

CLÁUSULAS PÉTREAS E VEDAÇÃO DE RETROCESSO: INSTRUMENTOS DE UM “CONSTITUCIONALISMO DO IMPASSE DELIBERADO”

ENTRENCHMENT CLAUSES AND NON-REGRESSION PRINCIPLE: INSTRUMENTS OF A “DELIBERATE CONSTITUCIONALISM IMPASSE”

Marlon Amaral Hungaro e Rafael Ambrósio Gava¹

RESUMO

Os juristas tendem a nutrir pela constituição um cultismo dogmático e ideológico. Essa sacralização da constituição se manifesta no prestígio de teorias e institutos que, a exemplo das cláusulas pétreas e da vedação do retrocesso social, visam a salvaguardá-la de reformas – as quais costumam ser vistas como sub-reptícias. Esta feição constitucionalista se sustenta em pressupostos teóricos de alta carga retórica, se apresentando como barreira erigida para proteger louváveis avanços históricos, alçados à qualidade de um passado idealizado. Com isso, este “constitucionalismo do impasse deliberado” funciona como mecanismo de assecuração de imobilidade social, de impedimento de debates e de uma vivência verdadeiramente democrática. A proposta deste artigo é criticar a tendência de alguns juristas de enaltecer as cláusulas pétreas e a teoria da vedação do retrocesso (instrumentos da experiência constitucional em comento). Demonstrou-se, com base na teoria de Mangabeira Unger e mediante uma problematização dedutivo-argumentativa, que esses instrumentos são indesejáveis, na medida em que impedem a discussão e a formulação de soluções alternativas e viáveis para os graves problemas contemporâneos, tais quais o déficit previdenciário e as perdas tributárias decorrentes da postergação no pagamento de tributos.

PALAVRAS-CHAVES: Teoria crítica do direito; Cláusulas pétreas; Vedação do retrocesso; Fetichismo institucional; Constitucionalismo do impasse deliberado; Mangabeira Unger.

¹ Mestrandos em Direito Processual pela Universidade Federal do Espírito Santo (UFES).

ABSTRACT

Legal experts tend to nourish dogmatic and ideological cultism for the constitution. This sacralization of the constitution manifests itself in the prestige of theories and institutes that, like the entrenchment clauses and the non-regression principle, aim to prevent reforms – which are seen as underhanded and undemocratic. This constitutional experience is supported on theoretical assumptions of rhetorical high load, presenting a barrier erected to protect laudable historical advances, raised to the quality of an idealized past. Thus, this "deliberate constitutionalism impasse" works a tool to guarantee social immobility, to foreclose discussions and to experience a true democracy. This article aims to criticize the tendency of some legal experts to praise the entrenchment clauses and the non-regression principle (instruments of the constitutional experience in comment). It has been proved, based on the theory of Mangabeira Unger and through a deductive argument, that these instruments are undesirable, as they prevent the discussion and formulation of alternatives and viable solutions to serious contemporary problems, such as the previdenciary debt and the tax losses from delaying the payment of taxes.

KEY-WORDS: Critical legal studies; Entrenchment clauses; Non-regression principle; Institucional fetichism; Deliberate constitucionalism impasse; Mangabeira Unger.

1. INTRODUÇÃO E METODOLOGIA

Os juristas passaram a desenvolver, a partir do início do século XXI, uma nova perspectiva do Direito Constitucional, marcada por um amplo conjunto de transformações, que vem recebendo o nome de “pós-positivismo constitucional” ou “neoconstitucionalismo” (BARROSO, 2006). Tal movimento se assenta, no plano histórico, no surgimento das constituições europeias “redemocratizantes” do segundo pós-guerra e na criação de Cortes constitucionais. No plano filosófico, se sustenta no paradigma pós-positivista, na reabilitação da razão prática e da argumentação, em aprimoramentos hermenêuticos e no desenvolvimento de uma teoria dos direitos fundamentais. No plano teórico, se baseia no reconhecimento da força normativo-jurídica das constituições (HESSE, 1991), sem prejuízo do reconhecimento

de sua feição política (BONAVIDES, 2006, pp. 93-140 e 170-195), enquanto normas fundamentais sobre as quais se estruturam os ordenamentos jurídicos (KELSEN, 1999). Ainda no plano teórico, funda-se também no reconhecimento da força normativo-jurídica dos princípios e na expansão da jurisdição constitucional (KELSEN, 2013).²

Com o neoconstitucionalismo, a constituição e o Direito Constitucional passaram a ocupar posição de preminência nos planos prático e teórico, passando a ser alvos de certo cultismo dogmático e ideológico por parte dos juristas. Essa “sacralização” da constituição se manifesta por meio do prestígio de uma série de teorizações e institutos jurídicos destinados a salvaguardá-la (bem como aos direitos e interesses por ela preconizados) de tentativas de alterações textuais³ (frequentemente encaradas com preconceito e pechadas de profanas ou sub-reptícias), a exemplo do enaltecimento das cláusulas pétreas (BARROSO, 2011, pp. 162-210) e da vedação do retrocesso social (CANOTILHO, 2003, pp. 239-240; DERBLI, 2007).⁴

Esse “fetichismo institucional”,⁵ acarreta o que Roberto Mangabeira Unger chama de “Constitucionalismo do impasse deliberado” (2004, p. 17). Esta criticável feição constitucionalista se sustenta em pressupostos teóricos de alta carga retórica, se apresentando como barreira erigida para proteger “louváveis avanços históricos”. Na medida em que alça tais “avanços” à qualidade de um passado idealizado,⁶ enxerga a imaginação institucional como perturbadora e contrária à democracia. Com isso, funciona, de fato, como mecanismo de assecuração de imobilidade social, de impedimento de debates e, assim, de empecilho à imaginação de novas alternativas, ao engajamento e deliberação sociopolítica da sociedade organizada e a uma vivência verdadeiramente democrática (GODOY, 2009, p. 6).

² Na prática forense, destaca-se o *leading case* *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (Cranch 1) 137 (1803), julgado pela US Supreme Court.

³ Em que pese a importância da temática das mutações constitucionais (verdadeiras alterações das normas constitucionais sem reforma do texto da constituição), ela não será abordada neste artigo, tendo em vista a complexidade do tema – que por si só renderia artigo autônomo. Trata-se de um corte epistemológico, de uma necessária delimitação temática.

⁴ Vale mencionar, no plano jurisprudencial, cumpre destacar precedentes do STF (ADI 4543-MC/DF, STA 223-AgR/PE, ADI 3105/DF e ADI 2.065/DF) e do Tribunal Constitucional português (Ac TC 39/84).

⁵ Trata-se de uma superstição que entremeia diversos setores da cultura contemporânea e que dificulta o “pensar-de-novo” os velhos e novos problemas sociais, na busca de melhores soluções e alternativas. É a “[...] crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária.” (UNGER, 2004, p. 17).

⁶ Em todos os campos do saber nos quais já se observou um grande avanço (a exemplo do Direito Constitucional), os estudiosos que herdaram tais conquistas, de um lado, dela se beneficiam e se aproveitam, de outro, ficam com a sensação desalentadora de que não lhes resta fazer muito mais para contribuir com o avanço do campo do conhecimento em que atuam. Em função disso, os herdeiros do conhecimento se veem em um dilema: ou passam a administrar e a cultivar o acervo intelectual herdado, limitando-se a interpretá-los e a analisá-los; ou passam a cultivá-lo, a esmerá-lo do ponto de vista técnico e a, sem partir de algo efetivamente novo, aprofundar debates em torno do que já existe, especializando e restringindo cada vez mais o espectro de discussões, dando ensejo ao surgimento de várias disciplinas que se focam sobre diversos aspectos do mesmo todo. Isso, entretanto, denota falta de vigor intelectual ou coragem (UNGER, 1976, pp. 11-12).

A proposta deste artigo é problematizar, à luz das críticas em comento, a tendência pujante dos constitucionalistas de enaltecer (com feição dogmatizante) as cláusulas pétreas e a teoria da vedação do retrocesso, na medida em que funcionam verdadeiros instrumentos do indesejado “constitucionalismo do impasse deliberado”. Vê-se, portanto, que a análise crítica se volta às cláusulas pétreas e à vedação do retrocesso em si, não aos direitos e garantias eventualmente protegidos por elas. Apesar de tênue, a linha divisória existe.

A fim de concretizar os objetivos visados, utilizou-se, em um primeiro momento, a técnica de pesquisa de natureza bibliográfica, tendo sido consultados livros, artigos científicos, notícias, decisões judiciais e enunciados normativos pertinentes. Em um segundo momento, fez-se um estudo analítico dos materiais recolhidos à luz da realidade brasileira. Na fase final, consistente na redação textual, lançou-se mão de técnicas de problematização e do método dedutivo-argumentativo.

2. CLÁUSULAS PÉTREAS, VEDAÇÃO DO RETROCESSO E “CONSTITUCIONALISMO DO IMPASSE”

Ingo Sarlet pondera que “[...] por detrás da previsão desses limites materiais [*de reforma constitucional*] se encontra a tensão dialética e dinâmica que caracteriza a relação entre necessidade de preservação da Constituição e os reclamos no sentido de sua alteração” (2012, p. 133). Daí exsurtem todas as discussões doutrinárias e jurisprudenciais a respeito dessa temática. Forma-se, inevitavelmente, a dita tensão dialética da relação entre necessidade de preservação da Constituição e os reclamos sociais.

Como superar esse embate? Pode uma geração vincular e limitar as decisões políticas de outra? Uma solução democrática e pró-imaginativa deve trilhar o mesmo caminho da Constituição Jacobina de 1793, cujo artigo 28 apresentava a seguinte redação: “um povo sempre tem o direito de revisar, reformar e mudar sua Constituição. Uma geração não pode submeter as gerações futuras às suas leis” (tradução nossa).⁷

⁷ Original: “Un peuple a toujours le droit de revoir, de réformer et de changer sa Constitution. Une génération ne peut assujettir à ses lois les générations futures.” Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

Como já adiantado, entretanto, a maioria dos constitucionalistas contemporâneos sustenta, como modelo ideal de constituição, aquela que se apresenta formalmente e com rigidez textual assegurada por meio de expedientes que impedem ou ao menos dificultam a sua reforma. Reflexo deste modo de pensar atualmente prevalente entre os juristas, boa parte das constituições contemporâneas são formais e apresentam traços rígidos (MIRANDA, 2007, pp. 174-223). No caso brasileiro, por exemplo, a CRFB/88 impõe diversas limitações ao poder de reforma pelo constituinte derivado. Algumas são limitações formais, que dizem respeito ao procedimento estabelecido pelo artigo 60, I-III, e §§ 2º, 3º e 5º; outras são as limitações circunstanciais, que implicam a proibição de reforma em determinados momentos, como intervenção federal, estado de defesa ou estado de sítio (artigo 60, §1º); por fim, há limitações materiais (implícitas e explícitas) ao poder de reforma⁸ – sobre as quais se volta esta análise.

Segundo a doutrina majoritária, essas limitações materiais, também conhecidas como cláusulas pétreas ou de inamovibilidade, constituem o “núcleo rígido da constituição”, impassível de modificação pelo constituinte derivado.⁹

Pedro de Vega *apud* Calcini (2009, p. 69) expõe que é no constitucionalismo do século XX, sobretudo a partir do segundo pós-guerra, que se torna generalizada a prática de se estabelecer limites materiais ao poder reformador. Vê-se, portanto, presente a preocupação do constituinte originário em, mediante o estabelecimento de cláusulas pétreas, manter intocadas e fora de debate algumas “conquistas constitucionais” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2010, pp. 292-293; BARROSO, 2011, p. 182).

Com efeito, boa parte dos juristas costuma aduzir que os limites materiais de reforma se justificam pela necessidade de salvaguardar as deliberações fundamentais do constituinte originário,¹⁰ evitando que alterações substanciais acarretem a perda da identidade da ordem

⁸ É de se elogiar o fato da CRFB/88 não prever limitações temporais (assim entendidas aquelas segundo as quais o texto só pode ser alterado após o decurso de determinado lapso temporal, a contar de sua promulgação). Verdade seja dita, tais limitações não são comumente encontradas na história constitucional brasileira (SILVA, 2010, p. 66).

⁹ Na história do Direito Constitucional moderno a primeira constituição que estabeleceu limites ao poder reformador foi a norte-americana, que em seu artigo V dispõe que nenhum Estado poderá ser privado, sem o seu consentimento, do direito de voto no Senado em igualdade com os outros estados, e que os Estados Unidos garante a todos os Estados da União a forma republicana de governo (artigo IV, nº 3). Cronologicamente, a segunda a adotar tal instituto foi a Noruega, ao dizer que “as modificações constitucionais não poderão ser contrárias aos princípios da Constituição, nem mesmo poderão senão modificar disposições particulares que não alterem o espírito da Constituição” – artigo 21 do título V (MIRANDA, 2007, pp. 209-210).

¹⁰ Segundo a doutrina corrente, quando estas proibições de emendas referentes a determinados objetos ou conteúdos são explícitas, elas recebem o nome de “cláusulas pétreas expressas”, as quais se fizeram presentes em praticamente todas as constituições brasileiras já editadas (BASTOS, 2002, p. 178).

constitucional.¹¹

Além das vedações materiais de reforma da constituição (erigidas sob forma de cláusulas pétreas) vem ganhando força, em nível nacional e internacional, linha doutrinária segundo a qual o poder constituinte reformador (bem assim o legislador infraconstitucional) também estaria limitado pela máxima da “vedação de retrocesso social”. Segundo essa teoria – que é sustentada por Canotilho (2003, pp. 239-240), Valdir de Oliveira Ferreira Júnior (2012, pp. 94-176), Felipe Derbli (2007) e já chegou a ser adotada pelo STF¹² e pelo Tribunal Constitucional português¹³ –, uma vez positivados (na constituição) e concretizados (por meio de leis e políticas públicas) determinados direitos sociais, não seria possível, sob pena de inconstitucionalidade, reverter as conquistas obtidas, sem ao menos criar alternativas compensatórias.

As digressões feitas até aqui evidenciam que, ao enaltecer com certo dogmatismo e fetichismo as cláusulas pétreas e a teoria da vedação do retrocesso, o constitucionalismo contemporâneo se afasta cada vez mais dos ideais democráticos, pró-imaginativos e pró-libertários (embraceados na Constituição Jacobina de 1793). O interessante é notar que essa tendência ao “constitucionalismo do impasse deliberado” costuma ser aplaudida de pé por grande parte dos juristas que, paradoxalmente, se dizem ferrenhos defensores da liberdade, da democracia participativa e da autodeterminação dos povos.

Pode-se dizer que o caminho que vem sendo trilhado (ainda que com as melhores das intenções) pelo constitucionalismo contemporâneo apequena valores cuja importância ninguém põe em dúvida. Nessa medida, são bem-vindas as reflexões críticas feitas por Mangabeira e por linha minoritária de juristas a respeito do contemporâneo enaltecimento das cláusulas pétreas e da teoria da vedação do retrocesso.

A realidade tem demonstrado a inviabilidade de se tentar enfrentar e solucionar boa parte dos problemas sociais contemporâneos lançando mão de certas ferramentas, instituições e artifícios jurídicos e políticos cunhados e desenvolvidos ainda nos séculos XVIII, XIX e XX. E isso não causa surpresa, tendo em vista que muitas das questões que se colocam na atualidade são de configuração recente e complexa – pense-se, por exemplo, no envelhecimento da população e no déficit previdenciário, bem como no modo como o procedimento de contratação e a atuação de lobistas têm gerado descompasso entre a vontade

¹¹ Apesar de algumas vedações de alteração material não estarem expressamente consignadas no texto constitucional, decorrem logicamente da necessidade de se preservar o espírito da constituição – casos em que são chamadas de “cláusulas pétreas implícitas” (SARLET, 2012, p. 133).

¹² ADI 4543-MC/DF, STA 223-AgR/PE, ADI 3105/DF e ADI 2.065/DF.

¹³ O Leasing case português foi o Ac TC 39/84.

popular e a atuação de seus representantes (JEVEAUX, 2012, p. 31).

O enfrentamento adequado desses novos problemas de configuração sociopolítica demanda uma experiência democrática participativa e experimental; exige o abandono das amarras impostas por credências pseudocientíficas e por sacralizações dogmáticas de estruturas estatais, em prol da discussão e da imaginação institucional de novas ferramentas jurídico-políticas. Para tanto, primeiramente, deve se dar conta de que o potencial democratizante e transformador do direito não tem sido completamente aproveitado, permanecendo preso a constrangimentos impostos por estruturas e superstições institucionais (UNGER, 2004, pp. 9-10) – dentre eles as cláusulas pétreas e a vedação do retrocesso.

Por trás das teorizações e mecanismos jurídicos fiadores da rigidez constitucional em comento, há, em certa medida, “[...] crença de que concepções institucionais abstratas, como a democracia política, a economia de mercado e *[a configuração estatal, além de]* uma sociedade civil livre, têm uma expressão institucional única, natural e necessária [...]” (UNGER, 2004, p. 17), e que ela corresponde ao modelo juridicamente positivado no texto constitucional adotado e vigente. Essa crença decorre, em boa parte, de uma “análise jurídica racionalizadora” que se presta a outorgar às opções juridicamente positivadas melhor aparência em relação a quaisquer outras (passadas, presentes ou vindouras) não eleitas pelo direito (UNGER, 2004, 78).

O fetichismo institucional (tão presente no constitucionalismo contemporâneo) é um dos maiores empecilhos ao experimentalismo democrático. Nas palavras de Mangabeira,

O fetichismo institucional adquire hoje uma respeitabilidade pseudocientífica mediante uma idéia em grande medida implícita, mas persuasivamente influente: a noção da convergência para um conjunto único de melhores práticas disponíveis no mundo todo. De acordo com essa idéia, a evolução institucional do mundo moderno é mais bem entendida como uma aproximação, por tentativa e erro, às únicas instituições políticas e econômicas que se provaram capazes de conciliar prosperidade econômica e um cuidado satisfatório com liberdade política e segurança social. Variações nas estruturas institucionais de sociedades contemporâneas bem-sucedidas são reais, porém secundárias; se alguma conclusão é possível, é que elas tendem a se tornar mais limitadas à medida que as lições implacáveis da experiência deixam cada vez menos espaço para a imaginação reconstrutiva. (2004, pp. 18-19)

As cláusulas pétreas e a vedação do retrocesso se sustentam no pressuposto, não necessariamente verdadeiro, de que as decisões tomadas outrora são necessariamente melhores e mais racionais do que outras eventualmente vindouras. Partem, outrossim, da premissa de que todos os problemas sociais porvindouros poderão ser satisfatoriamente resolvidos a partir dos artifícios jurídicos constitucionalmente consagrados – algo que não é factível.

As colocações feitas nos parágrafos anteriores servem para explicar o motivo pelo qual tantos juristas tendem ao conservadorismo, enaltecendo as cláusulas pétreas e a máxima da vedação do retrocesso social, e vendo com desconfiança tentativas de reforma constitucional. Afinal, para quem tem a convicção de que existe uma única, natural, boa e necessária expressão institucional da sociedade e do Estado (a qual, segundo faz crer um discurso jurídico “racionalizador”, corresponde àquela insculpida na ordem constitucional vigente, que optou pela melhor das alternativas), tudo deve permanecer como está.

O direito constitucional contemporâneo é um dos campos em que se manifesta a maior submissão às heranças conceituais monolíticas cunhadas nos séculos passados, bem como a crença míope de que tais formulações correspondem necessariamente ao que há de melhor em termos de configurações social, política, jurídica e econômica (GODOY, 2012, p. 157). É justamente essa experiência constitucional contemporânea que Mangabeira chama de “constitucionalismo do impasse deliberado” – o qual, apoiando-se em expedientes como as cláusulas pétreas e em teses de alta carga retórica (a exemplo da de vedação de retrocesso), funciona como um instrumento pseudocientífico de proteção de um passado idealizado, dificultando a vivência de uma democracia participativa, tolhendo a imaginação institucional e dando ensejo a imobilismo social (GODOY, 2009, p. 6).

Note-se que o enaltecimento de cláusulas pétreas e da vedação do retrocesso social que temos vivenciado acaba por inviabilizar até mesmo debates de extremo relevo, na medida em que torna determinados assuntos como premissas inquestionáveis e inatacáveis. Como consequência, a sociedade fica privada de uma gama de alternativas para enfrentamento e solução de mazelas que não são satisfatoriamente resolvidas pelas vias existentes.

A euforia constitucional vivenciada no Brasil desde a promulgação da CRFB/88 é, segundo, Arnaldo Sampaio de Moraes Godoy, um perfeito exemplo do “constitucionalismo do impasse” (tributário do fetichismo institucional) que tanto preocupa (e é tão criticado) por Mangabeira:

Canonizou-se o texto constitucional de 1988. Deu-se-lhe o epíteto de a constituição cidadã. Às emendas constitucionais, necessárias para o funcionamento das instituições, num mundo que se transforma, outorgou-se a perfídia e o assalto à democracia. De uma certa forma, pretende-se o tombamento do texto constitucional, condenando-se as gerações presentes e futuras aos erros, acertos e idiosincrasias que marcaram a experiência constituinte que seguiu à queda da ordem militar. Não se pode questionar a originalidade e a origem do texto constitucional presente. Historicismo ingênuo nos faz prisioneiros de um tempo passado. (2009, p. 7)

Propõe-se uma retomada das questões de direitos pré-estabelecidos, petrificados, como se a sociedade fosse estanque e as tomadas de decisões anteriores suficientes para

salvaguardar os direitos e garantias do cidadão e da sociedade. A sociedade não é serva do Estado, nem de seus tecnocratas. É desinteressante achar uma espécie de harmonia preestabelecida entre amarras institucionais e móveis morais (UNGER, 1986, p. 19).

Diante de tais colocações, é salutar encontrar juristas que apresentam argumentos contrários às cláusulas pétreas. Vejam-se, por exemplo, as colocações de Jorge Reinaldo Vanossi *apud* Celso Ribeiro Bastos:

[...] a) a função essencial do poder reformador é a de evitar o surgimento de um poder constituinte revolucionário e, paradoxalmente, as cláusulas pétreas fazem desaparecer essa função; b) elas não conseguem se manter além dos tempos normais e fracassam nos tempos de crise, sendo incapazes de superar as eventualidades críticas; c) trata-se de um "renascimento" do direito natural perante o positivismo jurídico; d) antes de ser um problema jurídico, é uma questão de crença, a qual não deve servir de fundamento para obstaculizar os reformadores constituintes futuros. Cada geração deve ser artífice de seu próprio destino [...] (2002, p. 178)

Quiroga Lavie *apud* Calcini, por sua vez, afirma que

Falar de cláusulas e de conteúdo pétreos é uma contradição em seus próprios termos: por que se é verdade que ditos conteúdos provêm do espírito intangível da história, eles não podem ser pétreos. Pétreo é uma parte da natureza mas não da história, pois ela é o desenvolvimento da liberdade, centro do horizonte de valores estabelecidos. (tradução livre)¹⁴

Paulo Napoleão Nogueira da Silva, igualmente afirma ser inaceitável que uma geração determine e condicione as opções políticas das gerações futuras. Para ele, as cláusulas pétreas tolhem o desenvolvimento da cultura político-jurídica de um povo. Em suas palavras:

[...] na medida em que cláusulas pétreas engessam na imutabilidade o pensamento político das gerações que se lhes seguem, e considerando que num dado momento tais gerações poderão não mais se conformar com os valores expressos em cláusula pétreo ditada por gerações anteriores, isso conduz à ruptura constitucional: tais cláusulas só poderão ser extintas, modificadas ou substituídas através de uma nova Constituição. Logo, conceitualmente, se propõem à ruptura, as cláusulas pétreas significam um obstáculo natural e conceitual à perenidade constitucional. (1999, p. 14)

As considerações feitas neste tópico demonstram que, a despeito de a maioria dos constitucionalistas defenderem o enaltecimento de cláusulas pétreas e da máxima de vedação do retrocesso, não pode ser considerado inexpressivo o número de juristas que segue linha oposta – e, justamente por isso, mais condizente com a linha defendida por Mangabeira, que se sustenta neste artigo.

¹⁴ Original: “Hablar de cláusulas y de contenido pétreos es una contradicción en sus propios términos: porque si es verdad que dichos contenidos provienen del espíritu intangible de la historia, ellos no pueden ser pétreos. Pétreo es una parte de la naturaleza pero no la historia, pues ella es el desenvolvimiento de la libertad, centro del horizonte de valores establecidos.” (CALCINI, 2009, p. 78).

3. EXEMPLOS DE INCONVENIENTES GERADOS PELO “CONSTITUCIONALISMO DO IMPASSE”

A fim de demonstrar, de modo mais palpável, os inconvenientes que o enaltecimento das cláusulas pétreas e a teoria da vedação do retrocesso pode trazer, serão rapidamente abordados dois problemas brasileiros contemporâneos de configuração política e socioeconômica que estão (direta ou indiretamente) relacionados com direitos e garantias assegurados pela CRFB/88, a saber: o déficit previdenciário e a contumaz e intencional postergação no pagamento de tributos por parte de grandes contribuintes.

A queda da taxa nacional de natalidade, o aumento na expectativa de vida média e o envelhecimento da população brasileira registrados nos últimos anos têm sido apontados como três dos fatores que têm contribuído para o déficit previdenciário – o qual tende a aumentar nos próximos anos.¹⁵

O déficit previdenciário é um dos problemas brasileiros contemporâneos cujos mecanismos e institutos políticos e jurídicos atualmente existentes não dão conta de resolver, tornando imperiosa uma reforma previdenciária tendente a reequilibrar o orçamento previdenciário e evitar o colapso do sistema.

Ocorre que, não raras vezes, propostas de reforma previdenciária dessa sorte passam pela redução do número de benefícios ou o aumento do número de requisitos a serem preenchidos para fins de sua obtenção, mediante a alteração de decretos, leis e, por vezes, dispositivos constitucionais que versam sobre direitos e garantias sociais. Pense-se, a título meramente exemplificativo, nas Emendas Constitucionais 20/98, 41/03 e 47/05, bem como na Lei 9.876/99 (que instituiu o “fator previdenciário”).

Atente-se para o seguinte: todas as propostas de reforma previdenciária passam, em certa medida, pelo aumento ou diminuição de direitos sociais assegurados, direta ou indiretamente, por enunciados constitucionais, legais e infralegais. Precisamente por isso, é

¹⁵ Conferir notícia publicada no *site* do Ministério da Previdência Social, no dia 29/01/2014, disponível em: <<http://www.previdencia.gov.br/noticias/regime-geral-de-previdencia-social-tem-deficit-de-513-bilhoes-em-2013/>>. Acesso em: 2 jul. 2014. Vide, ainda, notícia publicada na Folha de São Paulo, em 02/06/2013, disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/06/1288180-deficit-da-previdencia-vai-crescer-mais-de-20-vezes-ate-2050-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

comum que reformas previdenciárias que acarretem o arroxio de benefícios ou o agravamento dos requisitos para a percepção deles sejam taxadas, pelos adeptos do “constitucionalismo do impasse deliberado”, de inconstitucionais levando tais discussões ao judiciário pétreas (e.g. ADI 2.111-MC e ARE-AgR 648.195, ambos do STF).¹⁶

Não é objetivo deste trabalho analisar as reformas previdenciárias já empreendidas no Brasil desde a edição da CRFB/88 quanto à constitucionalidade, ao alcance das finalidades pretendidas ou qualidade delas (do ponto de vista de opção política), já que cada uma dessas considerações renderia um artigo autônomo. O que interessa, aqui, é apenas ponderar que, mediante o enaltecimento das cláusulas pétreas e da vedação do retrocesso, tolhe-se na origem a própria possibilidade de a sociedade discutir e propor em termos amplos uma série de novas alternativas potencialmente viáveis para enfrentamento do problema do déficit previdenciário. E isso é contraproducente, na medida em que barra a pró-imaginação institucional e amesquinha a autodeterminação do povo e o experimentalismo democrático.

Outra questão brasileira contemporânea recorrente que pode ser analisada à luz das críticas aqui tecidas é a da perda de arrecadação tributária em função da contumaz e intencional postergação no pagamento de tributos por parte de grandes contribuintes.

É sabido que, atualmente, a CRFB/88, as leis e os decretos que regem os processos administrativos fiscais asseguram aos contribuintes (ou quem lhes façam as vezes)¹⁷ o direito de impugnar, via processo administrativo (informado pelo contraditório e pela ampla defesa), autuações tributárias que lhes sejam desfavoráveis (NERY JUNIOR, 2009, pp. 76-95 e 203-258; MEDAUAR, 1993). Somente após o término do aludido processo administrativo (e desde que mantida a autuação) pode o sujeito passivo da autuação ser inscrito em dívida ativa e instado a pagar, sob pena de ser instado judicialmente, mediante execução fiscal, a adimplir os valores devidos (CARVALHO, 2009, pp. 502-598 e 837-962)

Em função da inafastabilidade jurisdicional prevista no inciso XXXV do artigo 5º da CRFB/88, mesmo que o sujeito passivo da autuação já tenha, em sede administrativa, impugnado o ato administrativo-fiscal que lhe atribuiu o dever de pagar numerários aos cofres públicos, poderá, caso reste vencido no âmbito administrativo, colocar a questão sob o crivo do Judiciário – por meio de mandado de segurança, ação anulatória, embargos à execução ou exceção de pré-executividade, conforme o caso (PAULSEN; ÁVILA; SLIWKA, 2012).

Além disso, vale lembrar que, ao longo da tramitação (geralmente demorada) de

¹⁶ Nos casos em comento, apesar de o STF não rechaçar a teoria da vedação do retrocesso, concluiu que a lei instituidora do “fator previdenciário” não configurou retrocesso social, rejeitando a tese da inconstitucionalidade.

¹⁷ Pense-se nos substitutos e responsáveis tributários (artigos 124, 125 e 128-138 do CTN).

processo administrativo e do processo judicial, preenchidos certos requisitos,¹⁸ é assegurado ao sujeito passivo da autuação a sua não inclusão em Cadastros de Inadimplentes, a emissão de Certidões Negativas de Débitos (ou de Certidões Positivas com efeitos de Negativas de Débitos), a possibilidade de participar de licitações, de contratar com o Estado e dele obter empréstimos e subvenções – tudo com base na lógica de que a dívida está sendo alvo de impugnação.

Em nosso sistema jurídico, não raras vezes, é economicamente vantajoso para contribuintes que, a exemplo de grandes sociedades empresárias, já mantenham gastos regulares com assessoramento contábil e jurídico, deixar de adimplir certos encargos tributários, por mais que se entenda que eles sejam realmente devidos. Nesses casos, costuma ser feito o depósito do numerário em conta judicial¹⁹ (para evitar a incidência de determinados encargos moratórios e de atualização monetária), aliada à impugnação administrativa e, após, judicial (com todos os recursos a ambas inerentes).

Por meio de tal estratégia, evita-se o dispêndio imediato (e de modo definitivo) da quantia cobrada, bem como (preenchidos os requisitos legais) as sanções decorrentes do inadimplemento, as quais ficam pendentes de aplicação ao longo da usualmente demorada tramitação dos processos administrativo e judicial. Além disso, há a possibilidade de se obter a exclusão, a diminuição ou parcelamento fiscal do débito.

Diante de tais colocações, não causa surpresa que um considerável número de grandes contribuintes deixe de recolher encargos tributários com frequência e façam parte de tantos expedientes administrativos e judiciais em curso, acarretando não apenas perdas arrecadatórias, mas também na arrecadação, mas também despesas extras com a manutenção e a movimentação de aparatos estatais destinados à satisfação de créditos inadimplidos.

Não se quer, com essas digressões, insinuar que todos os grandes contribuintes façam isso, nem incentivar tal prática. Busca-se apenas demonstrar que as configurações sociopolítica, econômica e jurídica atualmente vigentes no país acabam, de certo modo, premiando a inadimplência tributária e incentivando a litigância administrativa e judicial.

Apenas para fins de problematização pró-imaginativa, pode-se dizer que, visando à solução dessa mazela, não seria absurdo, propor uma reformulação do modelo atual para que a opção pela via de impugnação administrativa impedisse o acesso à via de impugnação judicial, e vice-versa, deixando-se ao contribuinte a livre escolha por uma delas, mas nunca

¹⁸ Cite-se, por exemplo, aqueles elencados no artigo 151 do CTN.

¹⁹ Ou a contratação de seguro bancário ou, ainda, a de carta de fiança bancária.

ambas.²⁰ Os “constitucionalistas do impasse deliberado”, entretanto, se adiantariam que tal reforma seria subversiva e inconstitucional, por configurar retrocesso social e por violar as cláusulas pétreas do devido processo legal, do contraditório, da ampla defesa e da inafastabilidade jurisdicional. E, prevalecendo tal constitucionalismo, estariam vedadas até mesmo os debates (a não ser, talvez, aqueles que fossem desprovidos de qualquer utilidade) a respeito de uma série de soluções e alternativas que poderiam, quiçá, ser ótimas para o enfrentamento do problema da sonegação fiscal, da litigância exacerbada e de custos administrativos.

As colocações feitas, permitem vislumbrar os inconvenientes, os imobilismos e as amarras indesejadas que o enaltecimento das cláusulas pétreas e da teoria da vedação do retrocesso social podem causar. Exatamente por isso, merecem aplausos as críticas que são levantadas contra a exaltação de tais institutos e teorizações.

4. CONCLUSÃO

Ante o que foi exposto, conclui-se que, ao exaltar com certo dogmatismo e fetichismo as cláusulas pétreas e a teoria da vedação do retrocesso, o constitucionalismo contemporâneo se afasta cada vez mais dos ideais democráticos, pró-imaginativos e pró-libertários – os quais, entretanto e paradoxalmente, são defendidos pelos constitucionalistas.

Com efeito, apoiando-se em expedientes como as cláusulas pétreas e em teses de alta carga retórica (como as de vedação de retrocesso), a experiência constitucional contemporânea (que Mangabeira chama de “constitucionalismo do impasse deliberado”) funciona como instrumento pseudocientífico de proteção de um passado idealizado, dificultando a vivência de uma democracia participativa, tolhendo a imaginação institucional e dando ensejo a imobilismo social. Afinal, inviabiliza até mesmo debates de extremo relevo, na medida em que torna determinados assuntos como premissas inquestionáveis e inatacáveis.

²⁰ Vê-se, portanto, que seria possível, em tese, ir além da tímida restrição presente no parágrafo único do artigo 38 da Lei 6.830/80. Tal dispositivo não impede que o contribuinte se valha primeiro da impugnação administrativa para, em seguida, ingressar com uma ação judicial. Impede, apenas, a tramitação concomitante de impugnação administrativa e judicial.

Como consequência, a sociedade fica privada de uma gama de alternativas para enfrentamento de mazelas que não são satisfatoriamente resolvidas pelas vias existentes.

São bem-vindas as reflexões críticas feitas por Mangabeira e por linha minoritária (mas longe de ser considerada inexpressiva) de juristas a respeito do contemporâneo enaltecimento das cláusulas pétreas e da teoria da vedação do retrocesso, visto que tais ponderações podem contribuir para a elaboração de uma experiência constitucional que seja efetivamente democrática e capaz de viabilizar a formulação de alternativas institucionais inovadoras e aptas a solucionar boa parte dos problemas sociais contemporâneos.

5. REFERÊNCIAS

BARROSO, L. R. **Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

_____. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, 2005.

BASTOS, C. R. **Curso de direito constitucional**. 22. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2002.

BONAVIDES, P. **Curso de direito constitucional**. 19. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2006.

CALCINI, F. P. **Limites ao poder de reforma da constituição**. São Paulo: Millennium Editora, 2009.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, P. B. **Direito tributário, linguagem e método**. 3. ed. São Paulo: Noeses, 2009.

DERBLI, F. **O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERREIRA JUNIOR, V. O. O Estado Constitucional Solidarista: Estratégias para sua Efetivação. In: MARTINS, I. G. S (Org.); MENDES, G. F. (Org.); NASCIMENTO, C. V. (Org.). **Tratado de direito constitucional**: v. 1. 2. ed. São Paulo : Saraiva, 2012. pp. 94-176.

FRANÇA. **Constitution du 24 juin 1793**. Disponível em: <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/les-constitutions-de-la-france/constitution-du-24-juin-1793.5084.html>>. Acesso em: 01 jul. 2014.

GODOY, A. S. M. O direito e o problema do fetichismo institucional no pensamento de Roberto Mangabeira Unger. **Revista do mestrado em direito UCB**, Brasília, v. 3, n. 1, pp. 1-34, 2009.

_____. Fragmentos de uma teoria constitucional em Mangabeira Unger. **Revista do Direito UNISC**, Santa Cruz do Sul, n. 37, pp. 148-160, Jan./Jun. 2012.

HESSE, K. **A força normativa da constituição**. Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1991.

JEVEAUX, G. C. **Uma teoria da justiça para o acesso à justiça**. In: JEVEAUX, G. C. (Org.). Uma teoria da justiça para o acesso à justiça. Rio de Janeiro: GZ, 2012, pp. 1-110.

KELSEN, H. **Jurisdição constitucional**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

_____. **Teoria pura do direito**. 6. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

MEDAUAR, O. **A processualidade no direito administrativo**. São Paulo: RT, 1993.

MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. **Curso de direito constitucional**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010.

MIRANDA, J. **Manual de direito constitucional**: tomo II. 6 ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, 2007.

MUZZOLON, P. Déficit da previdência vai crescer mais de 20 vezes até 2050, diz estudo. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 1 jun. 2013. Seção Mercado. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2013/06/1288180-deficit-da-previdencia-vai-crescer-mais-de-20-vezes-ate-2050-diz-estudo.shtml>>. Acesso em: 2 jul. 2014.

NERY JUNIOR, N. **Princípios do processo na constituição federal**: processo civil, penal e administrativo. 9. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: RT, 2009.

PAULSEN, L.; ÁVILA, R. B.; SLIWKA, I. S. **Direito processual tributário: processo administrativo fiscal e execução fiscal à luz da doutrina e da jurisprudência**. 7. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

RGPS: Regime Geral de Previdência Social tem déficit de 51,3 bilhões em 2013. **Ministério da Previdência Social**, Brasília, 29 jan. 2014. Disponível em:

<<http://www.previdencia.gov.br/noticias/regime-geral-de-previdencia-social-tem-deficit-de-513-bilhoes-em-2013/>>. Acesso em: 02 jul. 2014.

SARLET, I. W. (Org.); MITIDIERO, D. F. (Org.); MARINONI, L. G. (Org.). **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: RT, 2012.

SILVA, J. A. **Curso de direito constitucional positivo**. 33. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVA, P. N. N. **Cláusulas Pétreas, soberania popular e cultura**. Revista de Jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça. São Paulo: Lex, vol. 11, n. 123, pp. 09-16, nov. 1999.

UNGER, R. M. **O Dilema da Teoria Social**. 1976. Disponível em:

<<http://www.law.harvard.edu/faculty/unger/portuguese/pdfs/direi2.pdf>>. Acesso em: 01 julho 2014.

_____. **O Direito e o Futuro da Democracia**. São Paulo: Boitempo, 2004.

_____. **The Critical Legal Studies Movement**. Cambridge: Harvard University Press, 1986.