dissertação de Mestrado**. Universidade Católica do Paraná.
- DUZ, Cleusner Donizeti. O princípio constitucional da vedação ao retrocesso frente à constitucionalidade do artigo 5º, § 3º, da CF/88. Disponível em <<http://boletimjuridico.com.br/doutrina/texto.asp?id=1016>>, acessado em 10 de maio de 2012.
- FILETI, Narbal Antônio Mendoça. **O princípio da proibição do retrocesso social**. Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social#ixzz1uOKbJi00>>, acessado em 07 de maio de 2012.

_____. **O princípio da proibição do retrocesso social.** Disponível em <<http://jus.com.br/revista/texto/12359/o-principio-da-proibicao-de-retrocesso-social#ixzz1uOKbJi0>>, acessado em 02 de junho de 2012.

GONÇALVES, Odonel Urbano. **Manual de Direito Previdenciário.** 13. ed. Atlas: São Paulo, 2009;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SANTOS, Marisa Ferreira dos. **Direito Previdenciário.** 5. ed. São Paulo: Saraiva: 2009.

TAVARES, Marcelo Leonardo. **Direito Previdenciário.** 12. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2010.