



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

**PROCESSO N.º 70079394458 – TRIBUNAL PLENO**

CLASSE: AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE

PROPONENTE: UNIÃO GAÚCHA EM DEFESA DA  
PREVIDÊNCIA SOCIAL E PÚBLICA

REQUERIDOS: ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E  
ASSEMBLEIA LEGISLATIVA DO ESTADO DO RIO GRANDE  
DO SUL

INTERESSADO: PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

**RELATOR: DESEMBARGADOR GLÊNIO JOSÉ  
WASSERSTEIN HEKMAN**

---

**PARECER**

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. Estado do Rio Grande do Sul. Impugnação do § 3º do artigo 5º da Lei Complementar Estadual n.º 15.144, de 05 de abril de 2018, do Rio Grande do Sul. 1.1. Matéria já decidida, há poucos dias, pelo Órgão Especial desse Tribunal de Justiça, que julgou improcedente ação direta de inconstitucionalidade movida contra a integralidade da lei em que está inserto o dispositivo ora especificamente impugnado. Na oportunidade, por via de consequência, foi considerada constitucional toda a norma, dado o caráter dúplice do provimento jurisdicional em controle abstrato de constitucionalidade. 1.2. Regulamentação*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*da escolha do Presidente do Conselho de Administração do IPE-Saúde. Ausência de mácula material de inconstitucionalidade. A própria Carta Estadual, em seu artigo 41, parágrafo 1º, remete a disciplina da matéria à lei.*

**1.3. Inexistência de violação à proibição de retrocesso. Acolhimento da vertente relativa do princípio, a qual determina a sua aplicação pelo viés da proporcionalidade. Primazia da atuação legislativa na concretização e harmonização das normas constitucionais. **PARECER PELA IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO.****

1. Trata-se de ação direta de inconstitucionalidade proposta pela **UNIÃO GAÚCHA EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL E PÚBLICA**, objetivando a retirada do ordenamento jurídico pátrio do § 3º do artigo 5º da Lei Complementar Estadual n.º 15.144, de 05 de abril de 2018<sup>1</sup>, que *dispõe sobre a criação do Instituto de Assistência à Saúde dos*

---

<sup>1</sup> **LEI N.º 15.144, DE 5 DE ABRIL DE 2018.**

(...)

*Art. 5º O Conselho de Administração é órgão consultivo e deliberativo do Instituto, constituído de 12 (doze) membros e respectivos suplentes, sendo 6 (seis) representantes do Estado, indicados pelo Governador em composição com os demais Poderes, e 6 (seis) representantes dos segurados, indicados paritariamente, pelas entidades que compõem a União Gaúcha em Defesa da Previdência Social Pública, pela Federação Sindical de Servidores Públicos do Estado do Rio Grande do Sul e pelo Centro de Professores do Estado do Rio Grande do Sul – CPERGS/Sindicato.*

(...)

*§ 3º O Presidente do Conselho de Administração será eleito por seus pares, dentre os representantes do Estado, Porto Alegre, Sexta-feira, 6 de Abril de 2018 Diário Oficial 24 terá direito a voto e, em caso de empate, a voto de qualidade.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*Servidores Públicos do Rio Grande do Sul – IPE Saúde*, por afronta ao artigo 41, § 1º, da Constituição Estadual<sup>2</sup>.

A entidade proponente, em prefacial de mérito, teceu considerações sobre a sua legitimidade ativa para propor a presente ação, destacando a pertinência temática da matéria em debate com as suas atividades institucionais. Ainda em preliminar, defendeu o cabimento, no caso, da ação direta de inconstitucionalidade perante o Tribunal de Justiça. No mérito, apontou, em síntese, que o dispositivo legal, ao determinar que a Presidência do Conselho de Administração do IPE-Saúde seja exercida, obrigatoriamente, por um dos membros indicados pelo Governo, dotado, em caso de empate, do poder de exercer voto de qualidade, violou os princípios da paridade e da colegialidade, os quais são dimensões do princípio democrático, que, por sua vez, tem como pressuposto o princípio da igualdade. Alegou, ainda, que o dispositivo legal em liça suprime direitos já assegurados aos servidores, em afronta ao princípio da vedação do retrocesso. Discorreu sobre os limites da expressão “na forma da lei” constante do § 1º do artigo 41 da Constituição Estadual, sustentando que, no caso do dispositivo legal impugnado, o legislador extrapolou o espaço para detalhamento da matéria no plano infraconstitucional, na medida em que mitigou a paridade,

---

<sup>2</sup> *Constituição do Estado do Rio Grande do Sul*

(...)

Art. 41. O Estado manterá órgão ou entidade de previdência e assistência à saúde para seus servidores e dependentes, mediante contribuição, na forma da lei previdenciária própria. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 21/05/97) (Vide Leis Complementares n.ºs 12.134/04, 13.757/11 e 13.758/11)

§ 1.º A direção do órgão ou entidade a que se refere o “caput” será composta paritariamente por representantes dos segurados e do Estado, na forma da lei a que se refere este artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 21/05/97)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

restringindo-a de modo incompatível com as diretrizes constitucionais. Indicou precedentes jurisprudenciais e considerações doutrinárias que entende darem guarida à argumentação lançada na exordial. Requereu, em caráter liminar, a suspensão dos efeitos do dispositivo legal objurgado, julgando-se, ao final, procedente o pedido, com a conseqüente retirada definitiva do dispositivo impugnado do ordenamento jurídico (fls. 04/33 e documentos das fls. 34/69).

O pedido liminar foi indeferido (fls. 75/79).

A Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, devidamente notificada, prestou informações. Inicialmente, discorreu sobre a tramitação do projeto de lei que redundou no ato normativo questionado, destacando a sua regularidade. No mérito, aduziu que a norma em questão respeitou a paridade determinada pelo artigo 41, § 1º, da Constituição Estadual, estabelecendo, apenas, critério de desempate. Indicou precedentes jurisprudenciais relativos a situações similares, em que declarada a legalidade da utilização do voto de qualidade como critério de desempate. Sustentou que o reconhecimento da inconstitucionalidade suscitada na peça vestibular teria por conseqüência o retardamento ou até mesmo a inércia no desempenho das atribuições do Conselho de Administração, ocasionando prejuízo a todos os interessados. Ao final da manifestação, destacou que o IPE-Saúde é uma entidade autárquica, vinculada à Secretaria de Modernização Administrativa e Recursos Humanos, inexistindo inconstitucionalidade na previsão de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

que o Presidente do seu Conselho de Administração seja escolhido dentre aqueles membros indicados pelo Estado. Pleiteou a improcedência da ação (fls. 99/111). Acostou documentos (fls. 112/396).

O Procurador-Geral do Estado defendeu a constitucionalidade do dispositivo legal vergastado. Argumentou inexistir a alegada afronta ao artigo 41, § 1º, da Constituição Estadual, vez que a norma constitucional restringe-se a reger a composição da direção do IPE-Saúde, delegando, porém, a regulamentação da eleição do Presidente e das deliberações do Conselho de Administração ao plano infraconstitucional. Frisou que, ao contrário do que afirma o proponente, o princípio democrático, no caso da disposição legal sob exame, foi plenamente respeitado, uma vez que confia a presidência do Conselho de Administração da Autarquia a representante indicado pelo Governo do Estado, que é eleito democraticamente. Refutou o aventado desrespeito ao princípio da vedação do retrocesso, ressaltando o caráter meramente prospectivo, sem amparo fático, da tese defendida na inicial e ressaltando a possibilidade de, na hipótese de sobrevir ato concreto reputado ilegal, a entidade proponente se insurgir na via adequada. Ao final, requereu o julgamento de improcedência da presente ação direta (fls. 399/407).

O Senhor Governador do Estado reprisou a argumentação da Procuradoria-Geral do Estado (fls. 410/415).

Vieram os autos com vista ao Ministério Público.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

É o breve relatório.

2. Inicialmente, cabe destacar que a matéria em questão não é nova, tendo a constitucionalidade da Lei Complementar n.º 15.144/2018 – e, por decorrência, também do dispositivo legal ora impugnado, que integra referido ato normativo -, sido submetida ao crivo desse Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça, que exarou, no dia doze de novembro último, a decisão a seguir ementada:

*AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. FESSERGS. LEI ESTADUAL Nº 15.144/2018. IPE SAÚDE. PRELIMINAR DE ILEGITIMIDADE ATIVA. REJEITADA. INCONSTITUCIONALIDADE FORMAL. MATÉRIA RESERVADA À INICIATIVA LEGISLATIVA PRIVATIVA DO CHEFE DO PODER EXECUTIVO. ARGUIÇÃO PELA IMPOSSIBILIDADE DE EMENDA PARLAMENTAR. IMPROCEDÊNCIA. EMENDA PARLAMENTAR QUE NÃO GERA AUMENTO DE DESPESAS E GUARDA PERTINÊNCIA TEMÁTICA COM A NORMA ORIGINAL. PRECEDENTES. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. UNIÃO GAÚCHA EM DEFESA DA PREVIDÊNCIA SOCIAL PÚBLICA COMO ENTIDADE NÃO LEGITIMADA A REPRESENTAR OS SERVIDORES PÚBLICOS NO CONSELHO DE ADMINISTRAÇÃO. DESCABIMENTO. MATÉRIA CUJA DISCIPLINA FOI DELEGADA PELA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL AO LEGISLADOR INFRACONSTITUCIONAL. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL EM DECORRÊNCIA DA NÃO PARTICIPAÇÃO DA FEDERAÇÃO PROPONENTE NO PROCESSO LEGISLATIVO. DESNECESSIDADE. GARANTIA CONSTITUCIONAL DE PARTICIPAÇÃO EM DECISÕES DE INTERESSE DA CLASSE NÃO REDUNDA EM NOVO REQUISITO FORMAL AO TRÂMITE DO PROCESSO LEGISLATIVO. 1. Ação Direta de Inconstitucionalidade proposta pela Federação Sindical dos Servidores Públicos no*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

*Estado do Rio Grande do Sul (FESSERGS) em face da Lei Estadual nº 15.144/2018. Argui pela inconstitucionalidade formal e material do diploma legislativo em comento, por violação, respectivamente, dos artigos 60, inciso II; 41, §1º; e 27, inciso I, alínea a, todos da CE/89. 2. Rejeitada a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pela Mesa da Assembleia Legislativa Estadual. A juntada de documentos que comprovem a regularidade da entidade sindical, tais como comprovação de registro perante o Ministério do Trabalho e ata de eleição da diretoria, não constitui exigência constitucional para o manejo de ADI. Os requisitos consolidados, legal e jurisprudencialmente, para que a entidade em questão possa deflagrar controle concentrado de constitucionalidade são apenas a abrangência estadual e a pertinência temática, que restaram suficientemente comprovadas no caso concreto. Precedentes do STF e deste Órgão Especial. 3. Quanto à inconstitucionalidade formal fundada em impossibilidade de apresentação de emenda parlamentar a projeto de lei de iniciativa reservada do Chefe do Poder Executivo, há jurisprudência consolidada do STF autorizando tal possibilidade desde que respeitadas duas condições: a) que da emenda não resulte aumento de despesas, e b) que haja vínculo de pertinência temática entre a emenda e o projeto original submetido a apreciação. No caso específico, a emenda responsável pela inclusão dos dispositivos atacados atende ambos os requisitos. 4. Alegação de vício de constitucionalidade material fundada na inserção da União Gaúcha como legitimada para indicar os representantes dos servidores públicos no Conselho de Administração. Inexiste, no texto constitucional do Estado, qualquer limitação à origem dos representantes dos segurados. Assim, não dispondo a Constituição Estadual acerca do modo pelo qual se daria a representação paritária, mas sim, pelo contrário, expressamente delegando ao legislador infraconstitucional o regramento da matéria, entende-se que o diploma legislativo guerreado veio precisamente a cumprir tal determinação. 5. Não se verifica vício de inconstitucionalidade material em razão da não participação da federação proponente no processo legislativo que culminou na publicação da norma. Embora a participação da FESSERGS em decisões da classe seja constitucionalmente garantida, tal direito não se confunde com requisito para o regular trâmite do processo legislativo, ante a inexistência de previsão constitucional nesse sentido.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*Ademais, sequer restou comprovado nos autos que a entidade tenha sido impedida de participar ao longo da etapa deliberativa do projeto de lei. Não há falar, portanto, em vício no iter procedimental de criação da Lei Estadual impugnada. Em conclusão, não se configurando vícios formais ou materiais na norma impugnada, improcede a ADI. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE JULGADA IMPROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº 70078530847, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Luiz Felipe Brasil Santos, Julgado em 12/11/2018)*

Vale transcrever excerto do voto do Desembargador Luiz Felipe Brasil Santos, relator da suprarreferida ação direta de inconstitucionalidade, na parte em que guarda relação mais estreita com o foco do presente feito:

*(...) Tanto se deve justamente à ausência de previsão constitucional que imponha qualquer restrição além da exigência de paridade na composição do Conselho diretivo. Assim, não dispondo a Constituição Estadual acerca do modo pelo qual se daria a representação paritária, mas sim, pelo contrário, expressamente delegando ao legislador infraconstitucional o regramento da matéria, entende-se que o diploma legislativo guerreado veio precisamente a cumprir tal determinação (...)*

Essa situação, por si só, é suficiente para ensejar conclusão no sentido da inviabilidade do deferimento do pleito formulado pela proponente.

De fato, para a análise da temática vertente é indispensável se ter em vista o caráter ambivalente dos efeitos da decisão proferida em sede de controle concentrado de constitucionalidade: a improcedência da ação direta de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

inconstitucionalidade tem por consequência o reconhecimento, pelo Tribunal competente, da constitucionalidade da norma, equivalendo à procedência da ação declaratória de constitucionalidade<sup>3</sup>, e vice-versa.

Sobre o assunto, calha trazer à baila a lição de André Ramos Tavares<sup>4</sup>:

*A ação declaratória de constitucionalidade sempre foi, portanto, aos olhos da doutrina e da jurisprudência, o reflexo da ação direta de inconstitucionalidade. A sentença de impronúncia numa ação direta de inconstitucionalidade tem o efeito de uma declaração judicial positiva da constitucionalidade da lei em discussão, assim como o não-colhimento de um pedido de declaração de constitucionalidade equivale à sentença declaratória de inconstitucionalidade. O controle abstrato de normas foi, portanto, concebido e desenvolvido como um processo de natureza dúplice ou ambivalente que não pode cogitar de legitimação dos Estados para instituir uma sem imaginar que a outra forma de provimento judicial também esteja sendo cotejada. Os dois procedimentos têm a mesma natureza, e, tendo a Constituição de 1988 autorizado o Estado-membro a criar a ação direta de inconstitucionalidade em face da Constituição estadual, poder-se-ia sustentar a instituição pelo legislador estadual, independentemente de qualquer autorização expressa do constituinte federal, da ação declaratória de constitucionalidade.*

Seguindo a mesma linha de raciocínio, preleciona Gustavo Binembojm<sup>5</sup>:

---

<sup>3</sup> Embora não exista previsão na Constituição do Estado do Rio Grande do Sul da ação declaratória de constitucionalidade, o raciocínio permanece hígido, aplicando-se a ideia de provimento jurisdicional dúplice. De qualquer forma, não custa lembrar que Pretório Excelso já decidiu ser possível aos Estados da Federação, no exercício do Poder Constituinte Derivado Decorrente, instituírem esse instrumento legal.

<sup>4</sup> TAVARES, André Ramos. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 476/477.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*Assumiu-se, de uma vez por todas, que as ações direta de inconstitucionalidade e declaratória de constitucionalidade são ações dúplices. Demais disto, ficou claro que os efeitos das decisões em uma e outra ação são rigorosamente simétricos. Isto significa que a procedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale à improcedência da ação declaratória (proclamação da inconstitucionalidade de determinada lei ou ato normativo) e que a improcedência da ação direta de inconstitucionalidade equivale à procedência da ação declaratória de constitucionalidade (proclamação a constitucionalidade de determinada lei ou ato normativo). (grifo nosso).*

Essa é, também, a posição firmada pelo saudoso Ministro Teori Albino Zavascki<sup>6</sup>:

*Tanto a ação direta de inconstitucionalidade quanto a declaratória de constitucionalidade tem natureza dúplice, ou seja, ambas tem aptidão para firmar, quando julgadas no seu mérito, juízo de constitucionalidade ou de inconstitucionalidade do preceito normativo que lhes dá objeto (art. 24 da Lei 9.868/99)*

Tal entendimento é respaldado pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, conforme ilustram os seguintes precedentes:

*(...) a ação declaratória de constitucionalidade é uma ação direta de inconstitucionalidade com sinal trocado, tendo natureza dúplice e ambivalente. (Rcl 2291 MC, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, julgado em 27/03/2003, publicado em DJ 01/04/2003 PP-00068)*

---

<sup>5</sup> BINENBOJM, Gustavo. *A nova jurisdição constitucional brasileira*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2010, p. 199.

<sup>6</sup> ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo Coletivo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 264/265



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*(...) Para efeito de controle abstrato de constitucionalidade de lei ou ato normativo, há similitude substancial de objetos nas ações declaratória de constitucionalidade e direta de inconstitucionalidade. Enquanto a primeira destina-se à aferição positiva de constitucionalidade a segunda traz pretensão negativa. Espécies de fiscalização objetiva que, em ambas, traduzem manifestação definitiva do Tribunal quanto à conformação da norma com a Constituição Federal. A eficácia vinculante da ação declaratória de constitucionalidade, fixada pelo § 2º do artigo 102 da Carta da República, não se distingue, em essência, dos efeitos das decisões de mérito proferidas nas ações diretas de inconstitucionalidade. (...) (Rcl 1.880-AgR, rel. min. MAURÍCIO CORRÊA, julgamento em 7-11-2002, DJde 19-3-2004.)<sup>7</sup>*

O Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já decidiu reiteradas vezes que as decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade consubstanciam-se em provimentos jurisdicionais de caráter dúplice:

**AGRAVO INTERNO. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL. SUPERA AS DIFICULDADES DA PETIÇÃO INICIAL EM DEMANDA IDÊNTICA. ADI QUE VERSA SOBRE MATÉRIA EM RELEVANTE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. RETRATAÇÃO. O entendimento do Órgão Especial relativamente a matéria é que a estrutura das ações diretas de inconstitucionalidade, quanto à causa de pedir aberta e provimento jurisprudencial dúplice, possível superar dificuldades de redação da petição inicial. A insegurança jurídica sobre o tema da vacância de cargos frente à inativação dos servidores efetivos, vinculados ao regime geral de previdência. Diante da controvérsia existente sobre o tema no 2º Grupo Cível, Órgão Especial e o Supremo Tribunal Federal, necessário superar o óbice formal para o enfrentamento da matéria. AGRAVO INTERNO PROVIDO,**

---

<sup>7</sup> Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/legislacaoAnotadaAdiAdcAdpf/verLegislacao.asp?lei=259>. Acesso no dia 11/12/2018.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*POR MAIORIA.* (Agravado Nº 70074442690, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Alberto Delgado Neto, Julgado em 23/01/2018)

*RECURSO DE AGRAVO EM ADI. INDEFERIMENTO DA PETIÇÃO INICIAL. RECENTÍSSIMO PRECEDENTE DO ÓRGÃO ESPECIAL QUE SUPERA AS DIFICULDADES DA PETIÇÃO INICIAL EM DEMANDA IDÊNTICA. ADI QUE VERSA SOBRE MATÉRIA EM RELEVANTE DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INSEGURANÇA JURÍDICA A SER ESTANCADA. ADI COM CAUSA DE PEDIR ABERTA. NATUREZA DÚPLICE DO PROVIMENTO JURISDICIONAL. RETRATAÇÃO MONOCRÁTICA DA RELATORA. DETERMINAÇÃO DE EMENDA DA PETIÇÃO INICIAL ANTES DO RECEBIMENTO. ESPECIFICAÇÃO DO SUBSTRATO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL A EMBASAR O PEDIDO DECLARATÓRIO DE INCONSTITUCIONALIDADE.* (Agravado Nº 70074618638, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Catarina Rita Krieger Martins, Julgado em 20/10/2017)

*EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL DECLARADA INCONSTITUCIONAL, EM PARTE. OMISSÃO. Inexistência de omissão. Decisão que julgou parcialmente procedente ação direta de inconstitucionalidade de lei municipal, restrita aos dispositivos expressamente indicados na decisão. Em sentido contrário, tendo em conta o caráter dúplice da presente demanda, os demais dispositivos, também objeto da inicial, cuja inconstitucionalidade não restou reconhecida, foram afirmados válidos frente ao sistema constitucional vigente, não havendo se falar em falta de manifestação da decisão. Efeitos. Prazo para cumprimento da decisão. Entendimento pacificado junto à Suprema Corte no sentido de que a declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo reconhece a nulidade do ato desde que surgiu no sistema legal. Efeito retroativo da decisão que reconhece a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo, eficácia ex tunc. Desnecessidade de fixação de prazo, considerada a regra de efeitos retroativos, ressalvada a hipótese de modulação. EMBARGOS REJEITADOS. UNÂNIME.* (Embargos de Declaração Nº 70041978701, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Danúbio Edon Franco, Julgado em 30/05/2011)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

Nesse contexto, ao julgar, de forma unânime, improcedente a ação direta de inconstitucionalidade proposta pela FESSERGS contra a Lei Complementar Estadual 15.144/2018, o Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça declarou, no mesmo instante, que a integralidade da norma encontra-se em harmonia com o ordenamento constitucional.

Não é demasiado destacar que, na Ação Direta de Inconstitucionalidade em que enfrentado anteriormente o tema, os julgadores não estavam adstritos aos termos do pedido, podendo, perfeitamente, acaso constatassem inconstitucionalidade no dispositivo ora especificamente impugnado, e não no ato normativo como um todo, declará-lo incompatível com a Constituição Estadual. Isso especialmente diante do entendimento atualmente consagrado de que o processo objetivo de controle de constitucionalidade apresenta *causa petendi* aberta<sup>8</sup>.

Há precedentes do Supremo Tribunal Federal corroborando a posição aqui adotada:

*(...). 5. Ações que visam à defesa do texto constitucional. O julgador não está limitado aos fundamentos jurídicos indicados pelas partes. Causa petendi aberta. 6. Órgão fracionário afastou a aplicação do dispositivo legal sem observância do art. 97 da CF (reserva de plenário). Interpretação conforme a Constituição configura claro juízo de controle de constitucionalidade. Violação à Súmula Vinculante n. 10. 7. É vedado ao Poder Judiciário conceder reajuste com base no princípio da isonomia. Ofensa à Súmula Vinculante 37. 8. Reclamação julgada procedente.*

---

<sup>8</sup> DIMOULIS, Dimitri; LUNARDI, Soraya. *Curso de processo constitucional: Controle de constitucionalidade e remédios constitucionais*. 3ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 100/102.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

(Rcl 14872, Relator(a): Min. GILMAR MENDES, Segunda Turma, julgado em 31/05/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-135 DIVULG 28-06-2016 PUBLIC 29-06-2016)

*AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. CPMF. CONSTITUCIONALIDADE. O Plenário desta colenda Corte, ao julgar a ADI 2.031, rejeitou todas as alegações de inconstitucionalidade do caput e dos §§ 1º e 2º do art. 75 do ADCT, introduzidos pela Emenda Constitucional 21/99. Isto porque as ações diretas de inconstitucionalidade possuem "causa petendi" aberta. É dizer: ao julgar improcedentes ações dessa natureza, o Supremo Tribunal Federal afirma a integral constitucionalidade dos dispositivos questionados (Precedente: RE 343.818, Relator Ministro Moreira Alves). Agravo regimental manifestamente infundado, ao qual se nega provimento. Condenação da parte agravante a pagar multa de cinco por cento sobre o valor da causa, a ser revertida em favor da agravada, nos termos do art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil (RE 431715 AgR, Relator(a): Min. CARLOS BRITTO, Primeira Turma, julgado em 19/04/2005, DJ 18-11-2005 PP-00008 EMENT VOL-02214-04 PP-00730 RTJ VOL-00204-01 PP-00390)*

O Egrégio Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul também sufragou esse entendimento:

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. MUNICÍPIO DE TAPERA. LEI MUNICIPAL Nº 3.213/2016, QUE ALTEROU DISPOSITIVOS DA LEI N.º 3.314/2007, DIMINUINDO ALÍQUOTAS DO IMPOSTO PREDIAL E TERRITORIAL URBANO. DEPENDÊNCIA LÓGICA ENTRE OS DOIS PROJETOS ENCAMINHADOS À CÂMARA DE VEREADORES, A QUAL APROVOU APENAS UM DELES. APRECIÇÃO DO MÉRITO DA AÇÃO, JÁ QUE O PROCESSO DE CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE, SEGUNDO O COLENDO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, APRESENTA CAUSA PETENDI ABERTA. DESVIO DE PODER LEGIFERANTE. VÍCIO DE INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME. (Ação Direta de Inconstitucionalidade Nº**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

70072767478, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS,  
Relator: Jorge Luís Dall'Agnol, Julgado em 08/05/2017)

Afigura-se pertinente gizar que, por certo, a jurisprudência não é estanque e, tampouco, o Órgão Especial do Tribunal de Justiça está impossibilitado de modificar seu entendimento acerca dessa mesma matéria no futuro; contudo, tendo em vista que há cerca de um mês a Lei Complementar n.º 15.144/2018 foi considerada integralmente constitucional à unanimidade, não é lógico ou plausível que, de forma abrupta, sem qualquer modificação de fato ou de direito que possa influir os Desembargadores, ocorra uma mutação da exegese dada ao tema.

**2.1.** Os aspectos acima expostos, salvo melhor juízo, já conduzem, necessariamente, à improcedência do feito. De qualquer forma, como argumento de reforço, é de se pontuar que não assiste razão ao proponente no que se refere à alegada inconstitucionalidade do § 3º do artigo 5º da Lei Complementar Estadual n.º 15.144/2018, por estabelecer que o Presidente do Conselho de Administração deve ser escolhido dentre os membros indicados pelo Governo, que terá voto qualificado.

A norma constitucional supostamente maculada assim estatui:

*Art. 41 - O Estado manterá órgão ou entidade de previdência e assistência à saúde para seus servidores e dependentes, mediante contribuição, na forma da lei previdenciária própria. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 21/05/97)*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*§ 1.º A direção do órgão ou entidade a que se refere o “caput” será composta paritariamente por representantes dos segurados e do Estado, na forma da lei a que se refere este artigo. (Redação dada pela Emenda Constitucional n.º 16, de 21/05/97)*

Em que pesem os respeitáveis argumentos esgrimidos no processado, inexistente mácula material de inconstitucionalidade a ser sanada, na medida em que o próprio comando constitucional tido como violado emprega a expressão *na forma da lei*, relegando à legislação ordinária a regulamentação dos demais aspectos referentes à direção do órgão<sup>9</sup>.

Verifica-se, portanto, que o dispositivo impugnado, ao especificar a forma de eleição do Presidente do Conselho e o regimento afeito à votação das deliberações, matérias próprias à normatização interna do órgão, está dentro do espaço confiado à regulamentação infraconstitucional.

Aliás, sendo o IPE-Saúde uma autarquia, órgão integrante, portanto, da administração indireta do Estado, não se vislumbra qualquer contrassenso na previsão de que a escolha do Presidente do seu Conselho de Administração se dê entre os representantes indicados pelo Governo.

A propósito, na ação direta de inconstitucionalidade ajuizada pela FESSERGS contra a integralidade da Lei Complementar n.º 15.144/2018, cuja ementa e parte do voto do Eminentíssimo Desembargador-relator encontram-se alhures transcritos,

---

<sup>9</sup> A exegese ampliativa defendida pela entidade proponente desborda do campo semântico do dispositivo individualmente considerado e, tampouco, encontra respaldo no texto constitucional examinado em sua integralidade.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

restou decidido que *não dispendo a Constituição Estadual acerca do modo pelo qual se daria a representação paritária, mas sim, pelo contrário, expressamente delegando ao legislador infraconstitucional o regramento da matéria, entende-se que o diploma legislativo guerreado veio precisamente a cumprir tal determinação.*

Está pacificado, assim, por recentíssima decisão proferida pelo Órgão Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, o entendimento de que, respeitada a composição paritária - essa sim uma exigência de estatura constitucional -, o funcionamento interno do IPE-Saúde deve ser detalhado por ato normativo infraconstitucional.

Outro aspecto que merece ser observado é que o dispositivo impugnado possui duas previsões: *a)* o Presidente do Conselho de Administração deve ser eleito pelos seus pares - aí incluídos, portanto, os representantes dos segurados; *b)* o Presidente do Conselho de Administração deve ser um dos membros indicados pelo Governo. Dessa forma, resta claro que os representantes dos segurados não ficam totalmente afastados do processo de escolha.

Ademais, como bem destacado pela Procuradoria-Geral do Estado, a perspectiva apresentada na inicial de que todas as decisões a serem tomadas pelos representantes do Governo irão de encontro aos interesses dos segurados pressupõe uma intenção preestabelecida de prejudicar os usuários do IPE-Saúde, que configuraria desvio de finalidade, sem razão plausível.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

De toda a sorte, em caso de qualquer ato ilegal constatado concretamente, podem os representantes dos segurados buscar as medidas judiciais cabíveis na esfera adequada.

**2.2.** Segundo consta da inicial, o dispositivo questionado *viola o princípio da vedação de retrocesso sempre que as decisões vierem em detrimento dos direitos já assegurados aos servidores* (fl. 20).

Argumenta a entidade proponente, no intuito de demonstrar a existência de fundamento jurídico para tal assertiva, que *uma vez concretizado o direito fundamental constitucional por legislação infraconstitucional, o Estado não pode eliminar ou revogar essa legislação* (fl. 20).

Com o devido respeito, também nesse ponto não lhe socorre razão.

A propósito da proibição do retrocesso social, calha rememorar que tal princípio remonta aos anos 1970, quando a Alemanha passava por crise econômica, o que levou ao questionamento acerca da possibilidade de supressão de benefícios sociais já assegurados. Tal princípio, concebido como teoria da irreversibilidade, adveio, portanto, como uma proteção de direitos sociais contra eventual ação do poder público que visasse a restringi-los. Ocorre que a Constituição alemã não previu expressamente direitos sociais, ficando as prestações sociais a cargo do legislador por intermédio de leis ordinárias. Diante desse quadro, o princípio da



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

proibição do retrocesso emergiu como forma de proteger direitos não assegurados constitucionalmente.

Daí a crítica feita por José Reis Novais<sup>10</sup> no sentido de que tal fórmula tão somente faria sentido em uma Constituição em que não houvesse previsão de direitos sociais, como era a Constituição alemã:

*(...) a fórmula e o eventual princípio da proibição do retrocesso surgiram, então, como invenção engenhosa destinada a justificar uma proteção jurídica reforçada a direitos a que se recusara natureza constitucional, jusfundamental. Tratava-se, em qualquer caso, nesse contexto, de uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemã.*

*O que surpreende é o sucesso quase universal que a fórmula obtém, incluindo em países e ordens constitucionais onde não apresenta qualquer justificação ou utilidade, mas precisamente nas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente considerados direitos fundamentais, direitos constitucionais, beneficiando, portanto, da protecção que decorre de sua natureza formal e materialmente constitucional (...)*

E o autor português<sup>11</sup>, ao analisar o princípio da não reversibilidade, prossegue, criticando até mesmo seu conteúdo, se tomado em sua versão absoluta, ao lecionar que

*(...) só uma crença supersticiosa, um optimismo inabalável ou uma concepção determinista da história – todos sem qualquer apoio constitucional – permitiriam fundar a plausibilidade de um tal princípio de proibição do retrocesso social.*

*(...) num quadro geral de escassez moderada de recursos, a respectiva alocação, seja numa situação económica de*

---

<sup>10</sup> REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos sociais: Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 241.

<sup>11</sup> *Idem*, p. 243/245.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*progresso e desenvolvimento, seja, sobretudo, numa situação de crise e dificuldade, está intrinsecamente dependente e condicionada por definições de prioridades e decisões políticas de afectação de recursos que, em Estado democrático, cabem primária e decisivamente ao legislador democrático e ao poder político instituído. Logo, um aparente retrocesso pontual nos níveis de realização de um dado direito social pode perfeitamente ser justificado pela necessidade de prossecução de um outro direito social; a diminuição dos níveis de acesso de um determinado grupo ou camada da população a um certo benefício pode ser justificada pelo aumento dos níveis de acesso de um outro grupo ou camada social ao mesmo ou a um outro direito social.*

*(...)*

*Assim, a concepção do princípio da proibição do retrocesso social entendida enquanto proibição de diminuição dos níveis outrora garantidos de realização dos direitos sociais, ou de um direito social em particular, não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade. (...) Daí que a doutrina que persiste na fórmula lhe tenha que atribuir um sentido de relativização através do qual, se bem que contradizendo o enunciado emblemático, se pretende salvar a viabilidade da fórmula: a proibição deixa verdadeiramente de o ser. Ou seja, onde se lê 'é proibido retroceder' deve passar a entender-se 'é admissível retroceder, mas com limites ou com exceções'.*

*Dir-se-ia, então, de acordo com as inúmeras propostas com esse sentido geral, que não se trata de proibição de retrocesso absoluta, mas tão só relativa ou de 'prima facie', ou seja, que a proibição só incide sobre retrocessos que afectem o mínimo social, que afectem o conteúdo essencial dos direitos em causa, que sejam desproporcionados ou desarrazoáveis, ou que afectem a protecção da confiança, a igualdade ou a dignidade da pessoa humana.*

No Brasil, aludido princípio vem sendo debatido no âmbito do Supremo Tribunal Federal, já tendo sido reconhecido em alguns julgados, conforme se extrai da seguinte ementa:



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

*CRIANÇA DE ATÉ CINCO ANOS DE IDADE - ATENDIMENTO EM CRECHE E EM PRÉ-ESCOLA - SENTENÇA QUE OBRIGA O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO A MATRICULAR CRIANÇAS EM UNIDADES DE ENSINO INFANTIL PRÓXIMAS DE SUA RESIDÊNCIA OU DO ENDEREÇO DE TRABALHO DE SEUS RESPONSÁVEIS LEGAIS, SOB PENA DE MULTA DIÁRIA POR CRIANÇA NÃO ATENDIDA - LEGITIMIDADE JURÍDICA DA UTILIZAÇÃO DAS “ASTREINTES” CONTRA O PODER PÚBLICO - DOCTRINA - JURISPRUDÊNCIA - OBRIGAÇÃO ESTATAL DE RESPEITAR OS DIREITOS DAS CRIANÇAS - EDUCAÇÃO INFANTIL - DIREITO ASSEGURADO PELO PRÓPRIO TEXTO CONSTITUCIONAL (CF, ART. 208, IV, NA REDAÇÃO DADA PELA EC Nº 53/2006) - COMPREENSÃO GLOBAL DO DIREITO CONSTITUCIONAL À EDUCAÇÃO - DEVER JURÍDICO CUJA EXECUÇÃO SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, NOTADAMENTE AO MUNICÍPIO (CF, ART. 211, § 2º) - LEGITIMIDADE CONSTITUCIONAL DA INTERVENÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO EM CASO DE OMISSÃO ESTATAL NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS PREVISTAS NA CONSTITUIÇÃO - INOCORRÊNCIA DE TRANSGRESSÃO AO POSTULADO DA SEPARAÇÃO DE PODERES - PROTEÇÃO JUDICIAL DE DIREITOS SOCIAIS, ESCASSEZ DE RECURSOS E A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - RESERVA DO POSSÍVEL, MÍNIMO EXISTENCIAL, DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL - PRETENDIDA EXONERAÇÃO DO ENCARGO CONSTITUCIONAL POR EFEITO DE SUPERVENIÊNCIA DE NOVA REALIDADE FÁTICA - QUESTÃO QUE SEQUER FOI SUSCITADA NAS RAZÕES DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO -PRINCÍPIO “JURA NOVIT CURIA” - INVOCAÇÃO EM SEDE DE APELO EXTREMO - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. POLÍTICAS PÚBLICAS, OMISSÃO ESTATAL INJUSTIFICÁVEL E INTERVENÇÃO CONCRETIZADORA DO PODER JUDICIÁRIO EM TEMA DE EDUCAÇÃO INFANTIL: POSSIBILIDADE CONSTITUCIONAL. - A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

*jurídica, em conseqüência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal. - A educação infantil, por qualificar-se como direito fundamental de toda criança, não se expõe, em seu processo de concretização, a avaliações meramente discricionárias da Administração Pública nem se subordina a razões de puro pragmatismo governamental. - Os Municípios - que atuarão, prioritariamente, no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) - não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Lei Fundamental da República, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se do atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podem ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social. - Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político- -jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.*

**DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. - O Poder Público - quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional - transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o**



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

*preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.. - A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. - A intervenção do Poder Judiciário, em tema de implementação de políticas governamentais previstas e determinadas no texto constitucional, notadamente na área da educação infantil (RTJ 199/1219-1220), objetiva neutralizar os efeitos lesivos e perversos, que, provocados pela omissão estatal, nada mais traduzem senão inaceitável insulto a direitos básicos que a própria Constituição da República assegura à generalidade das pessoas. Precedentes. A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À “RESERVA DO POSSÍVEL” E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS”. - A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras “escolhas trágicas”, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. - A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. - A noção de “mínimo existencial”, que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). A **PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. LEGITIMIDADE JURÍDICA DA IMPOSIÇÃO, AO PODER PÚBLICO, DAS “ASTREINTES”. - Inexiste obstáculo jurídico-processual à utilização, contra entidades de direito público, da multa cominatória prevista no § 5º do art. 461 do CPC. A “astreinte” - que se reveste de função coercitiva - tem por finalidade específica compelir, legitimamente, o devedor, mesmo que se cuide do Poder Público, a cumprir o preceito, tal como definido no ato***



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*sentencial. Doutrina. Jurisprudência.* (ARE 638.337AgR/SP, Segunda Turma, Relator: Ministro Celso de Mello, julgado em 23/08/2011).

Em outra ocasião, no entanto, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.105/DF, no qual restou reconhecida a constitucionalidade da Emenda Constitucional n.º 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária sobre os proventos dos servidores públicos inativos, novamente o Ministro Celso de Mello, sustentando, **em voto vencido**, a ilegitimidade da inovação normativa, trouxe à tona o princípio da vedação do retrocesso, argumentando, com supedâneo na doutrina de José Joaquim Gomes Canotilho, que, com o advento da aposentadoria, o servidor teria conquistado o direito de não mais contribuir para a previdência, de modo que tal garantia não poderia ser suprimida, sob pena de indevido retrocesso<sup>12</sup>.

Ocorre que o próprio Canotilho<sup>13</sup>, precursor da introdução do princípio da vedação do retrocesso no direito português, abrandou seu posicionamento inicial no sentido de que, uma vez concretizado um direito fundamental previsto constitucionalmente, o Estado estaria proibido de suprimi-lo. Em suas posteriores obras, o constitucionalista adotou entendimento diverso, deixando de defender uma proibição a toda e qualquer

---

<sup>12</sup> Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>.

<sup>13</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 111.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

regressão, mas tão somente àquela que elimine totalmente o direito fundamental anteriormente concretizado<sup>14</sup>:

*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 para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.*

Assim, o princípio da vedação do retrocesso deve ser entendido como modalidade do princípio da proporcionalidade, não devendo ser tomado como um óbice absoluto aos atos normativos que, de alguma forma, venham a limitar direitos fundamentais<sup>15</sup>. Para tanto, em cada caso concreto, ao efeito de conferir validade constitucional a determinada lei, torna-se imperiosa a análise da trílice vertente da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, como se verá adiante.

---

<sup>14</sup> O Tribunal Constitucional português, da mesma forma, após um período inicial de consagração do princípio da não regressão, passou a admitir crescentes restrições diante do que restou conhecido como a jurisprudência da crise: POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. “O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI”. In: *Direito e Desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 216/237.

<sup>15</sup> Na Espanha, também se verifica o acolhimento da versão não absoluta do princípio: LEAL, Fábio Gesser; SOUZA, Klauss Correa; SABINO, Rafael Giordani. *A aplicação do princípio da proibição de retrocesso ambiental no Brasil e na Espanha*. Disponível em: [http://ambito-juridico.com.br/site/?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=19505](http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19505). Acesso em: 12 de dezembro 2018.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

Entendimento diverso levaria à falsa ideia de que quaisquer atos normativos que viessem a limitar ou condicionar determinado direito social já consagrado seriam inconstitucionais.

Nesse particular, obtempera com razão Felipe de Melo Fonte<sup>16</sup>:

*(...) a doutrina também reconhece que a vedação do retrocesso não pode ser aplicada de forma absoluta, sem espaço para razões contrapostas que eventualmente afastem a sua incidência. Isto é da lógica de aplicação dos princípios, os quais não são absolutos por definição, e decorre igualmente da ideia de que não há hierarquia entre as normas constitucionais. O consenso vai até este limite.”*

Ora, a concepção do princípio da vedação do retrocesso social com caráter absoluto<sup>17</sup> não se sustenta, até porque os direitos sociais estão intrinsecamente sujeitos à reserva do possível, considerando que a normatização desses direitos não assegura, por si só, seu indiscriminado cumprimento pelo poder público, dependendo da disponibilidade estatal dos recursos.

---

<sup>16</sup> FONTE, Felipe de Melo. *Políticas Públicas e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 244.

<sup>17</sup> Sobre a inexistência de direitos fundamentais absolutos, já decidiu o Supremo Tribunal Federal: *Os direitos e garantias individuais não têm caráter absoluto. Não há, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam de caráter absoluto, mesmo porque razões de relevante interesse público ou exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades legitimam, ainda que excepcionalmente, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição. O estatuto constitucional das liberdades públicas, ao delinear o regime jurídico a que estas estão sujeitas – e considerado o substrato ético que as informa – permite que sobre elas incidam limitações de ordem jurídica, destinadas, de um lado, a proteger a integridade do interesse social e, de outro, a assegurar a coexistência harmoniosa das liberdades, pois nenhum direito ou garantia pode ser exercido em detrimento da ordem pública ou com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros.* (MS n. 23.452, Rel. Min. Celso de Mello, j. 16/09/1999)



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

Aliás, a própria Suprema Corte brasileira reconheceu a impossibilidade de aplicação do princípio da não regressão em sua forma absoluta. Com efeito, no julgamento da ADI 4.350/DF, em 23 de outubro de 2014, o Tribunal Pleno acolheu o voto do relator, Ministro Luiz Fux, para julgar improcedente a ação direta de inconstitucionalidade promovida pela Confederação Nacional de Saúde, Hospitais e Estabelecimentos e Serviços – CNS contra o artigo 20 da Medida Provisória n.º 451/2008 e o artigo 31 da Lei n.º 11.945/2009, que instituíram novas regras para o ressarcimento de vítimas de acidentes de trânsito através do seguro DPVAT. Em seu voto, o relator acentuou que:

(...)

*O princípio da vedação ao retrocesso social revela-se, na compreensão de Felipe Derbli, como uma:*

*“garantia contra a ação erosiva do grau de concretização infraconstitucional de um direito social fundamental definido em uma regra ou princípio constitucional, praticada diretamente pelo legislado, ou mesmo indiretamente pelo titular do Poder Constituinte Reformador, atribuindo-se a esse direito social o status negativo jusfundamental e, com isso, modalidades de eficácia jurídica geralmente atribuídas aos direitos de defesa. (...) Constitui o núcleo essencial do princípio da proibição de retrocesso social a vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização de norma constitucional que trate do núcleo essencial de um direito fundamental social, impedindo a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. É defeso o estabelecimento (ou restabelecimento, conforme o caso) de um vácuo normativo em sede legislativa. (...) Por óbvio, é permitido ao legislador rever as leis editadas, mas o fundamento para uma reformatio in pejus, de acordo com as circunstâncias fáticas em que se a realiza, deve ser, mediante um juízo de proporcionalidade, suficiente para prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico na sociedade”.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*Segundo as valiosas lições de Canotilho:*

*“A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. (...) O princípio da proibição de retrocesso social pode formularse assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (...) deve considerarse constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.”*

*(...)*

***O princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamento das garantias sociais.***

Assim, prudente se mostra a relativização do princípio em exame, aplicando-se o postulado da proporcionalidade.

Nesse sentido, leciona também Ingo Wolfgang Sarlet<sup>18</sup>:

*Se parece correto apontar a existência de considerável aceitação, pelo menos no Brasil e em alguns outros países latino-americanos, assim como, de modo geral, na esfera do Direito Internacional, quanto à necessidade de uma proteção jurídica contra o retrocesso em matéria de realização dos direitos sociais e das imposições constitucionais na esfera da justiça social, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz*

---

<sup>18</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano*. Rev. TST, Brasília, vol. 75, n.º 3, jul/set 2009, p. 136/138.  
SUBJUR N.º 1306/2018 29



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA

pgj@mprs.mp.br

*com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada. Assim, ilustrando as principais tendências no que diz com o reconhecimento de um valor jurídico à proibição de retrocesso, pode-se partilhar do entendimento de que entre uma negativa total da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso (que, ao fim e ao cabo, teria a função de mera diretriz para os agentes políticos) e o outro extremo, o que propugna uma vedação categórica de todo e qualquer ajuste em termos de direitos sociais, também aqui o melhor caminho é o do meio, ou seja, o que implica uma tutela efetiva, mas não cega e descontextualizada dos direitos fundamentais sociais.*

*Que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso não pode resultar na transformação do legislador em órgão de mera execução das decisões constitucionais e nem assegurar (caso compreendida como absoluta vedação de qualquer alteração ou ajuste) aos direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizadas uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, já foi objeto de referência na doutrina. Posta a questão em outros termos, a aplicação de uma proibição de retrocesso por si só não veda uma diminuição dos níveis de proteção e promoção de direitos sociais, especialmente na perspectiva subjetiva, para assegurar outros interesses públicos urgentes e relevantes, pois do contrário poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos. Em síntese, se uma posição preferencial das liberdades há de ser afastada, pelo menos no sentido de um caráter secundário dos direitos sociais, no Estado Democrático de Direito também não se poderia justificar uma posição preferencial dos direitos sociais, tema que, à evidência, merece maior reflexão do que aqui se pode oferecer.*

*Aliás, bastaria esta linha argumentativa para reconhecer que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra de cunho absoluto, seja pelo fato, já*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*apontado, de que a atividade legislativa não pode ser reduzida à função de execução pura e simples da Constituição, seja pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em Direito Constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste. Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido estrito aqui versado – inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários.*

Diante disso, considerar que a proteção a direitos de natureza social não pode sofrer qualquer retrocesso significaria engessar o ordenamento jurídico, criando um direito fundamental absoluto, o que não se mostra adequado. É inevitável, assim, que a vedação de evolução reacionária seja considerada apenas relativamente, ou seja, à luz do princípio da proporcionalidade.

E acerca do princípio da proporcionalidade, Gilmar Mendes, no voto proferido nos autos da Intervenção Federal n.º 2.915-5/SP, bem sintetiza seu alcance:

(...)

*Diante desse conflito de princípios constitucionais, considero adequada a análise da legitimidade da intervenção a partir de sua conformidade ao princípio constitucional da proporcionalidade.*

***O princípio da proporcionalidade, também denominado princípio do devido processo legal em sentido substantivo, ou ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um "limite do limite" ou uma "proibição de excesso" na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo - tal como o defende o próprio Alexy. Nesse***



*sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental.*

*A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre as normas, mas antes e tão-somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais.*

*Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. (...)*

*Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (Direito Constitucional e Teoria da constituição, Coimbra, Almedina, 2ª ed., p. 264). (...)*

*Diante de tais circunstâncias, cumpre indagar se a medida extrema da intervenção atende, no caso, as três máximas parciais da proporcionalidade.*

*É duvidosa, de imediato, a adequação da medida de intervenção. O eventual interventor, evidentemente, estará sujeito àquelas mesmas limitações factuais e normativas a que está sujeita a Administração Pública do Estado. Poderá o interventor, em nome do cumprimento do art. 78 do ADCT, ignorar as demais obrigações constitucionais do Estado? Evidente que não. Por outro lado, é inegável que as*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

*disponibilidades financeiras do regime de intervenção não serão muito diferentes das condições atuais.*

*Enfim, resta evidente que a intervenção, no caso, sequer consegue ultrapassar o exame de adequação, o que bastaria para demonstrar sua ausência de proporcionalidade.*

*Também é duvidoso que o regime de intervenção seja necessário, sob o pressuposto de ausência de outro meio menos gravoso e igualmente eficaz. Manter a condução da Administração estadual sob o comando de um Governador democraticamente eleito, com a ressalva de que esteja o mesmo acuando com boa-fé e com o inequívoco propósito de superar o quadro de inadimplência, é inegavelmente medida menos gravosa que a ruptura na condução administrativa do Estado. Pode-se presumir, ademais, que preservar a chefia do Estado será igualmente eficaz à eventual administração por um interventor, ou, ao menos, não se poderia afirmar, com segurança, que a administração de um interventor, sujeito às inúmeras condicionantes já apontadas, será mais eficaz que a atuação do Governador do Estado.*

*A intervenção não atende, por fim, ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito. Nesse plano, é necessário aferir a existência de proporção entre o objetivo perseguido, qual seja o adimplemento de obrigações de natureza alimentícia, e o ônus imposto ao atingido que, no caso, não é apenas o Estado, mas também a própria sociedade. Não se contesta, por certo, a especial relevância conferida pelo constituinte aos créditos de natureza alimentícia. Todavia, é inegável que há inúmeros outros bens jurídicos de base constitucional que estariam sacrificados na hipótese de uma intervenção pautada por um objetivo de aplicação literal e irrestrita das normas que determinam o pagamento imediato daqueles créditos. (...)"*

Com efeito, a incidência do princípio da proporcionalidade – ou da razoabilidade –, ainda que não tenha sido prevista expressamente na Constituição de 1988, é corolário do princípio do Estado de Direito, insculpido no artigo 1º, *caput*, da Lei Maior, e do princípio do devido processo legal – substantivo, no caso –, preconizado pelo artigo 5º, inciso LIV, da Lei Maior, além de



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

constituir mecanismo normativo inevitável à interpretação e aplicação dos direitos fundamentais.

Desse modo, somente será legítima medida estatal comprovadamente **proporcional**, devendo, para tanto, mostrar-se ela simultaneamente **adequada, necessária** e, por fim, **proporcional em sentido estrito**.

E, ao revés dos argumentos trazidos na inicial, no caso concreto, a medida adotada pelo dispositivo impugnado se afigura suficientemente proporcional.

A uma, porque traduz solução **adequada**, considerando que a medida é apta a ser utilizada como critério de desempate nas deliberações do Conselho de Administração do IPE-Saúde. A duas, pois se faz **necessária**, tendo em vista que se apresenta como meio indispensável a garantir o bom andamento do órgão, afastando o significativo risco de inércia que a ausência de critério de desempate acarretaria, permitindo, assim, que sejam enfrentadas com celeridade as demandas de interesse dos segurados e do Estado. Por fim, a medida se afigura **proporcional em sentido estrito**, já que a estipulação de que o Presidente do Conselho de Administração seja escolhido dentre os representantes do Governo não se evidencia desarrazoada, uma vez que o IPE-Saúde é uma autarquia do Estado do Rio Grande do Sul, dotada de autonomia, mas, ainda assim, integrante da administração indireta do Estado, vinculando-se à Secretaria de Modernização Administrativa e



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

Recursos Humanos e sujeita ao controle finalístico da administração pública.

Em sendo assim, eventual mitigação do poder decisório dos representantes dos segurados junto ao IPE-Saúde na escolha do Presidente do Conselho de Administração não se sobrepõe aos efeitos deletérios decorrentes da ausência de mecanismos que garantam o regular andamento do órgão, salvaguardando a autarquia da possível inércia, em detrimento dos seus milhares de segurados.

A solução apontada pelo legislador, assim, merece ser preservada, já que razoável à luz de todos os interesses em disputa.

Aliás, um dos problemas mais agudos das democracias dualistas, as quais promovem uma distinção entre política constitucional e política ordinária, é a definição das margens de competência decisória do legislador e de controle do judiciário, principalmente quando estão em disputa direitos assegurados constitucionalmente.

Na clássica acepção de Robert Alexy, os direitos fundamentais estariam vazados na forma de princípios, ou seja, como mandamentos de otimização – “normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>19</sup>.

Devido a essa definição, critica-se que a teoria dos princípios esvaziaria a atividade de conformação normativa do

---

<sup>19</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.  
SUBJUR N.º 1306/2018



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

legislador, pois lhe caberia, sempre, alcançar a compatibilização ótima dos princípios constitucionais, sem possibilidade de escolha entre outras alternativas, decisão essa revisável pelo Poder Judiciário se não atingida a otimização pressuposta. Estar-se-ia, assim, promovendo um Estado marcadamente judicial, em que as atividades políticas dos Poderes Executivo e, principalmente, Legislativo seriam severa e talvez indevidamente limitadas.

A crítica, porém, é infundada.

Como aponta Virgílio Afonso da Silva<sup>20</sup>, a teoria dos princípios não defende a ideia de que existe para cada caso apenas uma resposta correta. Nas situações em que há colisão de direitos fundamentais, pode muito bem ocorrer que várias decisões normativas possam ser tomadas, todas paritariamente ótimas. Além disso, é comum que deliberações ocorram em ambiente de incerteza empírica ou normativa, em que proceder-se a uma avaliação ampla e exaustiva de todas as variáveis seja impossível, ainda mais considerando a dinâmica da vida política.

Nessas hipóteses, devido à divisão de funções no Estado, haveria de conceder-se primazia às escolhas do legislador democraticamente eleito, a quem compete a criação de leis.

Virgílio Afonso da Silva<sup>21</sup>, nesse sentido, indica a existência de princípios formais a serem considerados na atividade

---

<sup>20</sup> SILVA, Virgílio Afonso da. "Direitos fundamentais e liberdade legislativa: O papel dos princípios formais. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III. Organizadores: Fernando Alves Correia et al. Coimbra: Coimbra Editora: 2012, p. 915/937.

<sup>21</sup> *Idem*.



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

de sopesamento ou ponderação. Trata-se de princípios meramente procedimentais, que apenas fornecem “motivos para a aplicação de uma norma, sem levar em consideração o seu conteúdo”.

A competência normativa do Poder Legislativo poderia ser considerada um desses princípios formais. Desse modo, “ao decidir sobre um ato do legislador que tenha restringido um direito fundamental em favor da concretização de outro, o tribunal constitucional não deveria levar em conta apenas os direitos colidentes. Esses são apenas os princípios materiais. Além deles, há também um princípio formal, que é a própria competência do legislador para tomar decisões importantes para a comunidade. Ao decidir sobre a colisão de direitos fundamentais, o tribunal constitucional teria, então, que incluir esse princípio formal no sopesamento”<sup>22</sup>.

Portanto, sempre que o Poder Judiciário ajuizar acerca da adequação constitucional de alguma inovação legislativa deverá levar em conta na ponderação também a escolha realizada pelo próprio legislador. Na resolução de problemas complexos, em que se encontram em disputa diversos direitos fundamentais ou em que existe incerteza científica acerca das consequências de cada escolha, a decisão parlamentar, em princípio, deve ser respeitada, se não puder ser satisfatoriamente infirmada.

O princípio formal da competência do legislador desdobra-se em várias direções: escolha dos objetivos a alcançar ou

---

<sup>22</sup> *Idem.*



MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL  
GABINETE DO PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA  
pgj@mprs.mp.br

dos meios para implementá-los, de quais direitos fundamentais afetar em havendo razões para tanto, de quais premissas fáticas incertas partir etc. Em todas essas situações, a liberdade de conformação do legislador deve ser considerada prioritariamente.

Existem vários mundos constitucionalmente possíveis, cabendo ao legislador democrático concretizar a Constituição na direção que lhe pareça mais adequada dentro desse amplo espaço de legitimidade.

Por essas razões, o parecer é pela improcedência da ação.

**3. Pelo exposto**, manifesta-se o **MINISTÉRIO PÚBLICO** pela improcedência da presente ação direta de inconstitucionalidade, nos termos anteriormente alinhavados.

Porto Alegre, 12 de dezembro de 2018.

**CESAR LUIS DE ARAÚJO FACCIOLI**,  
Procurador-Geral de Justiça, em exercício.  
(este é um documento eletrônico assinado digitalmente pelo signatário)

BHJ/BSB/IH