

**UMA ANÁLISE SOBRE A ADPF 341 DO STF: A
POSSIBILIDADE DE REVISÃO DA POLÍTICA
PÚBLICA DE ENSINO SUPERIOR RELACIONADA AO
FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES) EM VISTA
DO PRINCÍPIO QUE VEDA O RETROCESSO SOCIAL
(PROIBIÇÃO DE REGRESSIVIDADE)¹**

***THE OBLIGATION OF PROGRESSIVE ACHIEVEMENT IN THE
RIGHT TO EDUCATION IN BRAZILIAN LAW: HOW THE BRAZILIAN
SUPREME COURT CAN RULE ABOUT THE CHANGES OF THE PUBLIC
POLICY DESIGNED TO PROMOTE ACCESS TO HIGHER EDUCATION***

*Fábio Lima Quintas²
Altair Roberto de Lima³*

SUMÁRIO: Introdução; 1 As modificações implementadas no Programa de Financiamento Estudantil (FIES); 2 A questão constitucional posta em debate na ADPF 341: o direito ao acesso ao ensino superior; 3 O princípio da proibição de retrocesso

-
- 1 Trabalho desenvolvido no âmbito do Grupo de Pesquisa Direito Processual Constitucional, do Instituto Brasiliense de Direito Público. Linha de pesquisa "A efetivação de direitos sociais pelo Poder Judiciário no direito comparado."
 - 2 Doutor em Direito do Estado (Direito Constitucional) pela USP (2013). Mestre em Direito e Estado pela UnB (2005). Professor da Escola de Direito de Brasília do IDP (Brasília-DF), vinculado ao programa de mestrado. Líder do Grupo de Pesquisa "Direito Processual Constitucional" (IDP).
 - 3 Mestrando em Direito Constitucional pela Escola de Direito de Brasília do IDP. Secretário-adjunto da Secretaria-Geral de Contencioso da Advocacia-Geral da União. Pesquisador do Grupo de Pesquisa "Direito Processual Constitucional" (IDP).

social; 3.1 Surgimento e ocaso do princípio da proibição da regressividade na dogmática constitucional; 3.2 O princípio da proibição da regressividade sob o prisma do direito internacional; 4 Como operar com o princípio que veda a não regressividade?; 5 Considerações finais; Referências.

RESUMO: Considerando o dever constitucional do Estado de promover os direitos sociais, o artigo examina o problema derivado da revisão da política de financiamento estudantil para o ensino superior (FIES), levado a cabo pelo Governo Federal no início de 2015, em vista da crise econômica, questão essa posta nos autos da ADPF 341, proposta perante o Supremo Tribunal Federal. Para tanto, examina-se o status do princípio da proibição do retrocesso (ou proibição de regressividade) no direito brasileiro, considerando o plano do direito internacional e do direito constitucional. Por fim, sugere-se abordagens constitucionais possíveis para lidar com a necessidade de rever políticas sociais em vista de crises econômicas à luz do aludido princípio.

PALAVRAS-CHAVE: Direitos Sociais. Educação. FIES. Proibição de Regressividade.

ABSTRACT: Considering the obligation of progressive achievement in matters of social rights in Brazilian law, the article examines a case presented to Brazilian Supreme Court, concerned about changes done by the Government in the public policy for higher education. This programme is called FIES and it gives to students a kind of public finance to pay undergraduate courses in private institutions. The paper suggests possible constitutional approaches to dealing with the judicial review of public policies, specially considering the case exposed and the obligation of progressive achievement of social rights.

KEYWORDS: Social Rights. Higher Education. FIES. Obligation of Progressive Achievement.

INTRODUÇÃO

Está na pauta de julgamento do Supremo Tribunal Federal, nos autos da ADPF nº 341, discussão relevante para o momento atual do constitucionalismo brasileiro, que diz respeito à compreensão do que sejam as bases normativo-constitucionais do paradigma do Estado Social, especialmente em relação ao dever de o Estado promover os direitos sociais.

Nesse julgamento, questiona-se a constitucionalidade de alterações promovidas pelo Estado (Governo Federal) no programa de financiamento do ensino superior denominado FIES (Fundo de Financiamento Estudantil), por meio do qual se viabiliza o acesso do estudante ao ensino superior privado por meio de financiamento estudantil subsidiado.

Como se sabe, o programa do FIES – Fundo de Financiamento Estudantil – é voltado ao acesso ao ensino superior por meio da concessão de um financiamento, parcial ou total, das despesas dos estudantes em cursos de graduação ofertados pelas instituições de ensino superior (IES) privadas por meio de uma linha de crédito subsidiada pelo Estado⁴.

O presente artigo pretende examinar o problema à luz daquilo que a doutrina tem chamado de proibição do retrocesso ou vedação de regressividade, segundo a qual o Estado não poderia realizar modificações em políticas públicas implementadas que acarretassem o enfraquecimento da proteção conferida a direitos fundamentais, sobretudo os de índole social, como o direito à educação (art. 6º e 205 da Constituição).

Num primeiro momento, o artigo apresentará o debate posto hoje no Supremo Tribunal Federal para, em seguida, apresentar alguns dados sobre o programa do FIES.

Num segundo momento, o estudo identificará o que se tem entendido como “proibição de retrocesso” e o fará, inicialmente, a partir da dogmática constitucional e, em seguida, a partir do disposto no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que data de 1966, que traz uma

4 MOURA, Daiana Malheiros de. *Políticas Públicas Educacionais PROUNI e FIES: democratização do acesso ao ensino superior*. UNISC, n. 11, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anaeis/index.php/sidspp/article/viewFile/11804/1647>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

rica base normativa para tratar da efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os de índole social⁵.

Por fim, o estudo apresenta algumas abordagens possíveis para tratar das alterações efetivadas pelo Poder Público nas regras do programa de financiamento estudantil à luz da obrigação de o Estado promover os direitos sociais.

1 AS MODIFICAÇÕES IMPLEMENTADAS NO PROGRAMA DE FINANCIAMENTO ESTUDANTIL (FIES)

O programa denominado “Fundo de Financiamento ao Estudante do Ensino Superior” (FIES)⁶, tido como sucessor do crédito educativo, foi criado para oferecer crédito subsidiado aos estudantes que tivessem interesse em ingressar em instituições de ensino superior privadas. Ao longo do tempo, o programa veio ganhando importância no cenário do ensino superior.

Em abril de 2015, o Ministério da Educação, por meio de sua Secretaria de Ensino Superior, elaborou o relatório de gestão do exercício de 2014 do Fundo de Financiamento Estudantil⁷, no qual se constatou que:

Com os aprimoramentos instituídos a partir de 2010, dentre eles a criação do Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC), que dispensa a apresentação de fiador e a possibilidade de pagamento do financiamento com trabalho, o resultado foi a marca de 1 milhão de contratos de financiamento estudantil, atingido em agosto de 2013, dos quais 96% são estudantes pertencentes às classes C, D e E com renda familiar mensal bruta de até 10 salários mínimos.

Ressalta-se que até os cursos com mensalidade mais elevadas, como medicina (41.345 beneficiados) e engenharia (338.248 beneficiados), seguem essa tendência inclusiva.

5 MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; CALVET, Otávio Amaral; SIVOLELLA, Roberta Ferme. Direitos humanos e fundamentais. Os princípios da Progressividade, da Irreversibilidade e da Não regressividade Social em um Contexto de Crise. *Revista Direito UNIFACS*, n. 119, 2010.

6 Lei nº 10.260/2001, com a redação dada pela Lei nº 12.513/2011 que, em seu art. 1º, dispôs: “É instituído, nos termos desta Lei, o Fundo de Financiamento Estudantil (Fies), de natureza contábil, destinado à concessão de financiamento a estudantes regularmente matriculados em cursos superiores não gratuitos e com avaliação positiva nos processos conduzidos pelo Ministério da Educação, de acordo com regulamentação própria”.

7 O relatório de gestão aludido é de acesso público, estando disponível em <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14949&Itemid=1064>. Acesso em: 11 ago. 2015.

Nesse ínterim, a demanda por financiamento com recursos do Fies tem crescido em média 100% ao ano, sendo que em 2014 o crescimento foi de 31% em relação ao ano anterior.

Criado em 1999, o Fies passou por importantes mudanças em 2010, quando o FNDE assumiu sua operacionalização. Com essa mudança o estudante pode solicitar o financiamento em qualquer período do ano, de acordo com a sua conveniência. A taxa de juros foi reduzida para 3,4% ao ano; o limite máximo de financiamento foi elevado para até 100% do valor do curso; a carência foi ampliada para 18 meses após a formatura; o prazo de quitação passou a ser de até 3 vezes o período financiado do curso e foi criado o Fundo de Garantia de Operações de Crédito Educativo (FGEDUC), que possibilitou a entrada de novos estudantes no programa, por substituir a necessidade do fiador.

O resultado foi a marca de 1,9 milhão de novos estudantes beneficiados, atingido em agosto de 2014, envolvendo recursos da ordem de R\$ 13 bilhões.

Esse relatório ainda destaca que “a Lei Orçamentária de 2014 previa 151.501 estudantes financiados pelo Fies ao custo de R\$ 1,5 bilhões”. Apesar disso, informa o custeio de “1.900.343 de financiamentos (formalizados a partir de 15 de janeiro de 2010), mais 10.375 financiamentos (referentes aos contratos administrados pela Caixa Econômica Federal na qualidade de Agente Operador dos Fies anteriores a 15 de janeiro de 2010), em fase de utilização”. Tal relatório totaliza, assim, 1.910.718 de estudantes “financiados ao custo de R\$ 12,2 bilhões”.

Nesse mesmo relatório de gestão, uma das conclusões alcançadas pelo Ministério da Educação diz que “significativos aperfeiçoamentos normativos e operacionais ocorridos no Fies a partir de 2010, com o objetivo de melhorar as condições do financiamento estudantil ao público alvo”, fez o Programa apresentar “resultados exitosos, consubstanciados num total de novos contratos em 2014 no montante de aproximadamente 730 mil, enquanto no ano de 2009 os novos contratos representaram aproximadamente 32 mil”.

Portanto, nos últimos cinco anos houve evolução histórica na operacionalização da política pública educacional de nível superior instituída pelo FIES.

Em termos de execução orçamentária, os recursos gastos pelo programa também cresceram nos últimos cinco anos. Os Gráficos seguintes

comprovam a ascensão dessas despesas custeadas pelo Estado brasileiro, ampliando o acesso ao ensino superior:

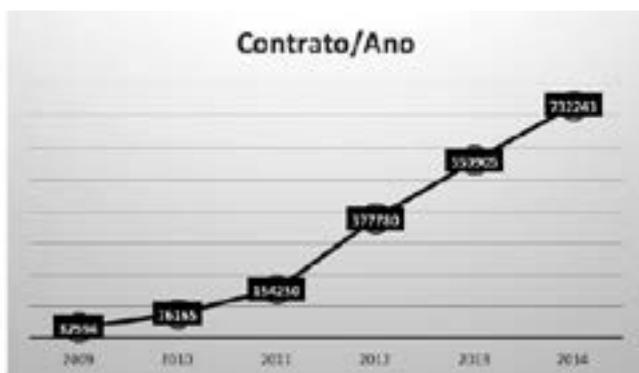
Gráfico 1



Fonte: MEC

O Gráfico 1 indica que, após um decréscimo em 2008 para 2009, houve uma aceleração no crescimento da execução financeira do FIES nos anos seguintes, sendo triplicado em 2012 (de R\$ 1.064 bilhões saltou para R\$ 3.258 bilhões em quatro anos). Os valores estão representados nos respectivos anos em que ocorreram as execuções financeiras.

Gráfico 2



Fonte: MEC

No Gráfico 2, observa-se o volume de contratos com o FIES por ano, desde 2009 até 2014. Apesar de as execuções financeiras do FIES dos anos de 2013 e 2014 não constarem do relatório de gestão (como se verifica no Gráfico 1), a amostragem do Gráfico 2 revela uma curva acentuada até 2014, comprovando o crescimento, visto o volume de contratos saltar de 377mil (em 2012) para 732mil (em 2014). Assim, a partir das variáveis coletadas na pesquisa, é possível identificar a exponencial ampliação do acesso ao ensino superior nas instituições privadas no Brasil, por amostragem, no período de 2008 a 2014.

No início de 2015, implementaram-se mudanças nos critérios de concessão do financiamento⁸. Teriam motivado essas mudanças a necessidade identificada pelo Governo⁹ de racionalizar os gastos com o programa, que se faria pela adoção de critérios mais rígidos de acesso, baseados na qualidade dos cursos e dos estudantes. Essa medida convergiu com o esforço do Governo de reduzir seus gastos, ante a crise fiscal que assola o País¹⁰.

Basicamente, as novas regras do FIES, veiculadas por Portarias editadas pelo Ministério da Educação¹¹, tornaram mais rígidas as regras de acesso ao programa (ante a necessidade de o interessado obter nota mínima de 450 pontos na prova do ENEM, sem zerar a prova de redação)

8 CARDIM, Paulo A. Gomes. A polêmica em torno do programa de financiamento estudantil – FIES.

Disponível em: <<http://www.belasartes.br/diretodareitoria/artigos/a-polemica-em-torno-do-programa-de-financiamento-estudantil-fies>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

9 Notícias do G1, datadas de 30.03.2015, informaram que Novas regras do Fies passam a valer a partir desta segunda-feira. Disponível em <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/03/novas-regras-dos-fies-passam-valer-partir-desta-segunda-feira.html>>. acesso em: 02 jul. 2015.

10 O ano de 2014 foi marcado pelo déficit fiscal e recorde de dívida bruta, em que o setor público não financeiro registrou déficit primário de R\$ 9,234 bilhões, ou seja, 0,18% do Produto Interno Bruto (PIB), equivalendo ao pior resultado já registrado pelo Banco Central (Governo tem 1º déficit fiscal desde 1997 e dívida bruta será recorde. Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3838888/governo-tem-1>>, notícia publicada em 29.12.2014. Acesso em: 02 jul. 2015.

11 A Portaria nº 21 do MEC, editada em dezembro de 2014, passou a exigir, para a concessão do financiamento, pontuação mínima de 450 pontos e nota de redação diferente de zero no Exame Nacional do Ensino Médio (Enem) para os estudantes que realizaram a prova a partir de 2010. Em seguida, a Portaria nº 23, do mesmo mês, alterou a forma de remuneração das instituições de ensino superior que participam do programa, com repasses em oito parcelas anuais, e não mais mensais. Ampliando os benefícios decorrentes do FIES aos estudantes, o Decreto nº 8.498, de 10 de agosto de 2015, alterando o Decreto nº 7.790/2012, passou a dispor que “a amortização de financiamento para custeio de cursos superiores não gratuitos com recursos do Fundo de Financiamento Estudantil - FIES terá início no décimo nono mês subsequente ao da conclusão do curso ou, antecipadamente, por iniciativa do estudante financiado, parcelando-se o saldo devedor em período equivalente a até três vezes o prazo de permanência do estudante na condição de financiado”.

e alteraram o fluxo de repasse de recursos para as Instituições de Ensino Superior (IES)¹².

Essas alterações normativas no programa terminaram por ensejar o ajuizamento da ADPF nº 341 perante o Supremo Tribunal Federal, em que é relator o Ministro Luís Roberto Barroso. Para o Partido Socialista Brasileiro (PSB), requerente dessa ADPF, as alterações nas exigências, relativas às notas do Enem a partir de 2010, representam um recuo e definem critérios retroativos, violando o princípio da segurança jurídica, preceito fundamental da Constituição da República (artigo 5º), mudanças essas que tornam mais rígidas as regras de acesso ao programa, constituindo-se em “flagrante desrespeito ao mandamento constitucional de promoção da educação por parte do Estado”, causando “impactos diretos nos projetos de inclusão social e educacional do país”.

Um dos focos em que a questão submetida a julgamento pode ser examinada, certamente, é a que veda ao Estado impor restrições a políticas públicas voltadas a promoção dos direitos fundamentais, naquilo que se tem chamado, no Brasil, como proibição do retrocesso.

2 A QUESTÃO CONSTITUCIONAL POSTA EM DEBATE NA ADPF 341: O DIREITO AO ACESSO AO ENSINO SUPERIOR

No que tange ao universo dos estudantes ou daqueles que aspiravam se beneficiar do programa FIES para se tornarem estudantes universitários, as medidas implementadas pelo Governo trouxeram basicamente duas espécies de discussão jurídico-constitucional a respeito da legitimidade dessas modificações: i) a possibilidade de alterar as regras para os contratos estabelecidos (em vista da garantia constitucional do ato jurídico perfeito); e ii) a continuidade do programa para os estudantes que tinham a expectativa de serem financiados, mesmo com as regras mais rígidas que foram estabelecidas pelas portarias do Ministério da Educação impugnadas na ADPF 341.

Na ADPF proposta pelo Partido Socialista Brasileiro – PSB, essas duas discussões afloram, considerando que põem em debate a possibilidade ou não de “retroação dos efeitos das referidas Portarias para limitar o direito

¹² A alteração mais crítica foi a mudança no cronograma de repasses de CFT-E, passando de 12 para 8 repasses anuais, a significar que o recebimento do repasse das mensalidades do mês de Julho só ocorreram no mês de Dezembro de 2015, o que naturalmente terá impacto direto nos seus fluxos de caixa e resultados líquidos para este ano. Quanto às IES, a mudança significativa ocorreu no programa de recompra de CFT-E, passando a 8 recompras anuais (MENA, Pedro Gomes. *O Impacto das Mudanças do FIES na Educação Superior Brasileira*. Disponível em: <<http://www.ampesc.org.br/eventos.php?area=1>>. Acesso em: 03 jul. 2015).

fundamental do estudante brasileiro a uma educação que o qualifique para o trabalho e o prepare para o exercício da cidadania”, apresentadas ambas as dimensões da discussão sob o prisma do princípio da segurança jurídica e da proteção da legítima confiança do cidadão nos atos do Estado.

Apesar de a petição inicial da ADPF reconhecer que “é mesmo da essência do desenvolvimento de políticas públicas a diuturna reconfiguração da atuação estatal, a partir de reavaliações de metas e resultados” e que não seria suficiente “tentar tratar realidades complexas, como é a do sistema educacional brasileiro, a partir de previsões abstratas petrificadas em instrumentos normativos perenes”, defende o requerente que o Parlamento e o Poder Executivo não poderiam “violiar situações jurídicas consolidadas ou prescrever regras de conduta contrárias às expectativas geradas por atuação estatal anterior”. Mais adiante, conclui que ficaram prejudicados pela Portaria do MEC dois grupos de estudantes: “(i) os novos entrantes que não obtiveram, em exames anteriores, a pontuação mínima ora exigida para contemplação de vagas nas universidades” e “(ii) os alunos que já estão cursando o Fies e atualmente não conseguem renovar seus contratos em razão das novas regras”.

Contrapondo-se à tese defendida na inicial, a área técnica do Ministério da Educação prestou informações no sentido de que:

[...] analisando-se o período de novas inscrições no ano de 2014 verificase o total de 158.000 e no ano de 2015 constatou-se o quantitativo de 252.442 em 2015. Em relação a aditamentos de contratos no mesmo período de 2014 foram feitos 980.085 e em 2015 foram registrados 1.446.762. Em relação a acessos de usuários ao site tivemos 2.363.034 em 2014 e 13.700.622 em 2015 e por fim tivemos 47.763.271 em 2014 e 311.391.062 em 2015 de páginas vistas.

Com isso, atestou o pleno funcionamento do sistema durante o período de inscrições do FIES. Esses dados são trabalhados juridicamente pelo MEC, fundamentando a assertiva de que “o desempenho mínimo, portanto, é exigido apenas na solicitação do FIES, ou seja, para novos contratos e não para a manutenção de contratos já em vigor, onde nos aditamentos não são exigidos”. Finalizou dizendo que depois da “contratação, a cada semestre, o aluno que deseja permanecer vinculado ao FIES procede, junto a IES, um aditamento contratual”.

Também o Fundo Nacional de Desenvolvimento da Educação – FNDE trouxe considerações a respeito da questão, ressaltando que “o desempenho no ENEM será, quando em vigência, determinante para o acesso

ao financiamento estudantil, porém nada tem a ver com os aditamentos de renovação semestral, pois não é critério para essa finalidade”. Dessa forma, a autarquia federal justificou que não prosperariam as afirmações segundo as quais “as instituições de ensino não poderão realizar a renovação semestral do financiamento para os estudantes em razão do desempenho no ENEM, visto que não existe essa condição para renovar os financiamentos”.

No Supremo Tribunal Federal, a cautelar foi deferida pelo Relator, Ministro Roberto Barroso, e referendada pelo Plenário (acórdão publicado em 10/8/2015), reconhecendo-se a validade da exigência de nota mínima no Exame Nacional do Ensino Médio para os estudantes se candidatarem ao FIES, mas impedindo que essas regras incidissem para renovação de contratos antigos do FIES.

No presente artigo, pretende-se examinar uma tese que pode emergir no julgamento, a partir da bem lançada ADPF, que diz respeito à existência de eventual proibição de o Estado regredir nas políticas públicas implementadas (e aqui, cumpre destacar que esse argumento não é explícito na petição inicial, que procura desenvolver sua tese com fundamento sobretudo no princípio da segurança jurídica).

3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

3.1 Surgimento e ocaso do princípio da proibição da regressividade na dogmática constitucional

A Constituição não consagra expressamente o princípio da proibição de regressividade ou da vedação do retrocesso social. Apesar disso, há, entre nós, aqueles que enxergavam tal princípio como inerente à proteção dos direitos sociais e como corolário do princípio da proporcionalidade, considerando o paradigma do Estado Social, que teria se instaurado com a Constituição de 1988.

Estimulou essa visão, certamente, as clássicas lições de J. J. Gomes Canotilho¹³, que tiveram grande ressonância no Brasil. Segundo o constitucionalista português, num contexto de normalidade, o princípio da democracia econômica e social se direcionava para a proibição de retrocesso social, ideia que se expressava também na proibição de contrarrevolução social ou da evolução reacionária. Nessa senda, os direitos sociais (como

13 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

o direito à educação), uma vez adquirido um certo grau de realização, de efetivação, passariam a constituir garantia e direito subjetivo.

Canotilho observara ainda que a vedação poderia ser assim definida como o núcleo essencial de direitos já realizados e efetivados através de medidas legislativas, as quais seriam incompatíveis com a Constituição se não houvesse a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, traduzindo a prática “numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”¹⁴.

Essa visão chegou a ser adotada pelo Tribunal Constitucional Português¹⁵, ao apreciar a inconstitucionalidade de ato estatal que terminou por revogar garantias já conquistadas em tema de saúde pública. Para aquela Corte, a censura do Estado que não realiza as tarefas constitucionais a ele cometidas se faz por meio da declaração de inconstitucionalidade por omissão e, para desfazer o que já havia sido realizado, por meio da inconstitucionalidade por ação. Dessa forma, “o Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor” sob pena de incorrer em violação positiva à Constituição. Eis que os direitos sociais se consubstanciam para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas. Quando criadas estas instituições ou serviços, protege-se a sua existência, e não pode mais aboli-los, e o Estado “passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”.

No Brasil, há autores que defendem a regressividade como princípio “implícito na Constituição brasileira de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional pátrio, e que tem por escopo a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros”¹⁶.

Essa mesma visão já foi observada por Felipe Derbli¹⁷, para quem:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos

14 Ibidem, p. 320-321.

15 Acórdão nº 39/84, Conselheiro relator Vital Moreira.

16 FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em 14.07.2012.

17 DERBLI, Felipe. *O princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, antes significando também a obrigação de avanço social.

Na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, uma das primeiras referências à proibição de retrocesso parece estar no julgamento da ADI nº 2065 (relatada pelo Ministro Sepúlveda Pertence, em acórdão publicado no DOU de 04.06.2004), quando se debateu a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Embora a Corte não tenha conhecido a ação direta, por entender que a violação ao texto constitucional seria meramente reflexa, o voto do relator admitiu a inconstitucionalidade da lei que simplesmente revogara lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional, reconhecendo uma vedação ao retrocesso social, porque “a implementação da Constituição não pode sofrer retrocesso”.

No mesmo sentido, reconhecendo a proibição de regressividade, o Tribunal voltou a se pronunciar no MS nº 24875¹⁸, que tratou do limite imposto às aposentadorias de Ministros aposentados da Corte, ocasião em que ressaltou o Ministro Celso de Mello:

[...] 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, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Referiu-se também ao princípio nas ADIs nº 3105 (Relator Ministro César Peluso, DJ de 18.02.2005) e nº 3128 (Relatora Ministra Ellen Grace, DJ de 18.02.2005), quando discutiu a incidência de contribuição previdenciária sobre a aposentadoria e pensões de servidores públicos e seus dependentes, em decorrência da emenda constitucional nº 41/2003.

18 – Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 06.10.2006.

Particularmente, a Ministra Carmen Lúcia, ao discutir a aquisição de aposentadoria por servidores que ingressaram até 16.12.1998 – e, portanto, antes da entrada em vigor da emenda constitucional nº 20/1998 –, mencionou no julgamento da ADI nº 3104¹⁹:

[...] quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, que este seria o caso se houvesse negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de aposentadoria, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não aconteceu neste caso.

Por ocasião do julgamento do ARE nº 745.745 AgR/MG (Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 18.12.2014) – quando se questionou a essencialidade do direito à saúde como prestação de relevância pública, a permitir a atuação do Judiciário nas hipóteses de anomalia de órgãos do Estado que deixassem de cumprir o mandamento constitucional –, o Min. Celso de Mello ressaltou:

Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado no caso ora em julgamento.

Refiro-me ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário (GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, “*Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*”, 1ª ed./2ª tir., p. 127/128, 2002, Brasília Jurídica; J. J. GOMES CANOTILHO, “*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*”, p. 320/322, item n. 03, 1998, Almedina; ANDREAS JOACHIM KRELL, “*Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*”, p. 40, 2002, Sergio Antonio Fabris Editor; INGO W. SARLET, “*Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na Constituição de 1988*”, “in” *Interesse Público*, p. 91/107, n. 12, 2001, Nota dez; THAIS MARIA RIEDEL DE RESENDE ZUBA, “*O Direito Previdenciário e o Princípio da Vedação do Retrocesso*”, p. 107/139, itens ns. 3.1 a 3.4, 2013, LTr, v.g.).

19 Relatora Ministra Ellen Grace, DJ de 18.02.2005.

Na realidade, 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 (como o direito à saúde), impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto na hipótese – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.

Igual compreensão ocorreu na decisão da Corte Excelsa no RE nº 598.212 ED/PR, que discutiu a implantação da defensoria pública no Estado do Paraná, circunstância em que o relator Ministro Celso de Mello (DJ de 23.04.2014) consignou expressas preocupações com a vulneração a parâmetros constitucionais como “aqueles fundados na proibição de retrocesso social, na proteção ao mínimo existencial (que deriva do princípio da dignidade da pessoa humana), na vedação da proteção insuficiente”.

A vedação ao retrocesso social certamente retornará à pauta do Supremo Tribunal Federal em outras ações de controle concentrado já ajuizadas²⁰.

Não obstante a ampla base dogmática para defender a juridicidade do princípio que veda a regressividade (proibição de retrocesso), observa-se que a referência do Supremo Tribunal Federal ao princípio parece ser secundária nas decisões que toma.

E hoje cumpre questionar as próprias bases jurídicas desse princípio, que se encontra sob severas críticas, sobretudo no contexto das crises econômicas que atravessaram a Europa Continental.

Primeiramente, deve ser registrado que o próprio Canotilho modificou premissas fundamentais de seu pensamento. De fato, Canotilho há muito rejeitou a visão de que o dirigismo constitucional deva ser “entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”. Não obstante isso, “alguma coisa ficou [...]”

20 Trata-se das ADI's nºs 5230, 5232, 5234, 5246, 5280 e 5295, todas na relatoria do Ministro Luis Fux. Tais ações diretas postulam, em síntese: a) Carência de 24 meses para pensões por morte pelo RGPS; b) Exigência de 24 meses de casamento ou de união estável para recebimento de pensão por morte pelo RGPS; c) Redução do valor da pensão por morte pelo RGPS de 100% para 50% acrescido de 10% por dependente; d) Redução do tempo de duração do benefício da pensão por morte de acordo com a expectativa de vida do cônjuge; e) Ampliação de 15 para 30 dias do período pago pela empresa, na hipótese de incapacidade para o trabalho; f) Alteração das carências para requerimento de seguro-desemprego; h) Aumento do período mínimo de atividade remunerada para percepção do abono salarial; i) Carência para o seguro-defeso de 03 anos para os pescadores profissionais.

da programaticidade constitucional”. Segundo o constitucionalista português, “contra os que ergueram as normas programáticas a ‘linha de caminho de ferro’ neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania”, deve-se entender que os textos constitucionais estabelecem “premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticas e sociais²¹”.

Deixando de lado, por assim dizer, uma postura idealista sobre a força transformadora da Constituição, Canotilho ressalta que o potencial transformador da Constituição não se realiza apenas normativamente, dependendo da vontade política e social de realizar a Constituição, que sempre dependerá da leitura que se faz da Constituição em cada momento histórico, do que não decorre a conclusão de que não haja uma vinculação do legislador ao programa constitucional. Nas palavras de Canotilho²²:

[...] em termos jurídicos-programáticos, uma Constituição dirigente [...] representa um projecto histórico pragmático de limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional. Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. Esta a primeira sobrevivência da Constituição dirigente em termos jurídico-programáticos.

Da vinculação do legislador não sucede uma visão da Constituição centralizada no Tribunal Constitucional ou no Judiciário. A esse respeito, Canotilho entende²³:

Eu tenho escrito e dito que não sou muito defensor da ideia de total judicialização da vida política. Aqui, na Europa, parece que se considera que os tribunais constitucionais e os outros tribunais são a última etapa do aperfeiçoamento político [...]. A isso eu respondo: pelo contrário, as grandes etapas do homem não foram os juízes que as fizeram, foi o povo, com outros esquemas organizativos e com outras propostas de actuação [...]. O Estado de Direito em Portugal não foi criado

21 CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra, 2001. p. XXIX-XXX.

22 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

23 CANOTILHO, op. cit., p. 47.

pelos juízes. Daí a necessidade de alguma prudência ao dizer-se que a etapa final de todo esse processo de Constituição dirigente acaba na Constituição procedimental e na justiça procedimental. Pelo contrário, se a justiça constitucional é importante, porque representa um certo controlo do legislador, deve ter-se também em conta o que Bonavides escreve hoje a respeito da democracia representativa e da Constituição cidadã. (COUTINHO, 2005, p. 26).

No fundo, quando digo que os juristas, quando discutem uma questão, ou são amigos do legislador, ou são amigos dos juízes, ou são amigos do Executivo, a minha explicitação foi esta: eu sou, em princípio, sou amigo do legislador, porque nele identifico a democracia, identifico o agente conflitual e transformador [...]. Se me perguntarem se o lugar de conflito é ainda ou também o Parlamento, são ainda os esquemas normativos, eu continuo a dizer que sim. Não para marginalizar o Executivo, não para subalternizar o Judiciário, mas porque acredito que a política é uma dimensão importante em qualquer projecto.

Em coerência com essa visão, Canotilho defende que “o instituto da inconstitucionalidade deve manter-se, não para deslegitimar governos e assembleias inertes, mas para assegurar uma via de publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida”²⁴.

Diante da grave crise econômica que assolou o mundo após 2008 e em vista das medidas de “austeridade” que foram implementadas por países como Portugal, entrou na pauta constitucional a discussão sobre a efetividade dos direitos sociais. Canotilho, nesse debate, em linha com a mudança de entendimento que adotara, passou a ver com outros olhos a vedação de retrocesso social. Em tempos de crise estatal em que é preciso repensar o papel do Estado na distribuição de riquezas, o autor assim alertou²⁵:

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

²⁴ CANOTILHO, 2001, op. cit., p. XVII.

²⁵ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 111.

previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.

Além disso, podem-se opor à juridicização do princípio da vedação do retrocesso social as críticas de Marcelo Casseb Continentino. CONTINENTINO, inicialmente, externa preocupação com a tentativa de “inviabilizar qualquer medida política ou jurídica excepcional, adotada em situações de particular gravidade”, tendo em vista que “a norma constitucional deve ser contextualmente interpretada de acordo com suas possibilidades fáticas e jurídicas”²⁶.

Defende, no entanto, que o princípio da vedação do retrocesso seja compreendido “como modalidade do princípio da proporcionalidade, que veda ao Estado exercer uma ‘proteção insuficiente’ dos direitos fundamentais”, a concluir 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)”²⁷.

Por fim, merece ser mencionado o recente posicionamento do Tribunal Constitucional português, que, em vista da grave crise econômica que assolou aquele País (e o mundo), se rendeu à necessidade de validar as pesadas medidas recessivas adotadas pelo governo.

E o fez de uma forma muito brusca, a evidenciar uma ruptura com toda a dogmática constitucional até então estabelecida: o Tribunal Constitucional admitiu a “suspensão de direitos sociais” em situações de emergência constitucional, aqui se considerando a situação de crise econômica.

Alexandre Pinheiro²⁸, da Universidade de Coimbra, descreve bem as decisões tomadas por aquela Corte Constitucional:

26 CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 04 maio 2015.

27 CONTINENTINO, op. cit.

28 PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social. São medidas de política financeira basicamente conjuntural, de combate a uma situação de emergência, por que optou o órgão legislativo devidamente legitimado pelo princípio democrático de representação popular.

Novamente com Marcelo Casseb, parece correto compreender que, em tempos de Supremacia da Constituição, o direito e o espaço político não impedem “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”²⁹.

3.2 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DA REGRESSIVIDADE SOB O PRISMA DO DIREITO INTERNACIONAL

Se, por um lado, a visão constitucional do Estado Social, fundado numa programaticidade forte, tenha hoje suas premissas postas em dúvida, disso não decorre a conclusão de que não se possa conceber algum espaço jurídico para regular a efetivação dos direitos sociais. E isso pode ser feito tendo como pano de fundo o princípio da proibição da regressividade (vedação ao retrocesso social), mas não com a densidade e o escopo cogitados pelo determinismo constitucional a que se aludiu anteriormente, e sim dentro de um constitucionalismo mais reflexivo, para utilizar a expressão de Canotilho.

A conformação desse espaço normativo para o princípio pode partir do direito internacional.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica) assinada em 22 de novembro de 1969, em seu artigo 29, refuta a possibilidade de qualquer dos Estados Partes suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção

29 CONTINENTINO, op. cit.

ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista, assim como não admite excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo. Esse pacto foi ratificado pelo Brasil através do Decreto Presidencial nº 678, de 06 de novembro de 1992.

O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), datado de 16 de dezembro de 1966 (ratificado pelo Decreto Presidencial nº 591, de 06 de julho de 1992), enfatiza, no artigo 13, item 2, letra “c”, a progressividade que deve ocorrer em matéria de acesso à educação, especialmente a de nível superior, impondo aos Estados Partes que reconheçam acesso a todos em plena igualdade, em função das capacidades de cada um, por todos os meios apropriados e nomeadamente pela instauração progressiva da educação gratuita.

Note-se que a vedação de retrocesso pressupõe um avanço, um andar para frente, uma evolução no direito social, na direção de progresso³⁰. Seu conteúdo proíbe regredir ou piorar a situação já conquistada.

Assim, mesmo que se admita que o princípio da vedação do retrocesso social não tenha sido positivado no direito constitucional brasileiro, impõe-se reconhecer hoje que normas de direitos humanos consagradas em pactos internacionais que sejam internalizados seguindo o procedimento próprio de emendas constitucionais adquirem status de norma constitucional (art. 5º, § 3º, da Constituição³¹). E, ainda que não se observe esse rito próprio às emendas constitucionais, é certo que o disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição³² admite recepcionar normas internacionais sobre direitos humanos com status de supralegalidade, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal³³.

30 Realçando essa característica, o PIDESC estabelece logo no art. 2º, item 1: “1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas”.

31 CF, art. 5º, § 3º: “§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.”

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

33 Em 3 de dezembro de 2008, o Min. Celso de Mello, no RE 466.343-SP, onde se questionava a impossibilidade da prisão civil pela aplicação do Pacto de San José, modificou radicalmente sua opinião anterior (tal como expressa no despacho monocrático do HC 77.631-5/SC, publicado no DJU 158-E, de 19.08.1998, Seção I, p.

Em vista de tanto, parece correto concluir que o princípio da proibição da regressividade – como corolário do princípio da obrigatoriedade de progresso social – encontra algum espaço no ordenamento jurídico brasileiro e, nessa dimensão, merece ser um ponto de referência em discussões que envolvam a modificação de políticas públicas, ainda mais considerando a leitura que o Supremo Tribunal Federal tem atribuído à dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CF), consubstanciada no dever de toda a sociedade promover a existência digna dos seres humanos³⁴.

4 COMO OPERAR COM O PRINCÍPIO QUE VEDA A NÃO REGRESSIVIDADE?

Uma referência normativa que tem sido utilizada para fundamentar a vedação ao retrocesso social é o princípio da razoabilidade, operacionalizado pelos conhecidos três testes, quais sejam, a adequação ou cabimento da medida, a necessidade ou exigibilidade dessa medida e a proporcionalidade em sentido estrito da decisão a ser tomada³⁵. Nesse terreno, a proibição de regresso passou a ser vista como forma de incidência do princípio da razoabilidade no campo da proteção dos direitos sociais.

A respeito dessa abordagem, ABRAMOVICH e COURTIS³⁶ relatam que, em certos Países, a proibição de regressividade se insere como modalidade de controle do devido processo substantivo, que impõe ao Executivo e ao Legislativo a necessidade de observar critérios de racionalidade, numa perspectiva temporal e histórica, isto é, sendo racional

35), para aceitar esta tese acima exposta, segundo a qual os tratados de direitos humanos têm índole e nível de normas constitucionais no Brasil. Mas a maioria dos Ministros não acompanhou tal posição, para acompanhar o Voto-vista do Min. Gilmar Mendes, que alocou tais tratados de direitos humanos no nível supralegal (abaixo da Constituição, mas acima de toda a legislação infraconstitucional). O acórdão ficou assim ementado: “PRISÃO CIVIL. Depósito. Depositário infiel. Alienação fiduciária. Decretação da medida coercitiva. Inadmissibilidade absoluta. Insubsistência da previsão constitucional e das normas subalternas. Interpretação do art. 5º, inc. LXVII e §§ 1º, 2º e 3º, da CF, à luz do art. 7º, § 7, da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica). Recurso improvido. Julgamento conjunto do RE nº 349.703 e dos HCs nº 87.585 e nº 92.566. É ilícita a prisão civil de depositário infiel, qualquer que seja a modalidade do depósito” (RE 466.343/SP, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 05.06.2009).

34 ADI 4277/DF, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 13.10.2011; ADPF 132/RJ, Rel. Min. Ayres Britto, DJ de 13.10.2011; RE 477554-Agr/MG, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 26.08.2011. Nesses julgamentos, o Supremo Tribunal Federal trouxe importantes diretrizes para a definição do que seja viver dignamente.

35 BARROSO, Luis Roberto. Interpretação e aplicação da Constituição. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. São Paulo: Saraiva, 6ª ed. revista, atualizada e ampliada, 2004. p. 228-229. Escreve o autor: “pode-se dizer que uma medida é adequada, se atinge o fim almejado, exigível, por causar o menor prejuízo possível e finalmente, proporcional em sentido estrito, se as vantagens que trará superarem as desvantagens”.

36 ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2004. p. 92-116.

a regulamentação vigente, não poderia o Estado piorar a situação dos direitos econômicos, sociais e culturais já efetivados. Em sendo assim, o devido processo legal delimita o espaço de discricionariedade do Executivo e do Legislativo para regulamentar direito consagrado na Constituição, em tratado internacional ou em lei.

As políticas públicas, assim, devem ser examinadas numa perspectiva abrangente, levando em consideração não apenas situações jurídicas particulares, mas todo o regime estabelecido para a efetivação de determinado direito, que sempre precisam ser examinados à luz do contexto social e econômico presente.

Diante disso, considera-se que problemas econômicos, dificuldades orçamentárias e mudança do contexto social não devem ser simplesmente desconsiderados, merecendo ser levados em consideração no exame implementado nas políticas públicas, não a partir de uma aproximação que leve em conta a “reserva do possível”, mas sim como questões de fato que afetam a conformação do direito.

Essa abordagem traz importantes repercussões processuais, como a inversão do ônus probatório para o Estado.

Se for correto dizer que a modificação de uma política pública implementada não é discricionária e que se deve entender que o Estado tem um compromisso de buscar efetivar a implementação progressiva dos direitos sociais, tem-se que, na esfera processual, o Estado é que deverá provar que a supressão ou redução de um programa social não regredirá a efetivação de determinado direito social que até então se praticava ou que se tornou necessária uma modificação à luz de determinado contexto³⁷. Essa comprovação poderia ser feita com os diversos dados ou elementos, em poder do Estado, demonstrativos de que a alteração das regras do programa não representaria, necessariamente, um regresso social.

Considerando essa densidade mínima ao princípio que veda a regressividade social, a defesa dos atos normativos impugnados na mencionada ADPF 341 – as Portarias do Ministério da Educação – precisaria demonstrar, por exemplo, que as modificações no programa eram imperiosas e que ela se insere numa atuação política abrangente de proteção dos direitos sociais em geral, e do direito à educação, em específico, em vista do contexto social, econômico ou tecnológico.

³⁷ ABRAMOVICH; COURTIS, op. cit., p. 102.

Essa leitura parece ser uma alternativa à visão extremada que retira do compromisso do Estado de efetivar direitos sociais promessas que, em certos contextos, não podem ser cumpridas ou que retirariam dos governos espaço político para atuar.

Recentemente, ainda a título de ilustração, o governo brasileiro anunciou a necessidade de realizar um corte no orçamento da ordem de quase 70 bilhões³⁸. Se a vedação de retrocesso fosse lida como impeditivo para modificar programas sociais como *minha casa minha vida*, fome zero, financiamento estudantil e obras e investimentos incluídos no PAC³⁹, restaria inviabilizado qualquer corte orçamentário.

Por outro lado, no Estado Democrático de Direito, é certo que a Constituição impõe um rol de prioridades para os governos.

Daí, a visão de que retirar da vedação ao retrocesso a imputação ao Estado do ônus de demonstrar a necessidade, adequação e proporcionalidade das modificações introduzidas nas políticas públicas cria espaço para o efetivo controle jurisdicional da implementação de políticas públicas, mas reconhece a esfera de decisão dos Poderes Legislativo e Executivo

Essa forma de ver a efetivação dos direitos sociais pode ser um bom índice para avaliar não apenas a legitimidade da modificação implementada na política pública, mas também para aferir em que medida deve ser protegida a expectativa do cidadão de que sejam mantidas certas regras em determinada política pública.

Nessa perspectiva, poder-se-ia questionar se a mudança das regras do fundo de financiamento estudantil feriu a legítima expectativa dos jovens estudantes brasileiros que se programaram em 2014 para ingressar nas universidades particulares em 2015 de se verem avaliados sob determinados critérios.

No julgamento da medida cautelar na ADPF nº 341, o Ministro Gilmar Mendes desenvolveu essa linha de argumentação, enfatizando as modificações no programa que foram bruscas e quebraram a confiança dos candidatos que pautaram suas ações em face de determinado regime jurídico:

38 Por todos, veja: *Brasil mergulha na austeridade com ajuste de 70 bilhões de reais*. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/22/politica/1432308993_787049.html>. Acesso em: 23 maio 2015.

39 Programa de Aceleração do Crescimento, instituído pelo Governo Brasileiro em 2007, com o objetivo de promover a retomada do planejamento e execução de grandes obras de infraestrutura social, urbana, logística e energética do país, contribuindo para o seu desenvolvimento acelerado e sustentável.

O Governo traiu a confiança dos candidatos que já estavam na fase final da seleção ao alterar as regras de implementação da política pública no final do ano de 2014 (as Portarias foram publicadas nos dias 26 e 29 de dezembro de 2014) para abarcar os candidatos que já haviam se submetido ao processo de seleção (ENEM).

Ressalte-se que as regras até então vigentes para a adesão ao FIES determinavam que os estudantes que tivessem concluído o Ensino Médio até 2010 e que realizassem o ENEM a partir desse mesmo ano poderiam pedir o financiamento. Assim, os estudantes que se submeteram ao exame entre 2010 e 2014 poderiam requerer sua adesão ao FIES, e a Portaria 21/2014 alterou o regramento em momento posterior à realização das provas, as quais constituem etapa imprescindível para a implementação dessa política pública.

A meu ver, não se cuida de uma mera alteração de regime jurídico, mas da mudança dos regramentos para a participação em política pública cujo processo de implementação estava em curso: as provas aplicadas e os estudantes aguardavam apenas a divulgação do resultado.

Portanto, para o Ministro Gilmar Mendes as regras do FIES deveriam valer para 2015. Além dos alunos que pretendem renovar seus contratos de financiamento, os estudantes que desejavam aderir ao financiamento pela primeira vez em 2015 também deveriam ser beneficiados. Esse entendimento também foi acompanhado pelos Ministros Marco Aurélio e Dias Toffoli. De forma mais abrangente, o Ministro Teori Zavascki entendia que a liminar deveria ser concedida em maior extensão, para assegurar que as novas regras apenas alcançassem os estudantes que se inscreveram no Enem de 2014 (e não os que prestaram exame nos anos anteriores).

Em vista da segurança jurídica e da proteção da confiança do administrado, em situações em que ainda não se tenha conformado propriamente ato jurídico perfeito, pode-se conceber que a vedação à regressividade imponha ao Estado ônus ainda mais pesado de provar a imperiosidade de modificar a política pública.

De todo modo, nos autos da ADPF nº 341, o Supremo acabou seguindo, por maioria, o voto do Min. Roberto Barroso⁴⁰, para quem as novas regras criadas para o programa FIES – exigindo média superior a 450 pontos e nota superior a zero na redação das provas do Exame Nacional do Ensino

40 Acompanhado pelas Ministras Rosa Weber e Cármen Lúcia e pelos Ministros Luiz Fux e Ricardo Lewandowski.

Médio (Enem) – não se aplicariam aos estudantes que já tivessem entrado no programa e buscavam sua renovação. Em síntese, o Tribunal entendeu que o art. 19 da Portaria Normativa MEC nº 10/2010 (com a redação dada pela Portaria Normativa MEC nº 21/2014) não poderia ser aplicado a dois grupos de estudantes: os que postularam a renovação de seus contratos e aqueles que requereram sua inscrição no FIES até 29 de março de 2015.

Para a Corte, os dois grupos antes referidos tinham direito a que seu pedido administrativo fosse apreciado com base nas normas anteriores à Portaria Normativa MEC nº 21/2014 e, portanto, sem a exigência de desempenho mínimo do ENEM. Aos demais estudantes – que requereram sua inscrição após 29 de março de 2015 – caberia a submissão aos ditames da Portaria Normativa MEC nº 21/2014, devendo atender à exigência de desempenho mínimo no ENEM.

Ao mesmo resultado o Tribunal poderia ter chegado se o tema tivesse sido debatido à luz da proibição de retrocesso social, mas outras diretrizes seriam traçadas, vez que não ficaria sem atenção aspecto levantado pelo Governo, relacionado à escassez de recursos materiais num contexto de crise⁴¹. Essa reflexão, no entanto, poderá ser retomada pela Corte quando for realizar o julgamento definitivo do mérito da APDF.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Previsto expressamente em pactos internacionais assinados e ratificados pelo Brasil, a vedação à regressividade social merece ser uma referência normativa para a reflexão a respeito dos direitos sociais, quando menos como um parâmetro de avaliação de modificações em políticas públicas, atribuindo ao Estado o ônus de demonstrar a necessidade de reduzir a abrangência de proteção estabelecida para determinado bem público (saúde, educação, moradia etc.)

Esse tipo de visão permite que o processo decisório, no âmbito da jurisdição constitucional, leve em consideração problemas de ordem financeira, avaliados em situações emergenciais de crise, bem como questões de ordem social e política. Mas faz isso sob a perspectiva do Direito, que não pode ser reduzida a uma análise econômica, política ou social.

Essa perspectiva pode, como visto, contribuir para a análise da arguição de preceito fundamental recém proposta perante o STF (ADPF nº 341), que impugna as alterações introduzidas no programa do FIES.

41 AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

No julgamento definitivo dessa APDF, o Supremo Tribunal Federal terá oportunidade de reafirmar seu entendimento de que a proteção aos direitos fundamentais, em especial os de índole social, pode ser feita no âmbito da jurisdição constitucional, contra a qual não se pode opor de forma simplória o argumento da reserva do economicamente possível.

Indo além disso, a Corte poderá contribuir para a consolidação do Estado Constitucional se preocupar-se menos com a reafirmação da possibilidade de haver controle judicial de políticas públicas e focalizar mais as formas como se pode fazê-lo⁴², assumindo que a efetiva concretização dos direitos sociais demanda uma visão mais rica e abrangente, que crie espaço de articulação com as questões políticas, sociais e econômicas, o que pode ser feito com a mediação do princípio que veda o retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles*. Madrid: Trotta, 2004.

AMARAL, Gustavo. *Direito, escassez & escolha*: em busca de critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da Constituição*. Fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora. 6. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Saraiva, 2004.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 1998.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004.

CARDIM, Paulo A. Gomes. A polêmica em torno do programa de financiamento estudantil – FIES. Disponível em: <<http://www.belasartes.br/>

⁴² QUINTAS, Fábio Lima. O controle judicial das políticas públicas: com que intensidade deve atuar o Poder Judiciário?. In: MENDES, Gilmar Ferreira; MIRANDA, Jorge. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais*: Interface Portugal/Brasil. v. , Brasília: IDP, 2014. p. 100-123.

diretodareitoria/artigos/a-polemica-em-torno-do-programa-de-financiamento-estudantil-fies>. Acesso em: 02 jul. 2015.

CONTINENTINO, Marcelo Casseb. *Proibição do retrocesso social está na pauta do Supremo Tribunal Federal*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-abr-11/observatorio-constitucional-proibicao-retrocesso-social-pauta-stf>>. Acesso em: 04 maio 2015.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). *Canotilho e a Constituição dirigente*. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

DERBLI, Felipe. *O princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. O princípio da proibição de retrocesso social. Breves considerações. *Jus Navigandi*, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/12359>>. Acesso em: 14 jul. 2012.

GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos – direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MENA, Pedro Gomes. O Impacto das Mudanças do FIES na Educação Superior Brasileira. Disponível em: <<http://www.ampesc.org.br/eventos.php?area=1>>. Acesso em: 03 jul. 2015.

MENEZES, Cláudio Armando Couce de; LOPES, Gláucia Gomes Vergara; CALVET, Otávio Amaral; SIVOLELLA, Roberta Ferme. Direitos humanos e fundamentais. Os princípios da Progressividade, da Irreversibilidade e da Não regressividade Social em um Contexto de Crise. *Revista Direito UNIFACS*, n. 119, 2010.

MOURA, Daiana Malheiros de. POLÍTICAS PÚBLICAS EDUCACIONAIS PROUNI E FIES: democratização do acesso ao ensino superior. UNISC, nº 11, 2014. Disponível em: <<http://online.unisc.br/acadnet/anais/index.php/sidsp/article/viewFile/11804/1647>>. Acesso em: 13 jun. 2015.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Brasília: IDP, Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

QUINTAS, Fábio Lima. O controle judicial das políticas públicas: com que intensidade deve atuar o Poder Judiciário?. In: MENDES, Gilmar Ferreira;

MIRANDA, Jorge. (Org.). *Jurisdição Constitucional e Direitos Fundamentais: Interface Portugal/Brasil*. Brasília: IDP, 2014.

Precedentes judiciais referidos:

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4277, Relator Ministro Ayres Britto, DJ de 13.10.2011.

_____. ADPF 132, Relator Ministro Ayres Britto, DJ de 13.10.2011.

_____. RE 477554-AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 26.08.2011.

_____. ADIs nº 3105, Relator Ministro César Peluso, DJ de 18.02.2005.

_____. ADI nº 3128, Relatora Ministra Ellen Grace, DJ de 18.02.2005.

_____. ADI nº 2065, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 04.06.2004.

_____. MS nº 24875, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 06.10.2006.

_____. ADI nº 3104, Relatora Ministra Ellen Grace, DJ de 18.02.2005.

_____. RE nº 598212 ED, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 23.04.2014.

_____. ARE 745745 nº AgR, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 18.12.2014.

_____. ADPF nº 341-MC, Relator Ministro Roberto Barroso, j. 27.05.2015; DJ 10/8/2015.

_____. RE 466.343-SP, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 05.06.2009.

Notas da Imprensa:

Brasil mergulha na austeridade com ajuste de 70 bilhões de reais.

Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2015/05/22/politica/1432308993_787049.html>. Acesso em: 23 maio 2015.

Notícias do G1, datadas de 30.03.2015, informaram que Novas regras do Fies passam a valer a partir desta segunda-feira. Disponível em: <<http://g1.globo.com/educacao/noticia/2015/03/novas-regras-do-fies-passam-valer-partir-desta-segunda-feira.html>>. Acesso em: 02 jul. 2015.

Governo tem 1º déficit fiscal desde 1997 e dívida bruta será recorde.

Disponível em: <<http://www.valor.com.br/brasil/3838888/governo-tem-1>>.

Notícia publicada em 29.12.2014. Acesso em: 02 jul. 2015.

Relatório de Gestão de 2014, elaborado pelo MEC sobre o FIES.

Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/index.php?option=com_content&view=article&id=14949&Itemid=1064>.

Acesso em: 11 ago.2015.