

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



**FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa**

**DESCONSTRUINDO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO
RETROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO: A PROTEÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MATEUS DA JORNADA FORTES

**MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**

2016

**UNIVERSIDADE DE LISBOA
FACULDADE DE DIREITO**



FACULDADE DE DIREITO
Universidade de Lisboa

**DESCONSTRUINDO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO
RETROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO: A PROTEÇÃO DOS
DIREITOS SOCIAIS ENQUANTO DIREITOS FUNDAMENTAIS**

MATEUS DA JORNADA FORTES

**Dissertação de Mestrado apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade
de Lisboa, sob a orientação do
Professor Doutor JORGE REIS
NOVAIS, como requisito parcial para
obtenção do grau de mestre em
Ciências Jurídico-Políticas.**

**MESTRADO EM DIREITO
CIÊNCIAS JURÍDICO-POLÍTICAS**

2016

Resumo

A discussão em torno dos direitos sociais no direito brasileiro ainda gera grandes debates doutrinários e jurisprudenciais. A controvérsia inicia pela posição que tais direitos ocupam no cenário nacional no que toca a sua natureza jurídica e, principalmente, nos efeitos que lhe são decorrentes. A percepção dos direitos sociais como fundamentais causa algumas dificuldades, porquanto não bem compreendidas as consequências da opção feita pelo constituinte originário de dar aqueles direitos um regime protetivo reforçado. Essa afirmação é atestada pela observância de grande parte da doutrina e da jurisprudência brasileira, especialmente, em acreditar que, para a proteção dos direitos sociais, é imprescindível a existência do princípio da proibição do retrocesso enquanto algo passível de retirar a completa liberdade do legislador sobre eles e, com isso, obstar que os patamares sociais já alcançados sejam desfeitos em prejuízo dos cidadãos. No entanto, se levada a sério a natureza jurídica dos direitos sociais no Brasil, e não mediante a importação do instituto de sistemas jurídicos onde eles não gozam de igual proteção constitucional, para que eles estejam protegidos contra a atuação estatal desfavorável, basta considerá-los como direitos também fundamentais e, conseqüentemente, observar igual regime protetivo já sedimentado pela Suprema Corte brasileira. O manejo do controle das restrições aos direitos fundamentais, portanto, é que ostenta condições de dar proteção efetiva aos direitos sociais, sempre de acordo com a realidade em que tais direitos estão inseridos e dentro de uma análise dogmática adequada ao sistema jurídico brasileiro.

Palavras-chave: proibição; retrocesso; inadequação; proteção; restrição; direitos sociais; direitos fundamentais.

Abstract

The social rights discussion in Brazilian law still causes substantial doctrinal and jurisprudential debate. The controversy is formed from the position that such rights have on the national scene with regard to its legal nature, and especially the effects arising from social rights. The perception of social rights as fundamental rights still causes some comprehension difficulties therefore the consequences that led the constitutional conventioneer to give a certain reinforced protective regime to the social rights have not been understood yet. This statement is confirmed by the majority of the Brazilian doctrine and jurisprudence to believe that the protection of social rights requires the existence of non-retrogression principle as something likely to remove the absolute freedom of the legislator on these rights and thereby prevent the social levels already achieved are disrupt at the expense of the citizens. However, if the legal nature of social rights were taken seriously in Brazil - and not by importing legal systems where such rights are not submitted to the same constitutional protection - it is necessary to consider social rights as fundamental rights for the law can protect them against unfavorable state action, observing the same protective regime already settled by the Federal Supreme Court. The control management of the restrictions on fundamental rights, therefore, is bearing a position that is able to give effective protection to social rights, always according to the reality in which these rights are embedded and within an appropriate dogmatic analysis of the Brazilian legal system.

Keywords: prohibition; retrogression; inadequacy; protection; restriction; social rights; fundamental rights.

Índice

Introdução.....	7
1. A posição dos direitos sociais no Direito Constitucional brasileiro	10
1.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal	10
1.2 Direitos negativos e direitos positivos	14
1.3 A teoria unitária dos direitos fundamentais como forma proteção suficiente dos direitos sociais.....	18
2. O “princípio da proibição do retrocesso social”	28
2.1 Uma breve incursão no direito comparado	28
2.1.1 No direito alemão: as razões para criação do princípio da proibição do retrocesso.....	28
2.1.2 No direito português.....	32
2.1.2.1 A posição doutrinária sobre o instituto	32
2.1.2.2 A jurisprudência portuguesa e a proibição do retrocesso social	38
2.2 No Brasil:.....	54
2.2.1 O tratamento doutrinário sobre o tema.....	54
2.2.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o princípio da proibição do retrocesso.....	59
3. As críticas à existência do princípio da proibição do retrocesso e o tratamento constitucionalmente adequado das medidas restritivas de direitos sociais no Brasil	73
3.1 Os fundamentos invocados para justificar a existência da proibição do retrocesso e uma análise crítica	73
3.2 Uma proposta constitucionalmente adequada para a proteção dos direitos sociais no Brasil.....	91
3.2.1 O tratamento unitário das restrições aos direitos fundamentais no direito brasileiro.....	92

3.2.1.1 As restrições aos direitos sociais como fundamentais.....	92
3.2.1.2 A reserva do financeiramente possível como limite aos direitos fundamentais	106
3.2.2 O controle da constitucionalidade das restrições aos direitos sociais	111
3.2.2.1 A verificação da existência de um direito social a ser protegido.....	112
3.2.2.2 A verificação da existência de uma restrição sobre o direito social	114
3.2.2.3 A verificação da existência de limites à restrição ao direito social (“limites aos limites”).....	118
3.2.2.3.1 O princípio da proporcionalidade.....	120
3.2.2.3.2 A garantia do conteúdo essencial.....	126
3.2.2.3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana	130
3.2.2.3.4 O princípio da igualdade.....	134
3.2.2.3.5 O princípio da proteção da confiança	137
3.2.2.3.6 Limites materiais de revisão constitucional e os direitos sociais	141
3.2.2.4 A atuação da jurisdição constitucional nas restrições aos direitos sociais ...	145
3.3 A aplicabilidade do controle das restrições aos direitos sociais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.....	151
Conclusão	170
Referências bibliográficas	174

Introdução

O Estado brasileiro é nitidamente um Estado Democrático e Social de Direito. A Constituição Federal de 1988 assim deixa claro ao longo de seu texto prolixo, ao elencar um rol extenso de direitos sociais, cada vez mais ampliado em decorrência da atividade do poder constituinte reformador. Mas essas constatações conduzem a uma indagação: é possível a redução dos direitos sociais previstos na ordem constitucional brasileira ou é proibido retroceder?

Os direitos sociais são permeados por incertezas políticas, econômicas e jurídicas, pela discussão em torno do papel do Estado e pelo crescente aumento de despesas que são consequentes. A delimitação que se pretende dar ao objeto deste estudo reside nas questões jurídicas circundantes aos direitos sociais e aqueles outros fatores que lhe são inseparáveis, partindo de uma dialética com os direitos de liberdade, na concepção de ambos como direitos fundamentais. Como ponto de chegada está a aferição acerca da possibilidade ou não de recuar na efetivação dos direitos sociais alcançados pelo Estado e, na hipótese afirmativa, em que medida o retrocesso pode ocorrer.

No meio do caminho, o desenvolvimento passa pela identificação dos direitos sociais como direitos protegidos pela Constituição Federal brasileira tanto quanto aos direitos de liberdade, sob a premissa de estarem integrados aos direitos fundamentais. E enquanto tais, irradiam efeitos positivos e negativos a serem observados pelo Estado, sendo que os últimos conferem a todos os direitos de envergadura fundamental proteção contra uma atuação estatal desvantajosa.

Devido às constantes discussões da maneira como a proteção aos direitos sociais deve ser exercida, bem como a sua intensidade, muitos intérpretes da Constituição acabam por recorrer não só aos princípios nela previstos, mas também ao chamado princípio da proibição

do retrocesso social, cuja criação é controversa. Dada a invocação deste instituto como forma de guarnecer aos direitos sociais, é imprescindível verificar os fundamentos lançados para tanto por parte da doutrina e pela jurisprudência, de modo a aquilatar se efetivamente tem sido alcançada a finalidade pretendida ou se se trata de um recurso retórico sem fôlego suficiente para justificar a sua existência.

A averiguação doutrinária e jurisprudencial não se limita ao direito brasileiro, pois é manifesto o recurso ao direito comparado português, tanto em relação aos doutrinadores lusos como a algumas decisões do Tribunal Constitucional de Portugal, o que impõe a exploração dessa rica fonte de que se valem os constitucionalistas brasileiros. A incursão quanto à maneira como a proibição do retrocesso é vista pelos doutrinadores lusitanos não só enriquece o espectro de tratamento sobre a matéria como é capaz de desmistificar algumas generalizações feitas para o lado de cá do Atlântico. Idêntica percepção é válida no que toca o entendimento jurisprudencial da Corte Constitucional portuguesa, da qual se abeberam de apenas algumas decisões sobre a matéria, tomando-a como se fosse o entendimento consolidado daquela corte. Ainda no âmbito do direito comparado, convém pontuar o contexto em que o princípio da proibição foi criado, especialmente no que diz respeito ao método de tratamento dos direitos sociais na Alemanha, para compará-lo com o modelo brasileiro e, dessa forma, verificar se efetivamente a importação do instituto se mostra adequado ao sistema jurídico nacional.

Depois de analisar todo o cenário, mostra-se possível levar a efeito um posicionamento crítico sobre a proibição do retrocesso no direito brasileiro. No desenvolvimento de uma análise constitucionalmente adequada do instituto, é preciso perquirir os argumentos utilizados para a sua construção como princípio implícito e verificar se as justificativas apresentadas estão de acordo com as premissas estabelecidas pelo poder constituinte e pela finalidade que se pretende dar ao referido instrumento jurídico. Isso porque não cabe ao intérprete realizar elucubrações para criar novos mecanismos de proteção aos direitos sociais caso eles já estejam suficientemente resguardados, desde que se dê a eles uma leitura correta e consentânea através do filtro da Carta Republicana brasileira.

Sob tais perspectivas, igualmente deve ser levado em consideração o papel que a realidade constitucional em que estão inseridos os direitos sociais exerce quando se fala em protegê-los contra a atuação do Estado. Até porque tais direitos estão ligados mais fortemente às ingerências políticas e econômicas, especialmente quando inseridos em um quadro de crise como ora vivenciado, parte integrante e recorrente da história do capitalismo mundial. Basta ver que desde 2009 as principais economias mundiais atravessam ou atravessaram por um

acentuado quadro de declínio econômico, cujo reflexo principal acaba por ser a afetação desvantajosa de todos os direitos que custam ao Estado, prejudicando todos os cidadãos que, de forma ou outra, com ele ostentam alguma ligação.

Os contextos de crise obrigam a realização de ajustamentos fiscais para conter o déficit da dívida pública e aumentar a arrecadação tributária, o que enseja a afetação de direitos fundamentais sociais dos indivíduos, os quais somente estarão realmente protegidos caso a atuação da jurisdição constitucional se dê com base sólida e com os mecanismos adequados.

De tal sorte, em busca de encontrar os institutos corretos à proteção dos direitos sociais na ordem constitucional brasileira, mais do que uma discussão acadêmica, é fundamental para que a jurisdição constitucional consiga exercer bem o seu papel contramajoritário ao fiscalizar a atividade do legislador e do administrador, dentro das bases conferidas pelo Estado Democrático e Social de Direito. Caso contrário, valer-se de criações doutrinárias e jurisprudenciais sem um respaldo integral na Carta Constitucional pode levar desde a má aplicação do mecanismo, e assim ele não terá a eficácia que dele é esperada, assim como pode permitir a existência de críticas severas à própria atuação da Corte Constitucional por desgarrar do direito posto para invalidar atos praticados pelos representantes eleitos democraticamente pelo povo.

A preocupação com a correta atuação da justiça constitucional se dá pelo papel relevante que ela exerce na proteção dos direitos sociais, sob pena de, ao não se servir dos instrumentos adequados ou não manejá-los corretamente, haver manifesto prejuízo não apenas para a própria Corte, mas de todos os cidadãos que dela dependem como a *ultima ratio* contra a atuação estatal.

Por essa razão é que o presente trabalho busca esmiuçar o tratamento conferido aos direitos sociais e apontar o modo adequado para a sua proteção em face do Estado e, assim, indicar o caminho que se mostra mais consentâneo com a Constituição brasileira para a jurisdição constitucional quando estiver diante de um conflito envolvendo uma área tão sensível do ordenamento jurídico pátrio.

1. A posição dos direitos sociais no Direito Constitucional brasileiro

1.1 Os direitos fundamentais na Constituição Federal

A Constituição Federal brasileira ostenta em seu núcleo formal os direitos fundamentais. De acordo com a localização deles na parte inicial do texto constitucional (Título II – artigo 5º e seguintes) é possível perceber a preocupação do constituinte originário acerca da prevalência desses direitos como orientadores da ordem jurídica brasileira¹. São “garantias pontuais” reunidas em um catálogo pela Constituição Federal – ainda que não exaustivo - que busca assegurar ou proteger âmbitos de vida individuais, especialmente importantes ou postos em perigo².

Dada à importância dos bens jurídicos que se busca proteger, os direitos fundamentais são também o centro da Constituição material, porquanto a sua posição jurídica subjetiva é emanada inclusive para fora do texto constitucional como se percebe do art. 5º, §§ 2º e 3º, da CRFB, não estando limitados aos direitos declarados expressamente pelo constituinte e tampouco apenas no Título II da carta constitucional. Estão de sobremaneira atrelados à dignidade da pessoa humana, fundamento da república federativa do Brasil (artigo 1º, III, da CRFB), o que revela a importância dada a eles, colocando-os em lugar de destaque no ordenamento jurídico brasileiro, seja formal, seja materialmente.

O Título II da Constituição Federal brasileira trata “Dos direitos e garantias

¹ Beatriz González Moreno refere que a Lei Fundamental de Bonn foi a primeira Constituição alemã a colocar os direitos fundamentais no seu início (arts. 1º-19º), com o que busca denotar o seu valor capital no novo ordenamento democrático e a afirmação de um dos pilares do Estado de direito, *El estado social. Natureza jurídica y estructura de los derechos sociales*, pág. 119.

² Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 244.

fundamentais” e está subdividido em cinco capítulos: os “Direitos e deveres individuais e coletivos” estão no Capítulo I³; os “Direitos Sociais” no Capítulo II⁴; a “Nacionalidade” no Capítulo III⁵; os “Direitos Políticos” no Capítulo IV⁶ e os “Partidos Políticos (no Capítulo V)⁷”.

Ao fixar na retina os dois primeiros capítulos inseridos no título que diz respeito aos “direitos e garantias fundamentais”, é perceptível que o constituinte originário buscou manter no mesmo patamar de proteção os direitos de liberdade e os direitos sociais, inclusive sem fazer qualquer distinção quanto à sua aplicabilidade⁸, como o fez o constituinte português⁹, de modo que não há como afastar de qualquer deles a natureza de direitos fundamentais com idêntico regime de proteção¹⁰.

A previsão do art. 5º, § 1º, da CFRB, autoriza a aplicação direta dos direitos fundamentais, dispensando a necessidade de atos legislativos para que se possa garantir a efetividade dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Jose Afonso da Silva menciona, por autor lado, que a previsão constitucional expressa de aplicação imediata dos direitos fundamentais não resolve todas as questões, porque há matérias em que é necessária a edição de lei posterior para ter aplicabilidade, esclarecendo que os direitos individuais são de eficácia contida e aplicabilidade imediata, ao passo que os direitos sociais são de eficácia

³ No capítulo I da Constituição Federal consta um extenso rol de direitos e deveres individuais e coletivos todos incluídos em um único dispositivo (art. 5º – que conta com 78 incisos).

⁴ Artigos 6º a 11, com vários direitos sociais previstos no primeiro e um largo rol de direitos sociais dos trabalhadores nos artigos 7º a 11.

⁵ Artigos 12 e 13.

⁶ Artigos 14 a 16.

⁷ Artigo 17.

⁸ O artigo 5º, parágrafo 1º, da Constituição Federal estabelece apenas que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais [o Título II na íntegra, portanto] têm aplicabilidade imediata”.

⁹ Já a Constituição da República Portuguesa é mais minudente quanto à sistematização dos direitos fundamentais. No seu Artigo 17.º prevê que “O regime dos direitos, liberdades e garantias aplica-se aos enunciados no título II [que trata dos “Direitos, liberdades e garantias”] e aos direitos fundamentais de natureza análoga”. Como consequência, pelo texto da Constituição portuguesa, o regime dos “Direitos e deveres econômicos, sociais e culturais” é diverso daquele, pois estão localizados no título III e não no título III da norma constitucional, ainda que quanto a esse ponto a doutrina não seja uniforme nesse sentido (veja-se, por todos, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, pág. 251 e segs.).

Ela também estabelece que os direitos de liberdade sejam diretamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas (art. 18, nº 1). Quanto à última parte, não há dúvidas quanto à eficácia desses direitos em relação às entidades públicas, já que todos os órgãos de poder estão submetidos a eles. No que toca as entidades privadas, em que pese a previsão constitucional expressamente consagrar a submissão delas aos direitos fundamentais, há divergências quanto a sua aplicação. Jorge Miranda refere que os direitos de liberdade podem influenciar as relações bilaterais entre particulares e realça a dimensão objetiva dos direitos fundamentais, pois não é exigível apenas do Estado o respeito da dignidade e da autonomia das pessoas, mas também nas relações das pessoas entre si, *Manual Direito Constitucional*, tomo IV, pág. 336. Também tratam da questão da eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas Jorge Reis Novais, em *A intervenção do Provedor de Justiça nas relações entre privados*, págs. 277 e segs.; e Ingo Sarlet, em *A eficácia dos direitos fundamentais*, pág. 443 e segs.

¹⁰ Em sentido contrário Carlos Blanco de Moraes, *Curso de Direito Constitucional*, tomo II, págs. 588/601, ainda que com uma análise voltada principalmente ao direito social à saúde.

limitada e de aplicabilidade indireta¹¹.

Ainda que possa haver diferenças quanto à densidade normativa dos direitos de liberdade e dos direitos sociais a partir do texto constitucional, bem como por ser possível apontar divergências quanto à feição principal de cada um deles, é nítida a preocupação do constituinte originário em conferir uma proteção especial também aos direitos sociais no Brasil, dando a eles um tratamento unitário em relação aos direitos de liberdade¹². Aliás, a distinção de tratamento dada pela doutrina ou pela jurisprudência brasileiras com os direitos fundamentais de um lado e dos direitos sociais de outro não se justifica sob o abrigo da carta constitucional brasileira, pois ambos são direitos fundamentais e ostentam previsão constitucional idêntica¹³.

Uma das razões para a distinção decorre da formulação clássica sobre o papel dos direitos fundamentais, formulada por Georg Jellinek, ao lecionar a teoria dos quatro *status*¹⁴, especialmente para aquilatar as diferenças quanto à feição principal desses direitos. Tratava-se das situações jurídicas do indivíduo perante o Estado, de modo a se valer do conteúdo de cada direito fundamental, em destaque ao seu modo de proteção¹⁵.

No primeiro dos quatro estados apontados por Jellinek está o indivíduo no *status passivo*, no *status subjectionis*, e nessa condição possui apenas deveres perante o Estado porque está numa posição de subordinação em relação a ele, de modo que não goza de direitos diante do ente Estatal. Já no segundo encontra-se o estado de liberdade ou negativo, o *status libertatis*, através do qual são prosseguidos fins estritamente individuais mediante a livre atividade do indivíduo. O terceiro estado é o *status civitatis* ou *status* positivo, mediante o qual o indivíduo possui pretensões jurídicas positivas em face do Estado, de modo que este atue em favor daquele. Por fim, o quarto estado é o *activae civitatis* ou *status* ativo, mediante o qual o indivíduo pode exercer os direitos políticos, promovendo-o à cidadania ativa¹⁶.

A doutrina de Jellinek é semelhante aos caminhos trilhados na evolução dos direitos

¹¹ José Afonso da Silva, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 180.

¹² O tratamento unitário entre direitos de liberdade e sociais é sustentado por Gerardo Pisarello, in *Los derechos sociales y sus garantías*, pág. 61 e segs. Jorge Reis Novais também sustenta a teoria unitária entre os direitos fundamentais, *Direitos Sociais...*, pág. 65 e segs. Cristina Queiroz, ao discorrer sobre os direitos de liberdade e os direitos sociais à luz da Constituição portuguesa, refere não haver uma “diferente natureza entre esses dois tipos de normas ou princípios jusfundamentais (...) quanto de uma diferente estrutura e projecção dos mesmos na ordem jurídico-constitucional” porque ambos são direitos fundamentais, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 17.

¹³ Para uma visão crítica e geral sobre a teoria unitária dos direitos fundamentais e o desenvolvimento da tese de que os direitos fundamentais estão reduzidos ao mínimo existencial, Ricardo Lobo Torres, *A Constituição de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais*, págs. 276/278.

¹⁴ Para quem essa teoria ainda mantém a atualidade: Gilmar Mendes, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, pág. 139. Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, pág. 190.

¹⁵ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *cit.*, pág. 168

¹⁶ Georg Jellinek, *apud* Jorge Miranda, *Manual de direito constitucional*, tomo IV, pág. 95.

fundamentais, porquanto eles foram inicialmente compreendidos como limites à atuação do Estado e, a seguir, passaram a autorizar a exigência de prestações estatais para garantir os direitos dos indivíduos. José Melo Alexandrino indica três ideias ilustrativas dos direitos fundamentais: a) eles são direitos que visam proteger poderes e esferas de liberdade das pessoas; b) eles protegem as pessoas, antes de mais nada, na sua relação com o Estado; c) normalmente essa proteção serve para impedir o Estado de intrometer na esfera dos indivíduos, mas, também, para que o ente estatal promova a proteção desses direitos. Aliado a elas, existem, ainda, direitos fundamentais que exigem uma ação positiva por parte do Estado¹⁷.

Como os direitos fundamentais não possuem apenas a condição de garantidores da liberdade individual, eles são valores de fundamento material de todo o ordenamento jurídico¹⁸, além de serem parâmetros de organização e limitação dos poderes constituídos¹⁹. São eles pressupostos necessários para uma vida humana livre e digna, tanto para o indivíduo, quanto para a comunidade²⁰ e, ainda, são meios de legitimação do poder do Estado, pois a atuação deste deve ser direcionada para a realização daqueles direitos, de modo que o Estado de Direito e o respeito e a efetivação dos direitos fundamentais estão umbilicalmente ligados.

Em virtude do modelo constitucional adotado no Brasil, de os direitos fundamentais ocuparem posição central no ordenamento jurídico, com especial relevância, o legislador encontra neles uma limitação para sua atividade legislativa. Na edição das leis, o Poder Legislativo, assim como na atividade de administração pelo Poder Executivo e o Poder Judiciário na sua atividade judicial, há necessidade de se respeitarem aos direitos fundamentais, de modo a não invadir, quando do seu âmbito de normatização, o manto protetor assegurado pela norma fundamental, já que o próprio legislador está vinculado por esses direitos²¹, para se evitar o arbítrio do poder estatal contra os cidadãos²².

Diante de toda essa normatização constitucional brasileira acerca dos direitos

¹⁷ José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais (introdução geral)*, pág. 23

¹⁸ Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, pág. 69. Jorge Miranda, ao se referir à Constituição brasileira de 1988 menciona que ela confere prioridade aos direitos fundamentais em relação às demais matérias e declara as normas definidoras de direitos e garantias de aplicação imediata, *Manual de Direito Constitucional*, tomo I, pág. 222.

¹⁹ Gilmar Mendes. *Hermenêutica...*, cit., pág. 126

²⁰ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 108

²¹ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 87. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, pág. 62, para quem eles são posições jurídicas fortes contra as decisões da maioria política.

²² Diante da supremacia dos direitos fundamentais frente ao Estado, Jorge Reis Novais aponta, valendo-se das lições de Ronald Dworkin, que eles são trunfos (assim como há em um jogo de cartas) contra a maioria, porquanto são as garantias que o indivíduo tem diante dos atos estatais alicerçados na vontade majoritária, limitando-os, Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, pág. 37 e segs.

fundamentais, vê-se que o poder constituinte originário não fixou uma previsão específica de um regime para os direitos de liberdade e outro para os direitos sociais. A Constituição Federal Brasileira tratou uniformemente os direitos de liberdade e os sociais no âmbito dos direitos fundamentais²³, cabendo à doutrina e aos aplicadores do direito conferirem o tratamento adequado a cada um dos direitos dentro das suas especificidades e de acordo com a situação posta concretamente²⁴.

Não significa que o fato de os direitos de liberdade e os sociais serem fundamentais, todos os direitos aparentemente categorizados em uma ou em outra classificação possuirão exatamente as mesmas características. Sequer os direitos de liberdade conseguem receber sempre idêntico tratamento quando comparado entre eles (v.g., o direito de manifestação e o direito à ampla defesa), o que não seria diferente com os direitos sociais (v.g. o direito ao ensino fundamental básico e o direito ao lazer). A razão da diferença entre os direitos fundamentais, portanto, não está em serem direitos de liberdade, sociais ou políticos, mas no que há de comum dentro da estrutura de cada um, de acordo com a própria Constituição Federal, pois ela é que definirá as possibilidades de aplicação e interpretação de cada um dos direitos nela previstos, nos limites que houver estabelecido²⁵.

1.2 Direitos negativos e direitos positivos

Dentro da teoria dos direitos fundamentais, a distinção entre direitos negativos (de

²³ O tratamento unitário do texto constitucional brasileiro afasta a “dicotomia” ou o “dualismo” entre os direitos de liberdade e os direitos sociais tal como existente na Constituição portuguesa de acordo com Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais*, pág. 15. Rui Medeiros, ao referir que há uma diferença entre os direitos de liberdade e os direitos sociais “constitucionalmente assumida”, reforça a ideia de que ela não há no direito brasileiro porque essa distinção não foi “assumida” pelo constituinte originário de 1988, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais*, pág. 676/677.

²⁴ Oportuno trazer aqui o exemplo contido no RE 592.581, em que o Supremo Tribunal Federal decidiu no sentido de ser possível ao Poder Judiciário determinar ao Estado a realização de reformas em estabelecimento prisionais com intuito de garantia da dignidade da pessoa humana e para assegurar o respeito à integridade física e moral dos presos, conforme estabelece o art. 5º, XLIX, da Constituição Federal. No acórdão foram invocados, entre outros fundamentos, a necessidade de se observar direitos de primeira dimensão diante do cumprimento de pena pelos segregados em condições violadoras dos preceitos constitucionais de liberdade e de regulamentações infraconstitucionais e internacionais sobre as condições que devem ser mantidas pelo Estado na segregação de um indivíduo.

²⁵ Virgílio Afonso da Silva, ao apresentar críticas à consideração atual da distinção da eficácia dos direitos constitucionais feitas por José Afonso da Silva e traçar nova perspectiva, menciona que todas as normas de direitos fundamentais são passíveis de sofrer restrições, o que tornaria sem razão a distinção entre normas de eficácia plena, de eficácia limitada e de eficácia contida, de modo que “toda a norma que garanta um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia. Ou seja, todas as normas são de eficácia limitada.”, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, págs. 50/51.

defesa) e direitos positivos (a prestações) surgiu de acordo com citada teoria de Jellinek acerca das posições jurídicas dos indivíduos frente ao Estado. Basicamente, busca distinguir aqueles direitos que exigem uma abstenção, um não fazer, do Estado, daqueles que impõem uma atuação, um fazer, estatal. Isso sem falar, ainda, da possibilidade da existência de direitos de participação²⁶, além de outras distinções adotadas por outros doutrinadores²⁷.

Nessa distinção, os direitos negativos impõem ao Estado um dever ser abstenção, de não interferência na autodeterminação dos indivíduos, de modo a limitar a atividade do Estado²⁸, além de fundamentar a pretensão de reparo pelas agressões eventualmente sofridas²⁹. Em virtude dos direitos de defesa, identificados com os direitos de liberdade ou de primeira dimensão/geração, os indivíduos podem gerir a sua vida como bem entender sem a intervenção do Estado nas suas escolhas. Eles garantem que não haverá obstáculos estatais para o exercício das suas ações e tampouco elas serão afetadas por alguma atuação tendente a impedir o exercício da liberdade pelas pessoas, sendo que em caso de agressão estatal indevida é possível a exigência de uma reparação.

Por isso, os direitos de liberdades são tidos como os direitos fundamentais por excelência, já que se constituem como limites à atuação do poder do Estado perante os indivíduos³⁰. Eles estão identificados como os direitos de primeira geração/dimensão ou como o *status libertatis* de Jellinek, constituindo-se direitos de defesa, direitos negativos. Mas aliado à função de impedir uma determinada atividade estatal, eles servem, de outro lado, ao dever de suspensão de uma ação ilegítima contra o direito de alguém, além de repor o indivíduo ao *status quo* após a ofensa ao direito violado e a eliminação de suas consequências³¹. São direitos de libertação do poder³² e também à proteção do poder contra

²⁶ Gilmar Mendes, *Hermenêutica...*, cit., pág. 140. Em relação aos direitos de participação, podem ser considerados mistos de direitos de defesa e de prestações e ostentam uma função de garantia de participação do indivíduo na vontade política da comunidade, na vida política em que está inserido, conforme José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 168. São, também, direito de agir para a conformação de atos ou atividades do Estado e de outras entidades públicas, de acordo com Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 99.

²⁷ Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 97. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 167.

²⁸ Gilmar Mendes, *Hermenêutica...*, cit., pág. 140. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 168. Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 98. Konrad Hesse menciona que os direitos de defesa tornam possível ao particular defender-se contra prejuízos não autorizados pelo Estado, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 235.

²⁹ Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, pág. 193.

³⁰ O fato de os direitos fundamentais serem fruto do poder constituinte originário, expressão da soberania do povo no momento da elaboração dos preceitos constitucionais, eles estão acima dos poderes constituídos pela própria Constituição, de modo que não pode estar sob a absoluta dependência da vontade legislativa para produzir efeitos no mundo dos fatos, sob pena de negar-se vigência ao próprio texto constitucional.

³¹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 169. Cristina Queiroz aponta que a distinção proposta por Jellinek não significa que “da parte dos 'direitos negativos' não possam existir 'pretensões positivas'” e tampouco que se deva partir do pressuposto de que há de um lado os “direitos de defesa” e de outro os “direitos fundamentais sociais”, mas a resposta está em verificar se os direitos sociais devem ser

outros poderes³³.

Konrad Hesse aponta a necessidade dos direitos de defesa em uma ordem liberal constitucional, porque a democracia é o domínio de pessoas sobre pessoas, sujeitas ao abuso do poder, assim como os poderes do Estado também pode fazer injustiças³⁴.

Os direitos negativos também são vistos como um óbice à eliminação de posições jurídicas³⁵, o que significa que o Estado não pode pura e simplesmente retirar do ordenamento jurídico normas que afastem a proteção sobre os direitos fundamentais já protegidos.

Uma das principais características apontadas em relação aos direitos de liberdade, identificados normalmente com os direitos negativos, é o fato de seu conteúdo ser determinado ou determinável a partir do próprio texto constitucional³⁶, sem a necessidade de atuação do Estado para a sua conformação³⁷. A previsão contida na Constituição, em regra, é suficiente para que se possa extrair qual o bem jurídico jusfundamental em causa, razão pela qual o dever de respeito pelo Estado é mais facilmente verificado. E quando há necessidade de o Estado intervir, ela diz respeito às suas atividades tradicionais e, para isso, via de regra, não exige condições materiais relevantes³⁸.

Colocados de outro lado, estão os direitos positivos, os direitos a prestações. Eles impõem ao Estado obrigações de agir, voltadas para uma ação positiva dos poderes públicos, uma prestação para fazer³⁹. Seu objetivo é diminuir as desigualdades sociais, de garantir que o indivíduo possa exercer a sua liberdade na medida em que atua, de maneira especial, em prol dos cidadãos mais necessitados de uma sociedade, cujo acesso a recursos sociais são

compreendidos como direitos de defesa em sentido material ou formal, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 19/20.

³² Jorge Miranda, *Os novos paradigmas do Estado Social*, pág. 184

³³ Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 101

³⁴ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 235.

³⁵ Gilmar Mendes, *Hermenêutica...* cit., pág. 141

³⁶ Essa forma de aplicação do direito é o que Jorge Miranda chamou de revolução copernicana do Direito Público Europeu no sentido de que as normas constitucionais adstringem os comportamentos de todos os órgãos e agentes do poder e conformam suas relações com os cidadãos sem que haja a intermediação legislativa, Jorge Miranda, *O princípio da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais*, pág. 485.

³⁷ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 400. Como os direitos de liberdade estão, via de regra, regulados suficientemente pela Constituição, é dispensável que haja conformação legislativa do direito para sua aplicação imediata, assim como fica autorizado ao órgão judicial definir os conceitos diretamente da norma constitucional. Canotilho menciona que o fato de os direitos de liberdade serem aplicáveis diretamente não significa que sejam direitos subjetivos absolutos e autônomos, suscetíveis de poderem valer como alicerce jurídico necessário e suficiente para demanda de posições jurídicas individuais, pois eles não dispensam um grau suficiente de determinabilidade, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, pág. 382. Jorge Miranda também esclarece que nem todas as normas dos direitos de liberdade são imediatamente exequíveis, *O Princípio da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais*, pág. 485.

³⁸ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 180. O fato de não exigirem condições materiais relevantes, não significa que não haja custos para o Estado. Muitas vezes é necessário gasto para a realização dos direitos de liberdade, como se observa da manutenção de policiamento para garantia da segurança ou para a realização do processo eleitoral.

³⁹ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 16.

residuais ou, não poucas vezes, inexistentes⁴⁰.

Tais direitos são apontados como os responsáveis por atribuir aos poderes democráticos o dever de agir, no sentido de propiciar condições materiais favoráveis para que as pessoas tenham a possibilidade de atuar livremente e fazer as suas escolhas de vida. Também exigem do Estado um dever de proteção, porquanto, da mesma forma, obrigam-no a uma atuação positiva no sentido de proteger os direitos fundamentais⁴¹.

A principal identificação feita pelos direitos positivos é com os direitos sociais, justamente porque esses exigem uma atuação do Estado, no mais das vezes, para sua efetivação⁴². *Prima facie*, as normas constitucionais que os preveem não ostentam alta densidade normativa e dependem de conformação⁴³ do legislador para conferir os contornos precisos dos direitos elencados pelo texto constitucional. Constituem-se, nessa perspectiva, normas “abertas”, de maneira a propiciar ao legislador diversas formas de concretizações, num sistema constitucional pluralista⁴⁴.

Diferentemente dos direitos negativos, os positivos não são voltados principalmente contra o Estado, mas são direitos através dele, de modo que seu cumprimento se dá mediante uma ação através da edição de atos normativos ou atos administrativos⁴⁵. Por isso, Vieira de Andrade atribui aos direitos sociais a nota de direitos a prestações por excelência, porquanto dependem de condições de fato para sua atuação, exigem condições materiais suficientes, além de o Estado poder dispor juridicamente desses recursos⁴⁶.

No entanto, a distinção entre direitos negativos e positivos não pode ser vista de forma estanque, isolada, como ilhas afastadas umas das outras. Ambos têm sempre uma dupla

⁴⁰ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, pág. 11.

⁴¹ José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 168. Conforme Jorge Reis Novais o dever estatal de proteção impõe deveres concretos de atuação estatal contra ameaças e ataques de terceiros contra os direitos fundamentais, pois é necessário que o Estado proteja a integridade dos bens jurídicos com essa natureza, seja contra a atuação de entidades públicas, seja por particulares, *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*, pág. 86.

⁴² Tiago Fidalgo de Freitas parte, para caracterização dos direitos sociais, do direito social como *um todo*, de matriz Alexyana, a partir de um conjunto de feixes de posições jurídicas que nele estão incluídos. Sintetiza-os como (a) direitos a prestações positivas *strictu sensu* a fornecer pelo Estado aos cidadãos; (b) caso ainda não conformados pela legislação são meras pretensões jurídicas ainda não concretizadas e, por isso, não são direitos subjetivos; (c) isso porque inexistente na Constituição [portuguesa, registre-se] uma individualização do conteúdo concreto dos direitos sociais suscetível de ser apurada pelos operadores jurídicos; (d) dependem eles dos recursos estatais e, assim, são de realização gradual e revelam opções políticas que incumbem primeiramente ao legislador, *O princípio da proibição do retrocesso*, pág. 796.

⁴³ Conforme Bodo Pieroth e Bernhard Schlink há conformação ou concretização de um direito fundamental sempre que seu âmbito de proteção permanece intacto, o que significa sem sofrer restrição, pois o Estado não pretende de modo algum impedir uma determinada conduta, mas pretende *abrir* possibilidades de conduta para que o particular possa fazer uso do direito fundamental, *Direitos fundamentais*, pág. 92.

⁴⁴ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 17.

⁴⁵ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 179; J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 408.

⁴⁶ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 179.

dimensão⁴⁷: eles podem exigir um dever de proteção pelo Estado⁴⁸ ou atuação deste para concretizá-los, *v. g.*, a Constituição das polícias para garantir a segurança e a liberdade individual contra ataques de terceiros, assim como os direitos à prestação em determinada hipóteses também obrigam o Estado a abster-se de afetá-los com uma atuação que seja contrária a esses direitos, por exemplo, ao suspender a atividade de prestação da saúde pública.

Dada essa situação, a distinção entre direito social e positivo de um lado e direito de liberdade e negativo de outro não é linear e integral e tampouco de fácil determinação⁴⁹, especialmente porque todos os direitos fundamentais ostentam, em maior ou menor grau, uma dimensão positiva e uma dimensão negativa. Por isso, é relevante conhecer a qualidade jusfundamental do direito em causa e a especificidade das reservas que o afetam, pois são elas que condicionam as margens de decisão dos poderes públicos e do controle judicial⁵⁰, independentemente de se tratar de um direito aparentemente positivo ou negativo.

1.3 A teoria unitária dos direitos fundamentais como forma proteção suficiente dos direitos sociais

Já foi trazida a ideia de que os direitos sociais integram o rol dos direitos fundamentais e não apresentam qualquer distinção pela Constituição brasileira acerca da sua aplicabilidade, assim como foi afirmado ficar a cargo da doutrina e da jurisprudência determinar a forma de aplicação desses direitos.

Isso não significa a interpretação de que a fundamentalidade dos direitos sociais é

⁴⁷ Stephen Holmes e Cass R. Sustein lecionam que tanto os direitos positivos quanto os negativos são direitos de custam ao Estado e, por isso afirma que “todos os direitos são direitos positivos” (*All rights are positive rights*), *The Cost of Rights: Why liberty depends on taxes*, pág. 48. André Salgado de Matos menciona que há muito tempo é reconhecido que os direitos de liberdade exigem atividades positivas, jurídicas e fáticas, que garantam a sua efetivação, exigindo uma atuação positiva do Estado para assegurar a ausência de interferências no seu exercício e para evitar que uma atuação pretensamente livre colida com a liberdade de terceiros, *O direito ao ensino*, pág. 402.

⁴⁸ J. J. Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 399

⁴⁹ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 102. Jorge Reis Novais refere que existe uma diferença entre os dois tipos de direito quando se considera a dimensão principal, e tem a ver com a diferente determinabilidade de conteúdo de uns e outros direitos no plano constitucional, porquanto os direitos sociais, nessa dimensão, se traduzem em exigência de prestações fáticas ligadas à reserva do financeiramente possível e, por isso, nem sempre o legislador constitucional pode determinar em grau suficiente a aplicabilidade direta desses direitos, *Direito Sociais...*, *cit.*, pág. 369.

⁵⁰ Jorge Reis Novais, *Direitos sociais... cit.*, pág. 130/138.

meramente “retórica ou flácida”⁵¹. Também não se pode desconsiderar que os direitos sociais estão na base de uma concepção de justiça social⁵², envolvendo uma ideia de igualdade material diferenciadora⁵³ e de redistribuição de riqueza⁵⁴. Eles são manifestação da solidariedade social, estão alicerçados na dignidade da pessoa humana⁵⁵, compreendem como um “*standard* mínimo” ou a garantia de um mínimo social⁵⁶ e correspondem a direitos de libertação da necessidade e de promoção⁵⁷ e, por isso, via de regra, custam ao Estado⁵⁸.

A característica de serem prioritariamente direitos à prestação decorre da necessidade da destinação pelo Estado de parte do orçamento para a consecução desses direitos, o que se dá mediante a intervenção legislativa ou a atuação administrativa, pois exigem uma atuação estatal acompanhada de medidas infraconstitucionais de conformação. A Constituição brasileira não traz, no mais das vezes, uma descrição detalhada desses direitos (veja-se, *v. g.*, o direito à moradia, ao transporte, ao lazer), exigindo atuação do legislador para delimitar o conteúdo do direito⁵⁹, razão pela qual são considerados por parte da doutrina como direitos

⁵¹ Juarez de Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, pág. 209.

⁵² Conforme Konrad Hesse, “para os desempregados, a liberdade de profissão é inútil. Liberdade de aprender e livre escolha dos centros de formação ajudam somente àquele que está financeiramente em condição de terminar a formação desejada e ao qual tais centros de formação estão à disposição. A garantia da propriedade somente tem significado real para proprietários, a liberdade de habitação somente para aqueles que possuem uma habitação. Se essas e outras liberdades devem ser mais do que liberdades sem conteúdo, então elas também pressupõem mais do que uma proibição de intervenções estatais, ou seja, aquele sistema de medidas planificadoras, fomentadoras e conservadoras da política econômica social”, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 176.

⁵³ Para Beatriz Gonzáles Moreno os direitos sociais tem como finalidade a realização de uma síntese entre liberdade e igualdade, *El estado social. Natureza jurídica y estructura de los derechos sociales*, pág. 122.

⁵⁴ Paulo Otero, *Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976*, pág. 43. José Afonso da Silva afirma que os direitos sociais são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar igualização de situações sociais desiguais, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, pág. 286

⁵⁵ Paulo Otero, *Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976*, pág. 40.

⁵⁶ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 93.

⁵⁷ Jorge Miranda, *Manual...*, *cit.*, tomo IV, pág. 101.

⁵⁸ Vicente de Paulo Barreto trata das falácias políticas dos direitos sociais ao referir que as falácias políticas utilizadas para, junto com as teóricas, excluir os direitos sociais do âmbito dos direitos humanos fundamentais, evidenciam somente relações sociais e econômicas específicas, centradas na propriedade e na economia de mercado do livre e não social. O autor imputa ser falacioso o argumento pertinente ao custo dos direitos sociais ao mencionar que a “reserva do possível” representa um argumento preponderante no projeto neoliberal contemporâneo, mas vestido de uma ilusória racionalidade por ignorar em que medida o custo é consubstancial a todos os direitos fundamentais. Menciona que a escassez de recursos como argumento para a não observância dos direitos sociais acaba afetando tanto os direitos civis e políticos, como direitos sociais e acaba resultando em ameaça à existência de todos os direitos, *Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado*, págs. 120-121. Compartilham dessa mesa ideia Stephen Holmes e Cass R. Sustein, os quais asseveram que mesmo os direitos como a liberdade de expressão, a proteção ao direito de propriedade, o direito a ser julgado pelos Tribunais, o direito de processar alguém são direitos que custam ao Estado, *The cost of rights...*, *cit.*, pág. 35 e segs.

⁵⁹ Diz-se, via de regra, porque em determinadas hipóteses é possível verificar o conteúdo do direito social a partir da Constituição Federal, como fez o Supremo Tribunal Federal ao tratar do direito à saúde na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) n° 175.

sob condição⁶⁰. Ainda assim, a maior ou menor vinculação jurídica dos direitos sociais não está atrelada ao fato de sua condição de direito social, mas em virtude de seu caráter mais concreto ou menos, de sua maior ou menor abstração, de sua maior ou menor determinação⁶¹ a partir da descrição que lhe fora constitucionalmente atribuída⁶², porquanto qualquer direito fundamental apresenta poderes negativos e positivos, o que resulta em um caráter dialético ou híbrido dos direitos de várias gerações⁶³.

Os direitos sociais estão a serviço da igualdade e da liberdade material e objetivam a proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material, especialmente quando não lhes é possível obter diretamente tais direitos, além de, no mais das vezes, estarem atrelados à garantia da existência com dignidade⁶⁴. A dignidade da pessoa humana alicerça em grande medida os direitos sociais para assegurar aos cidadãos não apenas o direito de viver, de se manter vivo, mas de ostentar uma existência digna, garantindo um mínimo essencial pelos direitos sociais.

Por isso a dignidade da pessoa humana compõe o núcleo duro dos direitos sociais, sendo uma parcela intangível desse direito⁶⁵. A potencialidade jurídica dele é capaz de fazer assentar uma força jurídica imperativa num núcleo mais restrito, já reconhecido consensualmente como irredutível⁶⁶. Ainda assim, o legislador goza de espaço para a conformação legislativa em relação à maioria dos direitos sociais, porquanto, inexistente uma forma única de cumprimento dos mandamentos constitucionais nesta seara, e por não haver conteúdo fixo do direito a um mínimo para existência condigna⁶⁷, podendo haver variações para sua efetivação, desde que haja o respeito ao indivíduo quando da conformação dos direitos sociais.

O fato de, em regra, os direitos sociais ostentarem um conteúdo indeterminado a nível constitucional, indeterminabilidade essa não apenas semântica, mas também fática, estão mais vulneráveis à reserva do financeiramente possível. Isso dificulta a possibilidade de o aplicador

⁶⁰ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 67

⁶¹ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 18.

⁶² Para José Afonso da Silva, as normas de direitos sociais possuem juridicidade apenas pelo fato de constarem em um texto “de lei”, de modo a afastar a concepção de uma “injuridicidade de regras pertencentes a uma Constituição, e especialmente a uma Constituição rígida”, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pág. 153.

⁶³ Juarez de Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, pág. 209.

⁶⁴ Ingo Wolfgang Sarlet, *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, pág. 110.

⁶⁵ Luiz Fernando Calil de Freitas, *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, pág. 221.

⁶⁶ Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, pág. 46.

⁶⁷ Vieira de Andrade, *O direito ao mínimo de existência condigna*, pág. 27.

chegar ao conteúdo do direito apenas alicerçado em critérios jurídicos de interpretação⁶⁸. A tarefa de conformação dele passa pelo trabalho do legislador, a quem cabe avaliar a possibilidade e a forma de conformar determinado direito naquele momento⁶⁹. Mas, ainda que os direitos sociais dependam no mais das vezes de conformação legislativa, não são “meros apelos ao legislador” e tampouco se limitam a formar “programas” de atuação, todavia se constituem normas de envergadura constitucional que servem como “parâmetro de controle judicial” para fins de controle de constitucionalidade de medidas legislativas que contra eles atentem⁷⁰.

A avaliação da oportunidade, pelo legislador, também passa pela questão da reserva do financeiramente possível, já que sempre é possível abstratamente ao Estado ampliar os direitos sociais ao conceder um grau mais elevado desses direitos. São justamente as limitações financeiras que impedem a atuação estatal, no sentido de manter uma sempre crescente ampliação dos direitos sociais, além da infinita crescente necessidade por parte dos cidadãos, de modo que se exige a ponderação do legislador para quais questões deverão direcionar seu orçamento, efetivando alguns dos direitos sociais possíveis, ou, em casos mais severos, exigindo uma retrocessão naqueles já concedidos para adequá-los à realidade constitucional possível em determinado contexto econômico-político.

O direito fundamental social por ter uma estrutura sem conformação no nível da Constituição, como regra, necessita, portanto, de uma construção baseada não apenas na dicção apresentada pelo texto da Constituição em abstrato, mas exige a observância ao campo político-cultural, de modo que os dois planos – este e o jurídico – possam definir uma interpretação adequada ao direito social⁷¹.

A norma constitucional brasileira incluiu no seu Título II, ao tratar “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, tanto os direitos de liberdade quanto os sociais⁷², e para todo o

⁶⁸ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais... cit.*, pág. 147

⁶⁹ Jorge Miranda afirma que o Direito não pode ser compreendido desligado da realidade social (ou seja, cultural, religiosa, política e econômica) em que se deve aplicar e que um conjunto idêntico de normas posto em diferentes países pode ensejar diferentes modos de ser interpretado e ser cumprido, porque eles levam consigo valores e conceitos suscetíveis de refração e não se reduzem a esquemas formais, *Manual... cit.*, tomo I, pág. 120.

⁷⁰ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 65. José Afonso da Silva assevera que se essas normas “impõem certos limites à autonomia de determinados sujeitos, privados ou públicos, se ditam comportamentos públicos em razão de interesses a serem regulados, nisso claramente se encontra o seu caráter imperativo”, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pág. 154.

⁷¹ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 23.

⁷² Aqui a Constituição Federal brasileira apresenta – pelo menos em uma interpretação literal – uma grande distinção no tratamento dos direitos sociais em relação a Portugal, pois não há um regime material distinto em relação aos direitos de liberdade. Aliás, sequer há previsão de um regime de tratamento dos direitos fundamentais afora a aplicabilidade imediata (art. 5º, § 1º, da CF) e a sua inclusão nas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º, da CF). A Constituição portuguesa não prevê um regime específico aplicável aos direitos sociais, mas

título determina a aplicação imediata de suas normas (art. 5º, §1º⁷³), a aplicabilidade imediata está reservada para todos os direitos fundamentais independentemente do capítulo ou título da Constituição⁷⁴.

Essa forma de aplicabilidade, ainda que expressa no texto constitucional, nem sempre é passível de realização a partir da própria Constituição, pois falta “determinabilidade do destinatário” e a possibilidade de ser acionado judicialmente, características essas limitadas a casos excepcionais no âmbito dos direitos sociais⁷⁵. Essa problemática fica evidenciada quando se fixa a retina no artigo 6º da Constituição Federal que traz no rol – exemplificativo - os seguintes direitos sociais: a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.

Como consequência, há necessidade de uma intervenção aguda do legislador para conformar grande parte dos direitos prestacionais elencados na Constituição, o que torna a discussão acerca da disponibilidade do legislador sobre eles ainda mais evidente. No entanto, isso não se dá pela distinção entre direitos sociais de um lado e direitos de liberdade de outro. Não é a natureza de direito social que exige a intervenção legislativa, mas estrutura do direito,

estabelece um regime de tratamento aos direitos de liberdade e aos de direitos fundamentais de natureza análoga (art. 17º). José Joaquim Gomes Canotilho, sobre a questão, leciona que à margem do regime dos direitos de liberdade há os direitos sociais que não tenham natureza análoga àqueles, sem densidade bastante para alcançarem o nível de determinabilidade necessário para fruir do regime dos direitos de liberdade, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, pág. 378. Jorge Miranda leciona que tanto as normas preceptivas não exequíveis como as programáticas são também, de certo modo, diretamente aplicáveis por que: a) proibem a emissão de normas legais contrárias ou a prática de comportamentos que tendam a impedir atos por ela impostos; b) só por constarem na Constituição contam para a interpretação sistemática e podem contribuir para integração de lacunas; c) fixam critérios para o legislador sobre aquilo que versam, *O princípio da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais*, pág. 486.

⁷³ Jose Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pág. 151. A Constituição brasileira prevê que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”. Ou seja, como os direitos sociais estão em um capítulo (capítulo II) do título que trata dos direitos e garantias fundamentais (título I), eles gozam de aplicabilidade direta, ainda que o alcance de sua eficácia deva ser avaliado em cada direito social e em harmonia com outros direitos fundamentais, princípios e interesses públicos e privados, conforme leciona Ingo Sarlet, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 563. José Afonso da Silva, ao tratar do alcance do art. 5º, § 1º, da CF/88, refere que as normas de direitos fundamentais são aplicáveis “até onde possam, até onde as instituições ofereçam condição para seu atendimento”, além de significar que o Poder Judiciário não pode deixar de aplicá-las, quando invocado em virtude de uma situação concreta “nelas garantida”, pois deve conferir ao interessado o direito reclamado de acordo com as instituições existentes, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pág. 165. Suzana de Toledo Barros alude à aplicabilidade imediata como uma previsão que deve ser entendida em conjunto com a estrutura dos direitos fundamentais, tendo em vista que algumas delas dependem de uma prestação de natureza fática ou legislativa para sua realização, inclusive no âmbito do art. 5º, da Constituição Federal, razão pela qual a aplicabilidade imediata deve ser um atributo de todas as normas constitucionais, mas o grau dessa exequibilidade varia conforme a natureza do direito e a situação em que ele está inserido, *O princípio da proporcionalidade*, pág. 146/148.

⁷⁴ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, pág. 90. George Marmelstein aponta que em Portugal houve uma escolha por uma distinção bem nítida entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, diferenciação que não se aplica ao modelo brasileiro uma vez que a Constituição brasileira não fez diferenciação quanto a esses direitos, *Curso de Direitos Fundamentais*, pág. 175/176.

⁷⁵ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 65.

o que pode ocorrer tanto no campo dos direitos de liberdade quanto no dos direitos sociais.

Não há dúvidas de que o *devido processo legal* seja uma garantia constitucional ligada aos direitos de liberdade (art. 5º, LIV, da CF), mas não se tem o parâmetro do que ele consiste diretamente no nível da Constituição. É necessária a elaboração de um Código de Processo Penal que permita a punição de um agente pela violação às normas penais e, assim, autorizar o Estado a impor uma sanção e a privar um indivíduo de sua liberdade. Também é assim que funciona para privar determinado cidadão de seus bens, o que se faz no âmbito de um processo regido pelas normas do Código de Processo Civil. Então para que seja possível garantir o devido processo legal, é imperiosa a edição de atos infraconstitucionais discorrendo de que maneira ele se desenvolverá, no cumprimento da norma constitucional.

Essa situação deixa claro que não é o fato de se estar diante de um direito de liberdade que dispensa a conformação legislativa, mas a estrutura do direito tal como posto pelo Poder Constituinte. Aqueles direitos que ostentem configuração suficiente na própria Constituição podem até mesmo dispensar a intervenção do legislador, ao passo que aqueles direitos mais “indefinidos”, necessitarão que o Poder Legislativo atue para dar-lhes o conteúdo imprescindível para o seu exercício.

É evidente que a baixa densidade normativa ocorre principalmente nos direitos sociais e por isso é possível dizer que prioritariamente eles exigem do Estado a emissão de atos legislativos para a sua conformação, ao passo que os direitos de liberdade densidade normativa mais elevada, de modo que não é possível a equiparação absoluta de ambos os direitos no que toca a sua efetivação⁷⁶. Essa é a razão pela qual Jorge Miranda afirma não ser possível ao Estado conferir tratamento idêntico aos direitos sociais como se direitos de liberdade fossem, em que pesem eles não possuam um contraste radical⁷⁷.

Mas a questão que ora se põe em destaque diz respeito à possibilidade de restringir aqueles direitos cuja conformação foi dada mediante intervenção legislativa. Isso porque no constitucionalismo atual, de consolidação do Estado de Direito e da preocupação em conferir força normativa à Constituição, a vinculação aos direitos fundamentais está voltada

⁷⁶ Jorge Miranda leciona que a vinculação do legislador à Constituição significa que a regulamentação legislativa deve ser conforme as normas constitucionais e que as não exequíveis por si mesmas devem ser concretizadas nos termos por elas próprias previstas e, quanto aos direitos sociais, logo que reunidas as condições para tanto, *in* O princípio da eficácia jurídica dos direitos fundamentais, pág. 488. André Salgado de Matos refere que podem existir direitos integrados entre os direitos sociais que sejam direitos de liberdade, pág. ex. como o direito de propriedade (art. 62º da CRP), razão pela qual a colocação desses direitos no texto constitucional é irrelevante em termos de sua qualificação, *O direito ao ensino*, pág. 404/405.

⁷⁷ Jorge Miranda, *Manual...*, *cit.*, tomo IV, pág. 163. Em sentido contrário argumenta André Salgado de Matos ao sustentar a superação do dualismo entre os direitos de liberdade e os direitos sociais em favor de uma abordagem unitária que privilegie a identificação de espaços de preceptividade no conteúdo dos direitos fundamentais, *O direito ao ensino*, pág. 411.

principalmente ao legislador e ao administrador, quem mais ostenta mais condições de afetar negativamente aqueles direitos quando de sua atuação. A observância aos preceitos constitucionais na edição legislativa decorre do modelo de Constituição rígida adotada no Brasil o que implica no controle da atividade legislativa pela justiça constitucional, tendo como parâmetro de controle a Constituição, em especial, no que toca os direitos fundamentais⁷⁸.

No entanto, a Constituição brasileira não prevê um regime detalhado de aplicação dos direitos fundamentais e, tampouco, distinto entre os de liberdade e os sociais⁷⁹, o que conduz à conclusão de inexistir distinção de regime jurídico entre eles⁸⁰, não obstante eles tragam consigo algumas diferenças. Com isso, tanto aos direitos individuais e coletivos quanto aos direitos sociais são normas constitucionais aplicáveis diretamente conforme o texto constitucional⁸¹, naquilo que for possível, cuja variação depende do direito em análise caso a caso⁸².

⁷⁸ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 87.

⁷⁹ O texto constitucional português não prevê um regime para os direitos sociais não obstante eles estejam incluídos na Parte I da Constituição que trata dos Direitos e Deveres Fundamentais. Somente para os direitos de liberdade está prevista a auto-aplicabilidade, a vinculação a entidades públicas e privadas; as restrições apenas ao mínimo necessário para resguardar outros direitos; o caráter geral e abstrato da lei restritiva, bem como a impossibilidade de efeito retroativo e abaixo do conteúdo essencial. Em relação aos direitos sociais a Constituição não traz qualquer previsão semelhante. Em virtude do silêncio da Constituição surgiram várias correntes tentando encontrar o modo constitucionalmente adequado de aplicação dos direitos sociais. José Joaquim Gomes Canotilho separa o regime geral dos direitos fundamentais, aplicável a todos os direitos com essa natureza (sejam de liberdade ou sociais), do regime específico dos direitos, liberdades e garantias, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 415. Jorge Miranda também leciona existência de diferenças de estrutura, de realização e de regimes entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, não obstante eles não possam ser vistos em compartimentos estanques, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 102. Esse autor refere que a bifurcação entre direitos de liberdade e os direitos sociais não se apresenta radical porque há direitos com estrutura dos de liberdade no título III da parte I e há um regime comum traduzido nos grandes princípios da universalidade, da igualdade e da tutela jurisdicional, assim como na interpretação e na integração de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem; além disso, aos direitos sociais também são aplicáveis, com as devidas adaptações, o princípio da garantia do seu conteúdo essencial, razão pela qual a liberdade de conformação do legislador não pode frustrar o sentido e as balizas das normas constitucionais, *Pensões no setor bancário*, pág. 19. Para Vieira de Andrade, os direitos fundamentais sociais, apesar de estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não constituem categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos de liberdade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pág. 357. Jorge Reis Novais, em uma doutrina mais moderna, preconiza não haver diferenciação entre os direitos sociais dos direitos de liberdade, de modo a ser aplicável o regime comum aos direitos fundamentais para ambos direitos, *Os direitos Sociais...*, cit., pág. 32.

⁸⁰ Ingo Sarlet preconiza que os direitos sociais estão sujeitos, em princípio, ao mesmo regime jurídico dos demais direitos fundamentais, ainda que não necessariamente de modo igual quanto ao detalhe, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 562. J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira apontam que a Constituição portuguesa possui um regime diferenciado entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, em que pese ambos sejam direitos fundamentais, *Fundamentos da Constituição*, pág. 127. Carlos Blanco de Moraes entende não ser possível um tratamento unitário entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, *Direito Constitucional II*, Relatório, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2001, págs. 170/173.

⁸¹ Ingo Wolfgang Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, pág. 357.

⁸² O Tribunal Constitucional português já asseverou a existência de um direito fundamental ao mínimo de existência condigna, inclusive como direito a prestação positiva do Estado, conforme se observa do Acórdão n° 509/2002 (cuja análise se desenvolverá mais adiante quanto à restrição aos direitos sociais), assim como já o fez

Ainda assim, a previsão constitucional de aplicabilidade imediata de todos os direitos fundamentais não faz com que eles sempre dispensem a conformação legislativa quando seja impossível aquilatar o conteúdo desse direito a partir da própria Constituição. Nem sempre é possível aos tribunais definir qual é o teor do direito constitucional, *v. g.* a moradia, a segurança, ao lazer⁸³, sendo necessária intervenção do legislador para dar forma a esses direitos mediante uma avaliação política e financeira pelos representantes legitimamente eleitos, especialmente quando se trata de direitos que trazem custo ao Estado.

Por isso que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais podem receber idêntico tratamento quando se estiver diante da sua função de defesa, relativo ao dever geral de respeito, ocasião em que não haverá diferença entre eles, mas na medida em que sejam direitos negativos não integrados no dever estatal de respeitar, mas primeiramente de promover o acesso individual ao bem, as circunstâncias podem se alterar⁸⁴.

Por apresentarem menor densidade normativa – ou diferentes densidades normativas conforme a previsão constitucional –, o aplicador nem sempre pode concretizar suficientemente as normas de direitos sociais, tendo como fonte, apenas, os preceitos constitucionais, de maneira que a aplicação imediata por vezes não lhes é possível⁸⁵, ficando na dependência da edição de atos legislativos para dar-lhes a respectiva conformação⁸⁶, quando necessário. Aliás, José Afonso da Silva, ao tratar das normas programáticas e da tutela das situações subjetivas, refere que elas podem produzir situações subjetivas de vantagem como simples interesse, como simples expectativa, como um interesse legítimo ou até como um direito subjetivo, de acordo com a previsão elencada no texto constitucional⁸⁷.

Interessante abordagem à aplicabilidade dos direitos fundamentais no direito constitucional brasileiro foi apontada por Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, pois para eles o art. 5º, § 1º, da CRFB estabelece que são diretamente aplicáveis as normas “definidoras”

o Supremo Tribunal Federal na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) nº 45 e na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175.

⁸³ É necessário fazer uma ressalva em relação ao direito à saúde, pois é admitida pelo Supremo Tribunal Federal a efetivação do direito social da saúde pelo Poder Judiciário, inclusive com o fornecimento de medicamentos conforme se verifica da decisão proferida na Suspensão de Tutela Antecipada (STA) nº 175 e no RE 271.286/RS. Também em relação ao direito à educação houve manifestação do STF no sentido de aplicação direta de dispositivos constitucionais, STA nº 318 e RE 436996/Spág.

⁸⁴ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, *cit.*, pág. 135/136.

⁸⁵ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, pág. 91.

⁸⁶ Jorge Miranda refere que muitas normas de direitos sociais no Brasil são de difícil cumprimento até em longo prazo, pelo menos de uma mesma maneira em um país tão diversificado, *Manual... cit.*, tomo I, pág. 222.

⁸⁷ Aplicabilidade das normas constitucionais, pág. 176/177. Exemplifica essa gradação possível no âmbito dos direitos sociais com a previsão do art. 170, VII, que estabelece o fim da ordem econômica para assegurar a “redução das desigualdades regionais e sociais”; ao passo que o inciso III desse dispositivo prevê a necessidade de a propriedade observar a sua função social; e, em outra ponta, o art. 208, § 1º, preceitua o direito subjetivo ao ensino obrigatório.

dos direitos fundamentais⁸⁸, ou seja, aquelas previsões que trazem consigo a definição, o conteúdo, do direito fundamental. Dito de outra maneira, se a Constituição não trazer a definição do direito fundamental ele não goza de aplicação imediata e depende da manifestação legislativa que estabeleça o seu conteúdo.

Essa interpretação faz sentido, principalmente em relação ao fato de que muitos direitos sociais não são passíveis de concretização no nível constitucional e, dessa forma, deixam ao legislador infraconstitucional uma ampla margem de discricionariedade na configuração de tais direitos⁸⁹. Ainda assim, em virtude da força normativa da Constituição, o Estado tem o dever de implementar os direitos fundamentais para que o titular do direito possa exercê-lo⁹⁰ em virtude de elas não serem meros programas de governo, pois carregam consigo a grandeza de direito fundamental. Tanto é assim que, a partir do momento em que houver a conformação do direito social, ele passa a ostentar densidade normativa suficiente para impedir uma restrição ou extinção pura e simples do seu conteúdo por uma ação ilimitada do legislador infraconstitucional⁹¹, além de ostentar um dever de proteção por parte do Estado mesmo antes de haver a conformação legislativa.

A discussão que há de forma mais aguda quanto aos direitos sociais está ligada principalmente em relação de sua exigibilidade como direitos a prestações. Trata-se de uma questão de grande divergência doutrinária, especialmente pela heterogeneidade das normas de direitos sociais⁹², em destaque quando se trata da sua dimensão positiva⁹³. No entanto, a perspectiva de efetivação dos direitos fundamentais não será abordada como tópico principal no âmbito deste trabalho, tendo em vista que se busca analisar as restrições aos direitos sociais e a questão do retrocesso desses direitos.

Especialmente nesse contexto de restrições aos direitos fundamentais, atento ao fato de haver tratamento unitário pela Constituição brasileira acerca dos direitos que os integram, sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais, não é possível extrair consequências

⁸⁸ Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins, *Teoria Geral dos Direitos Fundamentais*, pág. 91.

⁸⁹ Mas como assenta Jorge Miranda, mesmo quando a Constituição confere à lei a regulamentação de certos direitos o legislador não é livre para conferir qualquer conteúdo, mas deve ser efetivado na perspectiva global da Constituição e de possuir um sentido que seja conforme o sentido objetivo da norma constitucional, *O princípio da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais*, pág. 488.

⁹⁰ *Idem*, pág. 92.

⁹¹ Jorge Miranda, *Pensões no setor bancário*, pág. 14.

⁹² Para Ricardo Lobo Torres aos direitos sociais somente confere-se o adjetivo fundamentais e as suas consequências naquilo que diz com o mínimo existencial, sendo este um mecanismo de proteção do direito de liberdade através da garantia de elementos materiais mínimos para o seu exercício. Refere que o mínimo existencial não tem dicção constitucional própria e deve ser encontrado sob a ideia de liberdade, nos princípios constitucionais de igualdade, do devido processo legal e da livre iniciativa, na Declaração dos Direitos Humanos e nas imunidades e privilégios do cidadão, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, Volume V, pág. 357.

⁹³ Ingo Sarlet, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 571.

jurídicas diversas entre eles naquilo que lhes é comum. Apenas nos pontos em que existam diferenças substanciais⁹⁴ – pela falta de densidade normativa constitucional, por exemplo – e seja impossível dar tratamento jurídico comum para ambos é lícita a existência da distinção entre eles, sob pena de a diferenciação ser considerada manifestamente inconstitucional por dar um trato diverso a parte dos direitos fundamentais quando a própria Constituição Federal não o fez⁹⁵.

De tal sorte, é perceptível que no direito brasileiro todos os direitos fundamentais possuem idêntica vertente negativa, apta a configurar um direito de defesa contra agressões públicas independentemente se se está perante um direito de liberdade ou um direito social, e também ostentam uma dimensão positiva a obrigar a atuação dos poderes públicos para sua efetivação quando não é possível apenas com o texto constitucional, de modo que todos trazem consigo uma identidade estrutural complexa⁹⁶.

⁹⁴ Jorge Reis Novais, *As restrições...*, cit., págs. 133 e segs., Jose Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., págs. 187 e segs., José de Melo Alexandrino, *A estruturação...*, cit., págs. 218/221. Rui Medeiros, *Direitos, liberdades, e garantias...* cit., pág. 562.

⁹⁵ Como aponta Rui Medeiros, em algumas situações a efetivação dos direitos de liberdade depende da vontade política do legislador e também da disponibilidade financeira ou material do Estado e, nesses casos, estão submetidos à limitação decorrente da reserva do possível, assim como ocorre com os direitos sociais, *Direitos, liberdades, e garantias...*, cit., pág. 563.

⁹⁶ Rui Medeiros, *Direitos, liberdades, e garantias...*, cit., pág. 677.

2. O “princípio da proibição do retrocesso social”

2.1 Uma breve incursão no direito comparado

A incursão ao direito comparado tem como finalidade analisar a maneira que o mesmo problema é tratado em outros ordenamentos jurídicos e, assim, averiguar a compatibilidade do instituto com o direito pátrio. Mais relevante ainda a utilização deste recurso quando o tema jurídico em debate aportou ao direito interno proveniente de fontes estrangeiras. Isso faz com que seja imprescindível pontuar o sistema de onde proveio a matéria em análise e como ela é utilizada em sistemas judiciais similares.

A escolha ao direito alemão e ao direito português apenas, possui razão de ser. O primeiro porque onde teve surgimento o instituto e a fonte pela qual a doutrina brasileira se abeberou para sustentar a sua ocorrência no âmbito nacional. O segundo porque frequentemente citado na doutrina e na jurisprudência nacional, além de possuir uma semelhança com o sistema constitucional brasileiro, especialmente no que toca os direitos fundamentais e, mais detalhadamente, por conter a previsão de direitos sociais no corpo da Constituição.

2.1.1 No direito alemão: as razões para criação do princípio da proibição do retrocesso

No direito alemão, a Constituição de Weimar, de 1919, foi uma das primeiras, e pioneira na Europa, a consagrar os direitos sociais. Na parte II da Constituição, que tratava dos “Direitos e Deveres Fundamentais”, trouxe um catálogo de direitos como “Da Vida

Social”, “Da Educação e do Ensino” e “Da Vida Econômica”. Já na atual Constituição, de 1949, a Lei Fundamental de Bonn, não traz a previsão de direitos sociais como havia na Constituição anterior, em que pese à República Federal da Alemanha estar qualificada como Estado Social de Direito e Estado Federal Social (arts. 20.º, 1, e 28.º, 1, da Constituição Alemã). A ausência desses direitos se deve à falta de uma concepção relativamente clara sobre o conteúdo do Estado Social⁹⁷ e, principalmente, pela experiência vivida no período do nacional-socialismo⁹⁸. A Lei Fundamental alemã prevê apenas uma “determinação de objetivo estatal geral” ao recorrer à previsão de que se trata de um Estado social de direito, mas sem trazer em seu bojo “objetivos estatais sociais”, tais como trabalho, habitação e segurança social⁹⁹.

Isso significa que a República Federal Alemã optou por não incluir um rol de direitos sociais no texto constitucional mais recente¹⁰⁰, mesmo com a experiência da Constituição anterior nesse sentido. A técnica legislativa-constitucional foi no caminho de direcionar a configuração do Estado no sentido da necessidade de estabelecer diretrizes voltadas ao estado social, mas sem fixar um quadro mínimo a ser realizado. Como consequência, houve um grande espaço para conformações distintas, de modo que o legislador possui um encargo obrigatório de dar sentido ao estado social, “mas não diretrizes obrigatórias para o cumprimento desse encargo”, o que significa que a “inclinação de pôr dentro dela todo o desejável e, desse modo, fazer passá-la por mandamento constitucional, não compreende o significado da fórmula”¹⁰¹.

A carência de direitos sociais catalogados na Constituição alemã fez com que muitos

⁹⁷ Jorge Reis Novais pontua que a não inclusão dos direitos sociais na Constituição alemã se deve ao fato de que havia dúvidas se em uma Constituição normativa isso seria boa solução, dada a especificidade estrutural destes direitos, *Direito Sociais...*, cit., pág. 86.

⁹⁸ David Duarte, *Lei-medida e democracia social*, pág. 315/316.

⁹⁹ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 172. Hesse aponta que a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal vai no sentido de que o estado social contém a obrigação de cuidar de uma ordem social justa, mas cabe ao legislador um espaço amplo de conformação. No entanto, o princípio do estado social não é capaz de traçar os limites direitos aos direitos fundamentais, *idem*, pág. 172.

¹⁰⁰ A Lei Fundamental de Bonn apenas trouxe a previsão da proteção da maternidade e dos filhos, segundo apontam Ingo Sarlet e Mariana Filchtiner Figueiredo, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, pág. 19. Conforme Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, “Embora a introdução de direitos fundamentais sociais e econômicos tenha voltado à ordem do dia no contexto da unificação alemã, por via do Projeto de Constituição da Mesa Redonda de 1990, o certo é que já o art. 5º do Tratado Europeu referia, nas suas recomendações para um estudo das possíveis revisões constitucionais, a mera inclusão na Lei Fundamental de disposições relativas aos fins do Estado. A comissão constitucional conjunta constituída para esse fim recusou, em novembro de 1993, a inclusão dos direitos sociais e econômicos e recomendou, como determinação dos fins do Estado, apenas a proteção do ambiente para ser acolhida na Lei Fundamental, de forma discreta. Seguiram-lhe, no final de 1994, as corporações dotadas de poder legislativo, com a regulação do art. 20a.”, *Direitos Fundamentais*, 2012, pág. 40.

¹⁰¹ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 177.

direitos sociais tenham sido abarcados pelo conceito de direito de propriedade¹⁰², v. g., “reivindicações salariais ou quotas sociais” e salários dos funcionários e soldados, direitos ao seguro social, e coisas semelhantes”¹⁰³, na medida em que não possuem uma previsão expressa de proteção pelo texto constitucional¹⁰⁴.

A falta de direitos sociais expressos na Lei Fundamental de Bonn não significa que a República Federativa da Alemanha não concretize o Estado social. Ao contrário, pelo seu potencial econômico, trata-se de um estado com grande consecução de seus objetivos socioeconômicos e responde aos parâmetros típicos de um estado de bem-estar¹⁰⁵. Como aponta Jorge Reis Novais, o Estado alemão atribuía, na prática, as prestações sociais, mesmo sem a consagração constitucional, mas a dogmática não ostentava de meios jurídico-constitucionais para a sua defesa, de modo que as realizações legislativas estariam ao alvedrio do legislador, como qualquer outra lei ordinária, quanto à possibilidade de conformação e de autorrevisibilidade¹⁰⁶.

De tal sorte, chama a atenção para as razões que levaram à criação no direito alemão de um princípio que proíba a retrocessão de direitos sociais. Como praticamente não há previsão de direitos sociais¹⁰⁷ e mesmo os demais direitos fundamentais deveriam ser conformados pela lei, para evitar que o legislador tivesse a completa disposição sobre esses direitos, surgiu a necessidade de criar um princípio que retirasse essa disponibilidade “absoluta” do legislador. Isso porque nos anos setenta do século passado, uma crise na Alemanha pôs em questão o Estado Social, em virtude das dificuldades de se progredir com os direitos dele decorrentes ou de mantê-los inalterados, de modo que se desenvolveu uma discussão no campo doutrinário e jurisprudencial sobre os limites a essa formulação de Estado

¹⁰² Faz-se oportuno referir que a propriedade na Constituição alemã traz uma previsão genérica conforme consta no artigo 14 da Constituição, sendo que na alínea 1 deste dispositivo legal consta apenas que “a propriedade e o direito à herança estão garantidos. Seu conteúdo e seus limites serão determinados pela lei” (tradução livre). O recurso adotado pelo Tribunal Constitucional alemão para proteger posições jurídico-subjetivas oponíveis ao estado mediante o recurso à garantia fundamental da propriedade também foi apontado por Felipe Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, pág. 205.

¹⁰³ Konrad Hesse menciona que “propriedade, no sentido jurídico-constitucional podem, por conseguinte, também ser outros direitos privados de valor patrimonial que a propriedade da coisa, por exemplo, reivindicações salariais ou quotas sociais que, muitas vezes, assumiram a tarefa, cumprida antigamente pela propriedade da coisa, do asseguramento da existência”, *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*, pág. 341.

¹⁰⁴ Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías*, pág. 70. Ainda assim, o reconhecimento na Alemanha da cláusula do Estado social enseja uma vinculação jurídico-constitucional conforme esclarece João Carlos Loureiro, *Adeus ao Estado Social?*, pág. 146.

¹⁰⁵ Beatriz González Moreno, *El estado social. Natureza jurídica y estructura de los derechos sociales*, pág. 118.

¹⁰⁶ Jorge Reis Novais, *Direito Sociais...*, cit., pág. 241.

¹⁰⁷ Robert Alexy refere que baseado no texto da Constituição alemã encontra-se como direito fundamental social no sentido de um direito subjetivo a uma prestação o direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade (art. 6º, § 4º), *Teoria dos direitos fundamentais*, pág. 434/435. Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 72.

para obstar as interferências legislativas sobre os benefícios concedidos aos indivíduos¹⁰⁸.

Aliás, pelo fato de na Alemanha haver a consideração de que os direitos sociais para além do mínimo social¹⁰⁹ são direitos derivados da lei, e não originários do texto constitucional, faz com que caiba ao legislador a função de criação desses direitos¹¹⁰ e, por conseguinte, de sua respectiva modificação ou extinção a partir da possibilidade de autorrevisibilidade do mesmo legislador. Por isso que o recurso aos direitos derivados exigiu a criação de um princípio que proibisse o retrocesso no campo dos direitos sociais¹¹¹.

Aponta Gerardo Pisarello que surgiu o princípio da proibição do retrocesso na Alemanha depois da aprovação da Lei Fundamental de Bonn, alicerçada na ideia de força normativa da Constituição e do conteúdo essencial dos direitos nela reconhecidos e, assim, teve desenvolvimento similar em outros ordenamentos jurídicos como o português¹¹², o espanhol, o colombiano, o brasileiro e o francês¹¹³. Ainda assim, mesmo na Alemanha, esse instituto não é reconhecido por toda a doutrina.

Necessário chamar a atenção nesta altura – para ficar claro a tese aqui sustentada - que no direito brasileiro a situação é oposta da alemã quanto à posição dos direitos sociais e, consequentemente, da fórmula de sua proteção. Não só os direitos sociais estão elencados no rol de direitos fundamentais, enquanto na Alemanha a proteção se dá com base no princípio do Estado social ou com o recurso a outros direitos¹¹⁴, como há um extenso catálogo que os prevê, além de contarem com previsão constitucional expressa acerca da aplicabilidade direta e imediata das normas definidoras desses direitos (art. 5º, § 1º, da CRFB).

¹⁰⁸ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 240.

¹⁰⁹ Quanto a essa temática, o Tribunal Constitucional Alemão entendeu que o mínimo de existência condigna em relação a algumas medidas de apoio aos desempregados de longa duração não estava limitada a sua existência física, mas deveria abranger condições materiais para sua participação na vida social, cultural e política, em virtude do disposto nos arts. 1º e 20º da Lei Fundamental de Bonn, *Os direitos fundamentais na arena global*, Suzana Tavares da Silva, pág. 104.

¹¹⁰ É possível observar a deferência que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha faz ao legislador no campo dos direitos sociais a partir de diversos julgados: o princípio do Estado social contém uma ordem de conformação endereçada ao legislador (cf. BverfGE 50, 57 [108]); este princípio obriga o legislador a providenciar uma harmonização das contradições sociais (cf. BverfGE 22, 180 [204]); a tarefa de o legislador realizar a tarefa de assistência social é, na ausência de uma concretização mais precisa do princípio do Estado social, de sua alçada (cf. BverfGE 1, 97 [105]), no BverfGE 100, 271, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, pág. 834.

¹¹¹ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 82 e 241. Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*, pág. 266.

¹¹² Em relação à influência da Lei Fundamental de Bonn, no campo dos direitos fundamentais, na Constituição da República Portuguesa, Fausto de Quadros revela que o art. 18.º desta teve uma forte influência dos arts. 1º, nº 3, e 19º, nº 1 e 2º, daquela, assim como para o artigo 53 da Constituição Espanhola, *A influência da Lei Fundamental de Bona na Constituição Portuguesa*, pág. 594.

¹¹³ *Los derechos sociales y sus garantías*, pág. 62.

¹¹⁴ Veja-se, v. g., no BverfGE 44, 249, o Tribunal Constitucional Federal alemão tratou da norma sobre vencimentos dos funcionários públicos como um “direito [equiparado a direito fundamental]”, mesmo em se tratando que uma questão salarial com evidente cunho social, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, pág. 880/881.

A distinção entre esses dois ordenamentos jurídico-constitucionais é que exige uma análise menos açodada do princípio de criação alemã e de uma reflexão acerca da sua real necessidade de importação para o direito brasileiro¹¹⁵, sem falar na inutilidade de se recorrer a tal recurso quando a própria natureza de direito fundamental que reveste os direitos sociais já lhes dá um manto protetor reforçado contra a atuação do legislador¹¹⁶.

2.1.2 No direito português

2.1.2.1 A posição doutrinária sobre o instituto

A Constituição da República Portuguesa traz em seu bojo previsão expressa acerca dos direitos sociais (Título III – na Parte I da Constituição) dentro dos direitos fundamentais (Parte I – que trata dos Direitos e deveres fundamentais), de modo próximo ao que ocorre no Brasil. Ainda assim, há no texto constitucional português uma previsão expressa acerca do regime aplicável aos direitos de liberdade (Artigos 16.º, 17.º e 18.º) e inexistente igual preceito quanto aos direitos sociais, o que causa severas divergências quanto ao regime jurídico dos direitos sociais, a sua proteção e, dessa forma, ao princípio da proibição do retrocesso.

Jorge Miranda foi quem fez um apanhado geral da doutrina portuguesa quanto à proibição do retrocesso e aponta como favoráveis à existência dele J. J. Gomes Canotilho, Vital Moreira, David Duarte e Cristina Queiroz. Contrários a esse princípio Manuel Afonso Vaz, Jorge Reis Novais e José de Melo Alexandrino. Trouxe, ainda, aqueles que o negam, mas

¹¹⁵ Jorge Reis Novais critica a importação dos institutos alemães quando compreensíveis naquele direito, mas redundantes ou sem fazer sentido em outros contextos, como ocorre com o princípio da proibição do retrocesso, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 73.

¹¹⁶ O Tribunal Constitucional Alemão, no BverfGE 40, 121, deixou evidente que em matéria de assistência social aos necessitados [questão de direito social por excelência] “a sociedade estatal devem, em todo caso, garantir-lhe as condições mínimas para uma existência humanamente digna, e deve, além disso, esforçar-se para, na medida do possível, inclui-lo na sociedade, estimular seu adequado tratamento pela família ou por terceiro, bem como criar as necessárias instituições de cuidado. Esse dever geral de proteção não pode, naturalmente, terminar em razão de um determinado limite de idade. Ele deve, pelo contrário, corresponder à respectiva necessidade existente de amparo social. Todavia, existem múltiplas possibilidades de se realizar a proteção devida. Encontra-se principalmente na liberdade de conformação do legislador determinar o caminho que se lhe apresenta como adequado para tanto, especialmente escolhendo entre as diferenças formais de ajuda financeira para o sustento e tratamento de deficientes e conseqüentemente pré-definindo [concretamente] os titulares a tais pretensões. Da mesma forma, ele tem que decidir, desde que não se trate dos caracterizados pressupostos mínimos, em qual extensão pode e deve ser garantida ajuda social, considerando-se os recursos disponíveis e outras tarefas estatais de mesma importância.”, *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*, pág. 828/829.

acolhe como princípio de salvaguarda, João Caupers, Vasco Pereira da Silva, Rui Medeiros, Vieira de Andrade, Tiago de Freitas e Paulo Otero¹¹⁷.

Convém trazer, nesta altura, o posicionamento quanto àqueles que aceitam a existência do princípio da proibição do retrocesso, ainda que de modo relativo (ou como princípio de salvaguarda, na expressão de Jorge Miranda), de modo a apontar os argumentos utilizados para tanto.

José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira lecionam que na hipótese de uma lei restringir o âmbito de uma norma conformadora de um direito social anteriormente estabelecido, viola a função de garantia desse direito, ensejando a “proibição de retrocesso”, pois apontam que com a satisfação do direito houve a transformação em direito negativo ou de defesa, de modo a obstar que o Estado atente contra ele¹¹⁸. Em outra obra, J. J. Gomes Canotilho refere, baseado na proibição do *venire contra factum proprium*, no princípio da confiança e da autovinculação do legislador, que o retrocesso social é um limite ao legislador, sob pena de violar as imposições ou programas constitucionais, em virtude da “força dirigente irradiante” das normas constitucionais diretivas e da constitucionalização da legislação concretizadora¹¹⁹.

Esse mesmo autor, em outra publicação mais recente, traz uma interpretação mais contida do princípio da proibição do retrocesso social, ao descrevê-lo como ligado especialmente ao núcleo essencial dos direitos sociais concretizados. Esclarece que a partir do momento em que há a implementação do direito social pela ação do legislador, esse direito passa a ser constitucionalmente garantido contra medidas do estado que venha causar a “anulação, revogação ou aniquilação” pura e simples do núcleo essencial desses direitos, sem que haja medidas compensatórias, ainda que não se trate de garantir “em abstrato um *status quo* social”¹²⁰. Inclusive, menciona que esse princípio “nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas” (reversibilidade fática), além do que “eventuais modificações” legislativas devem respeitar os princípios constitucionais do Estado de Direito e ao núcleo essencial dos direitos sociais¹²¹.

A autora Cristina Queiroz justifica que a proibição do retrocesso dos direitos sociais (para ela nominado de “princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais”) diz respeito à impossibilidade de retroceder quanto à situação jurídica advinda das “posições

¹¹⁷ Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 485/492.

¹¹⁸ Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, pág. 131.

¹¹⁹ Gomes Canotilho, *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, pág. 414.

¹²⁰ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 340.

¹²¹ Gomes Canotilho, *idem*, pág. 339.

jurídicas constituídas” e não ao “conteúdo dos 'bens' concretamente considerados”, sendo que as medidas restritivas não podem descer abaixo de um nível tal que viole o dever de proteção imposto ao Estado, sem medidas compensatórias, por violar o princípio da proibição insuficiente¹²².

Também invoca o princípio da proibição do retrocesso social no direito português David Duarte, ao preceituar que a impossibilidade de retroceder decorre da existência de um “princípio de socialidade juridicamente actuante” que atua na intervenção conformadora do legislador. Dessa forma, a legislação deve apurar se houve uma “regressão real”, caso não existam mecanismos compensatórios, de modo que caso exista um regresso social real a medida é inválida, na avaliação das vantagens/desvantagens resultantes do ato legislativo¹²³.

Ainda sustenta uma posição favorável ao princípio da proibição do retrocesso social Jorge Bacelar Gouveia, para quem a Constituição portuguesa não apresenta uma solução unívoca, mas a partir de alguns indícios é possível aquilatar que a dimensão da proibição do retrocesso social é mais forte quanto maior for a densidade do preceito constitucional em causa, de modo a também limitar positivamente a liberdade de conformação do legislador. No entanto, esclarece que esse princípio não vigora genericamente, em que pese também não vigorar absolutamente. Ele depende sempre de uma avaliação concreta conjuntural, sem que se possa excluir a possibilidade de regressão¹²⁴.

Paulo Otero aduz que existem casos de proibição absoluta de retrocesso e, em outros casos, uma mera proibição de arbitrariedade no retrocesso. No primeiro caso aponta para as hipóteses de proteção da inviolabilidade da vida humana ou quando há redução aquém dos parâmetros mínimos indispensáveis à dignidade humana. Em relação à segunda hipótese, quando não se amoldar à primeira, admite o retrocesso desde que seja justificada por uma razão idônea de necessidade e adequação para produzir esse efeito, de maneira a evitar a arbitrariedade¹²⁵.

Contrário ao instituto ora analisado, Tiago Fidalgo de Freitas menciona que o retrocesso social não encontra qualquer sustentação enquanto princípio geral, sem base constitucional explícita, e que dificilmente poderá ser enquadrado na dogmática jurídica, sob pena de transformar o Estado num “Estado de direito adquiridos”. Admite, no entanto, a sua existência em caso de “previsões normativas específicas” quando a Constituição impõe ao legislador o dever de regulamentar determinado direito social (v.g. a progressividade da

¹²² Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 74/76.

¹²³ David Duarte, *Lei-medida e democracia social*, pág. 341.

¹²⁴ Jorge Bacelar Gouveia, *Manual de Direito Constitucional*, pág. 950/951.

¹²⁵ Paulo Otero, *Instituições políticas e constitucionais*, pág. 595/599

gratuidade do ensino), por se tratar de “uma proibição de retrocesso específica” ou quando estiver associada a uma garantia institucional apta a gerar uma omissão inconstitucional (v.g. a revogação do Serviço Nacional de Saúde - SNS)¹²⁶.

Rui Medeiros aponta que a ideia de proibição do retrocesso social tinha como pano de fundo o receio da implementação de uma política de restauração capitalista embasada na “contra-revolução legislativa” e menciona ter caído em desuso a ideia de proibição absoluta de retrocesso social, inclusive por parte de Gomes Canotilho, que reconhece alguns déficits teóricos e dogmáticos do dirigismo constitucional¹²⁷. Adiante refere que em virtude do grande elenco de direitos sociais da Constituição portuguesa – assim como há na brasileira – o legislador deve dispor de uma liberdade de conformação política atento às possibilidades financeiras e econômicas¹²⁸.

O Professor da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda, preceitua que se uma norma atributiva de um direito não é imediatamente exequível e se, depois, vem a receber exequibilidade através de uma norma legal, esta não poderá ser ab-rogada a ponto de se voltar à situação de inconstitucionalidade por omissão, porque assim o reclamava a realização da Constituição¹²⁹. Em outra obra, refere que a proibição do retrocesso social não tem autonomia, pois está conexo com o princípio da tutela da confiança e com o princípio da reserva do possível. Esclarece, ainda, que na hipótese de as normas legais concretizarem normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não fica apenas cumprido o dever de legislar, mas o legislador fica adstrito a não as suprimir, de modo a abrir ou reabrir a omissão. Busca evitar, no entanto, que na vigência de certas normas constitucionais haja a “ab-rogação pura e simples” dos atos legislativos formadores da unidade de sistema¹³⁰.

José Carlos Vieira de Andrade menciona que os direitos sociais implicam “uma certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador”, garantia essa de um mínimo exigido pela dignidade da pessoa humana que veda a destruição pura e simples dos atos legislativos criados. Descreve que poderá atingir um máximo de proteção as concretizações legislativas quando forem materialmente constitucionais e, num grau intermediário, a partir da avaliação, pelo filtro do princípio da proteção da confiança e com a necessidade de fundamentação dos atos retrocessivos, além de verificar a compatibilidade constitucional pelo princípio da igualdade e da vedação do arbítrio legislativo. De outro lado,

¹²⁶ Tiago Figalido de Freitas, *O princípio da proibição do retrocesso social*, pág. 839.

¹²⁷ Rui Medeiros, *Direitos, liberdades, e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade*, pág. 567.

¹²⁸ Rui Medeiros, *idem*, pág. 573.

¹²⁹ Jorge Miranda, *O princípio da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais*, pág. 489

¹³⁰ Jorge Miranda, *Manual...*, *cit.*, pág. 485 e segs.

esclarece que a proibição do retrocesso não pode se constituir em um princípio jurídico geral, sob pena de destruir a autonomia do legislador, razão pela qual é válido no plano político-constitucional, mas não como princípio jurídico-constitucional¹³¹.

Na linha dos que trilham caminho contrário ao princípio da proibição do retrocesso, Jorge Reis Novais formula acentuada crítica quanto à sustentação da existência de um princípio proibitivo do retrocesso. Invoca, inicialmente, que se trata de uma criação no âmbito do direito alemão, sem utilidade de aplicação em sistemas jurídicos com direitos sociais elencados no âmbito dos direitos fundamentais. Refere não haver “nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”, de maneira a não constituir um princípio jurídico e tampouco um valor constitucional. Mantém a elevada crítica ao justificar ser implausível a proibição do retrocesso como princípio, seja de forma absoluta, seja de forma relativa, por não ostentar qualquer autonomia dogmática. Aponta que a solução passa por aplicar aos direitos sociais o regime de restrição aos direitos de liberdade, tratando-as, ambas, como restrições aos direitos fundamentais¹³².

Jorge Silva Sampaio defende, nos termos preconizados por Jorge Reis Novais, a redundância dogmática do princípio da proibição do retrocesso, pelo fato de os direitos sociais possuírem natureza de direitos fundamentais e serem passíveis de um controle unitário, mas atribui a possibilidade de ele ostentar uma função “essencialmente simbólica” para os poderes públicos¹³³.

Também não considera a proibição do retrocesso como princípio, José de Melo Alexandrino, o qual demonstra haver uma recusa de o retrocesso social constituir um princípio constitucional geral autônomo, pela consideração da Constituição como um todo, a realização da liberdade como um todo, a combinação dos princípios da realidade, da razoabilidade e da vinculação do Estado de Direito e, conforme a jurisprudência, a necessidade de efetivação de todos os direitos sociais no seu conjunto, além do princípio da autorrevisibilidade dos atos legislativos decorrentes do princípio da soberania popular¹³⁴.

Manuel Afonso Vaz não admite que o nível de realização legislativa de um direito social possa converter-se, autonomamente, em uma dimensão constitucional material contra a vontade do legislador, sob pena de “jogar continuamente o legislador 'contra a Constituição (material)', quanto ele é parte dessa Constituição”. Ainda, refere que o legislador ostenta

¹³¹ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 378 e segs..

¹³² Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 240 e segs..

¹³³ Jorge Silva Sampaio, *O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais*, pág. 265 e segs..

¹³⁴ José de Melo Alexandrino, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias*, pág. 715/716

“liberdade constitutiva” e de autorrevisibilidade dos direitos sociais onde a Constituição não reservou conteúdo material. Refere não admitir a proibição do retrocesso como tese geral porque “não dominamos hoje o tempo, assim como o legislador constituinte também não se atreveu, nem se atreveria, hoje, a dominar”¹³⁵.

Para Jorge Pereira da Silva, o princípio da proibição do retrocesso é demasiado fluído e impreciso, bem como seu campo de aplicação é relativamente incerto. Aponta que o reconhecimento da proibição do retrocesso social, como princípio constitucionalmente fundado, pressupõe da sua autonomia em relação ao princípio da proteção da confiança e do direito adquirido, pois, caso contrário, “não passaria de uma redundância inútil”. Acrescenta, ainda, que a autonomia desse princípio encontra-se longe de estar demonstrada, mas esclarece que a proibição de retroceder deve ser relativa porque não é toda e qualquer retrocessão que é vedada, mas apenas as drásticas, arbitrárias e injustificadas. Conclui, todavia, da Constituição não resulta uma proibição de retrocesso social, mas uma proibição de repor ou recriar situações de omissão legislativa inconstitucional, independentemente do âmbito material em que estar se revelem. Trata-se de uma consequência dos deveres constitucionais de atuação legislativa e não como esse princípio tem sido configurado pela doutrina e aplicado pela jurisprudência¹³⁶.

Por sua vez, André Salgado de Matos sustenta a unidade de sentido dos direitos fundamentais, aborda a proibição do retrocesso social como “nunca explicada com suficiente precisão”, formulada a tornar os direitos sociais mais imunes ao legislador que os direitos de liberdade, além de o seu fundamento estar na natureza de imediata aplicabilidade e invocabilidade adquirida pela norma que confere o direito¹³⁷.

Suzana Tavares da Silva refere que o “Estado não é um milagreiro e que a petrificação dos direitos sociais (princípio da proibição do retrocesso social) ou outras teorias aparentemente mais garantísticas” dos indivíduos podem acarretar injustiças sociais maiores do que a própria revogação pura e simples de alguns direitos sociais, porquanto alguém deverá suportar essas despesas¹³⁸.

Levado a efeito o panorama sobre o qual está assentada a discussão no direito português sobre a proibição do retrocesso, onde, no mais das vezes, a doutrina e a

¹³⁵ Manuel Afonso Vaz, *Direito Constitucional: o Sistema Constitucional Português*, pág. 347 e 351; *Lei e Reserva de Lei*, pág. 384/386

¹³⁶ Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas*, pág. 262 e segs..

¹³⁷ André Salgado de Matos, *O direito ao ensino: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais*, pág. 414/415.

¹³⁸ Suzana Tavares da Silva, *Os direitos fundamentais na arena global*, pág. 106/107.

jurisprudência vão buscar suas bases, calha trazer à baila a visão do Tribunal Constitucional português sobre essa matéria. É de igual relevância adentrar nessa questão porque a jurisprudência portuguesa também ostenta influência além-mar na matéria que ora se analisa, inclusive embasando as decisões tomadas pelo Supremo Tribunal Federal.

2.1.2.2 A jurisprudência portuguesa e a proibição do retrocesso social

No direito brasileiro, seja por parte da doutrina, seja pela jurisprudência, assim como ocorre com a doutrina portuguesa, a jurisprudência lusitana – na verdade uma pequena parte dela – é citada como referência de utilização da proibição do retrocesso em matéria de direitos sociais. E dentre as bases lançadas no Brasil para justificar esse princípio ocupa lugar de destaque os Acórdãos nº 39/84 e nº 509/2002, ambos do Tribunal Constitucional Português.

Antes de adentrar na análise jurisprudencial¹³⁹, é importante consignar que a crise econômica – que mais afeta direitos sociais dos cidadãos – foi argumento posto à prova na jurisprudência portuguesa na década de 80 do século passado em razão da afetação da economia que ensejou, conforme se observa também do Acórdão nº 11/1983 do Tribunal Constitucional (para além do Acórdão nº 39/84). Por essa razão, ambas exigem análise para aquilatar a forma de tratamento dado pela Corte Constitucional quando estava diante de uma dificuldade econômica e da ocorrência de restrições aos direitos sociais. Mas não foi somente nesses dois acórdãos que os direitos sociais foram debatidos, assim como a afetação deles diante de necessidades econômicas ou de modificações estruturais em sistemas de direitos sociais.

De tal sorte, fazer uma análise dos principais acórdãos citados para justificar a utilização da proibição do retrocesso em Portugal e também daqueles que deram origem à chamada “jurisprudência da crise” é imprescindível para que se possa autorizar, com propriedade, assinalar qual é o tratamento dado pelo Tribunal Constitucional português quando se trata de analisar medidas retrocessivas de direitos fundamentais.

¹³⁹ Oportuno trazer à baila a advertência realizada por Virgílio Afonso da Silva de que no “Brasil, com raríssimas exceções, nunca houve uma tradição entre os trabalhos acadêmicos, de utilizar a jurisprudência como material de trabalho. Quando muito, algumas decisões são citadas como argumentos de autoridade, mas dificilmente se vê em trabalhos acadêmicos uma pesquisa extensiva na jurisprudência de determinado tribunal”, *Direitos Fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, 2ª edição, Editora Malheiros, 2010, pág. 32. Atento a essa problemática, o objetivo deste trabalho é também propiciar o conhecimento sobre a utilização do instituto em análise no campo jurisprudencial luso-brasileiro, com a finalidade de evidenciar a real efetividade do que se ora analisa para o mundo do Direito português e brasileiro.

Digno de nota, que a verificação das decisões escolhidas será levada a efeito apenas no que toca a utilização ou não do princípio da proibição do retrocesso e aquilo que a ele esteja ligado ou pudesse a ele estar ligado, de acordo com a matéria em discussão. Por isso, a sistemática a ser realizada será a exposição da discussão lançada no acórdão em análise e os fundamentos sobre a proibição do retrocesso ou acerca da técnica utilizada pelos julgadores quando da decisão sobre as afetações a direitos sociais. Em virtude da limitação da cognição sobre a discussão travada nos acórdãos, por vezes a exposição será sucinta em virtude da própria limitação da referência na decisão sobre os retrocessos sociais.

Feita essa breve explanação das razões pelas quais foram escolhidos os precedentes que serão analisados e como será a verificação sobre eles, é caso de apreciá-los neste momento.

1. O **Acórdão nº 11/83** tratou de analisar a constitucionalidade dos artigos 1º e 3º do Decreto nº 32/III da Assembleia da República que criou um imposto extraordinário sobre rendimentos coletáveis sujeitos a contribuição predial, imposto de capitais e imposto profissional. No que interessa para o presente trabalho, foi analisado o princípio da confiança para avaliar a admissibilidade da retroatividade do imposto; o fato de não ser uma medida duradoura, mas só para o contexto de crise. Tratou-se da progressividade dos impostos sobre rendimento pessoal e foi afastada a tese da quebra desse princípio porque ele permanece inteiro, mesmo com uma atenuação em virtude do imposto em discussão, sem violar o conteúdo essencial do preceito constitucional. O Tribunal não acolheu a tese de inconstitucionalidade da medida posta à prova.

No julgamento, em momento algum foi utilizado o princípio da proibição do retrocesso social como argumento para proteger o direito em causa, mesmo em se tratando de um caso de retroatividade do imposto. Apenas na declaração de voto, o Ministro Vital Moreira referiu não ser constitucionalmente admissível retrocesso “na justiça fiscal com efeitos retroativos” ao tratar do imposto profissional, mas avaliado na perspectiva dos princípios que regem a tributação pessoal de acordo com a Constituição portuguesa.

Contudo, o Tribunal Constitucional rechaçou a tese da vedação do retrocesso em relação às questões fiscais debatidas, de modo a não declarar inconstitucional as medidas analisadas pela Corte.

2. O **Acórdão nº 39/84** é amplamente utilizado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras para fins de demonstrar a aceitação pela jurisprudência portuguesa do princípio da proibição do retrocesso.

Nesse julgamento, tratou-se da inconstitucionalidade da revogação de grande parte da

lei que disciplinava o Serviço Nacional de Saúde, de modo a manter apenas “princípios orientadores da política de saúde e dos serviços de saúde em geral, mas não do Serviço Nacional de Saúde, **pois esse deixou de existir**” (grifei).

A discussão no julgamento passou pela natureza fundamental do direito à saúde e da tarefa imposta pela Constituição portuguesa para instituição do serviço nacional de saúde. Mas a peculiaridade do tratamento da saúde em Portugal – cujo reflexo alcança o tratamento desse direito social no Brasil – reside no fato de que a Constituição portuguesa confere tratamento diferenciado aos direitos de liberdade em relação aos direitos sociais¹⁴⁰, situação claramente definida no acórdão, cuja consequência fora de afastar os mecanismos de proteção existentes para os direitos de liberdade.

Essa distinção levada a efeito – de tratar desigualmente os direitos sociais em detrimento dos direitos de liberdade - é crucial para que se entenda a razão de ter sido invocada a impossibilidade de retrocesso no referido acórdão. Isso porque no Brasil a Constituição não dá qualquer tratamento diferenciado aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, na medida em que ambos estão incluídos no Título II que trata “Dos Direitos e Garantias Fundamentais” e não há na Constituição as bases teóricas para a restrição de quaisquer desses direitos¹⁴¹ como o faz o artigo 18º da Constituição da República Portuguesa.

Mas não é só isso. O Tribunal Constitucional português deixou evidente que a impossibilidade de o legislador extinguir o Serviço Nacional de Saúde decorria do fato de a Constituição portuguesa ter determinado a criação desse serviço no seu artigo 64º, n.º 2, e a legislação questionada ensejaria uma omissão inconstitucional¹⁴². Como o Estado tinha a incumbência de garantir o direito social à saúde dos cidadãos portugueses mediante a criação de um serviço nacional de saúde e já o havia criado pela lei que se pretendia a revogação, a extinção desse serviço estava vedada porque atentaria contra a Constituição que determinou expressamente a sua criação, tornando-se uma “obrigação positiva”, cujo cumprimento da tarefa constitucional se transformou em uma “obrigação negativa”¹⁴³.

¹⁴⁰ Ainda que a doutrina seja divergente quanto a isso e ao alcance do art. 17º da CRP.

¹⁴¹ A ressalva fica por conta do artigo 5º, § 1º, da Constituição Federal ao estabelecer que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, ou seja, para todas as disposições previstas no Título II onde estão dos direitos de liberdade e os direitos sociais.

¹⁴² No Acórdão ficou claro que “(...) a Constituição não permite que o direito à saúde seja realizado de qualquer modo: exige que o seja pela via constitucionalmente determinada, ou seja, pela via de um Serviço Nacional de Saúde. A Constituição não se basta com a existência de quaisquer serviços públicos de saúde: exige um serviço nacional de saúde. É a criação de um Serviço Nacional de Saúde que o artigo 64.º, n.º 2, da Constituição impõe; foi um Serviço Nacional de Saúde que a Lei n.º 56/79 instituiu; foi esse Serviço Nacional de Saúde que o Decreto-Lei n.º 254/82 extinguiu. Com isso foi revogada a execução que a norma do artigo 64.º, n.º 2, principiara a ter.”

¹⁴³ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 72.

Além disso, no acórdão, ficou explícito que a impossibilidade de retroceder quanto aos direitos sociais estava restrito à extinção do Serviço Nacional de Saúde em virtude do mandamento – de determinação - constitucional constante no dispositivo citado, sem guardar a mesma proteção em relação aos demais direitos sociais¹⁴⁴.

A Corte Constitucional portuguesa também mencionou que o fato de ter havido a instituição **de um serviço que a Constituição determinara** garantia a sua proteção constitucional contra a sua **revogação** ou **extinção**, mas não contra **alteração** ou **reforma** “nos limites constitucionalmente admitidos”. Essa leitura guarda igual importância porque no acórdão vê-se claramente que mesmo a proteção de serviços cuja criação fora determinada pela Constituição podem ser alterados e reformados (isso significa: reduzidos, diminuídos, restringidos), encontrando empecilhos apenas para sua revogação ou extinção, o que significa a sua completa aniquilação (situação muito mais gravosa, evidente e de fácil constatação do que as acima citadas).

Por isso é açodada a leitura de que o Acórdão nº 39/84 é um exemplo de proibição de retrocesso e de que ele pode ser utilizado sempre que houver retrocessão de direitos sociais, como vem sendo utilizado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras. Não é isso que a Corte Constitucional portuguesa sustentou no julgamento, pois deixou evidente que se tratava de uma situação muito específica do Serviço Nacional de Saúde – diferenciada inclusive de todos os demais direitos sociais, inclusive da educação - a partir do texto constitucional português e de uma situação de completa (total) desconstrução daquilo que o constituinte havia determinado expressamente a criação pelo Estado, de maneira que se buscou evitar a ocorrência de uma omissão inconstitucional. Vale dizer, vedou-se o retroagir do direito social porque a Constituição continha uma ordem para legislar “precisa e concreta” e a legislação questionada trilhava sentido contrário ao revogar um serviço cuja criação era determinada pelo constituinte, razão pela qual o ato legislativo foi declarado inconstitucional.

3. O Acórdão nº 509/2002 do Tribunal Constitucional português analisou a

¹⁴⁴ Para deixar claro que essa impossibilidade de retroceder do legislador ficou restrita ao Serviço Nacional de Saúde transcrevo o seguinte trecho do Acórdão: “(...) a comparação com a estrutura de outros direitos sociais, onde se não refere a criação de idênticos serviços nacionais, mostra que a Constituição pretendeu, no caso da saúde, acentuar especificamente este aspecto (note-se que se não impõe a criação de um «serviço nacional de habitação», ou de um «serviço nacional de ambiente», nem sequer de um «serviço nacional de ensino») (...) Enfim: enquanto que em relação à generalidade dos direitos sociais a Constituição não impôs ao Estado a criação de estruturas determinadas, deixando livre, nesse aspecto, a escolha dos meios e formas de realização desses direitos, no caso do direito à saúde — tal como, aliás, no caso do direito à segurança social, em que a Constituição impõe a criação de um «sistema de segurança social unificado e descentralizado», nos termos do artigo 63.º, n.º 2 —, a Constituição não se bastou com a consagração genérica do direito à saúde, antes impôs a criação de um serviço próprio, de uma estrutura específica, que assim se torna em condição imprescindível e garantia necessária do direito à saúde.” (grifei)

constitucionalidade da lei que revogou o *rendimento mínimo garantido* e criou o *rendimento social de inserção*, de modo a modificar a titularidade do direito à prestação dos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos para pessoas com idade igual ou superior a 25 anos.

Na decisão tratou-se da proibição do retrocesso social quando da análise da constitucionalidade da legislação questionada. Operou-se uma distinção das hipóteses em que a Constituição estabelece uma ordem - dever - para legislar (como referido no Acórdão nº 39/84), situações em que a liberdade para o legislador retroceder é mínima, das demais circunstâncias em que a proibição para retroceder deve atuar apenas em “casos-limite”.

Foi decidido que a medida pretendida não atingia o conteúdo mínimo do direito, porquanto não realizara uma “pura e simples eliminação da prestação de segurança social”, mas somente propôs uma “reformulação no seu âmbito de aplicação”. Desse modo, foi afastada a proibição do retrocesso como fundamento para obstar a nova medida legislativa.

O que se pode tomar como parâmetro de decisão acerca da legislação retrocessiva, a partir desse acórdão, é que o legislador português não poderia voltar atrás quanto aos direitos sociais quando atingisse o núcleo essencial do direito decorrente da dignidade da pessoa humana, sem mecanismos de compensação ou alternativos e, assim, causasse a anulação, revogação ou aniquilação do direito; também não pode retroceder caso haja violação do princípio da igualdade ou da proteção da confiança; assim como caso o conteúdo do direito social esteja enraizado ou sedimentado no seio da sociedade¹⁴⁵.

Diante disso, a legislação foi declarada inconstitucional pela Corte Constitucional portuguesa, mas a fundamentação desenvolvida para acolher o pedido deu-se pela “violação do direito a um mínimo de existência condigna inerente ao princípio da dignidade humana”, e não pela proibição do retrocesso, de modo que ela, mais uma vez, não fora acolhida pelo Tribunal Constitucional português para a proteção de direitos fundamentais sociais.

A atuação da Corte Constitucional deixou clara que a impossibilidade de haver retrocesso na área dos direitos sociais está ligada a casos extremos e, ainda assim, sempre alicerçado em princípios previstos na Constituição e não através do princípio da proibição do retrocesso como pretendido por alguns, especialmente porque o Tribunal não reconhece a ele autonomia alguma.

Se não bastasse essa demonstração de que a proibição de retrocesso não encontra guarida na jurisprudência portuguesa com a amplitude que se quer dar a ela pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, pode-se chegar a essa conclusão através dos julgados

¹⁴⁵ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 74.

referentes à chamada “jurisprudência da crise”. Foram vários Acórdãos do Tribunal Constitucional português que analisaram, recentemente (dos anos de 2010 a 2014), restrições a direitos sociais decorrentes da última crise econômica europeia e neles não se observa a utilização do aludido princípio como forma de obstar qualquer retrocessão aos direitos fundamentais atingidos.

4. No **Acórdão nº 3/2010**, o Tribunal Constitucional analisou as alterações legislativas realizadas “nas condições de aposentação e na fórmula de cálculo das respectivas pensões” que diminuíram benefícios anteriormente reconhecidos aos funcionários públicos. No que interessa ao presente trabalho, em relação ao princípio da proibição do retrocesso, o Tribunal referiu expressamente que a jurisprudência da Corte apenas reconhece a proibição de retroceder “quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação de outros princípios constitucionais”, pois o aludido princípio carece “de autonomia normativa”.

Ao adentrar na análise da chamada “jurisprudência da crise”, constituída de diversos precedentes do Tribunal Constitucional português que analisaram atos legislativos restritivos de direitos sociais, não há, igualmente, qualquer acolhida à proibição do retrocesso social em que pese ter havido severas restrições àqueles direitos.

O **Acórdão nº 399/2010** inaugurou a análise da crise econômica em Portugal em decorrência do Pacto de Estabilidade e Crescimento. Houve análise da legislação que alterou o código do IRS ao estabelecer um escalão adicional na hipótese de rendimentos superiores a 150.000 euros, assim como em virtude das alterações nas taxas aplicáveis, sendo que essas medidas atuaram de maneira retroativa a todo o ano de 2010, em que pese as normas ensejadoras dessas alterações tenham entrado em vigor em junho e julho de 2010 (Lei nº 11/2010 e Lei nº 12-A/2010).

O Tribunal Constitucional não se utilizou da proibição do retrocesso quando da análise das medidas restritivas de direitos sociais. Elas foram julgadas constitucionais sob o argumento de se tratar de “retroatividade inautêntica” dos tributos, diante da necessidade de equilíbrio das contas públicas, do caráter urgente e premente da medida; e do anúncio de medidas de combate ao déficit da dívida pública.

Houve, ainda, o enfrentamento da questão pelo princípio da confiança, tendo sido sustentado que os contribuintes poderiam esperar razoável e objetivamente a ocorrência dessas medidas diante da crise econômico-financeira do País, bem como pelo fato de essas questões serem de caráter tolerável ou suportável para os contribuintes.

Isso significa que na alteração de tributos ao longo do ano tributário, com a sua incidência retroativa desde o seu início, a medida não foi considerada inconstitucional e

tampouco fora aventada a hipótese de se estar diante de um retrocesso no campo dos direitos sociais. Bastou ser utilizado o fundamento do interesse público para a edição dessas medidas para justificar a restrição levada a efeito e, desse modo, retroceder no campo da tributação a que a população fora submetida, impondo a ela uma maior carga tributária e uma consequente diminuição da sua renda disponível.

5. Quando do **acórdão nº 396/2011** tratou-se do pleito de inconstitucionalidade das normas constantes dos artigos 19.º, 20.º e 21.º da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, as quais promoveram, em síntese, a redução remuneratória de servidores públicos que recebiam mais de 1500 euros mensalmente.

Dentre os fundamentos lançados pelo Tribunal Constitucional, foi considerado que a redução das remunerações dos servidores públicos tinha um carácter temporário, cuja transitoriedade decorrida do fato de estar incluída no orçamento de estado apenas para o ano de 2011, com eficácia apenas naquele ano. Também fora invocado o *contexto de excepcionalidade* decorrente do Pacto de Estabilidade e Crescimento, a necessidade de se reduzirem as despesas públicas, bem como o fato de ser imprescindível corrigir o desequilíbrio orçamental.

No que interessa ao presente estudo, a redução dos salários dos servidores públicos fora considerada de acordo com a Constituição portuguesa por inexistir qualquer regra impeditiva dessa restrição, aliado ao fato de haver justificativa suficiente para essa atuação restritiva pelo fato de se estar em um contexto de crise econômica.

Esse entendimento foi adotado mesmo sendo o direito do trabalhador à retribuição do seu trabalho um direito fundamental, ora entendido como de natureza análoga aos direitos, liberdades e garantias¹⁴⁶, ora com carácter idêntico aos direitos de liberdade¹⁴⁷. Aliás, o art. 59, nº 2, “a”, da Constituição portuguesa, preconiza a fixação e atualização do salário mínimo e o respeito à autonomia coletiva (art. 56º, nº 3 e 4), a evidenciar a proteção dada pela norma constitucional sobre a retribuição, em que não haja a previsão de se assegurar o quantitativo salarial e tampouco a sua irredutibilidade, como faz a Constituição brasileira (arts. 7, VI e 37, XV).

A restrição salarial foi cotejada com a urgente necessidade de se reduzirem os gastos públicos em um curto período de tempo, aliado ao fato de o texto constitucional português não assegurar a irredutibilidade dos vencimentos como ocorre sob o manto constitucional

¹⁴⁶ Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 179, para quem a analogia advém de ser indissociável da própria liberdade de trabalho e por isso envolve deveres de proteção pelo Estado.

¹⁴⁷ Jorge Reis Novais sustenta o carácter unitário dos direitos fundamentais, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 251 e segs.

brasileiro que, pela sua natureza de regra, não pode sofrer afetação pelo legislador ordinário¹⁴⁸.

Ainda houve a análise de que a remuneração percebida pelos servidores públicos não atingia parâmetros mínimos da dignidade da pessoa humana, de modo a inexistir empecilho ao retrocesso das normas fundamentais que tratam do direito à retribuição¹⁴⁹, na medida em que houve a utilização de justificativa forte o suficiente para fazer ceder esse direito diante do contexto excepcional de crise econômica e da necessidade transitória e urgente de equalização das contas públicas.

Nesse contexto, é perceptível que a proibição do retrocesso não foi garantia alguma na proteção da redução remuneratória dos servidores públicos portugueses, de modo que a crise econômica foi suficiente para justificar uma afetação desse direito – nesse contexto ela necessitaria de uma maior proteção – o que indica, mais uma vez, não ter sido agasalhada pelo Tribunal Constitucional português a tese da existência da proibição do retrocesso.

6. A Corte Constitucional portuguesa analisou, no **acórdão nº 353/2012**, a constitucionalidade dos artigos 21º e 25º da Lei nº 64-B/2011, através dos quais fora determinada a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e Natal (13º e 14º salários) dos trabalhadores de entidades públicas com rendimentos superiores a 600 euros, assim como acerca da manutenção da redução remuneratória e de sua abrangência para aposentados e reformados.

Discutiu-se na decisão sobre a incidência do princípio da proteção da confiança e do princípio da igualdade pelas restrições impostas aos servidores públicos e não aos trabalhadores da iniciativa privada e a aplicação do princípio da proporcionalidade na desigualdade entre os servidores, ou seja, a incidência da “igualdade proporcional”.

No julgamento houve o acolhimento do pedido de declaração da inconstitucionalidade dos dispositivos impugnados sob o argumento de lesão à “igualdade proporcional”, de modo a verificar que a diferenciação do não pagamento dos subsídios de férias e de Natal aos servidores públicos era desproporcionalmente desigual em relação aos trabalhadores privados, porquanto se imporia uma averiguação da comparação destas circunstâncias, especialmente em relação a todos os afetados pelas restrições legislativas, na medida em que reconhecer uma distinção média entre as funções público e privada não seria suficiente para justificar as restrições concretamente realizadas¹⁵⁰.

¹⁴⁸ Jorge Miranda, *Parecer sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial*, pág. 20.

¹⁴⁹ Paulo Otero, *Parecer sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial*, pág. 80

¹⁵⁰ Jorge Miranda, *O Tribunal Constitucional em 2012*, pág. 39.

Assim, a declaração de inconstitucionalidade das medidas restritivas de direitos sociais adotada pelo Tribunal Constitucional se deu de acordo com os princípios constitucionais estruturantes – igualdade e proibição do excesso -, sem expor o problema com base na proibição do retrocesso ou sob o prisma da afetação do direito fundamental à retribuição e, a partir dessa premissa, efetivar um controle intenso e justificado sobre a restrição imposta pelo Estado, inclusive atribuindo a este o ônus de demonstrar a necessidade das medidas¹⁵¹.

7. No **Acórdão nº 187/2013** houve a análise da constitucionalidade das normas constantes dos n.º 1 a 9 do artigo 29.º da Lei n.º 66-B/2012 (Lei do Orçamento do Estado para 2013); dos números 1 e 2 e, a título consequencial, das restantes normas do artigo 77.º; e das normas constantes dos n.º 1, 2, 3 e 4 do artigo 78.º, todos da mesma lei. Tratou-se da suspensão do pagamento do subsídio de férias para servidores públicos com renda mensal superior a 1100 euros e redução dos que recebiam entre 600 e 1100 euros mensais, além da afetação dos aposentados e reformados. Também fora avaliada a criação de contribuição extraordinária de solidariedade; a alteração de alíquota do IRS, a diminuição das deduções e a instituição de uma sobretaxa.

No julgamento, a Corte Constitucional portuguesa declarou a inconstitucionalidade da suspensão do subsídio de férias dos servidores, aposentados e pensionistas e da contribuição sobre prestações de doença e desemprego. Por outro norte, entendeu constitucional a manutenção da redução remuneratória, a contribuição extraordinária de solidariedade, a alteração do IRS e das deduções e sobretaxa.

A fundamentação estava alicerçada, principalmente, no princípio da proteção da confiança¹⁵², no princípio da igualdade na repartição dos encargos públicos¹⁵³, no princípio da proporcionalidade, no princípio da progressividade do imposto e da capacidade contributiva¹⁵⁴, bem como na violação ao direito à retribuição¹⁵⁵.

Importante trazer à baila que, em relação à contribuição extraordinária de

¹⁵¹ Jorge Reis Novais, *O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira*.

¹⁵² A decisão baseou-se nas decisões anteriores quanto aos cortes das remunerações dos servidores públicos no sentido de que é possível a diferenciação entre eles e os trabalhadores privados, de modo a manter a redução salarial, especialmente diante dos interesses relevantes em questão. Afirmou ainda que as pensões não são baseadas em um sistema de capitalização individual, mas de um sistema solidário o que autorizaria a instituição da contribuição extraordinária de solidariedade. Também invocou que o fato de se tratar de direitos já constituídos não é vedada a redução, desde que justificada a sua restrição.

¹⁵³ Em relação a esse princípio o Tribunal sustentou não ter havido qualquer violação na medida em que havia justificativa razoável para fazê-lo ceder no caso em análise.

¹⁵⁴ Os princípios da proporcionalidade, da progressividade do imposto e da capacidade contributiva tiveram sua incidência afastada à hipótese em exame, porquanto a alteração levada a efeito estava na margem de conformação do legislador, o que levou ao afastamento da intervenção judicial no ponto.

¹⁵⁵ No que toca a irredutibilidade da retribuição, a fundamentação baseou-se na análise com relação à tutela da confiança que, na perspectiva adotada no acórdão, não fora violada. Em destaque fora considerada a temporariedade das medidas como um valor relevante para ponderação das restrições.

solidariedade (CES), a Corte Constitucional sustentou que o direito fundamental limita-se à pensão e não ao seu montante, de modo que a garantia constitucional está atrelada apenas ao mínimo para a existência condigna. Desse modo, no julgamento, ficou clara a possibilidade de existirem reduções na pensão dos trabalhadores portugueses, desde que não afete aquele núcleo mínimo protegido e necessário para a existência digna.

Como consequência, é perceptível que mais uma vez o Tribunal Constitucional português não acolhe a existência da impossibilidade de haver retrocessão no campo dos direitos sociais. Ao contrário, o retrocesso neste campo foi autorizado, inclusive sob a perspectiva da necessidade de manter o sistema e garantir o direito à pensão para futuras gerações, o que torna ainda mais evidente que a proibição do retrocesso em nada protege os direitos fundamentais.

8. A discussão travada no **acórdão nº 794/2013** estava ligada ao pleito de inconstitucionalidade de diversos artigos legais que versavam sobre a alteração do horário da função pública de 35 horas semanais para 40 horas. A finalidade da legislação era a convergência entre o horário de trabalho do setor público e do setor privado.

O Tribunal Constitucional assentou a constitucionalidade da medida porque estava dentro das possibilidades de o legislador alterar o estatuto da função pública e por haver a necessidade de aproximação com o setor privado, além de haver maior benefício ao serviço público, cujo reflexo geraria um aumento da competitividade da economia nacional. Ainda justificou inexistir expectativa para manutenção do horário de trabalho dos servidores públicos, na medida em que havia a pretensão de maior convergência com o sistema privado, além de se pretender reduzir os custos com os trabalhadores.

No que guarda relação com o tema ora em estudo, **foi afastada expressamente a utilização do princípio da proibição do retrocesso**. Em primeiro lugar, sob o argumento de que o Tribunal Constitucional português não confere autonomia normativa ao referido princípio; em segundo lugar porque esse princípio destruiria a autonomia do legislador e a sua liberdade de atuação; em terceiro lugar porque a falta de autonomia desse princípio não impossibilita o controle das restrições aos direitos sociais, o qual deve ser realizado com base nos princípios constitucionais em geral.

9. No **acórdão nº 862/2013** foram tratadas questões sobre a constitucionalidade das normas de convergência das pensões de aposentação, reforma e invalidez para quem recebia a esses títulos quantia superior a 600 euros mensais. O debate se deu envolto do princípio da proteção da confiança associado ao princípio da proporcionalidade; do princípio da igualdade e do princípio da sustentabilidade do sistema previdenciário.

O resultado do julgamento foi no sentido da inconstitucionalidade da medida adotada. Para chegar nessa conclusão, o Tribunal Constitucional invocou a necessidade haver uma avaliação do sistema como um todo, e não apenas com redução das pensões. Invocou a existência de graus de afetação da confiança na manutenção de um regime de pensões, bem como sinalizou no sentido do caráter fundamental do direito à pensão. Na hipótese, deu uma relevância maior às expectativas dos pensionistas em relação à convergência entre sistemas pretendida, com o argumento de sempre ter havido proteção ao direito adquirido neste campo de maneira a gerar a expectativa de não sofrer redução no *quantum* da pensão. Também houve referência à especial vulnerabilidade das pessoas afetadas por essa medida. Importante, ainda, o argumento de que a convergência entre sistemas não era uma medida temporária como as demais tidas constitucionais, estas sempre justificadas pelo contexto da crise econômica.

De toda essa argumentação, percebe-se que a Corte Constitucional portuguesa protegeu a restrição ao direito fundamental da pensão, sem ter havido qualquer recurso à impossibilidade de retrocesso com base em um suposto princípio que contemple essa vedação. A análise da questão se deu sob a perspectiva dos demais princípios constitucionais, de modo a aquilatar se as medidas restritivas de direitos estavam de acordo com os parâmetros constitucionais estabelecidos.

10. No que toca o **acórdão 413/2014**, tratou-se da análise da constitucionalidade das normas que previam cortes salariais na função pública; da suspensão dos complementos de reforma nas empresas públicas; das taxas de 6% sobre o subsídio de desemprego e de 5% sobre o subsídio de doença; e cortes nas pensões de sobrevivência.

Em relação aos cortes salariais, o Tribunal Constitucional entendeu como medida adequada para conter do déficit público, mas por tratar de uma aplicação de sujeitos afetados pelas restrições, agregado a uma maior redução salarial já imposta desde 2011, aliado ao fato de previsão de término do pacto do PAEF para maio de 2014, a medida pretendida não mais tinha um caráter decorrente de circunstâncias econômicas especiais (crise), mas buscava uma revisão estrutural da despesa, de modo que não se mostrava constitucionalmente adequada à restrição. Sob a ótica da igualdade proporcional a medida foi considerada inconstitucional, principalmente pelos seus efeitos continuados e cumulativos sem equivalente para a generalidade dos cidadãos¹⁵⁶.

No que toca o pagamento de complemento às pensões dos funcionários das empresas

¹⁵⁶ Na decisão houve a menção de que a medida de redução remuneratória está no seu quarto ano para dar cumprimento ao programa de assistência financeira, mas o argumento da eficácia imediata não apresentava mais carga valorativa suficiente para justificar um agravamento nos cortes salariais dos sujeitos que auferem verbas públicas (ponto nº 44, do acórdão nº 413/2014).

públicas atribuídas por sistemas de proteção social, a sua suspensão não foi considerada lesiva da confiança dos beneficiários, além de ser considerada proporcional diante do interesse público, através da redução das transferências do Orçamento do Estado para as empresas que pagam o aludido benefício. O Tribunal também justificou que a medida não é definitiva e não viola o direito de contratação coletiva, porque a lei pode regular o direito de negociação e contratação coletiva, desde que deixe um conteúdo mínimo em aberto para negociação, sendo que as prestações complementares não integram o núcleo duro do direito de contratação coletiva. De tal sorte, essa medida foi tida como constitucional pela Corte Constitucional portuguesa.

Quanto às taxas sobre o subsídio de desemprego e sobre o subsídio de doença, a constitucionalidade foi avaliada de acordo com os princípios da proporcionalidade e da igualdade. Houve a declaração de inconstitucionalidade por violação do primeiro princípio, sendo que um dos argumentos foi no sentido de que não se poderia conceber como uma medida adequada à restrição remuneratória daqueles beneficiários cujas prestações já estão reduzidas a um patamar mínimo de sobrevivência previsto pelo legislador naquelas situações específicas de risco social, penalizando excessivamente aqueles que recebem prestações mais baixas.

Em relação aos cortes nas pensões de sobrevivência, os parâmetros do controle de constitucionalidade foram os princípios da proteção da confiança, da igualdade, da proporcionalidade, a restrição ao direito de propriedade e ao direito à segurança social. A declaração de inconstitucionalidade se deu por violação do princípio da igualdade, já que a pensão de sobrevivência busca compensar a perda dos rendimentos decorrentes do trabalho do falecido e a concessão do benefício está atrelada ao impacto econômico da morte do beneficiário no grupo familiar. Aliado a isso, foi utilizado como fundamento o fato de o regime de cálculo pretendido dessas pensões não previa prazo de cessação da sua vigência, situação indicadora da instituição de um novo regime jurídico e não apenas para a hipótese de crise.

Importante registrar que a Corte Constitucional portuguesa assentou que o direito à pensão pode ser alterado porque não goza de uma intangibilidade absoluta, mas com a sua conformação passa estar protegido pelos princípios constitucionais estruturantes.

De outro lado, mesmo diante de medidas de evidente restrição a direitos dos afetados por elas, em momento algum o Tribunal Constitucional valeu-se do princípio da proibição do retrocesso como razão para acolher ou afastar a inconstitucionalidade delas, de modo que a sua atuação estava sempre pautada pelos princípios constitucionais estruturantes.

11. Também foi objeto de controle de constitucionalidade a nova configuração da Contribuição Extraordinária de Solidariedade (CES) e os descontos para o sistema de proteção social no âmbito dos cuidados de saúde, objeto do **acórdão nº 572/2014** do Tribunal Constitucional.

A primeira medida não foi reputada em desconformidade com a Constituição porque era temporária, já que sua previsão era apenas para o ano econômico de 2014, ainda ostentava finalidade de diminuir o déficit público diante da situação de excepcionalidade econômica, bem como não era imprevisível e tampouco contrária às expectativas legítimas dos cidadãos afetados. Mesmo a ampliação do âmbito de incidência foi considerada nos limites da razoabilidade, especialmente porque incidente apenas nove meses do ano.

Em relação à questão dos descontos para o sistema de proteção social no âmbito dos cuidados de saúde, também não houve a declaração de inconstitucionalidade. A medida tinha a finalidade de auxiliar no cumprimento das metas orçamentais para 2014, mas também contava com a intenção de tornar a ADSE um sistema autossustentável a partir apenas das contribuições dos beneficiários titulares. Também foi considerado que a medida não se configura como imposto, mas apenas transferência de verbas de proveniência pública, na medida em que não dispunha sobre prestações a serem suportadas pelos particulares.

Nesses termos, é possível aquilatar que essas medidas, mesmo ao afetar os direitos dos cidadãos, não tiveram qualquer proteção do “princípio da proibição do retrocesso”, de modo que mais uma vez não se pode dizer tenha sido reconhecido pela jurisprudência portuguesa.

12. O **acórdão 574/2014** tratou de verificar a constitucionalidade das medidas que estabeleciam mecanismos de reduções remuneratórias temporárias de servidores públicos e as condições para reversão no prazo máximo de quatro anos. O Tribunal não reconheceu a inconstitucionalidade das reduções remuneratórias para os anos 2014 e 2015, mas afirmou a contrariedade constitucional da reversão gradual da remuneração para os anos 2016 a 2018.

O parâmetro de controle de constitucionalidade seu deu com supedâneo nos princípios constitucionais da igualdade e da proteção da confiança. A fundamentação da decisão foi no sentido de que o compromisso assumido pelo Estado português ainda justificava a restrição às remunerações até o ano de 2015, sem ofender ao princípio da proteção da confiança diante da manutenção da situação excepcional de crise a justificar a medida, nos moldes realizados nos acórdãos nº 413/2014, nº 353/2012 e nº 187/2013.

Quanto aos cortes a partir do ano de 2016, a Corte Constitucional decidiu que era imprescindível outra justificativa para a manutenção da redução da remuneração dos servidores porque encerrado o pacto internacional, de modo que não se considera mais

situação de emergência financeira. Também houve referência sobre a lesão ao princípio da igualdade em virtude da manutenção da redução das remunerações dos trabalhadores pagos por verbas públicas, e só destes, no período apontado na lei, de maneira a ultrapassar os limites do sacrifício adicional deles exigido.

13. No **acórdão nº 575/2014** houve discussão sobre a constitucionalidade das normas que tratavam da contribuição de sustentabilidade incidente sobre todas as pensões pagas pelo sistema público de proteção social, em confronto com os princípios da igualdade e da proteção da confiança. A adoção dessa contribuição buscava a manutenção da sustentabilidade das finanças públicas para assegurar o cumprimento das obrigações assumidas pelo Estado português.

O Tribunal Constitucional analisou a questão do retrocesso social e afastou a sua incidência como um princípio constitucional. Argumentou que a aplicação como um “princípio geral” destruiria a autonomia da função legislativa em matéria de direitos sociais, de modo a prejudicar a “liberdade construtiva e a autorrevisibilidade” em matéria tão vasta como esses direitos. Inclusive no julgamento operou-se a distinção das hipóteses em que o constituinte ordena de forma “precisa e concreta” que haja a legislação de quando a proibição de retroceder está atrelada ao conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais ou implique restrição arbitrária, desproporcional ou violadora do princípio da proteção da confiança¹⁵⁷. A partir desse entendimento, a Corte Constitucional analisou as pretensões através dos princípios constitucionais estruturantes e não sobre a ótica do princípio da proibição do retrocesso social.

Dentre as questões analisadas, o Tribunal Constitucional aludiu não estarem inseridas na vedação de retroatividade das normas as alterações buscadas no sistema de pensões, apenas de forma imprópria, na medida em que a pretexto de alterar as normas para o futuro acaba por atingir situações jurídicas consolidadas com base em normas passadas. Ainda houve a invocação do argumento acerca da necessidade de se ponderar a partir do princípio democrático da autorrevisibilidade das leis e da segurança jurídica, através dos “testes” que o Tribunal realiza para fins de aquilatar se os atos praticados estavam ou não sob o abrigo da

¹⁵⁷ Assim foi posta a questão no Acórdão: “Torna-se assim necessário harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. E essa harmonização implica que se distingam as situações onde a Constituição contenha uma ordem de legislar suficientemente precisa e concreta, em que a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, daquelas outras em que a proibição do retrocesso social está limitada pelo princípio da alternância democrática e opera apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social afete a «garantia da realização do conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional» ou implique, pelo «arbitrio ou desrazoabilidade manifesta do retrocesso», a violação da proteção da confiança (cfr. Acórdãos n.ºs 509/2002 e 188/2009).”

tutela jurídico-constitucional da confiança. Como resultado no caso, conclusão trilhou o rumo de que o direito dos particulares deveria prevalecer por ser mais forte, porquanto atingia, a título definitivo, as pensões já em pagamento no ano de 2015, ao contrário do que ocorreu com a contribuição extraordinária de solidariedade que ostentava natureza excepcional e transitória. Outro ponto importante debatido foi a postura do legislador, com o argumento de promover uma reforça estrutural no sistema de pensão, acabou por buscar uma poupança maior no curto prazo, de modo a ferir mais severamente alguns beneficiários em detrimento de outros em virtude do estabelecimento da progressividade dos índices para a taxa de redução das pensões, de maneira que atuou em contrariedade ao princípio da contributividade e do benefício certo.

Digno de nota também, o fato de terem sido colocadas as questões da igualdade e da equidade interna em razão de os pensionistas estarem em situações distintas, já que sofreram reformas anteriores do sistema, com reflexo no montante da pensão, além dos momentos diversos em que passaram para a inatividade, sem que essa situação tenha sido considerada pelo legislador. Em relação à justiça intergeracional, a Corte Constitucional referiu que as alterações não faziam parte de uma reforma consistente e coerente, de modo que os cidadãos pudessem confiar, na medida em que não houve qualquer capacidade de adaptação a modificações futuras decorrentes de alterações demográficas ou econômicas.

Diante de todo esse contexto, a contribuição de sustentabilidade foi declarada inconstitucional por afetar desproporcionalmente o princípio constitucional da proteção da confiança, sem que tivesse sido invocado o princípio da proibição do retrocesso como um óbice para tanto.

14. Pela análise dos precedentes do Tribunal Constitucional português é perceptível que ele não adota uma linha favorável ao princípio da proibição do retrocesso social como frequentemente citado pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras para justificar a sua adoção no sistema brasileiro, mesmo depois de grandes debates sobre as restrições levada a efeito pelo Estado português em matéria de direitos sociais. Ainda que a Corte Constitucional portuguesa tenha enfrentado reiteradas hipóteses de medidas de caráter restritivo a esses direitos, inclusive com a declaração de inconstitucionalidade de algumas delas, ela não o fez com base no “princípio” ora em debate e tampouco utilizou a proibição de retroceder como se ostentasse essa natureza, de princípio¹⁵⁸.

¹⁵⁸ Carlos Blanco de Moraes, ao proceder a uma análise da jurisprudência da crise em Portugal, contextualizou, na generalidade, as premissas utilizadas pelo Tribunal Constitucional no enfrentamento das questões sobre os direitos sociais. Apontou como premissas maiores das decisões que o Tribunal Constitucional aceita: (i) a

Sequer nos acórdãos rotineiramente utilizados no Brasil (Ac. nº 39/1984 e o nº 509/2002) para justificar a adoção desse princípio do direito português, percebe-se, mediante uma leitura atenta dos julgados, que não foi essa a tese a justificar o resultado das decisões, bem como tampouco foi afirmada em qualquer deles a existência de um “princípio da proibição do retrocesso”, tal como um princípio jurídico-constitucional.

O fato de algumas medidas restritivas a direitos sociais terem sido rechaçadas pela jurisdição constitucional não significou a adoção da tese da impossibilidade de retroceder porque haver um princípio autônomo que impeça esse recuo. O enfrentamento da questão sempre se deu com base nos princípios constitucionais estruturantes da República portuguesa, razão pela qual é nítida a inadequação das afirmações de que o Tribunal Constitucional chancela a existência do chamado “princípio da proibição do retrocesso”.

Pelas decisões tomadas, é possível perceber que o Tribunal Constitucional tomou como base os princípios constitucionais inerentes ao Estado de Direito Democrático, como o princípio da confiança, da proporcionalidade, da igualdade, entre outros, de maneira a utilizá-los como parâmetro de controle para suas decisões acerca dos direitos fundamentais sociais, sem se valer da proibição do retrocesso, inclusive por uma vertente relativa, como fundamento para tanto.

restrição aos direitos sociais por razões de exceção financeira e a submissão das respectivas prestações à reserva do possível; (ii) o impacto do direito europeu e do Tratado do PAEF no cumprimento das rigorosas obrigações do Estado na redução da despesa da dívida; (iii) o imperativo do relevante interesse público da sustentabilidade do sistema de segurança social; (iv) a admissibilidade de uma redução definitiva do valor de pensão em pagamento do sistema público como forma de garantia da sustentabilidade estrutural desse sistema; (v) a admissibilidade dos efeitos retrospectivos de medidas de redução de pensão em pagamento; (vi) o caráter não arbitrário dessas medidas; (vii) e a ampla, embora variável, liberdade do legislador em tomar as decisões apropriadas para o referido fim de sustentabilidade sistêmica. Como premissas menores, o autor aponta que o Tribunal Constitucional considera: (i) que as restrições aos direitos sociais, ditadas pela exceção financeira, são limitadas pelos princípios do Estado de direito como a igualdade e a proteção da confiança; (ii) que há contradição entre a Constituição e o direito europeu; (iii) que o interesse público inerente à sustentabilidade não será preenchido adequadamente mediante cortes avulsos, já que mais tarde ou mais cedo serão necessários novos cortes; (iv) uma redução definitiva do valor das pensões requeria uma reforma sistêmica que acautelasse a situação diferenciada de numerosas categorias de pensionistas; (v) os efeitos retrospectivos onerosos sobre pensões em pagamento afetariam direitos tornados subjetivos e careceriam de uma justificação exigente pelo legislador, quanto à idoneidade, necessidade e justa medida do meio utilizado; (vi) as medidas tomadas, pelo seu caráter não arbitrário, seriam desiguais, desadequadas, desnecessárias e desproporcionais no modo em que afetam as expectativas legítimas dos titulares das pensões em pagamento, as quais prevalecem sobre o interesse público invocado, que não logra garantir a sustentabilidade duradoura do sistema que pretende preservar, *Curso de Direito Constitucional*, págs. 752/753.

2.2 No Brasil:

2.2.1 O tratamento doutrinário sobre o tema

Assentadas as premissas quanto aos direitos fundamentais no direito brasileiro, especialmente quanto ao seu regime unitário em relação aos direitos de liberdade e aos direitos sociais, bem como trazida a origem da criação do princípio da proibição do retrocesso – no direito alemão - e também o tratamento dado no sistema jurídico mais próximo ao brasileiro – o português¹⁵⁹ -, é necessário averiguar o tratamento dado pela doutrina brasileira acerca da questão.

O “princípio da proibição do retrocesso social”¹⁶⁰ é costumeiramente apontado por parte da doutrina e da jurisprudência como um mecanismo apto a justificar a impossibilidade de haver retrocessos, diminuições ou reduções na seara dos direitos sociais no Brasil¹⁶¹.

Contudo, a existência ou não de um princípio que impeça o retrocesso social é controversa no estudo dos direitos fundamentais e também na sua aplicação¹⁶² pela repercussão que a sua (in)existência acarreta. Os debates buscam explicar se há ou não, depois de atingido determinado nível de implementação dos direitos sociais, algo que obste a possibilidade de retroceder, diminuir ou reduzir o grau desse direito já concretizado¹⁶³. As

¹⁵⁹ Ainda que haja proximidade entre o sistema brasileiro e o português quanto à previsão sobre os direitos sociais na Constituição, e por essa razão a doutrina brasileira utiliza parte da doutrina e poucos acórdãos da jurisprudência portuguesa para fundamentar o princípio, é importante pontuar que há grande discussão em Portugal sobre os próprios direitos sociais, sobre o tratamento distinto que é dado a eles em relação aos direitos de liberdade pela Constituição portuguesa, além da divergência apontada quanto à proibição de retrocesso dos direitos sociais. E tudo isso é desconsiderado pelos defensores deste princípio, de modo a utilizar apenas aquilo que lhe interessa, sem trazer o todo do sistema português, analisá-lo e, assim, demonstrar a justificação para a defesa do princípio. Por isso, vê-se que aqui também há importação dos estudos portugueses sem a adequada adaptação e sem perquirir se as premissas de que se vale Portugal são as mesmas existentes no Brasil.

¹⁶⁰ Cristina Queiroz aponta com propriedade que não é feliz a expressão “proibição do retrocesso social” porque os princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança é que são, a rigor, critérios que, quando violados, demonstram um retrocesso constitucionalmente ilegítimo de direitos sociais, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 71.

¹⁶¹ Ingo Sarlet menciona que as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais constituem uma decisão do constituinte em prol da vedação do retrocesso, pelo menos nessas hipóteses, *Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana...*, cit., pág. 301.

¹⁶² Observe-se o julgamento pelo Supremo Tribunal Federal da Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.543.

¹⁶³ Ingo Sarlet refere que o princípio da proibição do retrocesso social está alicerçado, no Brasil, nos arts. 5º e 6º da CFRB por guardar relação com o princípio da segurança jurídica, assim como com os princípios do Estado Democrático e Social e Direito e da proteção da confiança, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 581. George Marmelstein afirma que há certa razão nos juristas que lecionam ser extremamente difícil reconhecer com

divergências também gravitam em torno da disponibilidade do legislador sobre os direitos sociais e da sua vinculação sobre eles, porquanto para a sua efetivação, via de regra, é imprescindível a intervenção legislativa, o que deixaria ao alvedrio do legislador também a sua modificação ou extinção¹⁶⁴.

A utilização deste instituto tem encontrado grande aconchego da doutrina brasileira. O seu principal defensor – no qual todos os demais buscam seu ponto de partida para análise da questão - é Ingo Wolfgang Sarlet, o qual sustenta que o sistema constitucional vigente e os princípios previstos pela Constituição brasileira autorizam afirmar a existência do aludido princípio. Dentre os argumentos utilizados pelo referido doutrinador estão (a) o princípio do Estado democrático e social de Direito; (b) o princípio da dignidade da pessoa humana; (c) o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; (d) as manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo; (e) o princípio da proteção da confiança; (f) a vinculação dos órgãos do Estado não apenas às imposições constitucionais de concretização infraconstitucional, mas também a uma “certa autovinculação em relação aos atos anteriores”; e (g) o argumento de que não reconhecer esse princípio significa admitir a livre modificação dos direitos fundamentais pelo legislador e pelos órgãos públicos em geral¹⁶⁵.

O Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luís Roberto Barroso, destaca que a vedação do retrocesso é uma derivação da eficácia negativa dos princípios e através dela deve haver uma progressiva ampliação dos direitos fundamentais, de modo a permitir a invalidação da revogação das normas que não estejam acompanhadas de uma política substitutiva equivalente. Conclui que a inconstitucionalidade ocorre quando há revogação da norma infraconstitucional conformadora do direito, “deixando um vazio em seu lugar”, porque não pode o legislador revogá-la pura e simplesmente, já que esvaziaria o comando constitucional como se dispusesse exatamente contra ele diretamente¹⁶⁶.

absoluta certeza o que é retrocesso e o que é avanço em matéria de direitos fundamentais, pois pode ser uma medida de retrocesso para determinado direito e, ao mesmo tempo, avanço para outro, inclusive na área de direitos sociais, porque nem todos os benefícios assistenciais alcançam resultados positivos a longo prazo, já que geram uma situação indesejável de dependência entre os seus beneficiários em relação ao Estado, *Curso de Direitos Fundamentais*, pág. 270.

¹⁶⁴ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 83 e segs..

¹⁶⁵ Ingo Wolfgang Sarlet, *Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*, págs. 318/320. Tiago Fidalgo de Freitas registra que nesta matéria existe “(pelo menos) uma dezena de fundamentos invocados” para sustentar esse princípio e os arrola: (a) a radicação na consciência jurídica geral; (b) o princípio social; (c) o princípio da proteção da confiança; (d) o princípio da dignidade da pessoa humana; (e) a natureza das normas programáticas; (f) a cláusula aberta dos direitos fundamentais; (g) os limites materiais de revisão constitucional; (h) o direito de propriedade; (i) a subjetivação dos direitos; e (j) posições mistas, *O princípio da proibição do retrocesso social*, pág. 812.

¹⁶⁶ Luís Roberto Barroso, *A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios*, Temas de direito

O constitucionalista José Afonso da Silva, ao exemplificar a aplicabilidade das normas programáticas com o art. 7º da Constituição Federal, preceitua que nesse dispositivo estão enumerados diversos direitos dos trabalhadores “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”, o que significa ter o legislador ampla margem de conformação para a melhoria da condição social dos trabalhadores, mas que qualquer ato legislativo em sentido contrário a esse fim será inválida e pode ter sua inconstitucionalidade declarada¹⁶⁷.

A “eficácia vedativa do retrocesso”, tratada por Ana Paula Barcellos, significa a possibilidade de o Poder Judiciário invalidar a “revogação de enunciados que, regulamentando o princípio constitucional, ensejaram a aplicação e a fruição dos direitos fundamentais ou ainda os ampliaram, toda vez que tal revogação não seja acompanhada de uma política substitutiva”. Para ela, a contrariedade constitucional decorre da revogação das disposições infraconstitucionais que deixam “um vazio em seu lugar”¹⁶⁸.

Para Juarez Freitas todo direito fundamental é também individual no sistema brasileiro, e, por essa razão, seu núcleo será intangível, inclusive contra a edição de emendas à Constituição, “vedado qualquer retrocesso”. Menciona, ainda, que reciprocamente, todo direito fundamental deve ser visto como apresentando uma dimensão social, verificando-se a diferença mais de “grau de intersubjetividade do que de qualidade entre os direitos fundamentais”. E continua o autor, quanto às proposições interpretativas do direito, que a reserva legal, em que pese possa “até limitar o campo não essencial” do direito, não deve servir de “escudo para a imperdoável omissão constitucional”¹⁶⁹.

A perspectiva de José Vicente dos Santos Mendonça trilha a ideia de justificar a vedação do retrocesso, no sentido de que uma vez proposta a redução do patamar de algum direito social, mediante modificação do processo legislativo que complemente o sentido da norma constitucional, deve-se perquirir se essa alteração é razoável, mas com a observância do limite máximo de redução ao mínimo existencial, aferição essa que só será possível de ser realizada no caso concreto¹⁷⁰.

O também Ministro do Supremo Tribunal Federal, Luiz Edson Fachin, escreveu sobre o projeto do atual Código Civil brasileiro e na sua análise concluiu acerca da existência de retrocessos no projeto de lei. Ao tecer considerações sobre o que considera como proibição do

constitucional, tomo III, pág. 44/45

¹⁶⁷ José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, pág. 159.

¹⁶⁸ Ana Paula Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*, pág. 83 e segs.

¹⁶⁹ Juarez de Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, pág. 209/210.

¹⁷⁰ José dos Santos Vicente Mendonça, *Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo*, Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos fundamentais, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003, págs. 227/228.

retrocesso, lançou suas premissas no sentido de que uma vez existentes diplomas legais explicitando o conteúdo dos direitos constitucionais, sua supressão ensejaria um retorno à omissão inconstitucional, o que não é possível. Refere que a revogação, ainda que tácita, das normas conformadoras do direito previsto constitucionalmente já é suficiente para constitui um retrocesso vedado pelo sistema constitucional. E concluiu que o Código Civil não poderia regulamentar matérias já disciplinadas em lei esparsas caso operasse um retrocesso no exercício dos respectivos direitos, sob pena de inconstitucionalidade¹⁷¹.

Numa perspectiva diversa, Felipe Derbli critica a utilização da proibição do retrocesso alicerçado na segurança jurídica e na dignidade da pessoa humana porque esvaziaria o conteúdo material daquele princípio, na medida em que ele “apresenta um elemento finalístico próprio”, que lhe confere “posição substantiva”. Embasa a construção deste princípio – implícito na Constituição, segundo o autor – em virtude do impulso de progressiva ampliação dos direitos fundamentais, na busca de redução das desigualdades regionais e sociais e para construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social. Refere que esse princípio só é aplicável aos direitos sociais e que, a partir da distinção entre normas programáticas e normas definidoras de direitos sociais, estas são protegidas pela proibição do retrocesso. Esclarece, ainda, que não haverá retrocesso social senão na hipótese de a retrocessão criar uma omissão inconstitucional, bem como quando atingir aqueles direitos radicados na consciência jurídica geral¹⁷².

Mário de Conto menciona que o princípio da proibição do retrocesso é perceptível por haver o princípio da proibição da proteção deficiente, de modo que há um núcleo dos direitos fundamentais a ser protegido, o qual está relacionado com a dignidade da pessoa humana. No entanto, necessita da consideração de outros princípios inerentes ao Estado Democrático de Direito e de uma teoria constitucionalmente adequada para que possa ter uma atribuição de sentido autêntica¹⁷³.

Alessandra Giotti assevera que o princípio da proibição do retrocesso deve ser vista não apenas no ordenamento jurídico interno, mas na perspectiva dos tratados internacionais a demonstrar a sua aplicabilidade não apenas contra a atuação do legislador, mas também do administrador ao delimitar uma política pública. E continua a autora no sentido de que o retrocesso social pode ser normativo (através de normas jurídicas), mediante a comparação da

¹⁷¹ Luiz Edson Fachin e outro, *Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição*, Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), ano 1., vol. 4, out/dez, 2000, págs. 249/250.

¹⁷² Felipe Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, pág. 220 e segs..

¹⁷³ Mário de Conto, *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*, pág. 85.

norma existente com a norma substituída, ou de resultados (em consequência das políticas públicas), conforme a política existente em uma determinada referência temporal e a sua sucessora¹⁷⁴.

Na mesma linha, Dilmanoel de Araújo Soares expressa que o princípio da proibição do retrocesso social, ainda que não expresso, decorre do sistema constitucional a partir da determinação de imediata aplicação dos direitos fundamentais (art. 5º, § 1º, da CRFB) e também deriva do princípio da confiança, da dignidade da pessoa humana, da proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada (art. 5º, XXXVI, da CRFB)¹⁷⁵.

Rodrigo Goldschmidt sustenta que o princípio da proibição do retrocesso estabelece limites à atividade legislativa, sem conflitar com o princípio da autonomia do legislador, pois busca evitar que um “direito fundamental já contemplado como conquista civilizatória e incorporado no sistema jurídico” não acabe dele afastado, seja inadequadamente restringido ou tenha impedida a sua eficácia. Pontua, ainda, que esse princípio “veda qualquer modificação legislativa ou interpretativa que tenda a abolir um direito fundamental reconhecido”¹⁷⁶.

Para Patrícia do Couto Villela Abbud Martins o princípio da proibição do retrocesso social evidencia que a partir do momento em que há conformação pelo legislador de um direito fundamental social, há uma integração por completo ao conteúdo da Constituição, sendo incabível a reversão desta medida sem que haja a criação de mecanismos compensatórios. E continua a referir que realizada a deliberação do constituinte no momento com a conformação do direito social, o legislador está vinculado a essa conformação, não sendo lícita a sua eliminação “sem oferecer mecanismos de recomposição do respectivo direito social”, de modo que não é possível causar ao titular de um direito uma *reformatio in pejus*. Assevera, ainda, que a proibição do retrocesso representa um limite jurídico ao legislador por estar adstrito aos “direitos sociais adquiridos”¹⁷⁷.

Sob outro viés, de não admissão do princípio da proibição do retrocesso, Suzana de Toledo Barros faz a advertência que a admissão dele como garantia dos direitos sociais perante a lei conflita com a autonomia do legislador por entender que o “nível de determinação desses direitos parece ser nenhum”, de modo a permitir que muitos rejeitem

¹⁷⁴ Alessandra Giotti, *Direitos Sociais*, pág. 143.

¹⁷⁵ Dilmanoel de Araújo Soares, *Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social*, pág. 115.

¹⁷⁶ Rodrigo Goldschmidt, *O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais*, Justiça do Direito, Universidade de Passo Fundo, Faculdade de Direito, vol. 14, nº 14, UPF Editora, 2000, págs. 33/34.

¹⁷⁷ Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, *A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico*, A efetividade dos direitos sociais, Coordenador Emerson Garcia, Editora Lumen Juris, Rio de Janeiro, 2004, págs. 401/402.

esse princípio em virtude da impossibilidade de se converter o grau de realização legislativa de um direito social em norma de assento constitucional, contra a vontade legislativa¹⁷⁸.

Expostos o pensamento da doutrina brasileira sobre a proibição do retrocesso, sem a pretensão de ter esgotado todos os escritos, mas atentando às principais referências, mostra-se pertinente avançar para a verificação do comportamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal brasileiro sobre a matéria.

2.2.2 A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e o princípio da proibição do retrocesso

A utilização da proibição do retrocesso é divergente na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e, quando utilizada, quase sempre o é sem qualquer justificativa concreta para a sua aplicação. De acordo com as decisões proferidas pela Suprema Corte brasileira, não é possível identificar com segurança que a proibição do retrocesso tenha sido incorporada em qualquer deles como *ratio decidendi* nos julgamentos em que há afetação dos direitos sociais pelo legislador.

O seu manejo é controverso na composição da Corte, não guarda uma sistemática de aplicação quando utilizado e tampouco fica claro se efetivamente esse princípio pode ser tido como integrante do Direito Constitucional brasileiro.

1. Ao analisar o pedido liminar no julgamento da **Ação Declaratória de inconstitucionalidade nº 2.213**, que questionava a proibição, prevista em lei, de repasses de recursos públicos para entidades que incentivavam ou colaboravam de qualquer forma para a invasão de imóveis rurais, bens públicos ou em conflitos agrários e fundiários, o Ministro Celso de Mello invocou o argumento acerca da discussão existente sobre o que configura um avanço ou um retrocesso social e justificou, amparado na manifestação do Presidente da República realizada na ação, que a prática de atos violentos contra as instituições – no caso estava a ser tratado de esbulho possessório praticado em terras alegadamente improdutivas para fins de reforma agrária - não pode ser concebida como um avanço social porque revestida de ilicitude, de modo afastar a possibilidade de se tratar de qualquer retrocesso e, conseqüentemente, da aplicação do aludido princípio.

2. No julgamento da **Ação Declaratória de inconstitucionalidade nº 4.578**, em que

¹⁷⁸ Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, pág. 165.

se discutia a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10 por haver ampliado as situações de inelegibilidades dos candidatos a mandatos políticos, o Ministro Luiz Fux invocou inexistir violação ao princípio da proibição do retrocesso social, sob o fundamento de que a presunção de inocência em matéria eleitoral não atingiu “consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral”. Além disso, foi afastada a inconstitucionalidade da norma infraconstitucional sob a perspectiva do aludido princípio porque não houve arbitrariedade na restrição legislativa e tampouco afetação ao núcleo essencial do direito em conflito, na medida em que atingido apenas o direito eleitoral passivo. No mesmo sentido foram os julgamentos das Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 29 e 30.

Esse julgado demonstra que somente seria vedado o retrocesso caso a matéria houvesse formado o referido consenso básico e tivesse afetado o núcleo essencial do direito ou estivesse configurada uma restrição legislativa arbitrária. No entanto, nenhum desses conceitos teve seu alcance explicitado na decisão para que fosse possível identificar em quais hipóteses o Tribunal aceitaria a suposta retrocessão dos direitos fundamentais.

3. O Ministro Luiz Fux, no julgamento do **Vigésimo Quinto, do Vigésimo Sexto e do Vigésimo Sétimo Agravo Regimental na Ação Penal 470** (conhecido como caso do “Mensalão”), tratou do princípio da proibição do retrocesso ao analisar se a Lei nº 8.038/90 poderia revogar o art. 333, inc. I, do Regimento Interno do STF¹⁷⁹ e vedar a utilização dos embargos infringentes, sob o enfoque de que caracterizaria um retrocesso na implementação do direito de defesa dos acusados e do devido processo legal. Na decisão foi decidido que a extinção de modalidades recursais não significa retrocesso e que essa espécie recursal é um “pormenor de regulamentação” de modo que não havia direito fundamental à sua manutenção no ordenamento jurídico, especialmente porque não compõe o núcleo essencial do devido processo legal. Também foi asseverado que a supressão do recurso não configura retrocesso quanto ao duplo grau de jurisdição porque está mantido o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e vai ao encontro da duração razoável do processo, adequando-se ao postulado da proporcionalidade.

De outro lado, nesse julgamento, o Ministro Ricardo Lewandowski invocou a doutrina de Luiz Flávio Gomes no sentido de que a revogação do referido recurso caracterizaria um retrocesso de direitos fundamentais, mas não desenvolveu qualquer raciocínio a justificar a sua aplicação no caso concreto, limitando-se a enunciar a situação e mencionar não haver maiores dúvidas de aplicação na teoria de direitos fundamentais. Trouxe ele, no julgamento do

¹⁷⁹ Art. 333. Cabem embargos infringentes à decisão não unânime do Plenário ou da Turma: I – que julgar procedente a ação penal (...)

Vigésimo Sexto Ag. Reg. na Ação Penal nº 470, como fundamento para a existência do princípio da proibição do retrocesso o Estado Democrático de Direito, o valor da dignidade da pessoa humana e a adoção da máxima eficácia e efetividade dos direitos fundamentais.

4. No julgamento da **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.350** questionava-se a constitucionalidade de medidas de racionalização do seguro DPVAT e nela foi decidido que o princípio da vedação ao retrocesso social “não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quanto não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais”. No julgado ficou claro ter havido alterações marginais sobre os contornos do referido seguro de modo a viabilizar a sua subsistência. Desse modo, o Tribunal afastou a alegação de inconstitucionalidade da Lei nº 11.945/09 por violação ao princípio da proibição do retrocesso social já que o núcleo essencial do direito estava protegido (ainda que não se tenha delimitado o que seria esse núcleo).

5. Quando da análise do **Recurso Extraordinário com agravo nº 704.520**, o Supremo Tribunal Federal tratou também das normas modificativas dos valores a serem pagos referente ao seguro DPVAT à luz do princípio da proibição do retrocesso. Ficou assentado que esse princípio não veda qualquer forma de alteração restritiva na legislação infraconstitucional, desde que não haja violação do núcleo essencial do direito protegido. O Tribunal invocou que em se tratando de direitos sociais, por demandarem ações positivas do Estado e serem custosos, a realidade dos fatos não pode ser ignorada pelo poder público ou pelos tribunais.

6. No **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352**, a Segunda Turma do STF analisou a possibilidade de o Poder Judiciário impor ao Poder Executivo que melhorasse o atendimento de gestantes em maternidades estaduais. O Ministro Celso de Mello, relator, utilizou-se da proibição do retrocesso por se constituir na dimensão negativa dos direitos sociais de natureza prestacional impeditivo que os níveis de concretização dessas prerrogativas venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto se houver política compensatória. Foi invocado, inclusive, o Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional Português para demonstrar a impossibilidade do retrocesso. Os demais integrantes da turma acordaram pelo julgamento nos termos do voto do relator.

Não houve, contudo, uma justificação para que a proibição do retrocesso fosse aplicada no caso, tendo o Tribunal se limitado a enunciar os contornos do referido princípio. Além do mais, sequer estava em discussão a supressão de determinada política pública, mas da sua implementação (ou seja, a sua dimensão positiva), o que demonstra a impertinência do argumento empregado.

7. Isso se comprova porque no julgamento do **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337**, também da Segunda Turma do STF e também tendo o Ministro Celso de Mello como relator, foi utilizado exatamente o mesmo argumento quanto à proibição do retrocesso, sem qualquer justificativa ao outro caso que se tratava de determinação ao poder público a matricular crianças de até cinco anos em unidade de ensino infantil próximas de sua residência.

A falta de argumentação específica quanto à aplicação da proibição do retrocesso para cada situação concreta demonstra que o seu manejo é meramente retórico, sem qualquer preocupação de subsumir as questões jurídicas ao caso concreto e assim demonstrar a pertinência entre a suposta proibição do retrocesso para a hipótese ventilada.

8. Para deixar mais clara essa carência argumentativa, a aplicação indiscriminada de uma teoria sem a necessária reflexão, inclusive quanto à sua pertinência/cabimento, vê-se que exatamente a mesma fundamentação invocada nos acórdãos já citados foi reproduzida, sem qualquer adaptação, ao **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 727.864**, que tratou do custeio pelo estado de serviços hospitalares prestados por instituição privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública e no **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745** cuja discussão estava em torno da omissão estatal na adoção de medidas para assegurar o acesso e o gozo no campo da saúde. Em ambos, o julgamento se deu no âmbito da Segunda Turma do STF, o Ministro Relator foi Celso de Mello e a decisão dos demais integrantes da turma foram acompanhando o voto do relator.

9. A proibição do retrocesso também fora utilizada pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar de direitos políticos, como ocorreu na **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.543**. No julgamento, o debate disse respeito à impressão do voto realizado na urna eletrônica e a garantia do sigilo da votação. A vedação do retrocesso foi utilizada como um dos fundamentos pela Relatora para conceder a medida cautelar e impedir que fossem impressos os votos dos eleitores, porque isso representaria uma violação à garantia constitucional do voto secreto e deixaria vulnerável o processo eleitoral. Argumentou-se, no sentido de que o retrocesso social consiste na impossibilidade de reverter os direitos já alcançados, sendo que a impressão do voto constituiria um retrocesso político porque tornaria vulnerável a livre escolha pelo cidadão e permitiria o controle do processo eleitoral. Na ocasião a Ministra Carmem Lúcia atuou como Relatora e fez a **construção baseada no caso concreto** de modo a justificar o seu entendimento acerca da aplicação da vedação do retrocesso. O Ministro Luiz Fux, em seu voto, também utilizou o princípio da

vedação do retrocesso, no sentido de que a norma questionada viola a consciência jurídica nacional acerca da percepção jurídica da matéria. Também o Ministro Ayres Britto valeu-se da proibição do retrocesso em razão das cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, da CF, que garantem um avanço e não um retrocesso nas conquistas jurídicas democraticamente alcançadas. Já o Ministro Gilmar Mendes não subscreveu a utilização do princípio da proibição do retrocesso por temer que o seu manejo passe a ter como parâmetro de controle as leis consideradas “boas” e não apenas a Constituição, com a consequência de poderem a vir se tornarem “irrevogáveis por esse princípio”. Inclusive referiu que no caso bastaria utilizar o texto constitucional acerca do voto direto, secreto e universal, previstos nos artigos 14 e 60, §4º, da CF, em confronto com a possibilidade de vazamento e publicidade indevida do voto, sem a necessidade de se recorrer ao princípio invocado¹⁸⁰.

10. Na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104-0** tratou-se do regime jurídico previdenciário dos servidores públicos. Foram questionadas as normas em face do direito adquirido previsto na Constituição Federal. O STF sustentou inexistir direito adquirido a regime previdenciário, pois a aposentadoria somente constitui-se direito constitucional quando formalizado perante a autoridade competente, cuja aplicação normativa obedece às normas vigentes no momento da passagem para a inatividade. Para a Corte Suprema, até então, há apenas expectativa de direito. Ao ser tratada a proibição do retrocesso pela Ministra Carmem Lúcia, foi dito que apenas seria caso de sua incidência na hipótese de se tratar de extinção da possibilidade da aposentadoria, o que não era o caso já que a pretensão era de construir um novo modelo previdenciário. Por outro lado, o Ministro Carlos Britto lembrou que as cláusulas pétreas buscam frear o retrocesso para que se obtenha a garantia do avanço (posicionamento vencido no julgamento).

¹⁸⁰ Interessante trazer neste momento as preocupações lançadas pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento, pois são as inquietações justificadoras deste trabalho. Disse ele: “Só estou querendo deixar claro que, nas possíveis escolhas – não é nem esta a hipótese – de meios a serem feitos pelo legislador, nós podemos ter opções, do ponto de vista financeiro, mais onerosas, tendo em vista determinados cuidados. Amanhã vamos estar a discutir não a questão do voto, mas algum sistema de controle das pensões e aposentadorias do INSS, ou um sistema de monitoramento das rodovias federais, ou qualquer outra questão que tenha uma demanda técnica bastante acurada. Por isso, há um espaço de escolha do legislador que não roça com a temática do parâmetro de controle, ainda que se diga: ‘Fez-se uma opção eventualmente mais onerosa’. Como haverá também casos em que o legislador, talvez pensando em fazer o bem, como diz o Evangelho, acaba fazendo o mal, do ponto de vista constitucional”. Adiante ele continua: “Então, é preciso estar atento a esse aspecto do princípio do não retrocesso, especialmente em relação a modelos legislativos. É verdade que essa ideia foi de algum tempo muito divulgada entre nós, especialmente no âmbito dos direitos sociais. Quem acompanha, por exemplo, a crise europeia atual, e também os seus antecedentes, sabe que esse mesmo princípio, hoje, vem sendo substancialmente revisto, até mesmo quando inculcado no texto constitucional”. E termina o Ministro exortando isto: “Agora, diante de modelos legislativos cristalizados, Presidente, não me parece que seja de invocar (...) o princípio do não-retrocesso, sob pena de nós criarmos um novo parâmetro de controle, ao lado dos parâmetros constitucionais efetivamente positivados, que é este modelo jurídico exitoso ou simpático. Esse não pode ser o critério. Haverá leis boas, leis más, leis feias!”

11. Quando do julgamento do **Mandado de Segurança nº 24.875-1**, o Supremo Tribunal Federal analisou a constitucionalidade da redução de proventos de aposentadoria de Ministros aposentados da Corte em virtude das vantagens pessoais percebidas em confronto com o limite constitucional previsto no art. 37, XI, da Constituição Federal, pela redação dada através da Emenda Constitucional nº 41/03. O Ministro Celso de Mello considerou a existência do postulado da proibição do retrocesso social a impedir que níveis de concretização desses direitos sejam reduzidos ou suprimidos sem que existam políticas compensatórias. Também neste julgamento houve apenas a enunciação da tese do princípio da proibição do retrocesso, sem qualquer análise específica ao caso em análise de modo a justificar a aplicação do princípio. Noticiou-se a existência do referido princípio que impediria o retrocesso e por essa razão o Ministro acompanhou o relator quanto à irredutibilidade de vencimentos até que o montante fosse coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros do STF.

12. No **Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212** o STF analisou o prazo prescricional para a cobrança de valores não pagos para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). A Ministra Rosa Weber invocou como um dos fundamentos a possibilidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso e fez alusão ao julgamento proferido pelo STF no ARE nº 639.337, da relatoria do Ministro Celso de Mello. O Ministro Luiz Fux defendeu não haver retrocesso social na alteração do prazo prescricional de 30 para 5 anos para cobrança do FGTS porque existem mecanismos de compensação à medida. Quanto aos demais, não foi suscitado o referido princípio e tampouco ele serviu de base para o julgamento em questão.

13. O STF ao analisar o **Recurso Extraordinário nº 658.312**, tratou da questão envolvendo a constitucionalidade do intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária, conforme previsto no art. 384 da Consolidação das Leis do Trabalho. O Ministro Celso de Mello trouxe à baila a proibição do retrocesso como fundamento para manter a recepção do aludido dispositivo legal pela atual ordem constitucional brasileira, mas o fez sem tratar da casuística em análise, ao invocar pura e simplesmente os conceitos de tal princípio, exatamente com a mesma fundamentação levada a efeito nos ARE nº 639.33 e nº 581.352.

14. No julgamento do **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223** (STA 223-AgR/PE), em que pese na ementa do julgado contar com a proibição do retrocesso como fundamento para decidir, ele não foi explicitado nas razões do acórdão. Aliás, a questão posta dizia respeito à determinação ao poder público custear o tratamento de saúde

de um cidadão (na dimensão positiva do direito social à saúde) e não de qualquer ato restritivo dos direitos pelo Estado, de modo que a perspectiva analisada era de implementação e não de restrição de direito, de modo que a ementa do julgado está dissonante com o próprio corpo do acórdão.

15. Por fim, um dos precedentes analisados pelo Supremo Tribunal Federal em que se discutiu um evidente retrocesso nos direitos sociais já implementados se deu na **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.128-7**, num longo julgado de 325 páginas. Nela a Suprema Corte brasileira foi provocada para declarar a inconstitucionalidade do art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41/2003 que versava sobre modificações no regime próprio de previdência dos servidores públicos, aproximando-o do regime geral de previdência social, este cuja aplicação é destinada aos trabalhadores privados.

A questão de fundo posta à apreciação disse respeito à crise do sistema previdenciário brasileiro, em razão dos déficits reiteradamente acumulados ao longo da história, e a necessidade de haver alterações no sistema com a finalidade de garantir a sua sustentabilidade presente e futura. As medidas adotadas, para tanto, estavam ligadas à fixação de um teto para o recebimento de benefícios; a modificação da base de cálculo dos proventos; a previsão do fim da paridade entre ativos e inativos; a redução no valor do benefício da pensão por morte; a instituição de previdência complementar; a imposição de contribuição previdenciária para os servidores inativos; e a previsão de unicidade de regime e de gestão.

A discussão central orbitou em torno da contribuição previdenciária instituída para os servidores públicos aposentados, até então não contribuintes do sistema previdenciário, o que se deu com base nos princípios da segurança jurídica e da proteção do direito adquirido.

O manto protetor conferido por esses princípios foi levantado sob o argumento de que o fato de um servidor haver ingressado no serviço público sob determinado regime não assegura o direito à imutabilidade¹⁸¹, na medida em que o direito adquirido não diz respeito à impossibilidade de mutação legal sobre determinada matéria¹⁸², especialmente em relação à garantia de manutenção um regime previdenciário específico.

Do mesmo modo, firmou-se o entendimento acerca da inexistência de direito adquirido a não sofrer tributação, já que vedar a contribuição dos aposentados seria a inclusão de uma imunidade tributária não prevista na Constituição federal, devendo essa questão ser

¹⁸¹ O STF também manifestou a inexistência de direito adquirido a regime jurídico nos precedentes RE 599.618-ED, RE 212.131 e RE 171.241.

¹⁸² Luís Roberto Barroso, *Constitucionalidade e legitimidade da reforma da previdência*, pág. 197.

vista sob o prisma dos demais princípios constitucionais¹⁸³.

O julgado partiu da premissa de que a contribuição previdenciária é considerada um tributo, com a consequência de que os aposentados não estariam imunes a sua instituição ou majoração, o que autorizaria a edição da emenda constitucional. Houve referência também ao fato de que haver direito adquirido da forma como buscada na ação acarretaria a vedação de alteração constitucional autorizando a referida contribuição e a impossibilidade de as leis estaduais instituí-la.

A alteração da natureza do sistema previdenciário, de meramente contributivo para contributivo e solidário, foi invocada na decisão como um dos fundamentos autorizadores da participação dos aposentados para a manutenção do sistema, mediante a respectiva contribuição. Foi asseverada que a solidariedade é entre todos os que integram o sistema, inclusive com a colaboração entre gerações e ligada à própria solvabilidade da previdência.

Outra questão debatida foi a da inconstitucionalidade da medida por ferir a garantia fundamental acerca da irredutibilidade dos vencimentos dos servidores públicos (art. 37, inc. XV, da CF)¹⁸⁴. De igual modo essa tese foi afastada sob o argumento de que os servidores aposentados não estão imunes à incidência de tributos e das contribuições que ostentam esse caráter, havendo a necessidade de uma convivência entre a irredutibilidade dos vencimentos e a possibilidade de incidência de tributos sobre eles.

Importante fundamento lançado na decisão foi a referência à exposição de motivos da Emenda Constitucional questionada que trouxe como justificação para a alteração do regime previdenciário a correção de “políticas inadequadas adotadas no passado” que ensejaram um “vultoso desequilíbrio no sistema”. Como durante um longo período um grande número de servidores inativos não contribuíram durante o seu período laboral para a previdência ou contribuíram por um período muito curto ou com contribuição diminuta, a alteração discutida

¹⁸³ No julgamento da ADI nº 2.010-MC o STF trilhou esse caminho conforme se verifica deste precedente: "A contribuição de seguridade social, como qualquer outro tributo, é passível de majoração, desde que o aumento dessa exação tributária observe padrões de razoabilidade e seja estabelecido em bases moderadas. Não assiste ao contribuinte o direito de opor, ao poder público, pretensão que vise a obstar o aumento dos tributos – a cujo conceito se subsumem as contribuições de seguridade social –, desde que respeitadas, pelo Estado, as diretrizes constitucionais que regem, formal e materialmente, o exercício da competência impositiva. Assiste, ao contribuinte, quando transgredidas as limitações constitucionais ao poder de tributar, o direito de contestar, judicialmente, a tributação que tenha sentido discriminatório ou que revele caráter confiscatório. A garantia constitucional da irredutibilidade da remuneração devida aos servidores públicos em atividade não se reveste de caráter absoluto. Expõe-se, por isso mesmo, às interrogações instituídas pela própria Constituição da República, que prevê, relativamente ao subsídio e aos vencimentos dos ocupantes de cargos e empregos públicos – (CF, art. 37, XV), a incidência de tributos, legitimando-se, desse modo, quanto aos servidores públicos ativos, a exigibilidade da contribuição de seguridade social, mesmo porque, em tema de tributação, há que se ter presente o que dispõe o art. 150, II, da Carta Política."

¹⁸⁴ Quanto a essa questão o STF já havia autorizado alterações na fórmula de cálculo nos vencimentos dos servidores desde que não ensejasse a diminuição do *quantum* pago (RE 563.965, RE 585.295-AgR e AI 838.278-AgR)

buscou corrigir essas distorções e garantir a “solvabilidade do sistema previdenciário”, com a higidez do sistema e para manter o seu equilíbrio atuarial.

É perceptível que a mera afirmativa de que no direito brasileiro não existe direito adquirido à continuidade de determinado regime jurídico¹⁸⁵ e tampouco a não incidência tributária¹⁸⁶ traz em si uma fórmula demasiado vaga, especialmente quando direitos fundamentais expressos são relegados a um plano inferior. Além do mais, a decisão proferida pela Corte Constitucional brasileira contrariou Súmula do próprio Tribunal, pois no verbete nº 359 havia sido estabelecido que a aposentadoria rege-se pela lei em vigor na data em que preenchidos os requisitos legais para sua concessão¹⁸⁷.

Isso demonstra que com a aposentadoria o indivíduo deveria ter um direito adquirido (cláusula pétrea) ao montante recebido por ter implementado todos os requisitos necessários para receber as verbas de inatividade. Esse ato de aposentação também deveria ser visto pela perspectiva de um ato jurídico perfeito, sendo que a irredutibilidade do seu montante pela incidência de contribuição viola também preceito constitucional expresso que a proíbe¹⁸⁸.

De tal sorte, o juízo de constitucionalidade lançado sobre a questão deixou de ser avaliado sobre o prisma da real necessidade de contribuição dos aposentados como medida necessária para a manutenção do sistema, de modo a autorizar uma ponderação com outros preceitos constitucionais, além de contrariar frontalmente cláusulas pétreas consistentes no núcleo imutável da Constituição.

Por isso a Corte Constitucional brasileira afastou a violação das garantias invocadas e não declarou a inconstitucionalidade da emenda constitucional quanto à contribuição

¹⁸⁵ O STF assegurou a garantia do direito adquirido em outra oportunidade, mas não se tratava de incidência tributária sobre os vencimentos dos servidores, mas de garantia pessoal incorporada aos vencimentos de servidor público aposentado e posteriormente foi retirada. Veja-se a ementa: “(...) Vantagem pessoal. O art. 139, II, da Lei estadual 1.762/1986, assegurou aos agravados o direito de incorporar aos seus proventos 20% da remuneração percebida quando da atividade. À época da edição dessa lei, estava em vigor a Constituição de 1967-1969, que vedava a percepção de proventos superiores à remuneração da atividade. Todavia, eventual inconstitucionalidade do art. 139, II, daquela lei estadual, em face da CF/1967-1969, nunca foi arguida e a gratificação por ela instituída incorporou-se ao patrimônio dos agravados. Este Tribunal fixou o entendimento no sentido de que os proventos regulam-se pela lei vigente à época do ato concessivo da aposentadoria, excluindo-se do desconto na remuneração as vantagens de caráter pessoal. É plausível a tese do direito adquirido. A concessão da gratificação deu-se com observância do princípio da boa-fé. Retirá-la, a esta altura, constituiria ofensa ao princípio da irredutibilidade de vencimentos.” (RE 554.477-AgR, RE 346.088-AgR, e AI 419.620-AgR)

¹⁸⁶ Luís Roberto Barroso, *Constitucionalidade e legitimidade da reforma constitucional*, pág. 215.

¹⁸⁷ Nesse mesmo sentido a ADI 3.104, cuja ementa estabelece o seguinte: “(...) Aposentadoria. *Tempus regit actum*. Regime jurídico. Direito adquirido: não ocorrência. A aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. Em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade. (...)”

¹⁸⁸ Houve o reconhecimento pelo STF da violação do preceito da irredutibilidade dos vencimentos assegurado pela Constituição federal a edição de uma lei que autorizou a redução dos vencimentos dos servidores públicos processados criminalmente, mesmo com a previsão de devolução dos valores descontados em caso de absolvição (RE 482.006, AI 723.284-AgR).

previdenciária dos servidores inativos. No entanto, salta aos olhos o fato de não ter sido tratado pelo tribunal – à exceção do Ministro Celso de Mello¹⁸⁹ - do retrocesso social que a medida trazia em seu bojo. A discussão ficou circunscrita ao texto constitucional e das garantias expressamente nele estabelecidas. Não houve recurso ao princípio ora em debate, mesmo diante de uma medida de clara retrocessão nos direitos sociais dos cidadãos, especialmente dos já aposentados.

E a ausência de provocação perante a Suprema Corte e a não utilização por ela a esse postulado está atrelada justamente à falta de base normativa para sua aplicação e pela ineficácia completa do instituto. Pelo fato de todas as garantias expressamente previstas na Constituição Federal terem sido afastadas no caso, de nada adiantaria um princípio de duvidosa construção para salvaguardar os interesses dos cidadãos.

16. A partir desses precedentes, algumas conclusões podem ser extraídas acerca da aplicação do “princípio da proibição do retrocesso” pelo Supremo Tribunal Federal.

É perceptível que a sua invocação foi levada a efeito quando se discutia a supressão de recurso na esfera penal, ao tratar, portanto, de um direito de liberdade; foi invocado para atacar medidas adotadas no campo dos direitos políticos na situação da impressão do voto na urna eletrônica; bem como na área de direitos sociais. Nesta hipótese, aliás, a utilização desse “princípio” foi levada a efeito tanto na vertente de defesa quanto para fundamentar a prestação/realização de direitos sociais pelo Estado.

Ainda assim, a partir dos julgados não foi possível aquilatar a maneira de utilização desse “princípio” e sequer em quais casos ele pode ser invocado. Isso porque ficou evidente que ao se tratar de questões constitucionais mais complexas, no âmbito dos direitos sociais, o Supremo Tribunal Federal não fez qualquer referência a existência desse princípio quando autorizou a afetação desses direitos. Ou seja, nos “casos difíceis” a análise da Suprema Corte se deu baseado nos princípios constitucionais sobre as matérias em questão, mas sem a invocação do referido princípio. Isso transparece, inclusive, que a não invocação dele tenha sido propositalmente “esquecida”, deixada de lado, justamente para que não precisasse afastá-lo no caso concreto, de modo que, pela sua utilização sem critérios, faria com que se

¹⁸⁹ O referido Ministro lançou mão da fundamentação sobre a proibição do retrocesso social neste julgamento idêntica àquela lançada no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337, no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 727.864, e no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745, sem qualquer referência ao caso concreto e sem qualquer adaptação à discussão tratada no julgamento. Vê-se que se trata de um modelo de decisão que o referido Ministro utiliza em todas as suas decisões quando invoca a proibição do retrocesso, sem justificar concretamente a incidência do postulado em cada situação específica que a tornaria um argumento válido. Essa constatação deprecia a sustentação da vedação do retrocesso como princípio, ainda que de forma relativa, pois os julgados ora citados deixam claro a falta de parâmetros hermenêuticos de aplicação.

desconstruísse o “princípio” muito utilizado *obiter dictum* nas decisões do STF.

Essa constatação impõe que se estabeleça um parâmetro de construção da decisão que trata das restrições aos direitos sociais, de modo que se permita avaliar caso a caso a situação posta perante a Corte Constitucional e, assim, analisar se as medidas debatidas são compatíveis ou não com a Constituição Federal. Caso contrário, ao se utilizar desse “princípio” apenas quando convém, como um coringa em um jogo de cartas, enfraquece tanto os próprios direitos sociais quanto à previsibilidade das decisões do Supremo Tribunal Federal nessa matéria, bem como afasta por completo a possibilidade de haver um mínimo de segurança jurídica aos cidadãos.

Também é nítido que em muitos casos o “princípio” da proibição do retrocesso foi invocado apenas para dizer que ele garantia um núcleo essencial dos direitos e que esse núcleo não foi atingido, razão pela qual esse princípio não obstaría a restrição aos direitos sociais. Aliás, importante chamar a atenção aqui de que a equiparação da proibição do retrocesso com o núcleo essencial deixa mais evidente a tese aqui defendida de que não há necessidade da utilização desse “princípio”, pois bastaria utilizar a garantia do próprio núcleo essencial para sustentar não ser inconstitucional a medida restritiva de direitos sociais.

Além disso, chama a atenção que houve a discussão entre os Ministros em mais de uma decisão de se a medida em análise configurava ou não um retrocesso, de modo que sequer foi possível identificar o âmbito de proteção ao direito para, depois, referir se efetivamente houve ou não uma medida restritiva.

Isso tudo, sem falar que em muitas decisões, esse “princípio” foi encaixado – e esse é o termo que parece mais apropriado – como fundamento da decisão sem qualquer justificativa referente ao caso concreto. Simplesmente porque se estava diante de questões ligadas aos direitos sociais e à reserva do possível, utilizou-se de uma fundamentação pré-aprovada no sentido da não se poder afetar os direitos em causa em virtude da “proibição do retrocesso social”. Não houve uma contextualização das razões pela qual esse princípio caberia nos casos invocados e qual a justificativa concreta para o manejo quanto a ele.

Todo esse panorama demonstra que o chamado princípio da proibição do retrocesso não tem o condão de resguardar efetivamente os direitos sociais, seja porque ele não existe numa análise constitucionalmente adequada no direito brasileiro (e em nenhum julgado essa questão foi debatida), seja porque mesmo para quem o admite, ele não é fundamento suficiente para evitar qualquer retrocessão nesses direitos, já que na maioria das vezes esse princípio foi invocado justamente para afastar a proteção ao direito afetado.

Assim, no direito brasileiro, em que pese os direitos sociais estejam incluídos no rol de

direitos fundamentais e não haja uma discussão sobre a distinção entre eles e os direitos de liberdade, é nítido não haver uma fórmula de controle das medidas que os restrinjam, bem quanto à densidade do controle das restrições e a utilização dos princípios insculpidos no texto constitucional como limites aos limites da atuação do Estado.

Também são perceptíveis algumas fragilidades na justificação utilizada pela Corte Constitucional brasileira, em especial quando tratou da restrição aos montantes recebidos de aposentadoria dos servidores públicos, porquanto deixou se considerar eventual alternativa para a afetação daqueles direitos como forma de manter a higidez do sistema e não tratou do princípio da confiança. Com isso, considerou a crise do sistema previdenciário como elemento bastante para justificar a alteração no regime de aposentadoria, de maneira a atingir aquelas pessoas já aposentadas, sem fazer qualquer distinção em relação àqueles indivíduos que ostentam mera expectativa de direito, bem como sem expor que se tratava de uma verdadeira restrição aos direitos sociais e, assim, enfrentar o problema.

Aliás, é curiosa a situação dos julgados do Supremo Tribunal Federal quanto à eficácia de direitos sociais no Brasil. Quando se trata de questões previdenciárias, como o ocorrido na ADI 3.128-3 e nos precedentes citados quando da análise dela, é perceptível que a Suprema Corte se utiliza do argumento das questões financeiras do Estado para permitir a restrição ou obstar a implementação dos direitos sociais. Todavia, quando diz respeito à realização (efetivação) de direitos sociais diretamente pela Justiça Constitucional (nas áreas de saúde, educação e segurança) afasta a questão da reserva do financeiramente possível e reconhece o direito dos cidadãos independentemente de uma verificação mais acurada da reserva do possível.

Ou seja, pela jurisprudência do STF, quando o Poder Judiciário concede direitos sociais diretamente do texto constitucional desconsidera a necessidade de fonte de custeio, mas se o Legislador trata de benefícios previdenciários – puramente sociais – a existência de fonte de custeio torna-se relevante¹⁹⁰. Essa interpretação, obviamente, não é a mais adequada a ser levada a efeito pela Jurisdição Constitucional, pois a questão da reserva do possível deve ser levada em consideração na efetivação dos direitos sociais, e com muito mais cuidado quando realizada pelo próprio Poder Judiciário.

Nesses termos é perceptível que na sua atuação, a Justiça Constitucional brasileira não realiza um controle uniforme das medidas restritivas de direitos sociais quando elas não atingem o núcleo essencial, avaliando caso a caso a violação dos preceitos constitucionais,

¹⁹⁰ Fernando Facury Scaff, *Sentenças aditivas, direitos sociais e reserva do possível*, pág. 169.

mas sem definir diretrizes sólidas e seguras para que se saiba qual a perspectiva a ser tomada em caso de nova afetação a esses direitos. Também se vislumbra que o manejo do suposto princípio da proibição do retrocesso pelo é controversa. E as controvérsias surgem desde o que configura retrocesso em matéria de direitos fundamentais, quando é possível utilizar o suposto princípio e de que modo fazê-lo. Ainda ficou evidenciado que o mencionado princípio nunca foi utilizado como o único argumento para decidir as questões analisadas (como um verdadeiro princípio jurídico-constitucional), mas somente como reforço hermenêutico, inclusive sem qualquer relevância concreta para as decisões de grande parte dos julgados, em verdadeiro *obiter dictum*.

Ficou claro nos votos do Ministro Celso de Mello que mesmo quando há a opção por utilizar a vedação do retrocesso o Tribunal o faz de forma equivocada. O Ministro invocou o princípio da proibição do retrocesso em sete julgados – ARE 581.352, ARE 639.337, ARE 727.864, ARE 745.745, MS 24875-1, RE 658.312 e ADI 3.128-7; e foi quem mais lhe deu evidência – e em todos eles a fundamentação colacionada foi exatamente a mesma, genérica, sem qualquer justificção para o manejo nos casos em análise. Inclusive o argumento acerca desse princípio foi utilizado em decisões de cunho prestacional em que se discutia a concretização dos direitos e não de sua proteção, redução ou extinção (retrocesso).

A Ministra Rosa Weber também utilizou esse princípio no julgamento do RE 709.212 de forma inadequada, na medida em que fez referência à decisão proferida pelo Ministro Celso de Mello no ARE 639.337, justamente um dos julgados referidos acima de que a aplicação do princípio se deu de maneira inadequada e sem qualquer justificção concreta. Isso demonstra que não houve, por parte desses Ministros, qualquer preocupação com a construção hermenêutica de uma *ratio decidendi* adequada para os casos em apreciação para que se posse justificar a utilização do princípio ora em análise.

O julgado em que o Supremo Tribunal Federal buscou se valer de uma construção mais sólida para utilizar o referido princípio se deu na Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.345. Nela a Ministra Carmem Lúcia fez uma construção para o caso concreto da aplicação do referido princípio, assim como fizeram os Ministros Luiz Fux e Carlos Ayres Britto. No entanto, de modo mais consentâneo com a Constituição brasileira, o Ministro Gilmar Mendes chamou a atenção para a desnecessidade de utilização da proibição do retrocesso ao caso, porquanto bastaria buscar a proteção trazida pelo próprio texto constitucional na defesa do direito fundamental objeto da decisão, sem precisar recorrer a uma construção de um suposto princípio da proibição do retrocesso, especialmente diante das consequências que essa argumentação poderia acarretar no Tribunal quando do julgamento de

situações ligadas às questões financeiras do Estado.

17. Em síntese, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal não serve como parâmetro para que se possa afirmar o aconchego por parte da Corte do acolhimento do princípio da proibição do retrocesso. Também não se consegue extrair dos julgados quais são os contornos que permitiram moldar tal princípio e tampouco quando se estaria diante de uma hipótese segura para a sua utilização. Isso sem falar que os julgados não conferem qualquer segurança ou parâmetros para uma pretensa aplicação reiterada do instituto e tampouco qual seria a lógica para o seu manejo.

É perceptível que apenas em casos de extinção pura e simples dos direitos fundamentais é que se teria a proteção pela Suprema Corte brasileira com base no referido princípio, o que é despiciendo e insignificante para proteção desses direitos, quando sabidamente os demais princípios constitucionais são suficientes para a sua proteção. A problemática mais aguda está ligada com aquelas restrições aos direitos fundamentais que vão sendo implementadas aos poucos, de forma gradual, de maneira a não permitir uma constatação tão evidente do retrocesso dos direitos sociais e, assim, obstam – por não ser tão severas – que se constate flagrante inconstitucionalidade e pelo fato de inexistir no direito brasileiro uma construção dogmaticamente adequada o Supremo Tribunal Federal acaba por deixar desprotegidos os direitos sociais, mesmo estando eles incrustrados no texto constitucional brasileiro.

Diante dessas constatações, apenas com uma construção constitucionalmente adequada é que poderá a Suprema Corte brasileira adotar como modo de decidir sempre que houver uma restrição a direitos sociais e, assim, evidenciar o problema da restrição, demonstrar a *ratio decidendi* para encontrar a solução e com isso ensejar segurança jurídica pelo menos quanto ao método de resolver as restrições nesse campo, além de conferir alguma previsão sobre os seus julgamentos.

3. As críticas à existência do princípio da proibição do retrocesso e o tratamento constitucionalmente adequado das medidas restritivas de direitos sociais no Brasil

3.1 Os fundamentos invocados para justificar a existência da proibição do retrocesso e uma análise crítica

É necessário deixar claro, nesta altura, que a crítica à utilização do princípio da proibição do retrocesso no direito brasileiro não busca a desproteção dos direitos sociais e tampouco admitir a livre disponibilidade do legislador e do administrador sobre eles. Muito pelo contrário, trata-se de revisitar a formulação protetiva desses direitos ao dar-lhes proteção equivalente a todos os direitos fundamentais enquanto tal, a partir de uma consideração unitária entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, mediante a condução pelos caminhos trilhados pela Constituição Federal.

Isso porque o tratamento dado pela doutrina brasileira às restrições aos direitos sociais, de modo geral, tem seguido parâmetros do direito comparado – ao utilizar o princípio da proibição do retrocesso - que não se amoldam à configuração constitucional brasileira em descompasso com aquilo que o próprio texto da Constituição já sugere. A consequência é de se buscar a proteção dos direitos sociais numa formulação desnecessária de um princípio inexistente no ordenamento jurídico brasileiro, sem olhar para o sistema constitucional como um todo, o qual confere um manto protetor adequado a todos os direitos fundamentais, dentro dos quais estão os direitos sociais.

A falta de percepção do todo, a tentativa sempre de buscar no direito estrangeiro fórmulas prontas para resolução dos problemas internos, sem comparar as bases dos sistemas importado/importador, e a tentativa de encontrar atalhos para questões tormentosas são os alicerces da proibição do retrocesso no direito brasileiro. Mas, como se verá, eles estão

totalmente fora do contexto constitucional, provocam má compreensão sobre os direitos fundamentais (especialmente os sociais), não os protegem como pensam os defensores do princípio e ainda geram uma ideia equivocada sobre ele¹⁹¹.

Feitas essas considerações iniciais, passar-se-á à análise das principais justificações utilizadas para sustentar a existência do princípio da proibição do retrocesso.

1. Frequentemente é invocado o princípio do Estado democrático e social de Direito como fundamento para haver um princípio que proíba o retrocesso social. Diz-se que ele impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, abrangendo a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de buscar uma segurança contra medidas de cunho retroativas¹⁹².

De fato, o Brasil se constitui em um Estado nitidamente democrático e social de direito, pois a Constituição Federal traz em seu artigo 1º não apenas que a previsão de que a República Federativa do Brasil é um Estado Democrático de Direito (*caput*), mas também que entre os seus fundamentos estão a dignidade da pessoa humana (inciso III) e os valores sociais do trabalho (inciso IV). Aliado a isso, o texto constitucional brasileiro preconiza como objetivos fundamentais (artigo 3º) a construção de uma sociedade livre, justa e solidária (inciso I); a garantia do desenvolvimento nacional (inciso II); a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso III), além de caminhar no sentido de promover o bem de todos (inciso IV).

Se não bastasse isso, a Constituição Federal prevê dentro do título II (“Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) os direitos sociais (capítulo II – art. 6º ao 11), dentro do qual estabelece um vasto rol de direitos de segunda dimensão. Também estabelece caber à União elaborar e executar planos nacionais e regionais de ordenação do território e de desenvolvimento econômico e social (art. 21, IX) e elenca como competência comum da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios proporcionarem os meios de acesso à cultura, à educação, à ciência, à tecnologia, à pesquisa e à inovação (art. 23, V); a proteção do meio ambiente (art. 23, VI); a promoção de programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico (art. 23, IX); e combater as causas da pobreza e os fatores de marginalização, promovendo a integração social dos fatos desfavorecidos (art. 23, X).

Ainda estabelece, ao tratar “Da Ordem Econômica e Financeira” (título VII), que ela

¹⁹¹ Jorge Miranda inclusive deixou de lado o princípio da proibição do retrocesso como uma forma de não retorno na concretização dos direitos fundamentais “pelos equívocos que a ideia tem gerado”, *Manual..., cit.*, volume IV, pág. 485.

¹⁹² Patrícia Martins, *A proibição do retrocesso social..., cit.*, pág. 403.

está fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170, *caput*). Indica ainda os princípios gerais da atividade econômica (capítulo I), dentre outros, a função social da propriedade (III), a defesa do consumidor (V), a defesa do meio ambiente (VI), a redução das desigualdades sociais (VII) e a busca do pleno emprego (VII). Nesse mesmo título prevê como será realizada a política urbana (capítulo II), com o objetivo de ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes (art. 182, *caput*) e a política agrícola e fundiária e a reforma agrária (capítulo III).

Por fim, o constituinte tratou “Da Ordem Social” (título VIII), tendo como base o primado pelo trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais (art. 193), prevendo um capítulo para a seguridade social (capítulo II - e no seu bojo a saúde, a previdência social e a assistência social); outro para tratar da educação, da cultura e do desporto (capítulo III); outro para a ciência, tecnologia e inovação (capítulo IV); outro para o meio ambiente (capítulo VI); outro para tratar da família, da criança, do adolescente, do jovem e do idoso (capítulo VII); além do tratamento dispensado aos índios (capítulo VIII).

Todo esse regramento não deixa dúvidas acerca da Constituição da República Federativa do Brasil em um Estado Democrático e Social de Direito.

No entanto, em que pese a Constituição brasileira ser prolixa, inclusive no tratamento dos direitos sociais, não há, em momento algum, a previsão de uma norma que proíba o retrocesso desses direitos, assim como também não há no que toca os direitos de liberdade. Como já dito, o tratamento dos direitos fundamentais pelo constituinte foi unitário, conforme se observa dos parágrafos do artigo 5º, de modo que a natureza social da Constituição não efetua uma proteção especial dos direitos sociais em detrimento daquela conferida aos direitos de liberdade. Em hipótese diversa, aqueles ostentariam uma força normativa superior a estes, na medida em que os direitos de liberdade são passíveis de restrição, cujo controle passa pelo crivo judicial.

Com essa constatação, inexistente razão para justificar a existência do princípio da proibição do retrocesso social apenas pelo fato de o Brasil ser um estado de caráter social. Aliás, como parte da doutrina refere que a proibição do retrocesso também é cabível aos direitos de liberdade¹⁹³, acaba em ruína a tese de que a previsão de que o fato de se estar em um Estado Social seja a justificativa para esse princípio.

¹⁹³ Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., pág. 451. Aliás, é bom lembrar que aos direitos de liberdade esse princípio não é invocado – em que pese o autor admita a sua possibilidade – e eles nunca foram tidos como desprotegidos pela Constituição ou pela Justiça Constitucional e tampouco é suscitada a inexistência de instrumentos suficientes para sua proteção.

Ora, não é possível que a natureza social do Estado brasileiro justifique a criação de um princípio não expresso para a proteção dos direitos de liberdade. Tratar-se-ia de um contrassenso: justificar a natureza social do Estado para criar um princípio com fôlego suficiente para vedar o retrocesso social, mas para evitar que haja crítica sobre a formulação apenas em relação a eles quando se sustenta serem os direitos sociais também fundamentais, aplica-se esse princípio criado para os direitos sociais também aos direitos de liberdade, cuja causa foi justamente a feição social do Estado.

E mais, há toda a previsão acerca dos direitos de liberdade no texto constitucional, a qual não é utilizada pelos defensores do princípio da proibição do retrocesso (para quem defende que ele cabe a todos os direitos fundamentais) para justificar a vedação do retrocesso no campo dos direitos de primeira dimensão.

Tais situações deixam claro que não dar um tratamento unitário aos direitos fundamentais (de liberdade e sociais) afasta a possibilidade de considerar a proibição do retrocesso como um princípio protetivo de qualquer deles. E para quem os considera em um regime único, é contraditória a sustentação de que a proibição do retrocesso é direcionada apenas aos direitos sociais, pois, a *contrariu sensu*, deixa sem justificativa e proteção as restrições realizadas sobre os direitos de liberdade ou permite retrocessos quanto a eles sem esse princípio protetor. Isso sem falar que a mesma construção sobre o estado social não é aplicada ao “estado de liberdade” para justificar um “princípio da proibição do retrocesso de liberdade”.

Portanto, assim como os direitos de liberdade são passíveis de restrição, os direitos sociais também o são. A partir do momento em que houver a conformação do direito social fundamental ele passa a cumprir o mandamento constitucional de máxima efetividade dos direitos sociais e fruto da previsão constitucional acerca do direito (Acórdão nº 39/1984 sobre o Serviço Nacional de Saúde do Tribunal Constitucional português e ADI nº 1.946/DF que trata do direito ao salário-maternidade no Supremo Tribunal Federal brasileiro) e com isso ganha a proteção suficiente para que sirva como parâmetro de controle judicial e deixa de estar na livre disponibilidade do legislador (embora ele tenha uma margem de liberdade de conformação ou até de modificação)¹⁹⁴.

Aliás, na Constituição brasileira, mesmo para o direito de propriedade é previsto que deva atender à função social, cuja conformação do conteúdo da “função social” é dada pela lei, sem a incidência do princípio da proibição do retrocesso social, de modo que por esse

¹⁹⁴ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 482.

princípio inclusive a propriedade teria menos proteção constitucional que os direitos sociais, inclusive pelo tratamento da própria norma constitucional.

2. A utilização do princípio da dignidade da pessoa humana, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém de uma existência condigna não é suficiente também para justificar a criação do princípio da proibição do retrocesso.

Um dos motivos, muito singelo, é de que se houver a restrição de um direito social e ela violar a dignidade da pessoa humana, esse princípio, da dignidade da pessoa humana, por si só, será capaz de proteger o direito violado, sem a necessidade de recorrer a um princípio inexistente no ordenamento jurídico. Tome-se como exemplo o art. 7º, IV, da CRFB que trata do salário mínimo¹⁹⁵: levando em conta que a partir deste ano, 2016, a quantia a ser paga a esse título é de R\$ 880,00 (oitocentos e oitenta reais), caso sobrevenha uma legislação que restrinja esse montante e o estabeleça (a título exemplificativo) em R\$ 50,00 (cinquenta reais), evidentemente essa norma violará a dignidade da pessoa humana, pois permitirá que os trabalhadores recebam uma quantia ínfima, insuficiente sequer para sua alimentação mensal, evidentemente contrária a uma existência condigna.

Isso significa que a legislação ensejadora da retrocessão desse direito social será considerada inconstitucional por violar a dignidade da pessoa humana e não por violar um suposto princípio da proibição do retrocesso. Aliás, identificar este com aquele é causar uma “redundância jurídico-constitucional”, na medida em que não é necessário criar um princípio para proteger aquilo que outro já o faz e com mais propriedade.

Na hipótese suscitada, basta analisar se a restrição legislativa ao direito social feriu a dignidade da pessoa humana e, em caso positivo, efetuar respectivo controle de constitucionalidade, invalidando a norma inconstitucional.

Há quem defenda que quando estiver em causa o retrocesso aquém de um mínimo indispensável à garantia da dignidade da pessoa humana o retrocesso é vedado, ao passo que até esse movimento de retroceder não atingir essa garantia deve-se averiguar se há uma fundamentação justificadora da necessidade e da adequação da medida, evitando-se o arbítrio¹⁹⁶. Nesse caso não é a proibição do retrocesso que impede a afetação do direito social aquém da dignidade da pessoa humana, mas este próprio princípio. E quanto às restrições entre o conteúdo conformado e o mínimo a ser preservado o controle da Justiça Constitucional se dá pelos princípios constitucionais e não pela existência de uma vedação do

¹⁹⁵ Art. 7º São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) IV - salário mínimo, fixado em lei (...)

¹⁹⁶ Paulo Otero, *Direitos econômicos...*, cit., pág. 58

retrocesso.

Por isso que quando a restrição atingir o mínimo indispensável à garantia dos indivíduos, não é necessária a invocação do princípio da proibição do retrocesso para impedir uma maior restrição, mas apenas o próprio princípio da dignidade da pessoa humana, o qual serve como limite aos limites das restrições aos direitos sociais.

Importante registrar, de outro lado, que em outras hipóteses as restrições de direitos sociais não atingem a dignidade da pessoa humana, de modo que utilizar esse princípio reitor do ordenamento jurídico para justificar a proibição do retrocesso quando ela não está em jogo mostra-se evidentemente inadequado.

Não se mostra dogmaticamente correto utilizar todos os princípios constitucionais possíveis para a construção de um determinado princípio, quando parte daquilo que fora utilizado não se justifica no caso concreto. Trata-se de mais uma razão para a contrariedade ao instituto. Como exemplo, é possível utilizar a recente inclusão do direito ao transporte como direito social no artigo 6º da Constituição Federal, pela redação dada pela Emenda Constitucional nº 90/2015. Como ele está no capítulo que trata dos direitos sociais, não há dúvida que ostenta essa natureza e que, quanto a ele, caberia a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social para sua proteção. Então suponhamos que uma determinada legislação estabeleça a gratuidade em transporte coletivo para estudantes – conformando o direito ao transporte, dando-lhe corpo, conteúdo definido - e, posteriormente, nova legislação seja editada revogando (total ou parcialmente) a primeira. Essa medida é violadora da dignidade da pessoa humana? Obviamente não. Mas então como é possível sustentar que a proibição do retrocesso vá impedir essa medida, já que ela busca proteger a existência condigna dos indivíduos (pelo menos esse argumento foi utilizado para criar a vedação do retrocesso)?

Por essa razão não se mostra adequado que a utilização de uma cláusula tão aberta como é a dignidade da pessoa humana seja utilizada para a construção de um princípio implícito, o qual muitas vezes tenta proteger questões que não estão cobertas – ou não são atingidas – por uma existência digna.

Ocorre aqui, claramente, um fenômeno apontado por Virgílio Afonso da Silva da tese do “quanto mais, melhor”. Ou seja, utiliza-se da dignidade da pessoa humana como um recurso universal de reforço argumentativo para que se tenha o máximo possível de argumentos na defesa de um determinado ponto de vista, de maneira a aplicar tudo aquilo que for possível de ser sustentado para justificar aquilo que se busca sustentar. No entanto, o alerta feito pelo autor é extremamente pertinente: quanto mais se recorre a um argumento sem que

ele seja necessário, maior é a possibilidade de banalização do seu valor¹⁹⁷.

Por essa razão, tendo em vista o extenso rol constitucional de direitos sociais, é necessário, ao se pretender a criação de um princípio para protegê-los, que, pelo menos, os seus alicerces sejam comuns a tudo aquilo que a criação busca resguardar. Ao trilhar sentido diverso, como ocorre com a dignidade da pessoa humana quando utilizada de fundamento para um suposto princípio que protege direitos sociais sem ligação com ela, a criação perde sustentação pela ausência de base sólida, de modo a evidenciar as falhas na tentativa de sua construção. Consequentemente, esse vício construtivo deixa frágil a obra toda e sequer a sua justificação na vertente relativa ou a formulação como um princípio implícito¹⁹⁸ é capaz de sustentar.

3. Do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. A indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida. Em outras palavras, otimizar a proteção dos direitos fundamentais, implica uma proteção isenta de lacunas, abarcando inclusive situações não expressamente previstas pelo Constituinte;

O artigo 5º, § 1º, da CRFB, preconiza a aplicação imediata das normas definidora dos direitos e garantias fundamentais. O resultado da previsão constitucional é a busca de maior efetivação dos direitos fundamentais, dentre os quais estão os direitos de liberdade, os direitos sociais e os direitos políticos. Ainda que não seja possível, de regra, a aplicação imediata dos direitos fundamentais para a sua efetivação, muitas vezes por falta de densidade normativas dos preceitos, eles sempre possuem uma dimensão defensiva cuja aplicação pode se dar imediatamente, v. g., o Estado não tem o dever de fornecer trabalho aos cidadãos, mas não deve impedir ou perturbar o trabalho daqueles que já o possuem.

A partir dessa perspectiva, o constituinte busca a máxima efetividade das normas constitucionais de maneira que inexistam faltas legislativas que impossibilitem o exercício dos direitos fundamentais dos indivíduos.

¹⁹⁷ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, cit., pág. 195.

¹⁹⁸ André Salgado de Matos faz a interessante observação de que o princípio da proibição do retrocesso social nunca é explicado com suficiente precisão e torna os direitos sociais mais imunes ao legislador do que os próprios direitos de liberdade, mas consiste tão só na aplicação do regime destes àqueles, *O direito ao ensino*, pág. 415.

Aqui, há necessidade de chamar a atenção para uma questão. Caso o legislador venha a revogar uma determinada legislação conformadora de um direito social sem a criação de medidas compensatórias alternativas ou sem uma justificativa adequada criará uma omissão inconstitucional, o que lhe é vedado. Essa vedação, contudo, não se dá em virtude de haver a proibição de retroceder, mas porque violará o próprio direito fundamental em causa.

Conforme assentado quando da análise dos direitos fundamentais, foi referido que no momento em que o legislador conforma um direito social, passa a ter uma proteção especial contra a atuação contrária pela lei. Essa situação não confere, por óbvio, a imutabilidade da legislação criada, mas em nome do caráter defensivo dos direitos com suficiente conformação exige uma especial fundamentação para poder fazer ceder aquilo que já fora implementado, caso não exista qualquer medida compensatória.

E essa exigência não ocorre por haver um princípio que proíba o retrocesso. Decorre da natureza do direito social já estabelecido pelo legislador, em cumprimento ao mandamento constitucional de máxima efetividade dos direitos fundamentais, cuja aplicação é imediata (art. 5º, §1º).

Assim, a máxima efetividade dos direitos fundamentais não dá ensejo à criação do princípio da proibição do retrocesso social, mas sim confere a própria proteção em caso de restrição desses direitos.

4. As manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo (na qual se enquadra a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito) não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado social e democrático de Direito.

As garantias constitucionais do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito efetivamente não protegem suficientemente as hipóteses de restrição de direitos fundamentais. Aliás, o Supremo Tribunal Federal, inclusive por vezes, desconsidera essas figuras sem uma fundamentação convincente (veja-se ADI 3.105 que tratou da contribuição previdenciária dos inativos), situação essa que exige um maior controle de fundamentação da jurisdição constitucional. Não se trata, por isso, de criar novo princípio que, de qualquer modo, pode ser mal utilizado (admitindo-se que a sua criação fosse dogmaticamente correta), sem a correspondente proteção dos direitos fundamentais.

Ocorre que deve se dar maior valor à noção de segurança jurídica decorrente do Estado de Direito, além de se valer de outros princípios aptos a embasar a proteção aos

direitos fundamentais, evitando-se restrições arbitrárias. Para tanto, basta haver a aplicação dos limites aos limites dos direitos fundamentais, assim como ocorre com os direitos de liberdade, de maneira a obter uma proteção suficiente a esses direitos e dogmaticamente adequada aos parâmetros constitucionais existentes, pois obedece à teoria unitária entre os direitos de liberdade e os direitos sociais.

Essa questão será tratada mais adequadamente mais adiante, quando se proporá a forma de análise das restrições aos direitos sociais, bastando, por ora, referir a existência de princípios jurídico-constitucionais consolidados pela doutrina e pela jurisprudência capazes de conferir proteção aos direitos sociais sem que haja a necessidade de recorrer a um princípio controverso e sem base constitucional sólida.

5. O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas.

Da mesma forma, como dito em relação ao princípio da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança não justifica a criação do princípio da proibição do retrocesso, ainda que seja verdadeira a afirmativa de que o Estado de Direito impõe uma estabilidade aos cidadãos, com observância da boa-fé e da continuidade das relações jurídicas.

Basta aplicar sobre as medidas restritivas de direitos sociais o próprio princípio da proteção da confiança, sem criar um interlocutor para falar por ele. Inexiste razão para haver um novo princípio para fazer aquilo que a própria proteção da confiança já faz. Trata-se de nova situação pleonástica¹⁹⁹, em que se institui algo novo para dizer aquilo que já está dito.

Nessa circunstância, é constitucionalmente adequado que se dê o valor ao princípio da proteção da confiança, de maneira a aplicá-lo perante as medidas restritivas de direitos sociais quando for cabível na hipótese, sem a necessidade de interposto princípio.

6. Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a certa autovinculação em relação aos atos anteriores.

¹⁹⁹ Jorge Reis Novais critica o princípio da proibição do retrocesso por ser improdutiva, redundante e obscurecedora em contextos constitucionais em que os direitos sociais são fundamentais, pois a criação dessa fórmula se deu a partir do texto constitucional alemão em que os direitos sociais não são fundamentais, *Os direitos sociais...*, cit., pág. 247.

A vinculação do legislador aos atos anteriores ou do administrador os atos administrativos anteriores deve haver e a nova legislação ou o novo ato administrativo que atinja os direitos fundamentais deve ser visto como uma restrição aos direitos sociais e, assim, aplicar o respectivo controle da medida.

Desnecessário dizer que essa vinculação, decorrente da feição defensiva do direito social, deva constituir um novo princípio. Estar-se-ia, nessa hipótese, dando novo nome à própria dimensão defensiva advinda da própria natureza de direito fundamental, de modo que basta reconhecê-la no caso concreto e realizar o controle sobre a restrição, para verificar a constitucionalidade do “passo atrás”. Na hipótese de ser justificada, não arbitrária, a medida é válida. Caso contrário, é declarada inconstitucional e fica afastada do ordenamento jurídico vigente.

7. Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.

Neste campo está um dos maiores equívocos dos defensores do princípio da proibição do retrocesso social: imaginar que a falta dele acarretará a desproteção aos direitos sociais.

Essa afirmação somente pode ser verdadeira em uma Constituição que não possua direitos sociais como ocorre na Alemanha, inclusive sendo esta a razão para a criação do instituto, como referido acima²⁰⁰. Isso porque em um ordenamento jurídico-constitucional que os direitos sociais não estejam previstos na Constituição eles são criados pelo legislador, que tem a livre opção de conformar os direitos sociais como entenderem mais adequado, por critérios de conveniência e oportunidade, e, na mesma medida, tem a possibilidade de modificá-los ou revogá-los.

Como a Constituição não prevê esses direitos, eles não ostentam proteção constitucional e por não estarem no rol de direitos fundamentais sequer gozam da proteção especial que esses direitos gozam nas constituições que os preveem.

Outra é a situação do Brasil em que os direitos sociais estão previstos na Constituição. E mais, estão previstos no título de trata dos direitos fundamentais, ao lado dos direitos de liberdade, e com determinação constitucional expressa acerca da sua aplicação imediata (art.

²⁰⁰ No país germânico a Constituição não traz em seu bojo a proteção dos direitos sociais expressamente previstos, de modo que a construção acerca do princípio da proibição do retrocesso foi a solução encontrada para evitar que os direitos sociais sofram um revés a partir da “mera” vontade do legislador, desprotegendo-os de restrições sem a possibilidade de qualquer controle judicial.

5º, §1º).

Essa distinção de tratamento dos direitos sociais entre a Lei Fundamental de Bonn (que foi o motivo da criação do princípio da proibição do retrocesso) e a Constituição da República Federativa do Brasil é que faz todo o sentido²⁰¹ na desnecessidade de criação do princípio da proibição do retrocesso²⁰² e na necessidade de se dar proteção aos direitos sociais como direitos fundamentais. O tratamento dado aos direitos sociais por quem entende seja necessário o princípio da proibição do retrocesso faz com que eles seja considerados mais débeis que os direitos de liberdade e por isso precisam de um princípio que lhes dê especial segurança porque a aplicação da “regra geral” quanto aos direitos fundamentais seria insuficiente.

A consequência, portanto, de se sustentar a necessidade do princípio da proibição do retrocesso social é a de que os direitos sociais estão em um patamar inferior de proteção pela Constituição Federal em relação aos direitos de liberdade, porquanto no que toca a estes, não se verifica nenhuma tese efetiva, concreta, de vedação do retrocesso com base esse princípio. Esse entendimento, aliás, contraria o próprio texto constitucional que não faz distinção alguma entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, colocando-os, todos, sob o manto dos direitos fundamentais, cuja aplicação imediata.

Portanto, sustentar que o não reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso é fragilizar os direitos sociais é partir das premissas erradas. É iniciar de uma ideia preconcebida no direito alemão (e de equivocada aplicação ao direito brasileiro) de que sem a proibição do retrocesso os direitos sociais estariam ao completo desamparo contra o legislador e contra o administrador, os quais poderiam modificar, reduzir ou suprimir esses direitos sem qualquer justificativa.

O que se pretendeu demonstrar acima é justamente o contrário: de que a proibição do retrocesso não traz qualquer proteção especial aos direitos sociais, pois eles já estão protegidos pela sua natureza de direitos fundamentais, sendo um princípio criado sem qualquer

²⁰¹ Jorge Miranda refere, com muita precisão, que muitos esquemas constitucionais, perfeitos em certo Estado, ao serem transplantados para outro Estado revelam-se profundamente inadequados, porque o novo meio social e cultural pode não estar preparado para recebê-los e exigir soluções bastante diversas e mesmo quando é possível a recepção ou conveniente, nem sempre isso ocorre sem a quebra de certos elementos, que podem ser de forma política e constitucionais preexistentes, *Manual...*, *cit.*, tomo I, pág. 120.

²⁰² Mas essa tese tem sido importada para outros países para proteger os direitos sociais, sem que haja uma reflexão sobre a sua necessidade, especialmente naqueles ordenamentos jurídicos em que eles ostentam amparo constitucional e integram o sistema de direitos fundamentais, ligados à dignidade da pessoa humana. Com isso há a importação de um princípio desnecessário aos ordenamentos jurídicos desses países, pois o fato de os direitos sociais estarem dentro do regime protetivo dos direitos fundamentais dispensa a utilização da proibição do retrocesso como forma de limite aos limites, bastando que se reconheça a sua verdadeira natureza e seja feito um controle denso sobre as medidas restritivas.

utilidade para o ordenamento jurídico-constitucional. O simples fato de ter havido constitucionalização dos direitos sociais já acarreta problemas para a atividade do legislador, tanto na ordem metodológica, quanto de opção política fundamental²⁰³, o que os protege da plena possibilidade de autorrevisibilidade.

8. A existência de previsão no plano internacional sobre a realização progressiva dos direitos sociais denotaria a impossibilidade de retrocesso nos direitos na seara interna²⁰⁴.

Não há dúvidas de que o Estado brasileiro é um Estado Democrático e Social de Direito. A Constituição Federal elenca diversos direitos sociais, elegendo-os como direitos fundamentais, digno de proteção reforçada. Também é evidente que no plano externo, a República Federativa do Brasil assumiu compromisso de realização progressiva dos direitos sociais, o que significa atuar de maneira positiva para melhoria da situação da realidade fática de seus cidadãos.

No plano internacional, o Brasil ratificou a Convenção Americana de Direitos Humanos (1969), através da edição do Decreto nº 678/1992. Nela está previsto o “Desenvolvimento progressivo” (art. 26), cuja redação estabelece o comprometimento do Estado para conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos sociais, por via legislativa ou por outros meios, “na medida dos recursos disponíveis”.

Já o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, incorporado ao direito brasileiro pelo Decreto nº 591/1992, prevê no art. 2º que o Estado compromete-se a adotar medidas no plano econômico e técnico na busca de assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos previstos no Pacto, “até o máximo de seus recursos disponíveis”. Além disso, o artigo 4º do Pacto prevê que os Estados reconhecem se submeterem os direitos previstos no Pacto “unicamente às limitações estabelecidas em lei, somente na medida compatível com a natureza desses direitos e exclusivamente com o objetivo de favorecer o bem-estar geral em uma sociedade democrática”.

Mas a obrigação assumida pelo Brasil não é absoluta. A leitura desses dispositivos deixa claro que o dever de progressão dos direitos sociais está atrelado às limitações financeiras disponíveis. A *contrariu sensu*, não havendo recursos disponíveis, os próprios diplomas de direito internacional admitem uma restrição aos direitos sociais. Ainda, o Pacto Internacional sobre os direitos sociais assegura a possibilidade de haver limitações legais aos direitos nele previstos, quando houver uma finalidade de favorecer o “bem-estar geral”, o que

²⁰³ Cristina Queiroz, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, pág. 79.

²⁰⁴ Nesse sentido, Victor Abramovich e Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pág. 93/94.

significa estar autorizada a redução no campo dos direitos sociais se for para beneficiar a toda a sociedade em detrimento daquele segmento protegido pelo direito inicialmente estabelecido, mas sem condições fáticas de progressividade.

De tal sorte, mesmo o dever de desenvolvimento progressivo dos direitos sociais previstos nos instrumentos internacionais autoriza a possibilidade de haver restrição na hipótese de existir redução dos recursos disponíveis e se a manutenção dos direitos no patamar já alcançado vier a prejudicar a sociedade como um todo. Depreende-se que os direitos sociais não podem ser a ruína de uma “sociedade democrática” apenas para manutenção dos níveis de desenvolvimento social já alcançado, de maneira que deve haver uma visão global sobre os direitos já implementados e seus reflexos em toda a sociedade²⁰⁵.

Por isso que o dever de desenvolvimento progressivo, em que pese sinalize (com obviedade) esse dever em um Estado Social de Direito, atrela tal realização à realidade constitucional no Estado naquele momento²⁰⁶, o que só poderá ser controlado pela jurisdição constitucional no caso concreto, depois de realizada a restrição aos direitos sociais. Isso porque *a priori* não é possível a restrição a esses direitos sem justificativa, mas em havendo a medida poderá ser considerada de acordo com a Constituição, os seus princípios estruturantes e com os instrumentos internacionais internalizados.

Oportuno trazer à voga a observação formulada por Jorge Reis Novais no sentido de que apenas uma “crença supersticiosa, um optimismo inabalável ou uma concepção determinista da história (...) permitiriam fundar a plausibilidade de um tal princípio da proibição do retrocesso social”²⁰⁷, na medida em que não há como haver uma presunção de progresso infinito capaz de sustentar direitos sociais sempre de forma ampliativa e sem regressos²⁰⁸.

²⁰⁵ Jürgen Habermas, ao tratar do progressivo entrosamento da esfera pública com a esfera privada, faz observação que se mostra pertinente nesta altura justamente por tratar da assunção pelo Estado de riscos outrora direcionados à esfera privada. Descreve o autor que “os riscos clássicos, antes de mais o desemprego, os acidentes, a doença, a velhice e a morte, estão hoje em grande medida cobertos por garantias do Estado Social; a elas correspondem prestações fundamentais, habitualmente sob a forma de ajudas ao rendimento. (...) Relativamente às chamadas *basic needs* [necessidades básicas], que outrora a família burguesa tinha de suportar como risco privado, hoje o membro individual da família encontra-se publicamente protegido. Na realidade, não é apenas a lista de ‘riscos correntes’ que se alarga para além das situações de emergência tradicionais de modo a incluir formas de ajuda de todo o tipo, servidos de provimento de habitação e emprego, de orientação profissional e educacional, de assistência de saúde, etc.; além disso, estas formas de ajuda são cada vez mais complementadas por medidas de prevenção, e ‘a prevenção enquanto matéria de política social representa de facto uma intrusão em novas esferas, que até esse momento tinham sido privadas’”, *A transformação estrutural da esfera pública*, pág. 276.

²⁰⁶ Konrad Hesse afirma que a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica, pois ela não pode ser apartada da realidade concreta de seu tempo, de modo que a sua pretensão de eficácia somente pode ser realizada se levar em conta essa realidade, *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, cit., pág. 97.

²⁰⁷ Jorge Reis Novais, *Direito Sociais...*, cit., pág. 243.

²⁰⁸ No julgamento do ARE 704.520/SP, o Ministro Luiz Fux apontou, com propriedade, que “dizer que a ação

Assim, essa questão deverá ser avaliada não como razão para criar um princípio que proíba o retrocesso, mas deve ser levada em consideração quando da análise das restrições aos direitos sociais pela Corte Constitucional, na hipótese de haver uma afetação dos direitos sociais já consagrados em favor dos cidadãos.

9. Utiliza-se a proibição do retrocesso de forma relativa para justificar que não é sempre proibido retroceder e, dessa forma, o princípio a sustentar não seria sempre um empecilho à retrocessão de direitos sociais quando for necessária essa medida.

Essa formulação “relativa” do princípio é uma tentativa frágil de se dar algum sentido à proibição do retrocesso. Numa vertente absoluta, esse princípio seria manifestamente impraticável ²⁰⁹: não seria plausível sustentar que depois de conformado um direito o legislador não pudesse, de forma alguma, voltar atrás ou modificá-lo, ainda que minimamente.

Na versão relativa, a proibição do retrocesso perde – ainda mais – o sentido. Quando digo que é proibido retroceder, mas essa proibição é relativa, na verdade não é proibido retroceder: ou, talvez. Isso porque deverá haver uma análise justamente sobre a “relatividade”; ela deverá ser avaliada. Ou seja, deverá haver uma averiguação no que consiste esse caráter relativo do retrocesso, se está dentro dos parâmetros constitucionais e como ele pode ser controlado. Então, o que é “proibido relativamente de retroceder” ou “proibido retroceder relativamente” acaba por ser a supressão ou abolição de determinado direito social, mas sem um caráter de proibição do retrocesso na verdadeira acepção do termo.

Aliás, o próprio termo “proibição” acaba por se contradizer com o “relativa”. Caso haja referência de que uma proibição é relativa, significa dizer que há, no lado oposto, uma “autorização” também “relativa”. Desse modo, seria lícito dizer que a “proibição relativa do retrocesso” é sinônimo de “autorização relativa do retrocesso”, de modo a, no final das contas, obrigar um juízo de constitucionalidade sobre a medida restritiva para aquilatar se a proibição/autorização relativa de retrocesso estava de acordo com a Constituição.

10. A proibição do retrocesso como princípio jurídico-constitucional²¹⁰.

estatal deva caminhar no sentido da ampliação dos direitos fundamentais e de assegurar-lhes a máxima efetividade possível, por certo, não significa afirmar que seja terminantemente vedada qualquer forma de alteração restritiva na legislação infraconstitucional, desde que, é claro, não se desfigure o núcleo essencial do direito tutelado”.

²⁰⁹ A total irreductibilidade dos direitos sociais seria, paradoxalmente, uma inimiga da efetivação desses direitos porque o legislador dificilmente elevaria o nível das prestações sociais com receio de não poder assumir, no futuro, esses compromissos, em particular em tempos de crise econômica, conforme bem lembra Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar...*, cit., pág. 281. Patrícia Martins, *A proibição do retrocesso social...*, cit., pág. 403.

²¹⁰ Para desenvolvimento sobre a teoria dos princípios, Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, 2ª edição, Editora Malheiros, 2012; e *Teoria discursiva do direito*, págs. 150 e segs. Ronald Dworkin, *Levando os direitos a sério*, Editora Martins Fontes, 2002, págs. 34 e segs.; Humberto Ávila, *Teoria dos princípios*, 9ª edição, Editora Malheiros, 2009; Jorge Reis Novais, *As restrições aos direitos fundamentais...*, cit., 2ª edição,

Outra objeção que se pode fazer à proibição do retrocesso como princípio diz respeito à falta de juridicidade em relação ao seu conteúdo.

A sustentação de que a proibição do retrocesso é um princípio se dá com base nos elementos até então apontados, os quais, conglobados, dariam ensejo ao princípio implícito da proibição do retrocesso. Todas essas peças, contudo, não são capazes de formar aquilo que os defensores dessa ideia preconizam.

Isso se torna visível quando se colocar o “princípio” da proibição do retrocesso à prova, como foi feito quanto ao Tribunal Constitucional português e ao Supremo Tribunal Federal brasileiro. Em nenhuma hipótese – nenhuma mesmo – a proibição do retrocesso foi utilizada, de um lado como parâmetro de controle de alguma medida restritiva de direitos fundamentais em confronto, de outro lado, com um princípio constitucional. Esse instituto – melhor nominá-lo assim para não causar má interpretações – jamais atuou sozinho ou foi o centro de qualquer discussão nas Cortes Constitucionais quando houve afetação de direitos fundamentais, especialmente no caso dos direitos sociais.

Caso ele ostentasse essa natureza de princípio a sua invocação seria corriqueira no âmbito da jurisdição constitucional diante da grande quantidade de restrições a esses direitos que são impostas pelo Estado. Mas não é assim. Tanto é que em várias oportunidades houve afetações desfavoráveis aos direitos sociais e não se cogitou na análise das medidas estatais sob essa perspectiva²¹¹, de modo a evidenciar a falta de consistência da proibição do

2010; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e teoria da Constituição*, 7ª edição. Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, págs. 321/331. Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo*, 5ª edição, Editora Saraiva, 2015, págs. 357/358, Ana Paula Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios...*, cit., 2002.

²¹¹ Ao analisar o Segundo Agravo Regimental No Recurso Extraordinário nº 635.011 o Supremo Tribunal Federal avaliou a constitucionalidade da acumulação de proventos de aposentadoria de dois cargos públicos antes da Emenda Constitucional nº 20/98 que passou a vedá-la. Sustentou-se que até a entrada em vigor da EC nº 20/98 não havia disposição relativa à impossibilidade de acumulação de proventos, regime sobre o qual o beneficiário havia se aposentado. Foi considerada constitucional a percepção das duas aposentadorias, porquanto incorporaram ao patrimônio do beneficiário nos termos da previsão constitucional vigente quando das aposentações, tratando-se de direito adquirido e ato jurídico perfeito. Ainda foi referida a incidência do “princípio da segurança jurídica através da sua dimensão subjetiva que se concretiza através do princípio da proteção da confiança”. Com esses argumentos, foram mantidas as aposentadorias e vedada à extinção de uma delas como pretendia a União, vedando-se a restrição ao direito social do beneficiário. Nesse caso, houve nitidamente uma tentativa de aplicar medidas restritivas de direitos sociais, na esteira de uma afetação desvantajosa do seu conteúdo para o titular do direito, num evidente retrocesso. Em que pese a medida buscada pela União fosse claramente restritiva de um direito social, o STF ao analisou a questão sob o prisma do ato jurídico perfeito e do direito adquirido, os quais estão expressamente elencados como garantias fundamentais dos indivíduos, bem como mediante a utilização do princípio da proteção da confiança, decorrente do próprio Estado Democrático de Direito e nada tratou da proibição do retrocesso. E aqui cabe uma questão: o Supremo Tribunal Federal teria esquecido do aludido “princípio”?

Em outra hipótese, no pedido de Suspensão de Liminar nº 684, o Supremo Tribunal Federal, em decisão monocrática do Ministro Joaquim Barbosa, analisou o pedido do Estado do Rio Grande de Sul para suspender a decisão do Tribunal de Justiça do RS que concedeu a medida liminar para impedir o aumento da alíquota previdenciária no Estado de 11% para 13,25%. O Ministro invocou no acórdão as questões deficitárias do regime

retrocesso como princípio.

A título comparativo, em diversos julgados de ambas Cortes Constitucionais houve referência aos princípios da igualdade, da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade (com as suas diversas nuances), da razoabilidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, etc., inclusive quando se tratava de princípio jurídico implícito já sedimentado pela ordem jurídica. Isso enseja as seguintes indagações: se esse “princípio” nunca é utilizado como fundamento central, há mesmo uma razão ao seu manejo? Não seria ele, enquanto “princípio”, passível de defender sozinho os direitos fundamentais como outros princípios o fazem?

A partir do momento em que o constitucionalismo passou a conter um sistema aberto²¹² de regras e princípios, estes passaram a produzir efeitos sobre a realidade como qualquer outra norma jurídica e o seu descumprimento é passível de uma sanção judicial, dada a eficácia jurídica também contida nos princípios. A partir dessa premissa, o fato de a proibição do retrocesso nunca ter sido utilizada como fundamento central para proteger os direitos sociais retira dela a suposta força normativa ao deixar de ser uma norma constitucional passível de aplicação. A conclusão a que se chega, a partir da falta de normatividade quanto à proibição do retrocesso, é que ela não se justifica enquanto princípio jurídico-constitucional e mesmo para quem sustenta que o é, o máximo de eficácia que produz caracterizaria como um “princípio bengala”, na medida em que apenas serve para escorar outros fundamentos utilizados para decidir sobre a constitucionalidade de medidas restritivas de direitos sociais, sem qualquer função de controle efetivo sobre elas.

A consideração da proibição do retrocesso como verdadeiro princípio faria com que ostentasse conteúdo autônomo e cogência suficiente para que fosse analisada isoladamente no âmbito das restrições aos direitos sociais, inclusive contra outros princípios com ela colidentes, tal como acontece com o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da legalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança, etc. Não há voz dissonante de que uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana (ainda que seja difícil encontrar o sentido dela) permite, por si só, invalidar uma medida restritiva de direito fundamental.

previdenciário no Estado do Rio Grande do Sul e a necessidade do aumento da alíquota para manter a higidez do sistema. Essa decisão autorizou o aumento da alíquota previdenciária em um claro retrocesso aos servidores públicos estaduais que passaram a contribuir com um valor maior para fins previdenciários. Mesmo diante desta situação não fora invocada a proibição do retrocesso e tampouco fez qualquer menção da sua utilização em cotejo com as demais alegações suscitadas. Limitou-se a asseverar a necessidade da medida e a urgência para a sua implementação, de modo a resultar na suspensão da liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul.

²¹² Sobre a abertura do sistema, Claus-Wilhelm Canais, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, págs. 103 e segs. e Herbert L. A. Hart, *O conceito de direito*, págs. 148/149.

Também não se vê a necessidade de outro princípio além da legalidade para afastar do ordenamento jurídico medida que o contrarie.

Então, com a constatação de que a proibição do retrocesso não tem esse condão de ser parâmetro para o controle de constitucionalidade de maneira isolada, vê-se que não pode ser considerada na categoria jurídico-constitucional de princípio e, por essa razão, não serve para proteção dos direitos sociais. Se os outros princípios são a sustentação da proibição do retrocesso e o que evitam as medidas restritivas de direitos sociais, não há porque utilizá-la com a finalidade de controle, porquanto os verdadeiros princípios é que conferem proteção às posições jurídicas restringidas.

Jorge Miranda, nesses termos, sustenta que a proibição do retrocesso social não tem autonomia por estar conexa com os princípios da confiança e da reserva do possível, de modo que não é possível valer-se da reserva do possível como princípio jurídico-constitucional para evitar a retrocessão de direitos sociais, já que ele não tem amparo no âmbito das constituições²¹³.

Isso tudo sem falar que no momento em que se justifica que o “princípio” da proibição do retrocesso é formado pela proteção da confiança, pela dignidade da pessoa humana e pela segurança jurídica, mas, em momento posterior, quando do controle de constitucionalidade das restrições, há sua utilização cumulada com os princípios que a compõem (proteção da confiança, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica) há uma manifesto *bis in idem* principio lógico, já que aqueles princípios utilizados para a proteção de determinado direito já estariam contidos na própria proibição do retrocesso, de modo que seria pleonástico o seu manejo.

Todo esse contexto denota a inadequação de se valer da proibição do retrocesso como princípio jurídico ou de uma falta de compreensão acerca do que se entende por um princípio.

11. Ana Paula Barcellos propõe, para verificar a compatibilidade constitucional da medida retrocessiva, a realização de um teste a partir do qual a nova norma editada seria confrontada com a Constituição e não com a legislação anterior, de modo que se ela realizasse de “forma minimamente adequada o bem jurídico tutelado” e se a “regulamentação pretendida garante a aplicabilidade real e efetiva” da norma constitucional, a nova legislação não teria caráter retrocessivo²¹⁴.

²¹³ Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 485. Em sentido diverso, Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais*, pág. 438 e ss; e *Curso de Direito Constitucional*, pág. 581; embora esse autor admitida a “inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais”, *Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana...*, cit., pág. 324.

²¹⁴ Ana Paula Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, pág. 90/91.

Essa tese, contudo, apresenta dois problemas.

O primeiro deles é de que ao invés de proteger os direitos fundamentais, acaba por desprotegê-los, na medida em que basta que a legislação proteja “minimamente” o bem constitucionalmente tutelado e garanta aplicabilidade “real e efetiva” (desse mínimo) para que não seja considerada em confronto com a Constituição. Isso significa que o parâmetro de proteção do direito fundamental fica limitado ao mínimo, deixando ampla margem de restrição ao legislador.

O segundo é de que o controle sobre a restrição passa a ser efêmero, porquanto ele parte da norma constitucional e não do patamar já alcançado pelo cidadão a partir da regulamentação do Estado. Dessa forma, abstrai-se aquilo que já fora implementado de modo que o ponto de partida equivale a uma omissão constitucional e não de um direito já conformado, suficientemente configurado e passível de gozo pelos indivíduos. Essa mudança de perspectiva na análise da nova legislação enfraquece demais o controle sobre as medidas, pois é evidente que ao se partir apenas do texto constitucional uma regulamentação mínima já pode ser suficiente para dar contornos ao preceito fundamental, mas quando se parte da lógica de que ele já está em fruição pelo seu titular de forma mais ampla, essa nova legislação deverá ser considerada restritiva e, assim, passar pelo filtro da jurisdição constitucional acerca da legitimidade da retrocessão levada a efeito.

Por isso, em que pese a ideia da realização objetiva de testes quanto à possibilidade de retrocessão seja de grande valia para o controle dessas medidas, da forma como posta acaba por permitir uma desproteção do direito fundamental, acarretando um efeito contrário ao pretendido.

12. A incongruência de admitir que os direitos sociais estão sujeitos à reserva do possível quando se trata da sua efetivação – na dimensão positiva – e não admitir essa mesma reserva para a hipótese de ser necessária a restrição é não reconhecer a identidade de situações²¹⁵.

Quando há sustentação da proibição do retrocesso, ainda que as formulações absolutas não tenham sido sustentadas no direito brasileiro, não se admite a possibilidade de voltar atrás em relação ao alcance das medidas já implementadas pelo Estado, de modo que a reserva do possível passa ao largo dessa discussão.

Por essa razão é encontrada com mais frequência a invocação da reserva do possível e os direitos sociais quando se busca avaliar a perspectiva de efetivação desses direitos pela via

²¹⁵ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 287.

judicial²¹⁶. O mesmo não acontece quando se trata de restringir esses mesmos direitos, ocasião em que a atuação desfavorável do Estado é posta à prova sem considerar eventuais limitações orçamentárias existentes.

No entanto, ambas situações devem atentar para a reserva do possível quando se trata de direitos que custem ao Estado, não importando a natureza deles. Toda vez que um direito trazer um custo aos entes estatais, a reserva do possível deve ser levada em consideração para fins de análise da pretensão invocada, seja ela quando se pretende efetivar um direito ou restringi-lo. Há uma identidade de situações que pode ser resumida na relação direito-custo.

Caso contrário, ao se sustentar que as dificuldades financeiras podem fazer com que não se possa exigir do Estado a prestação de determinado direito, mas não admitir que essa mesma dificuldade financeira possa ensejar eventual necessidade de diminuição dos patamares sociais já alcançados, ainda que ela seja agora mais gravosa do que antes, conduz à conclusão de que não se trata de assegurar o Estado Social, mas o Estado-providência²¹⁷.

Isso não significa que a reserva do possível sempre irá condicionar os direitos dispendiosos ao Estado, como se verá adiante, mas ela não pode ser simplesmente ignorada, mesmo que o direito já tenha sido efetivado e se esteja diante de uma posterior restrição.

3.2 Uma proposta constitucionalmente adequada para a proteção dos direitos sociais no Brasil

Apontados os fundamentos utilizados pelos defensores da existência do princípio da proibição do retrocesso e realizadas as críticas e ponderações quanto aos problemas que essa tese suscita, faz-se necessário, nesta altura, apresentar uma proposta em consonância com a Constituição da República brasileira para a proteção dos direitos sociais.

Como referido no início deste trabalho, o fato de não concordarmos com a existência do princípio da proibição do retrocesso social não significa a aquiescência com a desproteção dos direitos sociais ou a total disponibilidade do legislador sobre eles. Ao contrário, busca-se

²¹⁶ Na Suspensão de Tutela Antecipada nº 175, do Supremo Tribunal Federal, sobre o fornecimento de medicamentos pela via judicial; no RE nº 592581/RS foi tratada a determinação para realização de reformas no Presídio de Uruguaiana/RS; no ARE 855762 AgR/RJ a discussão se deu em torno do direito à moradia e ao pagamento de aluguel social para os afetados pelas chuvas; no ARE 875333 ED/RS sobre o fornecimento de educação especial.

²¹⁷ Ou como refere a doutrinadora portuguesa Carla Amado Gomes, o Estado Pai Natal (Estado Papai-Noel para uma versão brasileira), a partir da menção de Beveridge ao *Santa Claus State, Estado Social e concretização de Direitos Fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes*, pág. 21.

aqui sustentar a necessidade da proteção a esses direitos, mas de uma maneira dogmaticamente adequada, alicerçada no contexto constitucional brasileiro.

Não se trata de utilizar de uma construção feita para um sistema despido de proteção constitucional expressa aos direitos sociais (o sistema alemão) ou que faz alguma diferenciação entre eles e os direitos de liberdade (o sistema português)²¹⁸. Recorrer-se a esses sistemas e aplicá-los sem as necessárias adaptações é desconsiderar a proteção dada pelo constituinte brasileiro a tais direitos. Busca-se demonstrar que o sistema constitucional brasileiro – gostemos ou não – não procedeu qualquer distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, de modo que a maneira de proteção de ambos deve perseguir os mesmos caminhos.

Essa perspectiva não deveria ser diferenciada daquilo que se sustenta sem grandes objeções aos chamados direitos de liberdade, pois é a que corresponde de maneira mais direta com o texto da Constituição Federal. Qualquer tentativa de rumar em sentido contrário, ao se fazer distinção entre direitos de liberdade e direitos sociais, é seguir na contramão da Constituição brasileira, ainda que seja de admissível discussão no contexto das Constituições alemã e portuguesa.

3.2.1 O tratamento unitário das restrições aos direitos fundamentais no direito brasileiro

3.2.1.1 As restrições aos direitos sociais como fundamentais

1. Antes de adentrar especificamente na forma de proteção dos direitos sociais, faz-se necessário compreender qual o alcance que se busca conferir à expressão “restrições aos direitos fundamentais” (incluídos os direitos sociais) e, a partir disso, verificar a sua forma de controle.

Desde o pensamento kelseniano as normas constitucionais estão no ápice do ordenamento jurídico em um Estado de Direito²¹⁹. Mas a posição de destaque do sistema

²¹⁸ Observo que alguma distinção é realizada pelo texto constitucional português, mas há defensores de uma teoria unitária entre todos os direitos fundamentais naquele ordenamento jurídico. Por todos, Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, *cit.*, pág. 251 e segs.

²¹⁹ Hans Kelsen, *Teoria Pura do Direito*, págs. 155/157.

jurídico não as torna normas de natureza absoluta²²⁰. A mutabilidade das normas constitucionais, contudo não é indicativo da completa possibilidade de alteração do seu conteúdo, na medida em que a supremacia de que goza obsta uma atuação que lhe seja contrária.

A situação privilegiada das normas constitucionais tampouco faz com elas possuam um sentido claro a partir do próprio texto. Muitas normas encartadas na Carta Magna exigem conformação do legislador para serem passíveis de aplicação (afora a vertente defensiva) e, na mesma medida, podem sofrer alterações pela via legislativa. Em diversas situações o direito previsto na Constituição não ostenta densidade normativa suficiente para encontrar o sentido da norma, o que exige a intervenção pelo legislador infraconstitucional para conformar-lhe o conteúdo.

Quando o significado da norma é encontrado, seja diretamente do texto constitucional ou através de conformação legislativa, pode surgir a necessidade de afetação ao direito conformado. Os meios possíveis para tanto decorrem de uma previsão do próprio constituinte, de uma autorização dada por ele ou pela intervenção do Estado sem que haja previsão expressa para restrição, mas decorra a própria atividade estatal legislativa ou administrativa.

Como toda norma constitucional, os direitos fundamentais não estão isentos de serem atingidos. A natureza fundamental não os imuniza contra a ação do Estado, porquanto há necessidade de compatibilização entre todos aqueles direitos previstos na órbita constitucional²²¹, ainda que, muitas vezes, eles estejam previstos em aparentes direções opostas. Como não é possível ao legislador estabelecer prévia e abstratamente todas as hipóteses de colisão entre direitos e fixar a prevalência em termos padronizados para todas as possibilidades de conflito²²², a solução somente pode ser alcançada no caso concreto a partir da situação geradora de uma restrição de um dos valores contrapostos e, assim, estabelecer qual deles deve prevalecer²²³. É possível que nessa situação, para que um direito possa ser exercido, haja necessidade da compressão do espectro de outro, circunstância determinante para se buscar compatibilizar a permanência entre eles. Mas em uma ocasião mais drástica,

²²⁰ Robert Alexy aponta se existissem princípios absolutos, a definição de princípios deveria ser modificada e exemplifica com julgados do Tribunal Constitucional Alemão que afastou em um determinado caso concreto o princípio da dignidade da pessoa humana em detrimento do princípio da proteção do Estado e em outro em virtude da permanente periculosidade de um preso ao tratar da prisão perpétua, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pág. 111 e segs. Sobre direitos absolutos e relativos, Jorge Miranda, *Manual...*, tomo IV, págs. 133/135. Assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal no MS 23.452/RJ e no HC nº 103.236. No mesmo sentido trilha a Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, em seu art. 29.

²²¹ Vieira de Andrade menciona que “os limites dos direitos fundamentais se colocam, no mais das vezes, como um conflito prático entre valores no texto constitucional”, *Os Direitos Fundamentais...*, *cit.*, pág. 264.

²²² Luís Pereira Coutinho, *Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais*, pág. 566.

²²³ George Marlmelstein, *Curso de Direitos Fundamentais*, pág. 367/368.

pode haver uma colisão apta a exigir a manutenção de apenas um dos direitos, com a eliminação total de outro, sem que reste sequer um mínimo do direito atingido pelo conflito²²⁴.

Além das possibilidades de colisão entre direitos fundamentais em determinadas casos concretos, a intervenção do legislador e a do administrador no exercício de suas atividades-fins, especialmente quando se trata dos direitos sociais, pode acarretar uma limitação aos direitos já consagrados, em desfavor dos cidadãos. Ou seja, o Estado, ao editar atos normativos gerais e abstratos e no exercício da administração pública, tem a potencialidade de afetar desfavoravelmente os direitos dos indivíduos, de modo a causar uma piora na situação fática por eles vivenciada antes da edição do referido ato.

E para tanto, não apenas pode haver uma afetação desvantajosa quando o legislador expressamente promulga atos legislativos restritivos, mas é possível atingir os direitos fundamentais sob o argumento de conformá-los e, dessa forma, diminuir o alcance de algum direito que era possível ter seu exercício de modo mais amplo antes da existência da ação Estatal²²⁵.

Nas hipóteses mencionadas de afetação desvantajosa dos direitos fundamentais, a doutrina não encontra uma nomenclatura unívoca e tampouco consegue afirmar consensualmente a natureza desta atuação. As discussões estão ligadas, por vezes não de forma clara, ao suporte fático dos direitos fundamentais, de modo a distinguir o que está contido no âmbito de proteção desses direitos e o que pode ser considerado uma restrição a eles²²⁶.

Para Jorge Miranda há uma diferença entre restrição e limite aos direitos fundamentais. Restrição diz respeito ao direito em si, com a sua extensão objetiva. De outro vértice, o limite está atrelado ao exercício pelo seu titular. A restrição atinge determinado direito e causa nele uma compressão ou retira parte dele que, à partida, estava contido,

²²⁴ Um exemplo que demonstra ser impossível a harmonização entre alguns direitos em confronto pode ser citado o caso do cidadão Testemunha de Jeová que necessite uma transfusão de sangue para não vir a óbito. Caso seja feita a transfusão de sangue, o direito à liberdade de crença e religião é aniquilada, pois aquilo que a sua religião professa e que ele acredita é deixado totalmente de lado; não hipótese de não ser feita e essa pessoa vir a falecer, o direito à vida é deixado à margem.

²²⁵ Aqui é necessário esclarecer que se o direito fundamental não conformado era impossível de ter sua forma diretamente no texto constitucional, v.g., o direito ao lazer, previsto no art. 6º, *caput*, da CF, a edição de uma norma que venha a dar rosto a ele é uma legítima norma conformadora e, assim, não será considerada restrição, porque sem ela não era possível o exercício desse direito. Agora, se a partir da própria Constituição já é possível ao titular do direito o seu exercício, ainda que mínimo, v.g., o direito à saúde (art. 6º e art. 196 da CF), uma norma posterior que lhe afete é restritiva (v.g., caso venha excluir determinada parcela da população de receber atendimento hospitalar gratuito), assim como quando já houve conformação legislativa anterior e sobrevém outra norma diminuindo-lhe o alcance.

²²⁶ Para uma discussão acerca do suporte fático e do âmbito de proteção dos direitos fundamentais, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, cit., págs. 65/123.

baseado em motivações específicas. Já os limites alcançam a todos os direitos e são provenientes de circunstâncias de caráter geral²²⁷. Ainda, diferencia restrição da regulamentação, pois esta completa o conteúdo do direito, sem restringi-lo, sob pena de desvio de poder legislativo como restrição²²⁸.

Em atenção a outros critérios, José Melo Alexandrino separa limites, restrições e intervenção restritiva. O limite decorre de normas excludentes da proteção ou afetadoras das possibilidades de realização de um direito fundamental. Já a restrição se caracteriza por ser uma ação normativa a afetar desfavoravelmente o conteúdo ou o efeito da proteção de um direito fundamental delimitado previamente. Esta é uma ação; aquela, uma norma. Por sua vez, a intervenção restritiva é uma afetação a um direito fundamental mediante ação agressiva realizada através de um ato jurídico imediatamente incidente sobre uma posição jurídica concreta, *v.g.*, uma ordem de detenção²²⁹.

Ao tratar dos tipos de limites aos direitos fundamentais, José Carlos Vieira de Andrade aponta a existência de três modalidades. Os limites imanentes que atingem a âmbito de proteção previsto na Constituição da norma de direito fundamental²³⁰. Os limites resultantes dos conflitos ou colisões de direitos na hipótese de ser necessária a compatibilização entre valores constitucionais colidentes. E os limites decorrentes das leis restritivas que correspondem à intervenção normativa dos poderes públicos para proteção de valores elencados na Constituição.

O professor da Universidade de Coimbra, J. J. Gomes Canotilho, distingue limites imanentes de limites estabelecidos por lei ou amparados na lei e, quanto às restrições ou limites aos direitos fundamentais, os divide em: limites constitucionais imediatos quando postos na própria Constituição; os limites estabelecidos por lei a partir da existência de autorização expressa pela Constituição; e os limites imanentes ou limites constitucionais não escritos para aquelas restrições necessárias para garantir outros direitos ou bens tutelados pela Carta Magna²³¹.

Jorge Reis Novais apresenta a ideia de restrição como toda a ação ou omissão estatal que afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental porque elimina, reduz ou dificulta o acesso ao bem protegido e as possibilidades de fruição pelos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou por enfraquecer os deveres e obrigações que da

²²⁷ Jorge Miranda, *O princípio da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais*, pág. 498.

²²⁸ Jorge Miranda, *Manual...*, *cit.*, tomo IV, pág. 348

²²⁹ José Melo Alexandrino, *Direitos Fundamentais...*, *cit.*, pág. 117 e segs. Sobre essa distinção, Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, *cit.*, pág. 192 e segs.

²³⁰ Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *cit.*, pág. 265 e segs.

²³¹ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, *cit.*, pág. 1273 e segs.

necessidade da sua garantia e promoção resultam ao Estado²³².

No direito brasileiro, Ingo Sarlet sustenta que nem toda disciplina normativa de direito fundamentais pode ser caracterizada como uma limitação, pois sua edição busca apenas detalhar esses direitos de modo a possibilitar o seu exercício, o que é diferente da limitação que reduz o alcance do conteúdo *prima facie* conferido a posições de direitos fundamentais²³³.

No mesmo sentido refere Suzana de Toledo Barros, para quem a restrição aos direitos fundamentais só ocorre quando há uma efetiva limitação do âmbito de proteção desses direitos, diferentemente da situação em que o legislador regula o conteúdo do direito em razão de sua estrutura de modo a explicitar o âmbito de proteção da norma. Esclarece ainda que as fronteiras entre restrição e conformação da norma só podem se dar pela via interpretativa diante de uma situação concreta²³⁴.

Ainda no campo da identificação do que constitui uma restrição aos direitos fundamentais, não se pode concordar com John Rawls acerca da distinção entre restrição e regulação desses direitos, no sentido de que esta é necessária para que haja “condições sociais necessárias para o seu exercício duradouro”²³⁵. Não se mostra constitucionalmente adequado falar em regulamentação de um direito para que ele possa ser exercido, quando o seu exercício é lícito sem que qualquer ato seja editado. A partir do momento em que determinado direito fundamental está suficientemente garantido no nível constitucional, de maneira que o cidadão pode exercê-lo imediatamente, falar em qualquer espécie de regulação é diminuir a amplitude do gozo desse direito e, por essa razão, deve ser considerada uma restrição para que possa ser avaliada como tal.

O exemplo trazido por Rawls para distinguir regulação de restrição deixa claro o que ora se propõe, ao contrário do que ele preconiza: diz o autor que para o exercício da liberdade de expressão é imprescindível a regulamentação desse direito por não ser possível “que todos falem ao mesmo tempo, nem utilizem o mesmo espaço público ao mesmo tempo para diferentes finalidades”²³⁶. Ocorre que no momento da “regulamentação”, uma parte do direito de se expressar acaba por ser afetado, sob a premissa – nem sempre correta – de que o exercício da liberdade de expressão de uma pessoa em um mesmo local pode acabar com esse

²³² Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 157.

²³³ Ingo Sarlet, *A Eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., pág. 526.

²³⁴ Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade...*, cit., pág. 156.

²³⁵ John Rawls, *O liberalismo político*, Edição Ampliada, Editora Martins Fontes, 2011, pág. 350. Contrário a tese proposta pelo autor foi o julgamento da ADPF nº 130 pelo Supremo Tribunal Federal que afastou do ordenamento jurídico a Lei de Imprensa justamente por considerá-la uma restrição ao direito de liberdade de imprensa, ainda que pudesse ser sustentado sob a perspectiva de Rawls que ela apenas regulamentava o referido direito.

²³⁶ John Rawls, *idem*, pág. 351.

mesmo direito para outro indivíduo. Em sentido análogo, Canotilho também leciona a necessidade de se adotar um suporte fático restrito ao invocar a teoria americana do *definitional balancing* (balanceamento por definição), pois determinadas condutas estariam fora do âmbito de proteção do direito fundamental e, assim, sobre ele não incidiria uma restrição, pois sequer esse direito é protegido constitucionalmente²³⁷.

Esse raciocínio, todavia, deixa evidente que a regulamentação dos direitos fundamentais se trata, em verdade, de uma restrição, pois, no caso apresentado, é plenamente possível imaginar que duas pessoas possam se expressar sobre situações diferentes em um mesmo local, mediante o uso de cartazes, por exemplo, sem que isso cause qualquer prejuízo ao direito alheio e tampouco ao seio social. Por ser possível outra forma de interpretação a depender do caso concreto, como no exemplo citado, toda regulamentação prévia deve ser considerada como restrição, o que permitirá à jurisdição constitucional aquilatar as razões para sua implementação e, assim, conferir a legitimidade da atuação do Estado.

Por essa razão, não se pode admitir a regulamentação dos direitos fundamentais como uma saída vestida de constitucionalidade para evitar o controle da restrição a esses direitos. Piertoh e Schlink esclarecem que a Constituição atribui ao legislador que torne aplicável os direitos fundamentais através de modalidades, formas e procedimentos, sem ensejar alteração ou redução do conteúdo do direito²³⁸. Nessas hipóteses, a edição de atos normativos ou administrativos deve ser vista como restrição caso diminuam o espectro de exercício do direito pelos indivíduos e, assim, permitir o controle de constitucionalidade sobre ela, de forma a garantir maior proteção dos direitos constitucionalmente assegurados.

Por tais razões, a distinção entre regulamentação, conformação, limites e restrições aos direitos fundamentais é de vital importância para as teorias que tratam do direito e sua restrição ou daquela que entende inexistir esses dois momentos distintos, mas apenas o direito com um determinado conteúdo. A última é identificada com a teoria interna, que não vê separação entre um direito e uma posterior restrição sobre ele, de modo que ela não discute como se dá uma restrição a um direito fundamental, mas apenas qual é o conteúdo desse direito em virtude da existência de limites imanentes²³⁹. Para a teoria externa, de outro lado, em primeiro lugar toma-se o direito em si não restringido e, posteriormente, o que resta dele após a incidência da restrição, o direito restringido ou o direito definitivo, o que se dá em dois

²³⁷ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1239/1240.

²³⁸ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos fundamentais*, pág. 94.

²³⁹ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 270. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pág. 1280. Jorge Miranda trata da limitação como limitações implícitas em virtude da necessidade de resguardar outros *interesses constitucionalmente protegidos*, embasados em princípios constitucionais, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 414.

momentos distintos²⁴⁰.

O Professor catedrático da Universidade de Kiel, Robert Alexy, parte desta última teoria ao admitir a existência de direitos fundamentais *prima facie*, os quais alcançam uma posição definitiva após a incidência da restrição, o que o faz a partir da concepção dos direitos fundamentais como princípios²⁴¹. Há ainda a teoria construída em Portugal pelo Professor Jorge Reis Novais, ao preconizar que para a restrição aos direitos fundamentais não expressamente autorizada pela Constituição existe uma reserva geral imanente de ponderação, cujo ponto de partida está na teoria externa, mas com uma aceitação de que não apenas as normas constitucionais são passíveis de propiciar o controle de constitucionalidade das restrições, além de ostentar um procedimento específico de controle da atuação restritiva estatal²⁴².

Como se pode perceber, a distinção entre as teorias sobre regulamentação, restrição ou limitação aos direitos fundamentais não é meramente acadêmica, mas tem uma finalidade importante na garantia dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Na hipótese de se adotar a teoria interna (da existência de limites imanes), não é admissível a restrição de direitos fundamentais, porque existem apenas bens constitucionalmente protegidos ou bens fora do âmbito de proteção constitucional²⁴³, o que diminui sensivelmente a possibilidade de controle da atuação do Estado já que ele ostenta uma margem maior para conformar determinado direito do que quando para restringi-lo. Já a adoção da teoria externa (e as dela decorrente) parte da existência de um direito sem limitações, *prima facie* ou o direito como um todo, e, sobre ele, o Estado efetua a restrição, de modo a se chegar à posição definitiva do direito, o que resulta em uma atuação estatal mais clara pela divisão em dois momentos, de maneira que é possível um controle mais efetivo sobre a afetação aos direitos garantidos na Constituição.

Justamente a admissão da existência do direito como um todo e sua posterior restrição que permitem o controle mais apurado pela jurisdição constitucional da posição definitiva a que se chegará depois de afetado o direito. Essa sistemática expõe o problema a ser analisado

²⁴⁰ Jorge Miranda, *idem*, pág. 416

²⁴¹ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, *cit.*, pág. 276 e segs.. No mesmo sentido, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, *cit.*, págs. 126 e segs..

²⁴² Jorge Reis Novais sustenta a possibilidade de restrição aos direitos fundamentais pela a existência de uma reserva geral imanente de ponderação. Um direito fundamental é uma posição jurídica forte, mas é necessária a sua compatibilização com outros bens, interesses ou valores igualmente dignos de proteção, sendo que as garantias proporcionadas por esses direitos são previstas condicionadas imaneamente por uma reserva geral de compatibilização com outros bens que o Estado deve prosseguir e cuja realização se encontra igualmente vinculado, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, *cit.*, pág. 254 e 569 e segs.

²⁴³ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, *cit.*, pág. 280.

na perspectiva de garantir ao máximo os direitos previstos na Constituição e de aquilatar se o ato restritivo está ou não de acordo com os parâmetros constitucionais.

Como na teoria interna se trata do próprio direito imaneamente limitado como o direito definitivo do cidadão, diminuem as possibilidades de controle na operação de conformação/limitação. O Estado acaba por ter uma maior liberdade para intervir nos direitos fundamentais dos cidadãos sob o argumento de dar forma ao próprio direito e não como uma restrição efetivamente aposta sobre ele e acaba por afastar um pouco mais eventual controle a ser exercido pela jurisdição constitucional sobre a medida.

No direito constitucional brasileiro inexistente qualquer remissão do constituinte acerca da adoção da teoria interna, pela existência de limites imanentes, ou pela teoria externa, da previsão de restrição dos direitos fundamentais. Cabe à doutrina e à jurisprudência desenvolver a sistemática a partir do modelo constitucional apresentado. Mas a adoção do segundo é o que privilegia a proteção aos direitos fundamentais por permitir um maior controle sobre a atuação do Estado, de maneira que está em consonância com a verdadeira *ratio* para a instituição de direitos de natureza reforçada, no sentido de limitar o poder estatal frente aos cidadãos.

Por isso a adoção de um suporte fático mais amplo dos direitos fundamentais com posterior incidência das restrições se mostra condizente com o Estado Democrático de Direito brasileiro, no qual a liberdade de atuação dos indivíduos deve ser respeitada na maior medida possível em virtude da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CF) e por ser um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil o de construir uma sociedade livre (art. 3º, inc. I, da CF).

Nesse modelo, portanto, a interpretação dos direitos fundamentais deve ser a que privilegie a maior liberdade dos cidadãos e, conseqüentemente, com uma maior possibilidade de fiscalização da atividade estatal em caso de atuar de forma contrária. Para o exercício da atividade fiscalizatória, coube ao Poder Judiciário o controle de constitucionalidade das leis e dos atos estatais a indicar a intenção do constituinte de ampla sindicabilidade da atuação do Estado.

Com essas premissas fixadas na retina, a conclusão a que se chega é da adoção, no constitucionalismo brasileiro, das teorias privilegiadoras do controle da atividade do Estado no âmbito da jurisdição constitucional, de modo obstar a intervenção desarrazoada no exercício dos direitos fundamentais pelos cidadãos, garantindo-lhes a maior liberdade no gozo de seus direitos. Trata-se da maneira de conferir maior efetividade aos direitos fundamentais, núcleo material de todo o ordenamento jurídico-constitucional, em consonância com as

proteções incluídas desde o texto originário da Constituição (art. 60, § 4º) e com os fundamentos (art. 1º) e objetivos (art. 3º) por ela elencados.

Desse modo, é necessário considerar que qualquer diminuição no campo do direito *prima facie* é uma restrição imposta pelo Estado e, por tal razão, pode ser submetida ao controle jurisdicional. E isso vale não só para a liberdade identificada com os direitos de primeira dimensão, mas também com os direitos sociais. A fruição desses direitos, ao fim e ao cabo, é que permite uma existência verdadeiramente livre pelos indivíduos e, dada a sua natureza fundamental, impõe a mesma exigência de exposição das restrições ao controle judicial, por afetar desfavoravelmente aquilo que à partida era garantido pelo Estado.

Importante deixar claro que nesta altura não se está a tratar da vertente positiva, de realização ou implementação dos direitos sociais pelo Estado, na medida em que nessas hipóteses não se pode falar em restrição. Antes haver conformação mínima de tais direitos, não é possível o seu exercício previsto constitucionalmente – salvo em uma invocação pela vertente defensiva – quando a falta da norma conformadora tornar impossível identificar os parâmetros mínimos do direito estabelecido.

Mas o que se busca apontar são as situações em que os direitos fundamentais sociais como um todo, já passíveis de exercício, são atingidos, de qualquer forma, por uma atuação Estatal, a diminuir o seu espectro para o beneficiário do direito. Para tanto, mostra-se imprescindível que o direito afetado tenha um conteúdo minimamente passível de obtenção a nível constitucional ou que ele já tenha sido conformado pelo legislador, como ocorre, *v.g.*, com o direito social à educação que já ostenta um conteúdo mínimo definido na altura constitucional (art. 6º e 205 e seguintes da CF), de modo que uma norma infraconstitucional que venha diminuir aquilo que o constituinte minimamente definiu será considerada uma restrição.

Diferentemente, por exemplo, quando se tratar do direito social ao lazer, previsto no art. 6º da Constituição Federal, em que não é possível identificar um conteúdo mínimo definido no nível da Constituição, para se falar em restrição a esse direito é necessário primeiro que a haja a conformação pelo legislador infraconstitucional²⁴⁴. Assim, definido o conteúdo mínimo desse direito, qualquer compressão posterior será considerada como restrição e, conseqüentemente, passível de ser submetida ao crivo judicial.

A ressalva que deve ser feita diz respeito à vertente negativa que todo direito

²⁴⁴ Essa liberdade de conformação, todavia, não é irrestrita, porquanto na definição do conteúdo mínimo do direito não pode o legislador ou o administrador realizar escolhas desarrazoadas, na medida em que há observância da razoabilidade quando se trata de concretização dos direitos sociais, conforme aponta Victor Abramovich e Cristian Curtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, pág. 96 e segs.

fundamental carrega consigo. Para exemplificar, caso seja editada uma legislação que proíba eventual festa em determinados horários ela será considerada uma restrição ao direito ao lazer e, assim, deverá ser analisada. Também é o caso da limitação do número de alunos em determinada escola, que reduz o acesso de todos os estudantes àquele educandário. Tanto numa como noutra hipótese há uma restrição ao direito social previsto na Constituição, pois a atuação estatal atingiu desfavoravelmente aquilo que *prima facie* estava a eles garantido.

Isso não significa que as medidas restritivas sejam, apenas por ostentarem essa natureza, inconstitucionais, pois há necessidade de observância aos limites aos limites, de modo a aquilatar a compatibilidade das restrições com a Constituição Federal.

Nesse cenário, considera-se restrição qualquer afetação aos direitos fundamentais que atinja negativamente os direitos dos cidadãos a partir de uma atuação estatal (seja pelo legislador, seja pela administração) ou decorrente da necessidade de compatibilização decorrente de uma colisão de direitos. Qualquer afetação desvantajosa que diminua a possibilidade de exercício de qualquer direito fundamental (de liberdade ou social) em virtude da compressão de seu conteúdo em prejuízo ao seu titular, é um ato restritivo e, assim, deve ser analisado²⁴⁵. A partir dessa postura, fica autorizada que toda a afetação negativa aos direitos sociais seja passível de controle de constitucionalidade a possibilitar o confronto dela com a norma constitucional²⁴⁶, sempre com a finalidade de manter a força normativa da Constituição e na esteira da máxima proteção aos direitos fundamentais sociais.

2. Exposto o que se considera como restrição aos direitos fundamentais, elas podem ocorrer nas seguintes situações²⁴⁷: a) quando a própria Constituição restringe os direitos (restrições constitucionais diretas)²⁴⁸; b) quando ela autoriza que o legislador faça a restrição (reserva de lei restritiva)²⁴⁹; c) quando a Constituição não prevê hipótese de restrição (restrições não expressamente autorizadas)²⁵⁰.

²⁴⁵ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink identificam como sinônimos os conceitos de ingerência, limite, limitação, restrição, afetação, redução e delimitação, as quais ocorrem quando o particular estiver impedido de ter uma conduta abrangida pelo âmbito de proteção de um direito fundamental, *Direitos fundamentais*, pág. 92.

²⁴⁶ Esse controle das medidas restritivas busca encontrar até onde pode haver uma restrição válida aos direitos sociais dentro do espaço de discricionariedade de que goza o Poder Legislativo e o Poder Executivo a partir do devido processo substantivo, Victor Abramovich e Christian Courtis, *idem*, pág. 97.

²⁴⁷ Robert Alexy, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, *cit.*, pág. 285 e segs. Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, *cit.*, pág. 155 e segs. Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade*, pág. 162.

²⁴⁸ Ex.: direito de reunião desde que seja pacífica e sem armas (art. 45º da CRP e art. 5º, XVI, da CRFB); assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas (art. 6º, XXV, da CRFB).

²⁴⁹ Ex: o livre exercício da profissão, atendidas as qualificações previstas em lei (art. 5º, XIII, da CRFB); jornada de seis horas para o trabalho realizado em turnos ininterruptos de revezamento, salvo negociação coletiva (art. 6º, XIV, da CRFB)

²⁵⁰ Ex: na hipótese de a polícia intervir em um protesto (art. 5º, XVI, da CRFB) sob a alegação de impedir a

Em relação à primeira hipótese, inexistente maior dificuldade em aceitá-la já que o próprio constituinte estabeleceu determinado direito e ao mesmo tempo a restrição, de modo que basta ser obedecido ao comando constitucional, pois ele já converte uma posição jurídica *prima facie* em um não direito definitivo²⁵¹. No tocante à segunda hipótese, de o legislador ter sido autorizado pelo constituinte a restringir o direito fundamental, não é sinônimo de total disponibilidade quanto aos direitos, na medida em que ele necessita atentar os parâmetros constitucionais na sua atuação, sob pena de inconstitucionalidade²⁵². Já na terceira possibilidade está a maior fonte de restrições aos direitos fundamentais e onde o controle é mais controverso, na medida em que são casos não autorizados/previstos na Constituição e tratam dos limites ao exercício do poder do Estado.

Mas em todas as hipóteses em que seja passível a existência de retrocesso pelo legislador, a respectiva validade constitucional caberá à justiça constitucional, pois mesmo depois de implementada eventual restrição prevista na Constituição, autorizada por ela ou na hipótese de não haver autorização, mas ela seja implementada, pode o legislador atuar para restringir ainda mais aquilo que já havia estabelecido outrora.

A possibilidade de sucessivas restrições aos direitos sociais decorre da sua natureza como cláusulas abertas, do fato de estarem atrelados às constantes alterações da realidade constitucional, aliada à impossibilidade de o Constituinte ou de o legislador regradar todas as possibilidades de colisões entre esses direitos. Como é cada vez mais frequente o alargamento da proteção constitucional sobre os direitos fundamentais, incluídos os direitos sociais,

locomoção dos indivíduos (art. 5º, XV, da CRFB). Para Jorge Miranda nenhuma restrição a direitos fundamentais pode deixar de ter assento constitucional, em suas regras e princípios; as leis restritivas devem indicar precisamente os direitos em causa; nenhuma restrição pode ser realizada a não ser por lei; a lei restritiva deve ser determinada para que seja conhecido previamente o conteúdo da restrição; essas leis devem revestir de caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo; ela também não pode diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos direitos, liberdades e garantias; devem corresponder à medida exigida para os fins, apenas para salvaguardar outros interesses constitucionalmente protegidos; e na dúvida os direitos devem prevalecer sobre as restrições, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 418 e segs. Gomes Canotilho aponta que para haver restrições aos direitos de liberdade conforme a Constituição deve haver uma verificação cumulativa de algumas condições: a) a restrição deve estar expressamente admitida no texto constitucional; b) ela deve visar a salvaguarda de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido; c) a restrição deve ser apta para o efeito e se limitar à medida do necessário para alcançar esse objetivo; d) a restrição não pode aniquilar o direito em causa atingindo o seu conteúdo essencial, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, vol. I, pág. 388. Robert Alexy, que trata da teoria dos direitos fundamentais como princípios, diferencia as normas constitucionais entre regras e princípios, sendo aquelas aplicadas da forma de tudo ou nada e estes como mandamentos de otimização, para os quais deve ser dada a maior amplitude possível até se chocarem com outros princípios, quando então será solucionado o conflito de direitos fundamentais pela regra da ponderação. O objetivo da técnica do sopesamento, segundo o autor, é definir qual interesse tem o maior peso no caso concreto, pois abstratamente ambos estão no mesmo nível, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, pág. 95, 163 e 173. Em uma concepção crítica das restrições a direitos fundamentais sob o viés de bens não articulados na Constituição, Luís Pereira Coutinho, *Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais*, págs. 557/574.

²⁵¹ Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., pág. 527.

²⁵² Nesta hipótese se trata das chamadas restrições indiretas, as reservas legais (simples ou qualificadas).

perceptível nitidamente da Constituição brasileira, em virtude do seu extenso catálogo constitucional de direitos²⁵³, é inevitável a colisão entre as normas de amparo constitucional e a necessidade de sua restrição em determinada altura.

Também é possível que a partir da constante evolução social se torne necessária a modificação dos direitos dos indivíduos, de maneira a ensejar compressões (v.g. o controle de segurança aéreo após o 11 de setembro), além das próprias modificações restritivas no texto constitucional ou na legislação conformadora dos direitos fundamentais (v.g. a instituição ou o aumento da contribuição previdenciária para a aposentadoria). Aliás, inadmitir que o Estado possa editar atos normativos restringindo os direitos fundamentais seria o mesmo que limitar a atuação estatal apenas às hipóteses expressamente autorizadas pela Constituição²⁵⁴ e uma única vez.

Por isso, essa diminuição do alcance do direito delimitado no nível constitucional, ou por um ato legislativo ou administrativo, pode se dar em razão de outro bem jurídico de valor relevante, v.g., a própria manutenção do Estado Social ou a garantia de um número maior de beneficiários, e decorre um fundamento constitucional implícito para justificar que as restrições assim sejam realizadas²⁵⁵.

A existência dessa autorização constitucional implícita de restrição aos direitos fundamentais decorre da carência de norma constitucional que estabeleça qualquer procedimento para restrição dos direitos fundamentais no direito brasileiro. É justamente a falta de previsão no texto da Constituição brasileira e da necessidade inarredável de compatibilizar os direitos fundamentais e de justificar a própria liberdade de atuação do legislador que autoriza a possibilidade de haver restrição a qualquer direito de amparo constitucional, bem como na hipótese de colisão entre eles, sem que se possa negar o respectivo controle à jurisdição constitucional (art. 5º, XXXV, da CF).

3. As hipóteses restritivas de direitos fundamentais de maior dificuldade de controle ficam mais concentradas no campo dos direitos sociais porque eles são direitos geralmente com menor densidade normativa e ligados de forma mais próxima à realidade constitucional, situações propiciadoras de um grande potencial para modificações para adaptá-los aos novos tempos.

O fato de apresentarem, de regra, menor densidade normativa, no entanto, não

²⁵³ Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., pág. 528.

²⁵⁴ Como aponta George Marmelstein, a lei é, por essência, um instrumento de limitação da liberdade e ao mesmo tempo um instrumento essencial para essa mesma liberdade, sendo que limitar direitos não é apenas plenamente possível como muitas vezes necessário, *Curso de Direitos Fundamentais*, pág. 372.

²⁵⁵ Jorge Reis Novais, *As restrições aos Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 573.

significa que eles estejam na completa esfera de disponibilidade do legislador, na medida em que sempre geram efeitos sob a perspectiva defensiva, justamente por pertencerem à casta dos direitos fundamentais. E no momento em que recebem conformação legislativa, para aqueles direitos cujo conteúdo não é extraído do texto constitucional, a proteção sobre eles é ainda mais forte, porquanto passam a dar forma à previsão constitucional, o que potencializa a sua feição como direitos de defesa.

É certo, porém, que a natureza de direito fundamental dos direitos sociais não evita que eles sejam os primeiros a serem afetados com a alternância do poder democrático e, principalmente, durante crises econômicas²⁵⁶, na medida em que são direitos que custam ao Estado. E justamente em situações de aperto financeiro surge a necessidade de uma especial atenção a esses direitos, pois é quando o legislador ou o administrador apontam suas armas para eles²⁵⁷, já que em período de expansão econômica dificilmente há uma redução dos patamares sociais já implementados²⁵⁸. Nos momentos de crise²⁵⁹ os estados buscam promover alterações sociais aos novos parâmetros, mais estreitos, de disponibilidade financeira, situação ensejadora da necessidade de ajustamentos fiscais e cortes nos gastos públicos, numa espécie de “estado de necessidade econômico-financeiro”²⁶⁰.

A chamada “jurisprudência da crise” portuguesa bem ilustra essa situação, na medida em que foram realizados sucessivos cortes dos salários dos servidores públicos, aumento de

²⁵⁶ Tiago Fidalgo de Freitas, *O princípio da proibição do retrocesso social*, pág. 785.

²⁵⁷ A crise econômica, *de per sí*, não abre às portas para qualquer atuação legislativa: a intervenção legal na restrição desses direitos depende da análise do caso concreto, da fundamentação trazida para a sua realização e do resguardo aos princípios constitucionais. Na aplicação dos princípios constitucionais quando da restrição a direitos sociais é indispensável atender à realidade constitucional que compreende todas as situações políticas, econômicas, sociais e de atuação dos poderes públicos, conforme esclarece Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *cit.*, pág. 179.

²⁵⁸ A título exemplificativo, no ano de 2013 (antes, portanto, da atual crise que o Brasil atravessa), o Supremo Tribunal Federal revisou seu entendimento sobre o critério objetivo de ¼ do salário mínimo para a concessão do benefício de prestação continuada a idosos e aos deficientes, o que o faz com base, entre outros fundamentos, na ampliação das leis que concederam benefícios assistenciais, com critérios mais elásticos. Ou seja, como os parâmetros de miserabilidade foram ampliados na avaliação do Estado brasileiro, esses mesmos critérios deveriam ser aplicados para a concessão do benefício referido, já que o Estado sinalizava para um aumento das condições de proteção dos amparados. Constou na própria ementa do julgado, cuja transcrição em parte ilustra o que ora se sustenta, no sentido de que “Verificou-se a ocorrência do processo de inconstitucionalização decorrente de notórias mudanças fáticas (políticas, econômicas e sociais) e jurídicas (sucessivas modificações legislativas dos patamares econômicos utilizados como critérios de concessão de outros benefícios assistenciais por parte do Estado brasileiro)”. É o que foi decidido na Reclamação nº 4.374, de Relatoria do Ministro Gilmar Mendes, de 18.04.2013.

²⁵⁹ É possível utilizar o fundamento da crise econômica para analisar em concreto as medidas restritivas aos direitos fundamentais adotadas pelo Estado quando se deparar com a necessidade de realizar cortes nos gastos públicos, ainda que ela não esteja inserida em qualquer autorização constitucional e sequer possa ser considerada nas hipóteses de estado de sítio e de emergência (em Portugal) ou de sítio e de defesa (no Brasil) para justificar a suspensão de direitos fundamentais, conforme aponta Jorge Miranda, *in* Parecer sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial, pág. 19. Na ADPF nº 45 o STF referiu que “a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar”.

²⁶⁰ Expressão utilizada por Jorge Miranda, *Os novos paradigmas do Estado Social*, pág. 189

carga horária laboral e aumentos de impostos com impactos evidentes nos direitos sociais dos cidadãos portugueses, situação semelhante à que o Brasil vive neste momento, assim como já se passou em outros momentos de imperiosos ajustes nos gastos públicos²⁶¹.

Esse quadro demonstra que a prática de restringir os direitos sociais em época de necessidades financeiras para o Estado é usual, independentemente de haver proteção constitucional ou não sobre eles, assim como o é cada vez que há alteração ideológica do grupo que representa os cidadãos no poder. De outra banda, o fato de serem implementados retrocessos sociais não significa que as medidas sejam imediatamente inconstitucionais²⁶², porquanto se pode admitir a compatibilidade constitucional das restrições atento à nova realidade constitucional e, especialmente, caso haja justificativa para tanto.

Como os direitos sociais estão interligados com outros que também custam ao Estado, na hipótese de não ser possível manter todos os patamares já consagrados é possível que haja diminuição dos níveis de proteção até então vigentes²⁶³. Mas a demonstração da impossibilidade de manutenção dos direitos nos parâmetros estabelecidos é ônus do Estado ao buscar intervir nos direitos sociais, pois não se pode admitir a utilização do fundamento da necessidade de diminuir os gastos públicos para atacar esses direitos quando é possível o manejo de outros instrumentos para manter a hígidez financeira estatal²⁶⁴. Também não se permite a restrição de direitos sociais pura e simplesmente sem qualquer justificativa, porquanto nessa hipótese incide a proteção como direito fundamental na sua forma mais dura, em virtude da vertente como direitos de defesa.

Ou seja, as alegações acerca das restrições financeiras do Estado podem ser levadas em conta pela jurisdição constitucional quando se trata de analisar a afetação dos direitos sociais dos cidadãos, sob pena de impor ao Estado que suporte o insuportável, já que poderia ser obrigador a manter algo que economicamente não ostenta mais condições de fazê-lo. Mas ao assim agir, impõe cuidados para não conceder-lhe uma carta branca para restringir os

²⁶¹ Veja-se a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.128-7 que tratou a contribuição previdenciária dos aposentados.

²⁶² Luís Pereira Coutinho, *Os direitos sociais e a crise: breve reflexão*, pág. 76

²⁶³ Ana Paula Barcellos menciona que a limitação de recursos existe e é uma contingência que não se pode ignorar. O intérprete deverá levá-la em conta ao afirmar que algum bem pode ser exigido judicialmente, assim como o magistrado, ao determinar seu fornecimento pelo Estado. Por outro lado, não se pode esquecer que a finalidade do Estado ao obter recursos, para, em seguida, gastá-los sob a forma de obras, prestação de serviços, ou qualquer outra política pública, é exatamente realizar os objetivos fundamentais da Constituição, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, pág. 245-246.

²⁶⁴ Flávio Galdino assevera que a alegação de que o orçamento não pode suportar determinada despesa destinada à efetivação de direitos fundamentais, tendo como parâmetro os custos como óbices, significa que o que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo direito, *O Custo dos Direitos*, pág.212.

direitos sociais, na medida em que é legítima a afetação que esteja dentro do necessário para resguardar a higidez econômica estatal, naquele momento, mediante a afetação dos direitos sociais no limite imprescindível²⁶⁵. Nada além do necessário pode justificar a vulneração desses direitos, pois situação macroeconômica não pode ditar o ritmo dos direitos assegurados pela Constituição²⁶⁶.

3.2.1.2 A reserva do financeiramente possível como limite aos direitos fundamentais

A satisfação dos direitos sociais, por implicar custos maiores ao Estado e em razão da escassez de recursos econômicos, encontra nesses uma limitação para sua realização ou manutenção²⁶⁷. A reserva do financeiramente possível constitui um limite fático ao poder do Estado de concretizar efetivamente os direitos a prestações²⁶⁸ ou mantê-los no patamar em que conformados e tem sua origem na doutrina constitucionalista alemã ao limitá-los àquilo que era razoavelmente exigível da sociedade pelo indivíduo²⁶⁹.

Na perspectiva atual, a reserva do possível pode ser utilizada para obstar e efetivação dos direitos sociais ainda que seja razoável exigir a prestação do Estado caso não existam recursos necessários para tanto²⁷⁰. A efetivação dos direitos sociais ou a continuação de sua prestação em patamares elevados está umbilicalmente ligada ao aspecto da organização econômica de determinado país e não apenas na dependência da edição das normas

²⁶⁵ Robert Alexy menciona que nem tudo aquilo que é em um determinado momento considerado direito social é exigível pelos direitos sociais mínimos e também que os necessários sopesamentos podem conduzir, em circunstâncias distintas, a direitos definitivos distintos, além do que em tempos de crise que a proteção constitucional, ainda que mínima, parece ser imprescindível, *Teoria dos direitos fundamentais*, pág. 513.

²⁶⁶ Tiago Antunes, *Reflexões Constitucionais em tempo de crise econômico-financeira*, pág. 737.

²⁶⁷ Importante fazer a ressalva de que todos os direitos custam ao Estado, como bem apontado por Cass R. Sunstein e Stephen Holmes (*The cost of rights...*, *cit.*), mas nos direitos sociais essa ligação entre direito e custo é mais acentuada porque há uma transferência direta entre o valor retirado da conta estatal e depositado na conta dos indivíduos beneficiários. Ainda assim, os referidos autores não deixam de ter razão na perspectiva por eles apresentada, o que se demonstrou no direito brasileiro ao tratar de direitos políticos (geralmente não incluídos entre aqueles que custam ao Estado) quando o Tribunal Superior Eleitoral afirmou prejuízo na realização das eleições pelo sistema eletrônico por falta de recursos, conforme notícia <http://jota.uol.com.br/presidente-do-tse-negociara-com-governo-recursos-para-urnas-eletronicas>

²⁶⁸ Tiago Fidalgo de Freitas indica que a reserva do possível é um “critério relativo aos condicionamentos que afetam a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais”, *O princípio da proibição do retrocesso*, pág. 795.

²⁶⁹ Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, *cit.*, pág. 90. Rui Medeiros menciona que a reserva do possível tem dupla função: de constituir limite absoluto e de colocar os direitos sob reserva daquilo que razoavelmente os particulares podem exigir do Estado, sob à ótica da ponderação, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais*, pág. 678.

²⁷⁰ *Idem*, pág. 91.

constitucionais relativas a esses direitos. Por isso é tratado na doutrina como o ajustamento do socialmente desejável ao economicamente possível²⁷¹.

A dependência da aplicabilidade das normas de direitos sociais está atrelada às disponibilidades financeiras do Estado em um dado momento histórico, atento ao grau de desenvolvimento da economia e a partir das prioridades eleitas pelos órgãos políticos e legislativos²⁷². A falta de recursos financeiros para atender a todas as demandas sociais – normalmente crescentes - de toda a população de um determinado Estado faz com que as decisões legislativas para conformação dos direitos sociais possam, por vezes, privar outras pessoas necessitadas, razão pela qual surge neste momento o postulado da reserva do possível para ponderar qual benefício social deve ser implementado ou deve prevalecer²⁷³. Como os direitos sociais custam caro ao Estado, mesmo em situação econômica favorável, os recursos são insuficientes para toda a demanda nesta seara e por isso é imprescindível estabelecer prioridades diante da inflação de pretensões possíveis²⁷⁴. No campo social o Estado está sempre em mora, pois sempre é possível melhorar os níveis já alcançados²⁷⁵, o que

²⁷¹ O tratamento dado à reserva do possível e a sua aceitação como limitação à efetivação dos direitos sociais não é pacífico no Brasil. Vicente de Paula Barreto diz que a reserva do possível está ancorada em três falácias políticas cridas pelo pensamento liberal: direitos sociais são direitos de segunda ordem; direitos sociais decorrem de uma economia forte, o que excluiria os países de desenvolvimento tardio e que o custo é inerente a todos os direitos, ou seja, negar a efetividade pelo argumento do custo é negar a própria essência do Estado Democrático de Direito, Vicente de Paulo Barreto, *Reflexões sobre os direitos sociais*, pág. 117/121. No mesmo sentido Paulo Caliendo, o qual menciona que não se pode negar a efetividade dos direitos fundamentais pelo argumento de que eles possuem um custo, mas é preciso delimitar quais e como os direitos fundamentais sociais podem ser mais bem implementados em uma sociedade com recursos escassos e crescentes necessidades. Afirma ainda que a ausência total de recursos necessários para o atendimento de um direito a prestações impede faticamente o cumprimento da demanda social, restando pouco a ser questionado, no entanto tal argumento deve ser comprovado, Paulo Caliendo, *Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação*, pág. 201. Regina Ferrari defende que a reserva do possível seja combatida com a utilização do princípio da proporcionalidade. Para a autora o que não é aceitável é que em nome da reserva do possível, isto é, sob o argumento da impossibilidade de realizá-la por questões financeiras, materiais ou políticas, o comando constitucional acabe destituído, completamente de eficácia. É o princípio do razoável, da proporcionalidade que deve reger a sua observância e efetividade, Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Normas Constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade*, pág. 235. Importante ainda a posição de Lobo Torres que defende que a reserva do possível não poderia impedir a realização judicial de direitos indispensáveis a assegurar um “mínimo existencial”, Ricardo Lobo Torres, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário*, volume V, pág. 407. Manoel Gonçalves Ferreira Filho lembra que os direitos sociais estão ligados a uma verdade afirmada pelos romanos (“*impossibilia nemo tenetur*”) de que ninguém será obrigado a fazer coisas impossíveis, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 279.

²⁷² Jorge Miranda, *O regime e a efetividade dos direitos sociais na Constituição de Portugal e do Brasil*, pág. 331-332. André Salgado de Matos afirma que ao nível dos direitos fundamentais, quando se estabelece o direito à moradia, por exemplo, não se confere a todo o cidadão a possibilidade de exigir do Estado a imediata satisfação do direito, mas o Estado deve orientar a sua atividade no sentido de atingir a meta de que um dia todos tenham a sua habitação, *O direito ao ensino*, pág. 410.

²⁷³ George Marmelstein, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 319. Esse autor refere ainda que a reserva do possível é aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da coletividade, *idem*, pág. 321.

²⁷⁴ Rui Medeiros, *Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais*, pág. 679.

²⁷⁵ Como exemplo pode ser trazida a discussão travada na Suíça, em 2014, num dos países com o melhor IDH do mundo, de elevar o salário mínimo para patamares que o deixaria como o mais alto do planeta, conforme noticiado no *site*: http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/05/140518_resultado_suica_ms.

incompatível com os recursos financeiros que são finitos.

Sobre a caracterização da reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Figueiredo sustentam que ela apresenta pelo menos uma dimensão tríplice, abrangendo a efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais, a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos e a titularidade relacionada com a exigibilidade²⁷⁶.

O Professor da Universidade de Lisboa, Jorge Miranda, apresenta o seguinte panorama sobre as normas de direitos sociais e as condições financeiras do Estado: a) quando as condições econômicas forem favoráveis, essas normas devem ser interpretadas e aplicadas para dela se extrair o máximo de satisfação dos direitos sociais; b) na hipótese de recessão ou crise financeira, as prestações têm de ser readequadas ao patamar possível de sustentabilidade, com eventual redução de beneficiários ou seus montantes; e c) em situações de escassez de recursos ou exceção constitucional podem provocar a suspensão de algumas normas de direitos sociais, que deverão ser restabelecidas a curto ou médio prazo²⁷⁷. E acrescenta o autor que mesmo nesses casos a dignidade da pessoa humana deve garantir um conteúdo mínimo dos direitos ou de um mínimo material de subsistência²⁷⁸.

De tal sorte, existe uma relação umbilical entre a realidade constitucional e o estágio de efetivação ou manutenção das normas custosas ao Estado, entre a capacidade deste e os direitos sociais²⁷⁹. A Constituição não pode ficar alheia aos dados históricos e econômicos concretos do seu tempo, em que pese não ser pura e simplesmente dependente deles. As normas constitucionais, e em especial os direitos fundamentais sociais, devem ser influenciados pela realidade política, social e econômica, mas com limites para essa influência, os quais decorrem do sistema de princípios fundamentais que servem para conservar o seu sentido normativo²⁸⁰.

²⁷⁶ Ingo Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo, *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*, pág. 30. Para esses autores a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo.

²⁷⁷ Jorge Miranda, *Os novos paradigmas do Estado social*, pág. 195. Leandro Zanitelli, citando Krell, refere que admitir a reserva do possível em um país pobre como o Brasil colocaria em risco a efetividade de direitos fundamentais, além de levar à relativização de direitos invioláveis, porquanto o condicionamento da realização de direitos econômicos, sociais e culturais à existência de “caixas cheias” do Estado significa reduzir a sua eficácia a zero, a subordinação aos “condicionamentos econômicos” relativiza sua universalidade, condenando-os a serem considerados “direitos de segunda categoria”, *Leandro Martins Zanitelli, Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível*, pág. 211.

²⁷⁸ Jorge Miranda, *O regime e a efetividade dos direitos sociais na Constituição de Portugal e do Brasil*, pág. 339.

²⁷⁹ Jorge Miranda, *Os novos paradigmas do Estado social*, pág. 195.

²⁸⁰ Rogério Guilherme Ehrhardt Soares, *Direito público e sociedade técnica*, pág. 31.

Ao atentar para esse contexto, de que as normas constitucionais sociais são conformadas sob uma determinada realidade, uma mutação relevante neste plano não pode ser desconsiderada²⁸¹. Eventuais restrições econômicas podem limitar a realização plena dos direitos sociais assim como podem afetar uma possível manutenção dos direitos concretizados de modo a exigir um recuo nas medidas implementadas, cuja interpretação deve ser dar a partir da colisão de bens a resolver por uma estratégia de ponderação²⁸².

Ingo Sarlet trabalha com a ideia de que há uma obrigação por parte dos agentes políticos e dos órgãos estatais de maximizarem os recursos e minimizarem o impacto da reserva do possível para remover os obstáculos que impedem a efetividade dos direitos sociais²⁸³. Por isso, a aplicação da tese da impossibilidade material deve se restringir para aquelas situações em que efetivamente existam dificuldades econômicas²⁸⁴, caso contrário a norma constitucional transformar-se-á em mera folha de papel, na expressão conhecida de Lassale²⁸⁵. Já André Salgado de Matos aduz que os direitos fundamentais que comportam dimensão programática foram constitucionalmente concebidos como direitos preceptivos sob condição suspensiva, que é a reserva do possível²⁸⁶.

Pintado todo esse cenário, a eficácia dos direitos sociais está atrelada ao princípio da reserva do economicamente possível dada às situações de escassez de recursos passíveis de serem enfrentadas pelo Estado²⁸⁷, em contraponto com a infinidade de direitos sociais aptos a

²⁸¹ João Carlos Loureiro, *Proteger é preciso, viver também: a jurisprudência constitucional portuguesa e o direito da segurança social*, pág. 281. Ingo Sarlet menciona que o Estado Social de Direito não poderá permanecer imune às transformações e desenvolvimento e que é um dilema a simultânea necessidade de proteção e, por outro lado, a adequação dos níveis de segurança sociais vigentes à realidade econômica cambiante e tendencialmente desfavorável, *Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana...*, cit., pág. 307.

²⁸² Jorge Reis Novais, *Direitos Sociais...*, cit., pág. 105.

²⁸³ Ingo Sarlet, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 575.

²⁸⁴ O Supremo Tribunal Federal decidiu no RE 436996/SP que a reserva do possível, comprovada objetivamente, obsta a exigibilidade de prestações sociais contra o Estado, considerando as limitações materiais. Na ADPF nº 45, o STF rumou no sentido de que a reserva do possível não pode ser invocada pelo Estado com a finalidade de se exonerar do cumprimento de suas obrigações constitucionais, ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível, especialmente quando essa negação puder nulificar ou aniquilar direitos fundamentais.

²⁸⁵ Ferdinand Lassale, *O que é uma Constituição Política?*, pág.56.

²⁸⁶ André Salgado de Matos, *O direito ao Ensino*, pág. 411.

²⁸⁷ Chama a atenção da manifestação da Ministra Carmem Lúcia, do Supremo Tribunal Federal, em manifestação lançada na Comissão de Veneza, em encontro da Subcomissão para a América Latina, de que “A crise econômica deve ser relevada” pelos juízes ao interpretar a aplicar a lei, porque os direitos sociais “começam a ficar em risco”, conforme noticiado no site do Supremo Tribunal Federal <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=266119&caixaBusca=N>. Critica-se essa postura porque não parece que a conclusão seja de todo verdadeira, pois mesmo durante uma crise econômica – real, e não apenas como fundamento para limitar direitos – deve ser considerada e não pode ser “relevada”, na medida em que o Estado só está obrigado a prestar aquilo que realmente pode suportar, sendo indevida a atuação judicial para impor a realização ou a manutenção dos direitos sociais já conformados caso inexista condições fáticas, materiais, para tanto. Ignorar a realidade constitucional em benefício de alguns agraciados por prestações sociais seria autorizar a derrocada do Estado como um todo, o que impõe à Jurisdição Constitucional que não desconsidere o momento econômico quando da aplicação e interpretação da lei.

serem efetivados em favor dos indivíduos, especialmente em uma Constituição como a brasileira, corriqueiramente ampliativa na já extensa área dos direitos sociais. Essa reserva, no entanto, não pode ser utilizada como subterfúgio para a não realização desses direitos quando possível, porquanto deve ser conjugada com a ideia de otimização dos recursos mediante o emprego do máximo possível para promover a eficácia desses direitos, em virtude de a condicionante financeira autorizar a conclusão de que não é possível conceder aquilo que não se tem²⁸⁸.

Na Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45, o Supremo Tribunal Federal foi instado a tratar da efetividade dos direitos sociais e as limitações financeiras do Estado, bem como a separação dos poderes. No que diz respeito à perspectiva que ora se analisa, a decisão assentou que para a concretização desses direitos há a dependência, em grande medida, da observância às possibilidades orçamentárias do Estado, sendo que, comprovada objetivamente a incapacidade econômico-financeira do ente estatal, não é possível razoavelmente exigir a efetivação do comando constitucional diante da limitação material existente. Houve uma ressalva, no entanto, de que o Estado não pode valer desse argumento mediante uma “indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa” de forma a obstar artificialmente a implementação e a preservação dos direitos sociais em favor dos cidadãos, de condições existenciais mínimas. Quanto se estiver diante dos direitos ligados ao mínimo existencial, o orçamento Estatal deve tê-los como “alvos prioritários” e acima disto é que será possível a discussão acerca dos recursos financeiros e da realização das políticas públicas.

Dessa forma, o STF estabeleceu que em se tratando do mínimo necessário para uma existência condigna o Estado está obrigado a assegurar a implementação ou a respectiva manutenção sem que seja possível invocar a dificuldades financeiras.

A perspectiva, portanto, de influência da reserva do possível no âmbito dos direitos que custam ao Estado não há como deixar de ser considerada, tanto na sua efetivação quanto na sua restrição. De tal sorte, a justiça constitucional deve levar em consideração as necessidades econômicas do Estado ao avaliar a compatibilidade constitucional de eventuais medidas restritivas que afetem desvantajosamente os direitos sociais dos indivíduos.

²⁸⁸ Gilmar Mendes, *Hermenêutica...*, cit., pág. 146.

3.2.2 O controle da constitucionalidade das restrições aos direitos sociais

Admitida a possibilidade de restrição aos direitos sociais, chega-se ao momento em que se busca definir qual é a compressão que eles podem sofrer, até onde podem ir as restrições sem que sejam tidas como inconstitucionais e como deve ser realizado o controle das afetações levadas a efeito. Para Vieira de Andrade, ainda que existam valores impeditivos da atuação do legislador, não basta apenas a existência deles, pois é necessário também um processo para a restrição apto a permitir o controle sobre a atuação restritiva mediante a análise de seus motivos e fundamentos²⁸⁹.

Como já apontado ao longo deste trabalho, os direitos sociais não estão protegidos pela construção do princípio da proibição do retrocesso, pois nem sempre ele é utilizado para evitar a afetação a esses direitos e, quando utilizado, via de regra, o é para se sustentar a inexistência de retrocessão (conforme análise jurisprudencial realizada), o que demonstra a pouca – a nosso ver, nenhuma – normatividade que esse princípio ostenta.

Ao fixar a retina nessas premissas, apenas uma construção dogmaticamente adequada, exigível sempre que se tratar de afetação de direitos sociais é capaz de conferir a eles uma proteção reforçada, assim como há quando se trata de atingir os direitos de liberdade. E num último momento, os chamados “limites aos limites” dos direitos sociais serão a barreira intransponível quando houver a afetação desses direitos dos cidadãos.

Convém lembrar que no direito alemão essa fórmula de aplicação do controle das restrições aos direitos fundamentais aos direitos sociais não era possível simplesmente porque esses direitos não estavam incluídos no âmbito constitucional fundamental. Então, pelo fato de os direitos sociais não estarem positivados na norma fundamental alemã e por não haver uma proteção expressa a eles, mas apenas da cláusula do Estado Social, sentiu-se a necessidade de se valer de uma construção acerca da proibição do retrocesso social em virtude da intervenção do legislador.

Diferentemente é a situação brasileira de uma expressa regulamentação constitucional acerca dos direitos sociais, com a sua inclusão, sem dúvida alguma, na categoria de direitos fundamentais, bem como pela inexistência de qualquer distinção constitucional acerca da sua aplicabilidade. Como consequência, a técnica para avaliar as restrições aos direitos sociais não encontra motivos para ser distinta daquela realizada na hipótese de um direito de liberdade,

²⁸⁹ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 286.

cuja sistemática será explicada adiante.

3.2.2.1 A verificação da existência de um direito social a ser protegido

O primeiro passo quando se busca avaliar a afetação aos direitos sociais é constatação de que há um direito social a ser protegido (seja por já estar conformado e está-se diante uma restrição sobre ele²⁹⁰, seja porque, mesmo sem conformação infraconstitucional, a situação concreta está a afetar um determinado direito social²⁹¹). Dessa forma, excluem-se aquelas hipóteses de conformação inicial do direito, quando do texto constitucional ainda não resultam seus contornos mínimos e o legislador está a atuar especificamente nesta seara, possibilitando o exercício do direito pelos cidadãos impossível de ser exercido sem a intermediação legislativa. Trata-se de delimitar o âmbito de proteção, o bem juridicamente protegido, o objeto tutelado²⁹².

Nesse ponto, conforme as questões que já foram expostas até esta altura, vê-se que o âmbito protetivo do direito pode estar previsto diretamente na Constituição Federal brasileira ou através das normas conformadoras dos direitos nela previstos. Aqueles preceitos constitucionais suficientemente precisos para a configuração do direito social servem para dar-lhes os contornos mínimos, sobre os quais será considerada restrição qualquer medida que venha a atingi-los.

É possível tomar como exemplos mais eloquentes de conformação de direito social a nível constitucional brasileiro o art. 208, § 1º, o qual assevera que o “acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, sendo que por ensino obrigatório o inciso I, desse mesmo dispositivo prevê a “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 18 (dezesete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que ela não tiveram acesso na idade própria”. Isso significa que o constituinte elegeu como direito público subjetivo o estudo daquelas crianças e adolescentes com idade entre 4 a 17 anos, com todas as garantias que um direito público carrega. Também na área da educação, é evidente a configuração do direito social pela Constituição do ensino dos indígenas para serem educados

²⁹⁰ Ex.: a legislação garante o período de seguro-desemprego por um determinado período e a nova legislação reduz o tempo ou o valor desse benefício.

²⁹¹ Ex.: edita-se um ato legislativo que proíba a realização de determinados espetáculos teatrais, o que atenta ao direito constitucional ao lazer (art. 6º, *caput*, da CF).

²⁹² Ingo Sarlet, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, *cit.*, pág. 523.

em sua língua materna (art. 210, §2º, da CF), além da própria obrigação constitucional de a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios aplicarem percentuais mínimos de suas receitas na área educacional (art. 212, *caput*).

Outras hipóteses de direitos sociais conformados diretamente pelo constituinte podem ser citadas como a gratuidade da celebração do casamento civil (art. 226, §1º, da CF); a garantia de gratuidade dos transportes em coletivos urbanos às pessoas maiores de setenta e cinco anos de idade (art. 230, §2º, da CF); o recebimento de pensão mensal vitalícia dois salários-mínimos pelos seringueiros, quando carentes (art. 54, *caput*, do ADCT); e a aplicação mínima de recursos destinados à saúde pelos entes federados (art. 77, do ADCT).

De outra forma, o âmbito de proteção dos direitos sociais pode ser proveniente da conformação e concretização legislativa do direito social previsto na Constituição, conforme exigem vários direitos sociais previstos nos arts. 6º a 11 da Constituição Federal. Mesmo nessa hipótese, esses direitos devidamente conformados passam a ter proteção especial contra a atuação do legislador, especialmente naqueles casos em que o constituinte estava obrigado na legislar para assegurar os preceitos determinados pelo Estado (v.g. alguns aspectos do direito à saúde; a assistência social; a proteção à maternidade; etc.).

Isso porque mediante a concretização dos direitos sociais eles geram determinados benefícios aos cidadãos, cuja limitação afeta o direito como um todo²⁹³ antes assegurado e por ele usufruído.

Aliado a isso, importante mencionar a observação feita por Jorge Reis Novais de que os direitos sociais ostentam uma dimensão negativa, apta a impedir a afetação pelo Estado independentemente da reserva do financeiramente possível e utilizável a partir do plano constitucional: quando os direitos sociais são obtidos pelos particulares mediante meios próprios. Nesse caso, o titular do direito que independe do Estado para sua obtenção tem a seu favor a proteção para que o ente estatal não afete desvantajosamente o seu direito e a impossibilidade de acesso a tais bens, v.g., à saúde, à educação, ao transporte, à moradia, etc.²⁹⁴.

De tal sorte, no momento em que há a atuação pelo Estado de modo desfavorável ao titular de um direito social com uma afetação do seu âmbito de proteção, justifica-se o controle sobre essa medida, exatamente como ocorre na seara dos direitos de liberdade.

²⁹³ Jorge Reis Novais aponta que “os chamados direitos a prestações derivados de criação legal são direitos fundamentais ou, mais rigorosamente, são faculdades, pretensões ou direitos particulares integráveis no direito fundamental *como um todo*, ou seja, o direito fundamental que tem como referência normativa a disposição constitucional consagradora do direito social.”, *Direitos Sociais...*, *cit.*, pág. 154.

²⁹⁴ Jorge Reis Novais, *idem*, pág. 290.

3.2.2.2 A verificação da existência de uma restrição sobre o direito social

1. Num próximo passo, depois de identificado o âmbito de proteção do direito social, busca-se aquilatar se há uma restrição a esse direito e se ela foi determinada pela Constituição, se possui autorização constitucional (reserva legal²⁹⁵) ou se não possui autorização constitucional expressa²⁹⁶.

Caso a restrição tenha sido realizada pela própria Constituição em caráter absoluto, não há espaço para discussão sobre a limitação levada a efeito, como se observa do art. 7º, XXV, da CF, ao estipular a “assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas”. Nessa hipótese, o constituinte limitou a possibilidade de assistência gratuita aos filhos e dependentes até determinada idade, de maneira que a restrição a esse direito decorre da própria Constituição.

Na hipótese de o constituinte ter autorizado a restrição, passa-se a analisá-la de modo a perceber se ela pode ou não prevalecer no caso concreto. Como exemplo de restrição autorizada pelo constituinte, há a redutibilidade do salário dos trabalhadores privados mediante convenção ou acordo coletivo, conforme preceitua o art. 7º, VI, da CF, que garante a “irredutibilidade do salário, salvo o disposto em convenção ou acordo coletivo”.

2. Caso não haja autorização constitucional expressa para a restrição ao direito social, é necessário avaliar se a medida não é, à primeira vista, manifestamente indevida²⁹⁷ e então se analisa a prevalência do direito ou da restrição em relação aos bens jurídicos afetados.

A constatação de que uma medida é manifestamente indevida deve estar ligada a uma

²⁹⁵ Ingo Sarlet refere que as reservas legais não configuram limitações aos direitos fundamentais “na acepção mais rigorosa do termo”, pois seriam autorizações constitucionais para que haja a possibilidade de o legislador “restringir direitos fundamentais”, mas mais adiante menciona que o “regime jurídico-constitucional das reservas legais está sujeito a rigoroso controle”, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, cit., pág. 526/527. Não concordamos com a posição do autor quanto à primeira conclusão, especialmente porque ela parece contraditória com a segunda. Por isso, preferimos expor o conflito tanto em uma hipótese (restrição não autorizada) quando em outra (restrição autorizada), pois ambas ceifam o titular de um direito fundamental de seu exercício ou de parte dele e, por essa razão, devem ser vistas como verdadeiras limitações. Até porque, caso não se entenda assim, no exercício da reserva legal o legislador poderá restringir os direitos fundamentais sem que haja um controle pela jurisdição constitucional (salvo em situações extremas), já que estará no seu campo de atuação com disponibilidade quanto à restrição ao direito. De tal sorte, entender que ambas são restrições aos direitos fundamentais propicia maior proteção a eles porque é passível submetê-las ao crivo judicial quanto à sua constitucionalidade, ainda que seja clara a existência de uma maior liberdade do legislador para restringir determinado direito quando expressamente autorizado pelo constituinte.

²⁹⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 1276/1277.

²⁹⁷ Jorge Reis Novais preconiza haver uma reserva geral imanente de ponderação, o que autoriza excluir determinadas situações que não estariam incluídas na proteção estatal, diferentemente do que indica a teoria dos princípios de Robert Alexy, pois para este autor, *prima facie*, tudo estaria incluído no âmbito de proteção de um direito fundamental.

situação de ilicitude na conduta que se busca proteger em nome do direito social. Isso significa que pode haver um direito social protegido, salvo se configurar uma atuação ilícita ou a busca de afastar uma restrição sob a invocação de uma ilicitude. Uma ação contrária ao direito não pode prevalecer no processo de controle das restrições, pois à partida excluída do ordenamento jurídica como um todo, dado que não cabe ao Estado chancelar atividades contrárias ao Direito. Ou seja, se há uma norma prevendo determinada atividade como ilícita, não se pode outra autorizar que ela seja considerada como legitimadora de restrição aos direitos sociais ou de afastamento da restrição em nome do ato ilícito.

O controle de constitucionalidade sobre uma justificativa de atuação ilícita para afastar a restrição a um direito social foi exposta no julgamento da ADI nº 2.213. Na hipótese, ainda tenha sido afastado o “princípio da proibição do retrocesso” ao caso, o que é importante, nesta altura, é a justificação apresentada pela Suprema Corte brasileira de que não se poderia chancelar o esbulho possessório, cuja prática é ilícita no direito brasileiro, para afastar uma suposta restrição a um direito social realizada pelo Estado e chancelar a atividade ilegal como expressão dos direitos assegurados pela Constituição.

São valiosas as lições do argentino Eugênio Raúl Zaffaroni²⁹⁸, extraídas do ensino de direito penal quando da análise da tipicidade, mas cujo raciocínio pode ser transposto na interpretação das medidas manifestamente indevidas (ilícitas). O autor sustenta que para se constatar se um fato é materialmente típico (se pode ser considerado como crime dentro do seu conceito analítico), deve haver a verificação se está presente a tipicidade conglobante, no sentido de que a conduta criminosa deve ser proibida pelo ordenamento jurídico como um todo e não apenas na esfera penal. Caso uma conduta seja permitida ou tolerada pelo Estado em outro ramo do direito, não poderia ser considerada crime para fins penais porque o ordenamento jurídico na sua totalidade a chancela. Trata-se de avaliar se num contexto jurídico global a medida é ilícita, para, então, poder dizer que a conduta pode ser considerada criminosa para fins penais.

Essa noção, *mutatis mutandis*, pode ser transposta para o cenário que ora se coloca. Caso uma medida seja considerada ilegal por qualquer ramo do direito, ela não poderá ser considerada como lícita para fins de justificar ou obstar o controle sobre uma restrição aos direitos sociais, na medida em que não é admitida ou tolerada pelo Estado. Essa verificação do direito conglobado para fins de excluir uma atuação manifestamente indevida é útil para excluir condutas que poderiam ter que passar por todo o processo de controle de

²⁹⁸ Eugenio Raúl Zaffaroni e José Henrique Pierangeli, *Manual de Direito Penal Brasileiro, vol. 1*, 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006, pág. 472.

constitucionalidade, mesmo sendo evidentemente desarrazoada por contrariar o direito como um todo.

Com isso, os exemplos utilizados por Christian Starck para tecer críticas à teoria de Robert Alexy, ao sustentar que qualquer direito *prima facie* deve ser considerado como admitido pelo ordenamento jurídico até haver a incidência da restrição e, por isso, existiria a possibilidade de um indivíduo ter direito *prima facie* ao furto, ao homicídio e à receptação²⁹⁹ ficaria excluído já no primeiro momento da técnica de controle das restrições, porquanto se trata de uma conduta penalmente ilícita, não admitida ou tolerada pelo ordenamento jurídico como um todo, de modo que numa perspectiva conglobada estaria afastada como atuação possível de ser protegida ou em nome dela não se poderia valer para afastar uma restrição levada a efeito pelo Estado³⁰⁰.

3. Ainda na avaliação das restrições não autorizadas expressamente pela Constituição, a justificação para sua incidência sobre os direitos sociais é de grande relevância para o controle da atuação estatal³⁰¹. Em que pese não seja da tradição brasileira uma dedicação sobre a exigência de justificação das afetações aos direitos fundamentais³⁰², ela é imprescindível para que se possa levar a cabo a verificação da compatibilidade constitucional das medidas afetadoras dos indivíduos, especialmente para aquilatar a real intenção do legislador ou do administrador ao comprimir eventual direito e, dessa forma, ponderar acerca da restrição realizada sem autorização expressa para tanto³⁰³.

A comprovação da importância da intervenção nos direitos fundamentais mediante uma restrição levada a efeito pelo Estado somente pode ser aquilatada pela justiça constitucional caso esteja acompanhada de uma justificação. A mera edição de restrições aos

²⁹⁹ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, cit., pág. 329.

³⁰⁰ Em sentido próximo, Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais...*, cit., pág. 101, ao sustentar que deve ser excluída, à partida, como exercício do direito fundamental aquilo que é considerado como ilícito penal, em sentido material e também aquilo que fora consensual e indiscutivelmente rejeitado por inadmissível numa sociedade democrática, de modo que apresenta uma concepção restritiva mitigada em relação à delimitação do conteúdo protegido dos direitos fundamentais.

³⁰¹ Jorge Reis Novais leciona que ao avaliar a justificação dada pelo Estado para afetar os direitos fundamentais ela deve ser suficientemente forte para fazer ceder o direito fundamental em causa, caso contrário será invalidada pela jurisdição constitucional, *Direitos fundamentais...*, cit., pág. 103.

³⁰² Mesmo com a exigência do art. 6º, da Lei 9.868/99 (que trata do procedimento para a Ação Declaratória de Inconstitucionalidade ou da Ação Declaratória de Constitucionalidade), e do art. 5º, § 2º, da Lei nº 9.882/99 (que trata da Ação de Descumprimento de Preceito Fundamental) sobre a necessidade de o relator pedir informações aos órgãos ou às autoridades das quais emanou o ato impugnado, nas decisões proferidas pela Corte Suprema não se vê uma atenção à justificação dada para afetação aos direitos sociais, conforme se constata dos julgados analisados neste trabalho.

³⁰³ Veja-se a chamada “jurisprudência da crise” portuguesa acima analisada, na qual o Tribunal Constitucional sempre levou em consideração as razões apresentadas para a adoção das medidas estatais que afetaram os cidadãos portugueses, colocando-as no processo de ponderação para aquilatar a compatibilidade constitucional das medidas questionadas.

direitos sociais, ou mesmo na esfera de conformação ou revisibilidade das leis, quando desacompanhada de uma justificativa forte, pode conduzir à invalidação do ato com o argumento da inconstitucionalidade.

Dada a importância da justificação das restrições aos direitos sociais, Abramovich preconiza a inversão da carga probatória quando há retrocesso desses direitos, de maneira que o Estado, ao retroagir, gera uma presunção de inconstitucionalidade que só será afastada caso exista uma justificativa razoável para a legislação proposta³⁰⁴. Embora não tenhamos avaliado integralmente essa afirmação, a falta de justificação para as restrições aos direitos fundamentais deve ser levada em consideração no processo de ponderação pela jurisdição constitucional como indiciária da inconstitucionalidade, pois pesa sobre o Estado um dever de realização progressiva dos direitos sociais nos limites de suas condições econômicas.

O peso da carência de razões estatais pode variar conforme o direito atingido e a intensidade da afetação, porquanto no processo de controle de constitucionalidade a motivação do Estado para atingir os direitos sociais é de grande relevância para deixar clara a real necessidade de dar um passo atrás, sob pena de a medida ser invalidada caso não seja vislumbrada a finalidade da restrição³⁰⁵.

Na avaliação das causas apresentadas, portanto, a verificação da constitucionalidade está atrelada à ponderação de bens considerados para editar a restrição em detrimento daqueles bens afetados por elas. Nesses termos, leciona Canotilho, para quem é indispensável a “justificação e motivação da regra de prevalência parcial assente na ponderação”, de acordo com os princípios constitucionais, sobretudo da igualdade, da justiça e da segurança jurídica³⁰⁶.

É verdade que por se tratar de direitos sociais, a margem de atuação do legislador é, no mais das vezes, mais ampla, justamente pela necessidade de valoração da reserva orçamentária e das diversas opções políticas existentes para a conformação desses direitos,

³⁰⁴ Abramovich e outro, *Los derechos sociales...*, cit., págs. 102. Os autores sustentam caber ao Estado demonstrar a estrita necessidade da medida retrocessiva através da (a) existência de um interesse estatal permitido; b) do caráter imperioso da medida; c) e da inexistência de outras ações menos restritivas dos direitos em questão. E acrescentam que a justificativa do Estado no retrocesso de direitos sociais deve demonstrar que a legislação em que pese implicar retrocesso em um direito implica um avanço na totalidade dos direitos previstos, bem como devem ter sido empregados todos os recursos que dispõe e ainda assim necessita proteger aos demais direitos, *Los derechos...*, cit., págs. 109/110. Essa é a interpretação dada por Alessandra Giotti como uma das consequências advindas do retrocesso social, *Direitos sociais*, cit., pág. 150. A inversão da carga probatória também é compartilhada por Flávia Piovesan, *Dignidade humana...*, cit., pág. 406.

³⁰⁵ Vieira de Andrade, ao discutir sobre a garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas dos direitos sociais, assevera que em um “grau intermédio” ela produzirá efeitos sobre a necessidade de fundamentação dos atos legislativos retrocessivos “num valor constitucional que no caso se revela mais forte”, diminuindo a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio legislativo, *Os direitos fundamentais...*, cit., pág. 378.

³⁰⁶ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 1240.

bem como para sua restrição. Mas isso não torna menos importante a justificativa a ser apresentada quando da afetação desfavorável pelo Estado. Impõe apenas que os motivos do legislador ou do administrador sejam considerados no processo de controle das restrições³⁰⁷, isso sem descurar a necessidade de máxima efetividade dos direitos sociais, pela observância dos bens jurídicos tutelados pela ordem constitucional.

As razões apresentadas ainda propiciam, na interpretação das restrições, visualizar a maximização ou a otimização da eficácia dos direitos fundamentais, mas não só em relação aos afetados pelas medidas, mas no tocante a totalidade daqueles bens que se pretende salvaguardar com a adoção delas. Ao se permitir que a jurisdição constitucional tenha a visão do todo, da realidade constitucional que a cerca, o intérprete não será seduzido para privilegiar uma só das dimensões dos direitos fundamentais, qualquer que ela seja³⁰⁸.

Nessa linha segue o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, no Comentário Geral nº 3, parágrafo 9, ao estabelecer a necessidade de que as medidas deliberadamente regressivas devam ser plenamente justificadas em relação à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do máximo de recursos disponíveis³⁰⁹.

Aliado a isso, as justificações levadas a efeito sobre os direitos sociais são necessárias porque, conforme aponta Konrad Hesse, as limitações devem ser adequadas à obtenção do objetivo perseguido³¹⁰, o que somente é passível de constatação pela jurisdição constitucional caso tenha havido a exposição da real justificativa motivadora da atividade estatal contrária aos níveis dos direitos já estabelecidos.

3.2.2.3 A verificação da existência de limites à restrição ao direito social (“limites aos limites”)

Realizados os passos anteriores, constatado que se está diante de um direito social protegido, que houve uma restrição a ele e se há ou não autorização constitucional expressa, passa-se à fase de verificação do controle de constitucionalidade da medida restritiva. Nesta

³⁰⁷ O Estado deve demonstrar que a restrição pretendida é menos lesiva do que outras e comprovar ser fundamental a sua incidência para a proteção dos direitos sociais amplamente considerados, isso sem falar na necessidade de demonstrar a utilização do máximo dos recursos disponíveis para conter a necessidade de retroceder na implementação das medidas, conforme refere Alessandra Gotti, *Direitos sociais*, cit., pág. 156.

³⁰⁸ Juarez de Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, cit., págs. 207/208.

³⁰⁹ No mesmo sentido seguem os Comentários Gerais nº 13 (direito à educação), o nº 14 (direito à saúde), nº 15 (direito à água) e o nº 17 (direito ao trabalho), todos do Comitê.

³¹⁰ Konrad Hesse, *Temas fundamentais do Direito Constitucional*, pág. 52.

parte, tem-se como parâmetro de controle os chamados *limites aos limites* dos direitos fundamentais, analisados numa perspectiva de ponderação entre os bens jurídicos tutelados e a justificação utilizada para afetar o direito social protegido.

Aqui se encontra o momento mais sensível para a atuação da jurisdição constitucional, na medida em que a ponderação exige o manejo de critérios interpretativos³¹¹ que por vezes podem ser confundidos com uma intromissão indevida na atividade do legislador. A objeção, no entanto, pode ser superada caso as premissas utilizadas no ato de ponderar estejam corretas e devidamente justificadas, de maneira que a atuação judicial estará adequada ao seu mister constitucional, diante do seu caráter nitidamente contramajoritário.

A possibilidade de restrição aos direitos sociais é evidente e muitas vezes necessária. Mas elas não podem ser realizadas de qualquer maneira, baseadas apenas na vontade do legislador. A atividade limitativa desses direitos pelo Estado exige a observância de certos limites, os quais, se violados, ensejam a declaração de inconstitucionalidade da medida, com o seu conseqüente afastamento do ordenamento jurídico por não guardar compatibilidade com a Constituição.

Nesse processo, a admissibilidade da restrição passa por analisar se ela é adequada e justificada para proteger ou promover um bem constitucionalmente valioso, bem como se se mostra proporcional a essa necessidade. Trata-se de avaliar na hipótese concreta o conteúdo do direito protegido constitucionalmente, onde inicia a sua restrição e até onde ela pode chegar. O seu início já foi apontado, tendo como marco sempre que um determinado cidadão está a usufruir determinado direito social e se vê, por uma atuação do Estado, com algum tipo de afetação desvantajosa sobre ele. Já o ponto final da compressão aos direitos fundamentais sociais é apresentado pela teoria dos “limites aos limites”, sendo que a ponderação é utilizada para aquilatar a compatibilidade constitucional da restrição desde o seu marco inicial até o seu último limite, especialmente com a dignidade da pessoa humana, o núcleo essencial do direito, a igualdade, a confiança e com os limites materiais de revisão constitucional.

É importante deixar claro que a Constituição brasileira não traz uma previsão constitucional geral e expressa sobre a necessidade de serem observados os limites aos limites dos direitos fundamentais, diferentemente do tratamento dado pela Lei Fundamental de Bonn de 1949 e da Constituição Portuguesa de 1976. Alguns direitos, todavia, carregam consigo

³¹¹ Friederich Müller distingue texto de norma jurídica e aponta que para se chegar ao alcance desta é necessário utilizar critérios interpretativos de modo a obter o real alcance da norma, na medida em que mesmo uma regra clara em um contexto pode não sê-la em outro, *Teoria Moderna e interpretação dos direitos fundamentais*, págs. 315/327. Por essa razão, Cristina Queiroz conclui que a norma não é o ponto de partida da interpretação, mas o seu resultado, *A interpretação jurídica*, pág. 270.

limites aos limites³¹², v.g., a inviolabilidade da residência (art. 5º, XI, da CF), de correspondência (art. 5º, XII, da CF), na busca de proteger especialmente determinada parcela intangível do direito ou de apenas admitir a afetação mediante um procedimento específico.

Ainda assim, tanto a doutrina quanto à jurisprudência admitem a existência de limites aos limites que sempre devem ser observados quando se trata de restrição aos direitos fundamentais³¹³, de modo que esse mesmo anteparo às restrições deve ser utilizado para a proteção dos direitos sociais.

A incompatibilidade das restrições com a Constituição pode ser dar sob o viés formal ou material³¹⁴. O primeiro diz respeito à competência, ao procedimento e à forma adotada pelo Estado para restringir determinado direito social. O segundo está ligado com a observância da matéria, do conteúdo, do direito afetado e com a própria restrição, na perspectiva de ela ter respeitado os parâmetros constitucionais.

Nesse aspecto, serão elencados os principais limites aos limites à atuação do Estado, sem se ter a pretensão de trabalhar exaustivamente em cada um deles porque foge aos limites e ao foco deste trabalho, mas com a finalidade de indicar a perspectiva de análise das questões pela justiça constitucional.

3.2.2.3.1 O princípio da proporcionalidade

Um Estado que contenha em seu bojo uma gama muito grande de direitos fundamentais (com vários direitos de liberdade, sociais e políticos), criados como uma forma de proteção do indivíduo contra as intervenções negativas pela atuação estatal, exige a criação de mecanismos que permitam não só o controle da intervenção, mas que sejam capazes de priorizar a menor interferência possível em qualquer desses direitos, muitas vezes em rota de colisão, ou quando for necessário salvaguardar outros valores dignos de tutela jurídica na medida estrita da necessidade.

O instrumento reitor desse controle é o princípio da proporcionalidade³¹⁵, pois o seu

³¹² Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos fundamentais*, pág. 105.

³¹³ Ingo Sarlet, *A eficácia... cit.*, pág. 530. Jorge Reis Novais, *As restrições...*, *cit.*, págs. 727 e segs. Robert Alexy, *Teoria dos Direitos fundamentais...*, *cit.*, págs. 295/300, 341 e segs. Gomes Canotillho, *Direito constitucional...*, *cit.*, págs. 1293 e segs. Humberto Ávila, *Teoria dos Princípios...*, *cit.*, págs. 142 e segs. Jorge Miranda, *Manual...*, *cit.*, tomo IV, págs. 257 e segs. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *cit.*, págs. 263 e segs.

³¹⁴ Ingo Sarlet, *A eficácia... cit.*, pág. 530.

³¹⁵ Jorge Reis Novais leciona que esse princípio possibilita o controle da atuação restritiva da liberdade individual como principal instrumento e como chave sem a qual não seria possível “decifrar os complexos problemas que aí vem sendo suscitados”, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, *cit.*, pág. 161. Quanto às objeções à tese da ponderação, Guilherme Soares, *Restrições aos direitos fundamentais: a ponderação é*

manejo tem o condão de levar em consideração abertamente todas as questões necessárias para solver as alegações de constitucionalidade de uma atuação do Estado sobre os direitos fundamentais, por vezes conjugado com outros princípios estruturantes do Estado de Direito, no intuito de cancelar ou não as medidas adotadas no exercício da atividade estatal.

Antes de adentrar especificamente no desenvolvimento sobre a proporcionalidade como limites às restrições aos direitos sociais, é importante deixar claro haver grande controvérsia acerca da terminologia desse princípio, juntamente com os institutos da razoabilidade, da proibição do excesso e da ponderação³¹⁶, assim como sobre a sua configuração e sobre a maneira de utilizá-los.

Na matriz alemã, o princípio da proporcionalidade³¹⁷ é composto dos subprincípios da

indispensável?, págs. 341/351.

³¹⁶ Para um estudo específico sobre o tema, José Roberto Pimenta de Oliveira, *Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro*, págs. 39 e segs, para quem há fungibilidade entre proporcionalidade e razoabilidade. Humberto Ávila distingue proporcionalidade de justa proporção, da ponderação de bens, da concordância prática, da proibição do excesso e da razoabilidade. Assevera o autor que a proporcionalidade está ligada com a adequação, necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito de uma medida havida como meio para atingir um fim empiricamente controlável. Justa proporção exige uma realização proporcional de bens que se entrelaçam numa dada relação jurídica, independentemente da existência de uma restrição decorrente de medida adotada para atingir um fim externo. Ponderação de bens trata da atribuição de uma dimensão de importância a valores que se imbricam, sem que contenha qualquer determinação quanto ao modo como deve ser feita essa ponderação. A concordância prática revela a realização máxima de valores que se imbricam, também sem qualquer referência ao modo de implementação dessa otimização. A proibição do excesso está atrelada à vedação de restrição da eficácia mínima dos princípios, mesmo na ausência de um fim externo a ser atingido. A razoabilidade, por sua vez, exige a consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos pelo ato de aplicação concreta do Direito, sem qualquer menção a uma proporção entre meios e fins, *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 9ª edição, Editora Malheiros, 2008, págs. 164/165. Canotilho invoca a necessidade de se distinguir harmonização de princípios e ponderação de princípios: ponderar significa sopesar a fim de decidir qual dos princípios tem maior peso ou valor dentre os princípios em conflito em determinado caso concreto; harmonizar busca transacionar entre princípios conflituosos em determinado caso de maneira a assegurar a sua aplicação coexistente, *Direito Constitucional...*, *cit.*, pág. 1241. O mesmo autor menciona que o princípio da proporcionalidade em sentido amplo é conhecido também como princípio da proibição do excesso, *idem, cit.*, pág. 267. Jorge Reis Novais leciona que há uma terminologia oscilante quanto à proibição do excesso, identificada principalmente como proporcionalidade, pois “quando muito, a proibição do excesso surge identificada como o princípio da proporcionalidade em sentido lato”. Prefere a utilização daquela expressão ao invés de proporcionalidade, de modo a tornar o princípio mais abrangente para se integrar diferentes elementos constitutivos, dentre os quais o da proporcionalidade, *As restrições...*, *cit.*, págs. 729 e segs. No mesmo sentido, Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia...*, *cit.*, págs. 248/249. Robert Alexy adota a ideia da “máxima da proporcionalidade”, composta das “três máximas parciais” da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito, *Teoria dos direitos fundamentais...*, *cit.*, págs. 116 e segs.. O mesmo autor, *Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, *cit.*, págs. 819/825. No mesmo sentido seguem Miranda, *Manual...*, *vol. IV, cit.*, pág., 308, Toledo de Barros, *O princípio da proporcionalidade...*, *cit.*, págs. 37 e segs., e Sarlet, *A eficácia...*, *cit.*, págs. 530 e segs.. Este autor aponta inclusive que a razoabilidade é muitas vezes identificada com a proporcionalidade em sentido estrito (a terceira máxima da proporcionalidade em sentido lato), ao passo que a ponderação é considerada como coincidente com o raciocínio da razoabilidade, sendo o ponto de contato mais importante entre razoabilidade e proporcionalidade, *A eficácia...*, *cit.*, pág. 535. Celso Antônio Bandeira de Melo preconiza que há diferenciação entre o princípio da razoabilidade e o da proporcionalidade, sendo este “uma faceta” daquele, *Curso de Direito Administrativo*, pág. 111. Para o tratamento conferido por outros autores, Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, *cit.*, págs. 167 e segs.. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, *cit.*, págs. 288/289. Luís Pereira Coutinho, *Sobre a justificação...*, *cit.*, págs. 569/574. Pisarello, *Los derechos sociales...*, *cit.*, pág. 65.

³¹⁷ Digno de registro que sequer a utilização da proporcionalidade enquanto princípio não é unívoca no direito

adequação, da necessidade e da proporcionalidade sem sentido estrito. Em apertada síntese, o primeiro busca identificar se a medida restritiva (meio) é apta para alcançar o fim proposto pela norma restritiva, ao avaliar essa relação meio-fim. O segundo está atrelado à indispensabilidade da medida restritiva para atingir determinado fim ao avaliar se é o meio mais idôneo e que cause a menor restrição possível; é uma relação de meio-meio. Já o terceiro subprincípio, há uma comparação do sacrifício imposto com o benefício que se procura obter para se aquilatar se o meio utilizado é razoável ou não excessivo com relação ao fim perseguido³¹⁸.

A repartição do princípio da proporcionalidade em três subprincípios permite um escalonamento no controle das medidas estatais numa filtragem sucessiva que vai eliminando as hipóteses objetivas e mais evidentes de atuação desproporcional até se chegar ao cerne da análise que se situa na proporcionalidade em sentido estrito, onde residem as maiores dificuldades.

De acordo com o direito norte-americano o desenvolvimento da questão se deu em torno do princípio da razoabilidade, porquanto a noção de razoável é intrínseca ao sistema jurídico da *judicial review* realizada nos Estados Unidos da América (EUA). No sistema da *common law*, historicamente praticou-se a ideia de razoável como parâmetro de sindicabilidade judicial, diferentemente dos países alicerçados na matriz romano-germânica, da *civil law*, que encontraram na proporcionalidade o recurso para exercer o controle sobre a atividade do Estado³¹⁹. Mas o que se constata do instituto norte-americano é uma dificuldade em se conferir um contorno específico de seu conceito, dada a fluidez com que “o razoável” pode ser identificado.

A preferência de utilização da expressão proporcionalidade³²⁰ como limite aos limites

brasileiro. Ingo Sarlet faz uso do termo “*princípio da proporcionalidade*” (*A eficácia...*, *cit.*, pág. 530). Humberto Ávila o denomina de “*postulado normativo aplicativo*” (*Teoria dos princípios...*, *cit.*, pág. 88); Virgílio Afonso da Silva entende que o mais adequado seria a nomenclatura de “*máxima da proporcionalidade*”, mas por não ser da tradição brasileira o uso dessa expressão, de proveniência alemã, prefere a descrição como “*regra da proporcionalidade*”, *cf.* *Direitos fundamentais...*, *cit.*, págs. 168/169. Sobre o desenvolvimento do princípio da proporcionalidade no direito alemão, José Roberto Pimenta de Oliveira, *Os princípios da razoabilidade...*, *cit.*, págs. 42/65.

³¹⁸ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink informam que o limite ao limite mais significativo na jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão é o princípio da proporcionalidade (proibição do excesso), o qual exige que i) o fim prosseguido pelo Estado possa ser prosseguido enquanto tal; ii) o meio usado pelo Estado possa ser aplicado como tal; iii) o emprego do meio para alcançar o fim seja adequado; e iv) o emprego do meio para atingir o fim seja necessário (indispensável), *Direitos fundamentais...*, *cit.*, pág. 107.

³¹⁹ José Roberto Pimenta de Oliveira, *Os princípios da razoabilidade...*, *cit.*, págs. 87 e 194.

³²⁰ O apego por qualquer das nomenclaturas apontadas traria conveniências e inconveniências, conforme seja utilizado determinado ponto de vista em relação à atuação do Estado. O aprofundamento dessa questão, contudo, não cabe neste trabalho, pois mereceria um estudo específico sobre o tema e o seu aprofundamento nesta altura provocaria o efeito de tangenciarmos o problema central que é a preocupação de se aplicar aos direitos sociais a mesma proteção conferida aos direitos de liberdade. Com isso, independentemente de se a utilização como

se dá pelo fato de que se trata de uma nomenclatura utilizada em larga escala no direito brasileiro pela doutrina e pela jurisprudência, com uma compreensão adequada do que se pretende tratar, e pelo fato de exigir uma motivação racional pela jurisdição constitucional ao avaliar a intervenção do Estado, o que ocorre de maneira menos intensa quando se busca as noções de razoabilidade. Ainda que a proporcionalidade nem sempre – ou até normalmente – seja aplicada nos moldes em que idealizada, a partir da análise de seus três subprincípios, ela está atrelada à intenção de coibir medidas desarrazoadas, desproporcionais e excessivas. Por essa razão está muito ligada com os demais institutos para quem adota uma diferenciação mais rigorosa, e traz consigo uma importância ímpar no controle exercido pelos tribunais sobre a adequação dos meios administrativos e legislativos das restrições de direitos fundamentais e nas hipóteses de direitos ou interesses em litígio.

A ideia de proporcionalidade, leciona Jorge Miranda, tem se ancorado mais forma mais expansiva e proveitosamente no campo publicista do direito e se manifesta nos momentos mais difíceis dos direitos fundamentais, quando se trata de medidas “restritivas ou ablativas de direitos”³²¹. Isso se deve ao fato de que esse princípio é uma das fórmulas centrais para o controle da atividade estatal em face dos indivíduos, para resguardá-los contra uma atuação abusiva por parte do legislador e do administrador, a garantir-lhes os direitos fundamentais assegurados pela Constituição. Por isso, é o modo mais difundido pela doutrina e pela jurisprudência brasileiras, em que pese quando da sua utilização efetiva não sejam observadas as máximas parciais a que refere Robert Alexy³²².

De toda sorte, a Constituição brasileira não adotou expressamente a proporcionalidade – ou qualquer outra fórmula - como técnica para controlar as limitações aos direitos fundamentais pelas medidas estatais. Trata-se, no entanto, de uma decorrência do próprio Estado de Direito (art. 1º, da CF), justamente pela limitação dos poderes do Estado ao Direito de modo a vedar a sua atuação de forma desproporcional, desarrazoada ou arbitrária. A utilização de uma ponderação “não é uma moda”, como aponta Canotilho, mas é fruto de várias razões que passam pela inexistência de uma ordem abstrata de bens

limites aos limites é feita pela proibição do excesso, da razoabilidade, da ponderação, da proporcionalidade, etc., desde que o seu manejo seja aplicável indistintamente para todos os direitos fundamentais. Por isso, a irrelevância de partirmos para essa questão, bastando, por ora, que fique registrada as divergências existentes nesse seara e a necessidade de ao se filiar em uma ou outra forma de pensar ela seja válida para os direitos fundamentais em geral e não apenas para parte deles.

³²¹ Jorge Miranda, *Manual...*, vol. IV, *cit.*, págs. 303/308.

³²² É possível creditar o desapego à utilização, digamos, completa do instituto tenha como razão de fundo aquilo que sustenta Humberto Ávila, no sentido de que um mesmo problema pode ser analisado sob enfoques diferentes e com finalidades diversas, todas com igual dignidade teórica, razão pela qual não se pode afirmar que esse ou aquele modo de explicar a proporcionalidade seja correto e os outros equivocados, cfr. Ávila, *Teoria dos princípios...*, *cit.*, pág. 160.

constitucionalmente relevantes, o que impõe uma análise para as situações em que surgem os conflitos; pela formatação principal de muitas normas do direito constitucional a exigir, na hipótese de colisão, uma ponderação entre eles; e a existência de diversos valores que impõem uma análise criteriosa dos bens em conflito e uma fundamentação rigorosa no balanceamento efetuado para a solução dos conflitos³²³.

O recurso às técnicas da proporcionalidade objetiva não alcançar a única resposta certa, pretendida por Dworkin, eis que nesta seara não há um único caminho a percorrer, mas tende a estreitar os trilhos de escolha do intérprete, mediante uma utilização racional da argumentação jurídica, de modo a conduzir à correção da resposta. Isso significa que se será constitucionalmente ilegítima uma ingerência estatal no campo do direito dos cidadãos que vá para além do estritamente necessário ou adequado para a consecução dos fins que se pretenda com a atuação restritiva, com base na justificação apresentada pelo Estado e de acordo com parâmetros de argumentação desenvolvidos pela jurisdição constitucional³²⁴.

A necessidade de observância de medidas proporcionais é aplicável a todas as medidas restritivas de direitos fundamentais, incluindo os direitos sociais, ainda que estes estejam mais sujeitos às volatilidades da realidade constitucional e da reserva do possível, situações que não podem ser ignoradas³²⁵. Mas nesse campo dos direitos que custam mais ao Estado, quanto há necessidade de avaliar suas restrições, a proporcionalidade tem especial relevância na feição da proibição do excesso³²⁶, no sentido de que a afetação aos direitos sociais não pode ser levada a efeito se desproporcional, sob pena de caracterizar um agir excessivo pelo Estado e, assim, carregar a marca de inconstitucional.

Em que pese todo o desenvolvimento doutrinário sobre o princípio da proporcionalidade enquanto limite às restrições aos direitos fundamentais, nem sempre ele é levado a efeito na prática judicial de acordo com a sua metodologia de aplicação. No mais das vezes, ela fica restrita a um dos seus subprincípios³²⁷, de maneira a afastar a construção

³²³ Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 1237.

³²⁴ A justificação é intrínseca à própria técnica da proporcionalidade. Robert Alexy, ao rebater as críticas sobre a sua teoria dos princípios formuladas por Habermas e por Böckenförde, esclarece, no posfácio de sua obra, que é preciso identificar a intensidade do grau de importância das razões que justificam a intervenção e também a intensidade da própria intervenção, nas categorias “leve”, “moderado” e “sério”, de modo a permitir sopesar adequadamente a restrição formulada.

³²⁵ Jorge Miranda, *Manual...*, vol. IV, cit., págs. 483 e segs.

³²⁶ Essa ressalva encontra razão de ser porque há parte da doutrina que entende pela aplicação da proporcionalidade tanto para a proibição do excesso como para a proibição da proteção insuficiente, Ingo Sarlet, *A eficácia...*, cit., pág. 533, entendimento que não é compartilhado de forma unânime, Jorge Reis Novais, *As restrições...*, cit., págs. 76/78; *Direitos sociais...*, cit., págs. 298/301.

³²⁷ Os três subprincípios formadores da proporcionalidade são, segundo Robert Alexy, a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. Essa nomenclatura não é isenta de críticas. Jorge Reis Novais aponta que seria mais adequado tratar desse princípio como a proibição do excesso e ter como

idealizada para o princípio (de matriz germânica) – ainda que as referências sejam expressas à proporcionalidade -, aproximando-se da razoabilidade de matriz americana, limitada à percepção do razoável.

Ainda assim, é possível aferir a proporcionalidade de uma restrição a direito social tendo como pressuposto de que a limitação encontra justificação na proteção de outro bem jurídico constitucionalmente relevante, de modo que a afetação deve ter uma finalidade constitucionalmente legítima³²⁸. E para tanto é necessário passar pelas três etapas que compõem esse princípio: a) examinar a adequação ou idoneidade, sob a perspectiva de que se a medida restritiva ao direito social é o meio adequado à sua prossecução no sentido de proteger o bem que se busca salvaguardar; b) caso o meio seja idôneo, é imprescindível verificar a necessidade ou a indispensabilidade do meio escolhido para se atingir a finalidade pretendida, através de verificação da existência de outros meios igualmente eficazes, mas menos restritivos ao direito afetado; c) na hipótese de o meio escolhido ser indispensável para atingir a finalidade, chega-se ao exame da proporcionalidade da medida, de sua justa medida, que está atrelada à relação de adequação entre os bens e interesses em colisão na perspectiva entre o sacrifício imposto pela restrição e o benefício por ela causado³²⁹.

Para o professor da universidade de Kiel, há a necessidade de justificação das restrições aos direitos fundamentais quando do controle de constitucionalidade, inclusive com a pretensão de correção no sentido de que as decisões proferidas pela jurisdição constitucional devem ser o mais racional possível, o que obtido mediante o desenvolvimento da argumentação³³⁰. E para a adoção desse processo de racionalização argumentativa, o autor propõe a utilização de elementos numéricos, mediante atribuição de pesos aos direitos em conflito, de modo a conferir um maior controle sobre a fundamentação judicial quando da

subprincípios a idoneidade ou aptidão, a indispensabilidade ou do meio menos restritivo e a proporcionalidade, agregando-se ainda o princípio da razoabilidade e o princípio da determinabilidade. Para este autor, além desses três subprincípios deveria ser observada ainda a razoabilidade, mas não como elemento integrante do terceiro, pois não se esgota na relação entre meio e fim. Trata-se da “avaliação da razoabilidade da imposição, dever ou obrigação restritiva da liberdade na exclusiva perspectiva das suas consequências na esfera pessoal daquele que é desvantajosamente afectado”, sendo que a razoabilidade deve centrar-se na “gravidade, qualitativa ou quantitativa, que a medida restritiva provoca na esfera do(s) afectado(s), havendo inconstitucionalidade sempre que, independentemente da adequação da relação meio-fim sobre que incide o limite da proporcionalidade das restrições aos direitos fundamentais, a quantidade ou a qualidade dos encargos impostos excede o que é legitimamente tolerável pela liberdade e autonomia pessoa em Estado de Direito”, cf. Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, cit., págs. 161/194.

³²⁸ Ingo Sarlet, *A eficácia...*, cit., pág. 533.

³²⁹ Jorge Miranda, *Manual...*, vol. IV, pág. 308. Jorge Reis Novais, *Os princípios...*, cit., págs. 162/163. Ingo Sarlet, *A eficácia...*, cit., pág. 533. Robert Alexy, *Teoria...*, cit., págs. 116/117. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 269/270.

³³⁰ Robert Alexy, *Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade*, págs. 833/834.

realização do sopesamento, na tentativa de evitar o subjetivismo judicial³³¹.

Ainda assim, o controle a ser exercido mediante a proporcionalidade tem uma natureza equitativa, sem colocar em causa os poderes constitucionalmente competentes para a prática de atos de autoridade e sem afetar a certeza do direito, mas contribui para a integração do “momento justiça” no cenário de conflituosidade social³³².

De tal sorte, na atuação restritiva de direitos fundamentais, incluídos sempre os direitos sociais, as medidas não podem ser infundadas, excessivas ou arbitrárias, pois devem guardar razoabilidade, além de encontrar justificação pelas circunstâncias fáticas e jurídicas que lhes deram origem, de modo a serem consentâneas aos fins que se busca alcançar com a restrição³³³.

3.2.2.3.2 A garantia do conteúdo essencial

Na categoria dos limites últimos à atuação Estatal vem elencada pela doutrina a necessidade de respeito ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais³³⁴. A ideia dessa barreira às restrições aos direitos fundamentais encontra amparo no texto constitucional alemão³³⁵ e português³³⁶, mas não está prevista na Constituição brasileira³³⁷.

Ainda assim, no Brasil, tanto no campo doutrinário quanto no jurisprudencial, são encontradas referências ao conteúdo essencial dos direitos como limites aos limites, sob o argumento da necessidade de protegê-los contra atuações do Estado que acabem com aqueles direitos mais importantes consagrados no texto constitucional, cujo conteúdo mínimo sempre deve ser respeitado em qualquer situação, por se constituir em um reduto interno,

³³¹ Robert Alexy, *Teoria...*, cit., págs. 575/627

³³² Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 269.

³³³ Victor Abramovich e Christian Courtis, *Los derechos...*, cit., pág. 99.

³³⁴ Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais...*, cit., págs. 205/301; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*, págs. 183/207; O mesmo autor, *O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais*, págs. 40/51. Jorge Miranda, *Manual...*, vol. IV, cit., págs. 343/352; Miranda, *O princípio da eficácia jurídica...*, cit., págs. 80/84. Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, cit., págs. 282/288; Ingo Sarlet, *A eficácia...*, cit., págs. 536/539. Benedita Mac Crorie, *Os limites...*, cit., págs. 259/263. Gilmar Mendes, *Hermenêutica Constitucional...*, cit., pág. 241 e segs. Canotilho, *Direito constitucional...*, cit., págs. 559/560. Quanto à aplicação sob o enfoque dos direitos sociais, Abramovich, *Los derechos sociales...*, cit., págs. 89/92. Ricardo Lobo Torres, *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, pág. 4. Patrícia Martins, *A proibição do retrocesso social...*, cit., pág. 414. Para uma análise crítica sobre a garantia do núcleo essencial, por todos, Jorge Reis Novais, *As restrições...*, cit., págs. 779/798 e *Os direitos sociais...*, cit., págs. 190/237.

³³⁵ Art. 19, II. Sobre a previsão constitucional alemã, Bodo Pieroth e Bernhard Schlink preceituam que o conteúdo essencial dos direitos fundamentais é intocável pela Lei Fundamental, no sentido de proibição, de retirar da disposição do Estado, *Direitos fundamentais*, pág. 95.

³³⁶ Artigo 18.º, nºs 2 e 3, da CRpág.

³³⁷ Também encontra previsão na Constituição Espanhola de 1978, no art. 53º, nº 1.

intransponível, do direito, alheio à atividade legislativa.

Na tentativa de explicitar o que se entende por conteúdo essencial dos direitos fundamentais são encontradas as teorias absoluta, relativa e mista³³⁸.

A teoria absoluta busca identificar esse conteúdo essencial como um núcleo duro, intransponível, determinável abstratamente, para cada direito, de modo a tornar essa parte intocável. Trata-se de um limite que o Estado não poderia, em hipótese alguma, ultrapassar, sob pena de acabar com o próprio direito, fazendo com que ele deixe de existir³³⁹.

A teoria relativa, de outro lado, parte da ideia de que o conteúdo essencial do direito é passível de verificação mediante da legitimidade da restrição, mediante o uso da técnica da proporcionalidade, com a finalidade de salvaguardar bens jurídicos mais relevantes, mais valiosos. Dessa forma, haveria afetação do núcleo essencial se a restrição ao direito fundamental não fosse legítima, o que varia conforme a situação que se analisa.

A concepção de uma teoria absoluta não encontra razão de ser no contexto até então exposto quanto aos direitos fundamentais, pois não é possível identificar um núcleo imutável em abstrato dos direitos de liberdade ou dos direitos sociais, na medida em que mesmo nas hipóteses em que já houve conformação do direito a nível constitucional é possível que haja a necessidade de compressão de determinado direito em uma situação concreta, de modo a afastar a existência de um conteúdo mínimo de todos os direitos fundamentais abstratamente considerados³⁴⁰.

Além do mais, a utilização de um conteúdo essencial absoluto faria com que as restrições aos direitos fundamentais que reduzissem os direitos esse núcleo duro estivessem na livre esfera de revisão pelo legislador, sem que fosse possibilitado um controle jurisdicional efetivo sobre ele, na medida em que a proteção efetivamente dada a um determinado direito estaria limitada àquela pequena parte. Isso permitiria que ao invés de garantir proteção ao preceito constitucional ele fosse praticamente reduzido ao conteúdo essencial, cujo manto protetor estaria extremamente limitado a casos extremos, na beira da sua aniquilação.

³³⁸ Ricardo Lobo Torres, *O mínimo existência e o conteúdo essencial dos direitos fundamentais*, pág. 7. Reis Novais, *As restrições...*, cit., págs. 795/796. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pág. 282. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos fundamentais*, cit., pág. 112.

³³⁹ Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 282.

³⁴⁰ Exemplifica essa situação o voto do Ministro do Supremo Tribunal Federal Gilmar Mendes, no julgamento do HC nº 126.292, o qual apontou a possibilidade de “conformação” diversa inclusive sobre os direitos de liberdade, ocasião em que foi levada a efeito uma mutação constitucional para tornar mais estreita a presunção de inocência prevista no art. 5º, LVII, da CF, e, assim, admitir a prisão do condenado a partir do segundo grau de jurisdição. Importante registrar que essa decisão operou uma verdadeira restrição ao direito de liberdade em nome da conformação da cláusula da presunção de inocência, alterando a interpretação de que somente os cidadãos poderiam ser presos depois de transitada em julgado a sentença penal condenatória, salvo as hipóteses de prisões cautelares.

Aos defensores da teoria relativa, ela permitiria que houvesse uma compatibilização dos direitos fundamentais ou, eventualmente, desde que a restrição seja considerada legítima, de maneira a preponderar sobre determinado bem jurídico *prima facie* protegido constitucionalmente. E nesse controle da legitimidade da restrição seria imprescindível a observância às técnicas de restrição e aos seus demais limites. Por isso Jorge Miranda aduz que as teses relativas quanto ao conteúdo essencial confundem esse com a proporcionalidade³⁴¹.

Para Ana Paula de Barcellos, o “núcleo de condições materiais que compõe a noção de dignidade de maneira tão fundamental que sua existência impõe-se como uma regra” e não como um princípio, de modo que nesse caso não há o que se ponderar ou otimizar; tendo havido violação a esse núcleo da dignidade ela será tal como se violasse uma regra³⁴².

Juarez de Freitas indica que devem ser ultrapassadas posturas interpretativas abstratas ou presas ao conteúdo programático das normas de direitos sociais, porque eles, ao menos em um núcleo, devem ser respeitados de maneira direta e por isso não podem deixar de ser respeitados não apenas pelo legislador, mas também pelo intérprete³⁴³.

Na tentativa de superar as dificuldades das duas teorias, surgiu uma terceira: a teoria mista, cuja construção combina os elementos das duas anteriores. Conforme Ricardo Lobo Torres, ao mesclar as duas teorias antagônicas forma-se a mista, que numa eficácia negativa é absoluta quanto ao conteúdo essencial e numa eficácia positiva é relativa em relação a ele. Ocorre que a virtude dessa utilização mista é apenas de congregar os defeitos das duas teorias que lhe deram origem. Isso porque não é suficiente para proteger os direitos fundamentais, especialmente os sociais, porque permanece com a dificuldade de se sustentar um conteúdo intocável de qualquer direito amparado na Constituição, bem como por permitir que até esse núcleo mínimo o legislador tenha ampla margem de conformação, podendo reduzir os direitos sempre a um mínimo, sem qualquer controle até chegar ao seu centro.

De tal sorte, essas concepções não agregam defesa adicional aos direitos sociais pela existência de conteúdo essencial além daquilo que já está protegido pelo princípio da proporcionalidade. Essa afirmação fica mais evidente a partir do silogismo apresentado por Virgílio Afonso da Silva no sentido de que se as restrições ao atingirem o conteúdo essencial são inconstitucionais, mas as restrições consideradas proporcionais são constitucionais, é perceptível que as restrições aprovadas pelos testes da proporcionalidade não atingem o

³⁴¹ Jorge Miranda, *O princípio...*, cit., pág. 83.

³⁴² Ana Paula Barcellos, *A eficácia jurídica...*, cit., pág. 226.

³⁴³ Juarez de Freitas, *A interpretação sistemática do direito*, cit., pág. 208.

conteúdo essencial³⁴⁴. Logo, o conteúdo essencial estaria contido na proporcionalidade e com isso sempre que uma medida restritiva for considerada constitucional por respeitar a proporcionalidade, ela não terá atingido o conteúdo essencial do direito, de modo que esse núcleo não foi capaz de conferir uma proteção extra aos direitos sociais. Na hipótese de a restrição não passar pelo confronto com a proporcionalidade ela será inconstitucional sem que seja necessário recorrer à garantia do conteúdo essencial.

A partir dessa perspectiva, Jorge Reis Novais afirma, com razão, que o conteúdo essencial pode constituir, quando muito, um elemento sinalizador da necessidade de preservá-lo no direito fundamental, tanto quanto possível, para garantia de um mínimo de conteúdo, objetivo ou subjetivo, demarcado materialmente pela dignidade humana e funcionalmente pela natureza dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria. E, assim, essa garantia atua como fator complementar de limitação das restrições aos direitos fundamentais quando da ponderação de bens, através da exigência de preservação de uma posição jusfundamental mínima, sem que isso lhe confira um sentido autônomo³⁴⁵.

Ou seja, a efetiva proteção ao direito social é levada a efeito pela proporcionalidade, admitindo-se o conteúdo essencial não como uma garantia autônoma, mas apenas como um norte interpretativo quando se estiver diante de um direito fundamental sob restrição, de maneira a indicar a necessidade da preservação³⁴⁶, sempre que possível, de um mínimo do direito sob compressão.

No domínio dos direitos sociais a garantia do conteúdo essencial é apontada como decorrência do mínimo social (ou mínimo existencial)³⁴⁷. Na doutrina brasileira, Ricardo Lobo Torres aduz a ideia de que o mínimo existencial não é um valor nem um princípio jurídico, mas é o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e por isso não está sujeito à aplicação pelas técnicas da ponderação, e sim pela subsunção tal como a natureza de regra que ostenta, pois é irredutível por definição. O autor atrela esse mínimo ainda à dignidade da pessoa humana, por se tratar de uma parcela indisponível dos direitos fundamentais aquém da

³⁴⁴ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, cit., págs. 206/207.

³⁴⁵ Jorge Reis Novais, *As restrições...*, cit., pág. 798.

³⁴⁶ Ao que parece esse é o sentido admissível por Ingo Sarlet ao referir que “acima de tudo, retoma-se aqui a exortação feita no início do presente item [do conteúdo essencial], no sentido de que o mais importante é que, doutrina e jurisprudência, sigam desenvolvendo parâmetros que sirvam, sem prejuízo de sua consistência argumentativa e, portanto, de sua sempre possível controlabilidade, para assegurar aos direitos fundamentais a sua máxima proteção, potencializando a noção de limites aos limites dos direitos fundamentais”, *A eficácia...*, cit., pág. 538.

³⁴⁷ Ricardo Lobo Torres, *O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais*. *Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDPE*, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pág. 147/173, mar./ago. 2012, pág. 147 e segs.; Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais...*, cit., págs. 204/205; Jorge Reis Novais, *Direitos sociais...*, cit., págs. 199/205.

qual desaparece a possibilidade de se viver com dignidade³⁴⁸.

Ocorre que sequer essa referência do mínimo existencial dos direitos fundamentais, identificada com a dignidade da pessoa humana, é capaz de conferir uma proteção a mais aos direitos sociais. Essa concepção de irredutibilidade de uma parte desses direitos identifica-se com a teoria absoluta do conteúdo essencial e traz consigo a impossibilidade de se definir em abstrato o seu significado na ordem constitucional. Ao atrelar ao princípio da dignidade da pessoa humana não melhora a situação, pois deixa mais flexível o seu manejo, mas então torna dispensável a utilização dessa “garantia”, por estar intrínseca aos juízos de ponderação quando da afetação dos direitos sociais, conforme já apontado.

Como lembrado por Virgílio Afonso da Silva, o mínimo existencial é aquilo que pode ser realizado mediante determinadas condições fáticas e jurídicas, expressões que traduzem noções utilizadas por vezes de forma vaga, sob o abrigo da reserva do possível³⁴⁹.

Nesse contexto, a garantia do conteúdo essencial, ainda que sob a roupagem de mínimo existencial, não pode ser considerada uma nova proteção aos direitos sociais³⁵⁰, senão como critério orientador da interpretação das restrições a esses direitos, mas sem conteúdo autônomo a impedir a retrocessão, por si só, nesse campo. Tampouco é crível identificar o conteúdo essencial com a dignidade da pessoa humana, porque eventual restrição que contrarie esse princípio será inconstitucional por essa razão e não por ter afetado a garantia desse conteúdo intangível.

3.2.2.3.3 O princípio da dignidade da pessoa humana

A noção de dignidade humana está ligada à consideração da pessoa como centro da proteção estatal e da valoração que o Direito apresenta. Deve ser fonte de inspiração para o Estado e fim da sua atividade, porquanto permeia o exercício do próprio poder democrático. Trata-se de um princípio reitor de todos os demais princípios, na medida em que se constitui a

³⁴⁸ Ricardo Lobo Torres, *O mínimo..., cit.*, págs. 150/152.

³⁴⁹ Virgílio Afonso da Silva, *Direitos fundamentais..., cit.*, pág. 205.

³⁵⁰ A ideia expressa por Ricardo Lobo Torres de que o mínimo existencial assegura proteção contra a pobreza absoluta identifica esse fundamento com a dignidade da pessoa humana, o que torna dispensável recorrer-se aquele instituto quando se tem esse expressamente consagrado no texto constitucional. Igual problema há com a equiparação de alguns direitos/garantias constitucionais com o mínimo existencial, como o faz em relação ao art. 5º, incs. XXXIV, LXXII, LXXIII, LXXIV, LXXVI, da Constituição Federal, entre outros dispositivos elencados, pois em havendo a garantia assegurada neles, não há razão para se construir uma “dupla garantia” a partir do mesmo preceito constitucional. A interpretação literal, nesse caso, ainda que muitas vezes não seja a melhor, já é protetiva o suficiente dos direitos que busca resguardar. As garantias constitucionais elencadas já ostentam essa natureza, de modo que não há razão alguma para se falar em “imunidades do mínimo existencial” como pretende o autor, Ricardo Lobo Torres, *Curso de Direito Financeiro e Tributário*, 18ª edição, Editora Renovar, 2011, págs. 70/71.

essência dos direitos fundamentais, a irradiar uma especial proteção sobre eles, onde se faz necessária a intervenção estatal.

Essa concepção de dignidade humana ganhou destaque a partir das experiências vividas no período da Segunda Guerra Mundial, em que a consideração do ser humano como indivíduo foi completamente deixada de lado pelo regime Nacional-Socialista, sob o abrigo do direito positivo³⁵¹.

Desde então, a dignidade da pessoa humana mudou de roupagem, deixando de atuar no campo político para adentrar na seara jurídica. Depois de integrar várias Constituições mundo afora³⁵², foi incorporada no direito brasileiro mediante a sua inclusão como Fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, inc. III), bem como princípio de sua unidade material. A órbita dos preceitos constitucionais está ligada, de modo geral, a esse fundamento republicano da consideração do homem como pessoa e, enquanto tal, livre e digno³⁵³.

Ela é, enquanto princípio jurídico-constitucional³⁵⁴, capaz de produzir consequências jurídicas práticas. Neste meio, ela é capaz de emanar um feixe de situações jurídicas³⁵⁵

³⁵¹ A visão Nazista sobre o cumprimento restrito das leis para arrostar os direitos humanos dos indivíduos pode ser percebida na descrição feita por Hannah Arendt sobre Eichmann quando do julgamento dele em Jerusalém, acerca dos atos praticados durante a Segunda Guerra mundial, *Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal*, págs. 32/47.

³⁵² Na Lei Fundamental de Bonn (art. 1º, 1), nas Constituições portuguesa (art. 1º), espanhola (art. 10), italiana (art. 3), dentre outras.

³⁵³ José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, pág. 285.

³⁵⁴ Não se pretende aqui identificar o conteúdo específico do princípio da dignidade da pessoa humana, mas deixar claro que o seu manejo pode servir como limite às restrições aos direitos fundamentais. No mais, ele admite conceitos múltiplos, dada a sua natureza extremamente aberta, de maneira que não há uniformidade na sua identificação. A dificuldade da delimitação conceitual permite, como alerta Mario Reis Marques em uma visão drástica sobre o instituto, o abuso de seu manejo, conforme alguns exemplos de resultados “não muito felizes”, segundo o autor, suscitados pela jurisprudência, como evidenciação da sua inutilidade, *A dignidade da pessoa humana: minimum invulnerável ou simples cláusula de estilo*, pág. 5. Mas conforme aponta Robert Alexy, o Tribunal Constitucional alemão concebe a dignidade da pessoa humana segundo a fórmula “baseada na compreensão do ser humano como um ser intelectual e moral, capaz de se determinar e de se desenvolver em liberdade”, *Teoria...*, cit., pág. 356.

Para uma análise ampla sobre o princípio da dignidade da pessoa humana, Ingo Sarlet, *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*, págs. 42 e segs., e como limite aos limites, *idem* págs. 175 e segs. Jorge Reis Novais, *Os princípios...* cit., pág. 51 e segs. Jorge Miranda, *Manual...*, cit., pág. 180 e segs. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., págs. 225 e segs. Jorge Silva Sampaio, *O controlo judicial...* cit., págs. 587/601. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, cit., pág. 93 e segs. Paulo Otero, *Instituições políticas...*, cit., pág. 545 e segs. Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, cit., pág. 354 e segs. Vasco Duarte de Almeida, *Sobre o valor da dignidade da pessoa humana*, pág. 623 e segs. Luís Roberto Barroso, *A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação*, pág. 9 e segs. Gerardo Pisarello, *Los derechos...*, cit., pág. 39. Flávia Piovesan, *Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local*, págs. 396 e segs.

³⁵⁵ Mostra-se oportuna a menção feita por Luís Roberto Barroso de que “[n]ão por acaso, pelo mundo afora, ela tem sido invocada pelos dois lados em disputa, em temas como interrupção da gestação, eutanásia, suicídio assistido, uniões homoafetivas, *hate speech*, negação do holocausto, clonagem, engenharia genética, inseminação artificial post mortem, cirurgias de mudança de sexo, prostituição, descriminalização de drogas, abate de aviões

enquanto tarefa para o Estado e também como limite e parâmetro para sua atuação. Interessa, contudo, nesta altura, apenas a feição defensiva dela advinda, pois sob essa premissa é capaz de conter a atuação estatal desfavorável aos direitos sociais.

O Estado brasileiro tem como obrigação, decorrente da posição de destaque que ocupa a dignidade da pessoa humana, observá-la quando da conformação da sua ordem jurídica e em todas as hipóteses de sua atuação, em especial na modificação dos provimentos legais vigentes no ordenamento jurídico. A observância desse princípio também irradia efeitos sobre a atividade jurisdicional, o que significa ser imperiosa a sua observância quando da interpretação e aplicação das normas constitucionais e legais³⁵⁶, inclusive como forma de solucionar a afetação de direitos sociais.

De acordo com a vinculação a todos os poderes de Estado³⁵⁷, no que toca a atividade judicial, o princípio da dignidade da pessoa humana³⁵⁸ é apontado como um dos principais limites às restrições aos direitos fundamentais e com especial razão quando se está diante da afetação aos direitos sociais, já que nessa hipótese diz respeito a bens juridicamente relevantes para o desenvolvimento da pessoa enquanto indivíduo. Considera-se, como leciona Gerardo Pisarello, “a rebelião contra a imposição de condições opressivas ou humilhantes de vida” apta a constituir elemento central das modernas justificações dos direitos fundamentais³⁵⁹.

Mas cabe um alerta de que esse princípio não pode ter seu conteúdo confundido com o núcleo essencial porque nem todo o direito fundamental tem sua radicação na dignidade humana (v.g. o direito ao transporte), mas ainda assim ostenta um conteúdo mínimo a ser protegido³⁶⁰. Também é possível haver uma violação à dignidade da pessoa humana sem que seja atingido o conteúdo essencial dos direitos sociais, basta pensar em uma pessoa que recebe pouco mais de um salário mínimo nacional e tem parte da quantia recebida penhorada para o pagamento de uma dívida bancária, impedindo-o de satisfazer as necessidades individuais.

Num Estado democrático e social de direito como o Brasil, a dignidade da pessoa

sequestrados, proteção contra a auto-incriminação, pena de morte, prisão perpétua, uso de detector de mentiras, greve de fome, exigibilidade de direitos sociais. A lista é longa.” *A Dignidade da Pessoa Humana...*, cit., pág. 3.

³⁵⁶ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink referem que a dignidade da pessoa humana, assim como o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é declarado intocável pela Lei Fundamental de Bonn, *Direitos Fundamentais*, pág. 95.

³⁵⁷ Sobre a atuação jurisdicional iluminada pela dignidade da pessoa humana, Luiz Antônio Rizzatto Nunes, *A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador*, págs. 412 e segs.

³⁵⁸ Para uma análise mais aprofundada sobre o princípio, Ana Paula Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais...*, cit., págs. 175 e segs. Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos fundamentais*, cit., págs. 131/136.

³⁵⁹ Em tradução livre, *Los derechos...*, cit., pág. 39.

³⁶⁰ Bodo Pieroth e Bernhard Schlink, *Direitos fundamentais*, cit., pág. 114. Sobre a discussão doutrinária acerca da identificação entre a dignidade da pessoa humana e o conteúdo essencial, Ingo Sarlet, *Dignidade da pessoa humana...*, cit., pág. 174/179.

humana ostenta muitas formas de manifestação conforme a perspectiva que pretenda analisar determinada situação de fato e pode estar ligada a um determinado indivíduo, assim como integrado em um contexto em que há outros cidadãos igualmente capazes de sustentar idêntica titularidade, de modo que o Estado deve buscar a realização de dignidade e direito de todos³⁶¹, conferindo-lhe a maior efetividade possível, assim como deve resguardá-los com idêntica amplitude.

A dignidade da pessoa humana envolve também o respeito pela autonomia pessoal, campo no qual o Estado deve evitar ao máximo sua intervenção, e sob esse vértice permite uma pluralidade de interpretações, mas sempre deve afastar dentre elas aquela que autorize o sacrifício dos direitos ou da personalidade individual em nome de pretensos interesses coletivos³⁶². A ideia de preservação da individualidade busca resguardar a consideração do cidadão como centralidade jurídica, tanto que ensejou a sua positivação como princípio de envergadura constitucional, para que tal perspectiva não seja desconsiderada em nome da coletividade, como ocorrido outrora.

Por isso, sob o viés negativo de proteção da dignidade do indivíduo³⁶³, eventual restrição aos direitos sociais dos cidadãos poderá ter sua inconstitucionalidade certificada pela justiça constitucional quando houver a prática de um ato estatal com ela incompatível. O sentido que se busca conferir ao princípio é de limitar a atividade estatal violadora das condições pessoais e materiais indispensáveis para uma vida com dignidade³⁶⁴, para preservar um conjunto de condições que permitam resguardar a integridade física e psíquica do cidadão e minimizar as situações de mau estar, dano e opressão³⁶⁵.

Essa constatação se mostra relevante no âmbito dos direitos sociais, porquanto a afetação desses direitos vem acompanhada do argumento de proteção dos interesses de toda a coletividade. A justificação alicerçada no direito de todos até pode ser levada em consideração quando se estiver diante de direitos que custam ao Estado, mas sempre que flertar com o

³⁶¹ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, cit., pág. 53.

³⁶² Benedita Mac Crorie, *Os Limites da Renúncia a Direitos Fundamentais nas Relações entre Particulares*, Editora Almedina, 2013, pág. 239.

³⁶³ Vale aqui trazer as lições de Mario Reis Marques no sentido de que “Nos Estados modernos e democráticos é ao legislador que, em primeira linha, compete ‘interpretar’, em cada momento histórico, e verter no ordenamento jurídico todos aqueles valores que fluem da interação social, valores entre os quais se encontra a dignidade da pessoa humana como o mais absoluto deles. Cabe, como sempre cabe, à jurisprudência pronunciar a última palavra no restabelecimento de um contínuo e renovado diálogo entre estes valores substanciais e as práticas e valores formais e institucionais.”, *A dignidade humana...*, cit., pág. 429.

³⁶⁴ Na ADPF nº 347 o Supremo Tribunal Federal levou em consideração a dignidade humana dos presos e as condições carcerárias dos presídios brasileiros para afirmar que o sistema prisional está em um “estado de coisas inconstitucional” pela reiterada inobservância da dignidade dos encarcerados. Foi também esse princípio o recurso utilizado pelo STF no julgamento do RE 592.581/RS para determinar a reforma em um presídio nas condições violadoras da dignidade dos presos.

³⁶⁵ Gerardo Pisarello, *Los derechos...*, cit., pág. 39.

princípio da dignidade da pessoa humana terá sua inconstitucionalidade atestada ao arranhar o conteúdo desse princípio³⁶⁶.

3.2.2.3.4 O princípio da igualdade

A realização de juízos de igualdade encontra campo fértil no que diz respeito aos direitos sociais, como se pode observar do reclamo a um tratamento igualitário quanto a esses direitos utilizados pelos movimentos de direitos humanos. A busca dos direitos das mulheres à equiparação salarial no âmbito laboral, a tentativa de igualdade de acesso aos postos de trabalho, a igualdade de tratamento no acesso à saúde pública, são exemplos ainda hoje existentes e que há muito são invocados em nome da igualdade.

O princípio da igualdade, historicamente, guardava relação com a igualdade na aplicação da lei, sob o argumento de que “todos são iguais perante a lei”³⁶⁷. Nesse tratamento igualitário, no entanto, residia uma igualdade na própria lei, em que todos os indivíduos com as mesmas características deveriam ostentar igual situação jurídica. A partir dessa compreensão, nos Estados Unidos da América fora editada, em alguns estados, política de segregação racial nas escolas públicas através da qual todas as escolas são iguais, mas deveria haver a separação entre os educandários para as crianças negras das crianças brancas, o que ficou conhecido com separados, mas iguais.

Essa política social chegou à Suprema Corte Americana e ocasionou uma mutação constitucional acerca da interpretação desse princípio. Ao tratar da interpretação da 14ª Emenda, no julgamento *Plessy v. Ferguson* (1896), a Corte deliberou sobre a separação das acomodações, nos vagões de trens, para brancos e negros, assegurando a constitucionalidade da existência de espaços distintos (“*equal but separate*”). Esse entendimento foi superado, entretanto, no julgamento *Brown v. Board of Education* (1954), no qual foi considerado que

³⁶⁶ Luís Roberto Barroso assevera que a dignidade da pessoa humana não pode ser ponderada porque ela é “parâmetro de ponderação” para as hipóteses de concorrência de direitos fundamentais, *A dignidade humana...*, *cit.*, pág. 14. Em sentido contrário, Robert Alexy preceitua que a dignidade da pessoa humana pode ser sopesada diante de outros princípios e, conseqüentemente, pode ceder quando estiver em jogo um bem jurídico de maior valor, *Teoria...*, *cit.*, pág. 113.

³⁶⁷ Pontes de Miranda, ao lançar seus comentários sobre a Constituição brasileira de 1967 no tocante os direitos subjetivos, leciona que se um local é acessível a todos ou sem restrição ilegal, caso seja instituída uma vedação para a entrada de um determinado indivíduo sem haver justa causa, essa medida ferirá o direito do indivíduo, na medida em que há uma ofensa à igualdade perante a lei, porque ela não poderia criar esse critério distintivo, *Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. 1, de 1969*, tomo I, 2ª edição, 1970, Editora Revista dos Tribunais, pág. 129. Konrad Hesse leciona que a igualdade “diante da lei” reclama a realização do direito sem consideração da pessoa pelo fato de cada indivíduo ser igualmente obrigado e autorização pelas normas de direito, mas também trata da proibição de que as autoridades estatais não aplicar o direito às custas ou a favor de algumas pessoas, *Elementos de direito constitucional...*, *cit.*, pág. 330.

no campo da educação pública não havia lugar para a doutrina do “separados, mas iguais”, cujos resultados da superação da separação racial foram estendidos para outras áreas³⁶⁸.

Tais concepções evidenciam a falha no critério da igualdade na lei, quando da criação do direito, a exigir do Estado uma igualdade justa³⁶⁹, de modo a expressar o alcance efetivo desse princípio. O princípio da igualdade não é observado quando se trata todos os cidadãos de modo igual perante a lei ou quando são tratados todos exatamente da mesma forma. Essa feição é apenas uma parte da exigência levada a efeito por esse princípio.

Cabe ao legislador, destinatário desse princípio, encontrar as razões que justificam eventual situação desigual para conferir tratamento diferenciado para situações aparentemente iguais, sob pena de se não o fizer ter invalidada a situação diferenciadora por violação do princípio da igualdade³⁷⁰. A identificação desse sentido igualitário de tratamento não deve se basear apenas em como as situações existem, mas como elas devem existir de acordo com os padrões fornecidos pela Constituição material, sob os pilares do Estado Democrático e Social de Direito.

No atual Estado de índole social brasileiro o tratamento igual deve ser dado para aquelas situações iguais e um tratamento desigual para as desiguais, na medida de sua desigualdade³⁷¹. Trata-se de aplicação efetiva do princípio da igualdade material, no sentido de que a igualdade seja uma garantia de igualdade de oportunidades a exigir uma compensação positiva dessa desigualdade³⁷². Segundo Canotilho, o princípio da igualdade é, simultaneamente, um princípio de igualdade de Estado de Direito e um princípio de igualdade

³⁶⁸ Kathleen M. Sullivan e Gerald Gunther, *Constitutional Law*, pág. 493 e seguintes.

³⁶⁹ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 428. Miguel Nogueira de Brito aponta a existência de diferentes níveis de realização do princípio da igualdade, como “prevalência da lei”, igualdade “perante a lei” e igualdade “através da lei”, *Medida e intensidade do controle da igualdade na jurisprudência da crise do Tribunal Constitucional*, pág. 111.

³⁷⁰ O Supremo Tribunal Federal já assentou a necessidade de se observar um fundamento lógico para que se possa promover a distinção entre situações aparentemente idênticas quando tratou da limitação ao acesso de mulheres aos cargos públicos (RE nº 528.684, Rel. Min. Gilmar Mendes, DJe 26/11/2013), além do entendimento explícito no Enunciado de Súmula nº 683, a qual dispõe que “o limite de idade para a inscrição em concurso público só se legitima em face do art. 7º, XXX, da Constituição, quando possa ser justificado pela natureza das atribuições do cargo a ser preenchido”.

³⁷¹ Konrad Hesse, *Elementos de direito constitucional...*, cit., pág. 330. A propósito, Claus-Willen Canaris, ao discorrer sobre o pensamento teleológico, exalta que não é tarefa deste encontrar uma qualquer regulação justa, a priori no seu conteúdo, mas apenas que uma vez legislado um valor primário, deve-se pensar em todas as consequências até o fim para transpô-las para casos comparáveis e solucionar contradições derivadas do aparecimento de novos valores, *Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito*, pág. 77. Isso foi assentado no julgamento do MS nº 26.690, pela Suprema Corte brasileira, ao decidir que “a igualdade, desde Platão e Aristóteles, consiste em tratar-se de modo desigual os desiguais.” (Rel. Min. Eros Grau, julgamento em 3-9-2008, Plenário, DJE de 19-12-2008.)

³⁷² Essa feição do princípio da igualdade ficou evidenciada no julgamento pelo Supremo Tribunal Federal na ADPF nº 186, que tratou da constitucionalidade da política de cotas baseada em critérios étnico-raciais para ingresso nas universidades.

de democracia econômica e social³⁷³.

Jorge Miranda indica três pontos sobre os quais deve estar assentada a análise do princípio da igualdade: a) a igualdade não é identidade e igualdade jurídica não é igualdade natural ou naturalística; b) igualdade significa intenção de racionalidade e, em último termo, intenção de justiça; c) igualdade não é uma ilha, na medida em que se encontra conexa com outros princípios, razão pela qual deve ser entendida num plano global de valores, critérios e opções da Constituição material³⁷⁴.

Como consequência, o princípio da igualdade projeta uma igualdade fática, no plano de uma igualdade de oportunidades e da disponibilização de condições materiais que tenham condições, pelo menos, de diminuir as desigualdades existentes à partida³⁷⁵. Os direitos são os iguais para todos, mas nem todas as pessoas ostentam iguais condições para exercê-los, por isso é necessário que as condições para esse exercício igualitário devam ser recriadas “através da transformação da vida e das estruturas dentro das quais as pessoas se movem”³⁷⁶.

Note-se que o princípio da igualdade não proíbe que a lei estabeleça distinções³⁷⁷. O que não está autorizado é criar distinções arbitrárias³⁷⁸, despidas de justificação razoável e sem partir de critérios constitucionais relevantes, alicerçadas em razões materiais objetivamente aferíveis. Isso não significa a interpretação do princípio da igualdade confundase com a proibição do arbítrio, mas este atua como instrumento manejado para o controle judicial daquele, quando a violação da igualdade não é aferível isoladamente. Ainda assim, é possível haver violação da igualdade, sem que a medida seja excessiva ou desproporcional, para ela ser invalidada, já que o princípio ora em apreciação ostenta natureza jurídica autônoma e, enquanto tal, é apta a servir como parâmetro de controle sobre a atuação

³⁷³ Claus-WhoIn Canaris, *idem*, págs. 350/351.

³⁷⁴ Jorge Miranda, *Manual...*, *cit.*, tomo IV, pág. 280.

³⁷⁵ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, *cit.*, pág. 104. O Supremo Tribunal Federal, recentemente, em março de 2016, ao julgar o RE nº 778.889 que tratava do prazo para concessão de licença maternidade para as mães servidoras públicas adotantes, determinou a aplicação do mesmo lapso temporal de licença concedido às servidoras públicas mães decorrentes de gravidez e também para as mães adotantes vinculadas à iniciativa privada sob o fundamento, dentre outros, da igualdade, na medida em que apenas aquela categoria não poderia usufruir de prazo mais alongado, enquanto as demais mães adotantes ou gestantes poderiam.

³⁷⁶ Jorge Miranda, *Manual...*, *cit.*, tomo IV, pág. 268.

³⁷⁷ São exemplos em que a própria Constituição brasileira confere tratamento distinto para uma determinada situação ao tratar da licença-maternidade (art. 7º, XVIII) e da licença-paternidade (art. 7º, XIX); ao estabelecer prazos distintos para aposentadoria de homens e mulheres (art. 40. III; e art. 201, § 7º); ao instituir o serviço militar obrigatório para homens e isentá-lo para mulheres e eclesiásticos (art. 143).

³⁷⁸ Miguel Nogueira de Brito menciona que a concepção da igualdade como proibição do arbítrio é recorrente na jurisprudência do Tribunal Constitucional português ao proibir diferenciações sem qualquer justificativa razoável e, sob essa perspectiva, o tratamento deve ser semelhante quando não exista uma razão adequada para um tratamento diferenciado, mas é exigível um tratamento diferenciado quando exista uma razão adequada para tanto, *Medida e intensidade do controlo da igualdade...*, *cit.*, pág. 117.

estatal³⁷⁹.

Ainda assim, quando for necessário recorrer à igualdade proporcional, é imprescindível identificar se a medida desigual que tenha sido imposta guardava ou não proporcionalidade, na perspectiva das razões justificadoras da medida, bem como aquilatar se a diferenciação entre aqueles que sofreram a restrição em detrimento dos que não a sofreram estava devidamente justificada por um critério diferenciador, além de atender às existências da proporcionalidade. No entanto, é notório que sob a perspectiva da igualdade proporcional é atividade de difícil identificação com precisão entre a igualdade ou a desigualdade de algumas situações para controlar eventual distinção indevida, mas cabe ao intérprete determinar qual o critério de diferenciação ou de equiparação em relação ao direito que se analisa para encontrar a justa medida ao avaliar a atuação estatal³⁸⁰.

No controle de igualdade na atuação do Estado há de ser averiguado tanto os critérios da norma legal quanto aos constantes da Constituição, a partir do arsenal interpretativo, respeitando a liberdade de conformação do legislador, mesmo que variável perante a dicção constitucional do direito previsto. A dificuldade, elucida Jorge Miranda, está em definir o que é igual ou desigual, semelhante ou dessemelhante, comparável ou não comparável, porque vão além de critérios objetivos, por haver interferência das transformações socioculturais e as precompreensões³⁸¹.

3.2.2.3.5 O princípio da proteção da confiança

A Constituição brasileira não traz positivada a proteção da confiança³⁸² e da segurança

³⁷⁹ Na jurisprudência brasileira, recentemente, como já apontado, o julgamento da licença-maternidade para adotantes (STF, RE nº 778.889). Konrad Hesse noticia que a jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão caminha num sentido de utilizar o princípio da igualdade não apenas como proibição de arbitrariedade, mas amplia essa concepção progressivamente por elementos da proporcionalidade, inclusive mediante um controle mais severo sobre a liberdade conformadora do legislador, *Elementos de direito constitucional...*, cit., pág. 337.

³⁸⁰ Celso Antônio Bandeira de Mello refere que princípio da isonomia preceitua que sejam tratadas igualmente as situações iguais e desigualmente as desiguais, de modo que não há como “desequiparar pessoas e situações quando nelas não se encontram fatores desiguais”, além de a diferenciação do regime legal esteja correlacionada com a diferença que se tomou em conta, *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, p. 35. Na jurisprudência portuguesa encontra-se o exemplo lançado no acórdão nº 187/2013, em que se buscou desenvolver esse tratamento das medidas que estavam sob análise pelo filtro do princípio da igualdade.

³⁸¹ Jorge Miranda, *Manual...*, cit., tomo IV, pág. 285.

³⁸² Sobre o princípio da segurança jurídica, Humberto Ávila, *Teoria da Segurança Jurídica*, pág. 47 e segs. O referido autor leciona que a segurança jurídica é o princípio que serve de proteção “das confianças” (dos cidadãos em geral, em face do ordenamento jurídico como um todo), enquanto a proteção da confiança é um meio de garantia da “confiança” (de um cidadão em razão de uma manifestação particularizada do ordenamento jurídico), *idem*, pág. 275/276. Valter Schenquener de Araújo, *O princípio da proteção da confiança*, págs. 11 e segs. Paulo Mota Pinto trilha o mesmo caminho ao apontar que a confiança geral assegurada pelo Direito, de todos como fundamento da ordem jurídico-constitucional distingue-se da proteção da confiança enquanto

jurídica³⁸³, não obstante sejam a essência de um Estado de Direito³⁸⁴. Segundo Jorge Reis Novais, a luta pela Constituição e pelo Estado de Direito era também, desde as revoluções liberais, uma luta pela segurança jurídica, notadamente no que toca a limitação dos poderes da autoridade estatal que caracterizava o Estado absolutista, de modo a manter os indivíduos a salvo das arbitrariedades estatais³⁸⁵.

A proteção da confiança exige a fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência nos atos do poder³⁸⁶ de forma que o cidadão possa ver garantida a segurança em suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos próprios atos, inclusive de modo a ser exigível perante qualquer ato de qualquer poder³⁸⁷. Esse princípio traz a ideia de que o indivíduo tem de poder confiar em que seus atos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas embasados nas normas jurídicas vigentes e válidas sejam ligados aos efeitos jurídicos previstos por esses atos³⁸⁸. O Estado está vinculado pela proteção da confiança a um dever de boa-fé, de cumprimento substantivo e não meramente formal das normas, e da lealdade e respeito aos particulares³⁸⁹.

Canotilho aponta que os atos normativos exigem densidade suficiente na sua edição para alicerçar posições juridicamente protegidas dos cidadãos; para constituir uma norma de atuação para a administração; e para possibilitar, como norma de controle, a fiscalização da legalidade e da defesa dos direitos e interesses dos cidadãos³⁹⁰.

Esse princípio impõe ao Estado um dever de permanência da ordem jurídica, de durabilidade dos atos normativos, para manutenção da expectativa de confiança dos cidadãos

princípio jurídico-constitucional, esta voltada para a proteção de situações de confiança se sujeitos concretos e determinados, *A proteção da confiança na "jurisprudência da crise"*, pág. 1143. Jorge Miranda, *Manual...*, cit., págs. 310/319. J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 257. Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, cit., pág. 261 e segs. João Carlos Loureiro, *Proteger é preciso...* cit., págs. 255/398. Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, págs. 123/126.

³⁸³ Para Humberto Ávila o art. 5º, *caput*, da CF, ao estabelecer a segurança dentre os direitos fundamentais comporta a sustentação da segurança jurídica, aliado ao art. 1º, da CF, que preceitua o Estado de Direito, *Teoria da segurança jurídica*, pág. 263. No mesmo sentido, Valter Schenquener de Araújo, *O princípio da proteção da confiança*, págs. 48/49.

³⁸⁴ Claus-Whoeln Canaris preconiza que nenhuma ordem jurídica pode, totalmente, deixar de considerar o princípio da confiança, pois é próprio da ideia de Direito, *Pensamento sistemático...*, cit., pág. 122.

³⁸⁵ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes...*, cit., pág. 261.

³⁸⁶ Segundo Humberto Ávila, a proteção da confiança envolve (i) uma base de confiança; (ii) uma confiança nessa base, (iii) o exercício da referida confiança na base que a gerou; e (iv) sua frustração por ato posterior e contraditório do Poder Público, *Teoria da Segurança Jurídica*, cit., pág. 375.

³⁸⁷ A proteção da confiança foi incorporada expressamente ao ordenamento jurídico brasileiro em relação aos atos judiciais com a edição do novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/15), cuja entrada em vigor se deu em 18 de março de 2016, tendo como um de seus alicerces a segurança jurídica e a busca da não surpresa nas decisões judiciais em relação às partes, conforme se percebe do art. 9º e do art. 10 da nova legislação processual. Fredie Didier Jr., *Curso de direito processual civil*, volume 1, pag. 137 e segs.

³⁸⁸ J. J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 257.

³⁸⁹ Jorge Miranda, *Manual...*, cit., pág. 312.

³⁹⁰ J. J. Gomes Canotilho, *idem*, pág. 258.

na continuidade das situações jurídicas alicerçadas nas leis vigentes, além de servir de certa proteção aos cidadãos quanto à modificação das leis em detrimento da atividade desempenhada pelos poderes constituídos³⁹¹. Como refere Celso Antônio Bandeira de Mello, é “sabido e ressabido” que o ordenamento jurídico estabelece um quadro jurídico justamente para que as pessoas possam orientar o rumo de suas vidas, sabendo, desde já, o que devem ou não fazer, inclusive quanto às consequências de seus atos, pois é a certeza jurídica que “condiciona a ação humana”³⁹².

A questão que se coloca é que esse princípio colide com o poder de revisibilidade das leis que garante ao legislador a possibilidade de promover ampla conformação ou modificação na esfera normativa, situação também decorrente da própria atividade legislativa inerente ao Estado Democrático de Direito. Se é certo que o legislador ostenta possibilidade de alteração do ordenamento jurídico, também o é de que ele pode violar as expectativas legítimas dos cidadãos em caso de não observar do princípio da proteção da confiança na edição de atos legislativos despidos de interesse público elevado o suficiente para autorizar a desconsideração da situação daqueles que tiveram a suas expectativas frustradas³⁹³.

Isso é ainda mais sensível na especialmente na área de direitos custosos ao Estado, na qual há uma margem mais ampla de liberdade de conformação do legislador em virtude da revisão legislativa estar inserida na essência da atividade do Poder Legislativo. Ocorre que a avaliação acerca do respeito ou não pelo legislador (e também pelo administrador) à confiança pode ser levada a efeito em uma verificação caso a caso, na medida em que é sempre preciso considerar essa a margem de conformação que o Estado possui ao tratar de direitos sociais e, assim, aquilatar qual dos princípios deve prevalecer³⁹⁴.

Não âmbito do direito público não há como afastar a possibilidade de proteção da confiança depositada pelos cidadãos na atividade Estatal, razão pela qual a constatação da sua violação dependerá sempre do confronto entre a finalidade do bem comum ou do interesse público de um lado e, de outro, as expectativas, a confiança, frustradas pela medida em

³⁹¹ Humberto Ávila descreve que o princípio da segurança jurídica traz consigo a segurança no ordenamento jurídico porque princípios como o Estado de Direito ou o Estado Social de Direito são referentes ao conjunto do ordenamento jurídico como um todo; é também a segurança jurídica de uma norma geral e de uma norma individual; é a segurança jurídica de um comportamento notadamente estatal, *Teoria da segurança jurídica, cit.*, pág. 271.

³⁹² Celso Antônio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, pág. 124.

³⁹³ Valter Schenquener de Araújo, *O princípio da proteção da confiança, cit.*, pág. 171.

³⁹⁴ Essas dificuldades são encontradas na jurisprudência da crise portuguesa que tratou justamente, dentre outros, do princípio da proteção da confiança em detrimento da atividade do legislador e como resultado, declarou a inconstitucionalidade de medidas nos acórdãos nº 353/2012 e 862/2013, mas não o fez nas decisões tomadas nos acórdãos nº 399/2010, 396/2011, 187/2013 e 794/2013, o que enseja diversas críticas, como se pode aquilatar das palavras de Paulo Mota Pinto, *A Proteção da Confiança na “Jurisprudência da Crise”*, págs. 142/163.

análise³⁹⁵.

A possibilidade de alteração da legislação também está atrelada à aplicação da lei no tempo³⁹⁶: a) quando se tratar de alteração legislativa para situações jurídicas que venham a ocorrer no futuro, a liberdade de conformação do legislador é quase total, pois as expectativas que eventualmente se tenha sobre a permanência das situações futuras não ostenta relevância jurídica suficiente para impedir a atuação estatal; b) de outro lado, as leis retroativas restritivas de direitos são, em princípio³⁹⁷, inconstitucionais, porque afetam desvantajosamente situações estabilizadas ou resolvidas no passado e de maneira que os titulares dos direitos não poderiam contar razoavelmente com uma modificação legislativa³⁹⁸; c) há ainda as leis retrospectivas ou de retroatividade inautêntica, ocorrentes quando a vigência da lei é *ex nunc*, mas com possibilidade de afetar direitos, situações ou posições que, embora constituídas no passado sob a égide da lei anterior, prolongam seus efeitos no presente, hipótese em seu se presume a inconstitucionalidade, mas a depender da avaliação dos interesses no caso concreto de acordo com a previsibilidade, da segurança jurídica e da proteção da confiança em detrimento dos interesses prementes que justifiquem a exceção³⁹⁹.

Assim, para que se possa tutelar a confiança é preciso haver a existência de expectativas legítimas na continuidade de uma dada situação jurídica, devendo haver situações estimuladas, alimentadas ou, de alguma forma, toleradas pelo Estado, aliada a uma alteração inesperada do comportamento estatal de modo a prejudicar a confiança depositada pelos particulares no Estado e colocar em causa a solidez dessas expectativas⁴⁰⁰.

³⁹⁵ Paulo Mota Pinto, *A proteção da confiança na “jurisprudência da crise”*, pág. 165.

³⁹⁶ Jorge Miranda descreve que as alterações legislativas dirigidas para o futuro, mesmo que imediata e em face de situações concretas, não podem ser contestadas, à partida, em face da liberdade do legislador, desde que tenha havido respeito aos princípios da universalidade, da igualdade e da proporcionalidade, sendo que, quando afetar a expectativa do cidadão, deva fazê-lo por não possuir alternativa satisfatória em face do interesse coletivo, público ou geral. Nas modificações legais com eficácia retroativa, elas põem em causa diretamente o princípio da proteção da confiança e, por isso, devem ser declaradas inconstitucionais, *Manual..., tomo IV, cit.*, págs. 316/317.

³⁹⁷ De acordo com Jorge Reis Novais, somente a existência de um interesse público de realização premente e compulsiva poderia excepcionalmente justificar que situações ou posições dos particulares já juridicamente estabilizadas e consumadas viessem a ser afetadas retroativamente através de uma lei que ficciona a sua existência para momento anterior ao da sua real entrada em vigor, *Os princípios constitucionais estruturantes..., cit.*, pág. 265. Sobre a segurança jurídica no tempo, Humberto Ávila, *Teoria da segurança jurídica, cit.*, págs. 277/278.

³⁹⁸ Art. 5º, XXXVI, da CRFB: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”; art. 5º, XL, da CRFB: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”; art. 150, III, da CRFB: “cobrar tributos: a) em relação a fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da lei que os houver instituído ou aumentado; b) no mesmo exercício financeiro em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou; c) antes de decorridos noventa dias da data em que haja sido publicada a lei que os instituiu ou aumentou, observado o disposto na alínea b”.

³⁹⁹ Jorge Reis Novais, *Os princípios constitucionais estruturantes..., cit.*, págs. 264/266.

⁴⁰⁰ Jorge Reis Novais, *idem*, pág. 267. Valter Schenquener de Araújo, *O princípio da proteção da confiança, cit.*, págs. 57/66. O Tribunal Constitucional português sistematizou os critérios para proteção da confiança para a qual

3.2.2.3.6 Limites materiais de revisão constitucional e os direitos sociais

A Constituição Federal brasileira prevê expressamente a possibilidade de sofrer alterações formais mediante o processo de emendas constitucionais (art. 60, da CF) ou mediante a aprovação de tratados internacionais de direitos humanos, na forma do art. 5º, § 3º, da CF.

Esse processo de reforma constitucional encontra limitações formais⁴⁰¹, circunstanciais⁴⁰² e de conteúdo. O último, que interessa para este trabalho, exige uma especial atenção nesta altura, por estar atrelado às matérias que não podem ser objeto de processo de modificação da Constituição quando visarem uma abolição dos direitos nela previstos, expressamente excluídos da deliberação derogativa pelo legislador.

O constituinte originário indicou algumas matérias sensíveis ao contexto constitucional, que não podem ser excluídas da Constituição, como forma de manter a unidade no tempo do seu trabalho. Há uma vedação constitucional para que haja uma alteração constitucional tendente a abolir os direitos enunciados como cláusulas pétreas (art. 60, § 4º), cuja proteção busca resguardar o núcleo essencial do projeto do poder constituinte originário, na tentativa de preservar de quaisquer mudanças institucionalizadas. A finalidade, portanto, das cláusulas pétreas é a imutabilidade (quanto à abolição) de certas matérias, de forma a proteger as matérias mais importantes da Constituição.

As matérias que constituem as chamadas cláusulas pétreas estão arroladas no art. 60, § 4º e dizem respeito à (I) forma federativa do Estado, (II) ao voto direto, secreto, universal e periódico, (III) à separação dos Poderes e (IV) aos direitos e garantias individuais. A última hipótese é a que ostenta relevância no contexto deste trabalho, pois traz consigo discussões acerca do seu alcance, especialmente no que toca a inclusão ou não dos direitos sociais nesse núcleo duro previsto pelo constituinte originário.

é necessário (i) que o Estado tenha ensejado comportamentos capazes de gerar nos cidadãos expectativas de continuidade; (ii) essas expectativas devem ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; (iii) os cidadãos devem ter feito planos de vida tendo a expectativa de continuidade do comportamento estatal; e (iv) é necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa, conforme acórdão nº 128/2009.

⁴⁰¹ Os limites formais de alteração constitucional exigem quórum especialmente qualificado para a aprovação de emenda à Constituição: é necessária aprovação da emenda mediante voto favorável de 3/5 dos membros de cada Casa do Congresso Nacional e em dois turnos de votação em cada uma. Ainda, é vedado que a matéria constante de proposta de emenda rejeitada ou havida por prejudicada seja objeto de nova proposta na mesma sessão legislativa (CF, art. 60, § 5º).

⁴⁰² O poder de emenda também se submete a limites circunstanciais. Proíbe-se a mudança em certos contextos históricos adversos à livre deliberação dos órgãos constituintes, como a intervenção federal, estado de sítio ou estado de defesa (CF, art. 60, § 1º).

Como já mencionado, os direitos sociais estão elencados no Título II da Constituição Federal, que trata dos “Direitos e Garantias Fundamentais”, dentro do qual estão, além de outros, os capítulos “Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (Capítulo I) e “Dos Direitos Sociais” (Capítulo II).

Já ao tratar do art. 60, § 4º, IV, da CF, o constituinte elencou dentre as cláusulas pétreas os “direitos e garantias individuais”, expressão essa que não encontra correspondência exata no texto constitucional e tampouco corresponde ao título II da Constituição ou a algum de seus capítulos, razão pela qual a doutrina diverge quanto ao alcance da aludida expressão⁴⁰³.

A primeira interpretação trilha no sentido da necessidade de a expressão “direitos e garantias individuais” ser lida para abranger também os direitos sociais, na medida em que a Constituição brasileira não faz distinção entre os direitos de defesa e aqueles, além de a estrutura de muitos direitos de segunda dimensão ser equiparada aos de primeira, bem como porque uma interpretação restritiva excluiria a proteção das cláusulas pétreas sobre os direitos de nacionalidade e os direitos políticos⁴⁰⁴. Aliado a isso, a Constituição brasileira tem em seu núcleo essencial o princípio da dignidade da pessoa humana a irradiar proteção máxima sobre todos os direitos materialmente fundamentais, independente de sua posição formal, o que justifica que recaia um reforço especial sobre a matéria⁴⁰⁵.

De outro lado, existe entendimento no sentido de que essa interpretação extensiva não é mais adequada por contrariar aquilo que está expresso na Constituição, sem que exista um fundamento justificável de que não tenha sido a dicção legal o alcance pretendido pelo poder constituinte originário⁴⁰⁶. Argumenta-se, ainda, de que a menção a direitos individuais buscou justamente restringir a impossibilidade de atuação legislativa em um número menor de matérias, dado que se trata de uma norma limitadora da atividade do legislador e, por isso, deve ser interpretada de maneira restrita.

O Supremo Tribunal Federal ao ser confrontado com um pedido de suspensão da votação em proposta de emenda à Constituição que visava a reforma da previdência social,

⁴⁰³ Luís Roberto Barroso, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 241 e segs. Gilmar Ferreira Mendes, *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*, pág. 820. Ingo Sarlet, *A eficácia...*, *cit.*, pág. 557; Gilmar Ferreira Mendes, *Curso...*, *cit.*, pág. 155; Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O poder Constituinte*, 2014, pág. 202 e segs. Uadi Lammêgo Bulos, *Curso de Direito Constitucional*, 2014, págs. 416 e segs; Marcelo Novelino, *Manual de Direito Constitucional*, 8ª edição, 2013, p. 108. Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 51.

⁴⁰⁴ Ingo Sarlet, *A eficácia...*, *cit.*, pág. 557. O Supremo Tribunal Federal conferiu amplitude maior à cláusula contida no art. 60, § 4º, IV, da CF, para abranger também o princípio da anterioridade tributária, prevista no art. 150, III, 'b', da CF, quando do julgamento da ADI nº 937-7/DF.

⁴⁰⁵ Luís Roberto Barroso, *Curso...*, *cit.*, pág. 244.

⁴⁰⁶ Marcelo Novelino, *Manual de Direito Constitucional*, 8ª edição, 2013, p. 108.

que tramitava na Câmara dos Deputados e posteriormente deu origem à Emenda Constitucional nº 20/98, mencionou que a cláusula pétrea do art. 60, § 4º, I e IV, da CF, apenas impedia proposta tendente a abolir os direitos e garantias individuais ou a forma federativa do Estado⁴⁰⁷. Mas por esse julgamento é possível retirar a conclusão de que a Suprema Corte brasileira fez uma interpretação ampliativa da cláusula pétrea dos “direitos e garantias individuais” para abranger também o direito social decorrente do regime previdenciário⁴⁰⁸, não obstante tenha considerado a inexistência de qualquer afetação apta a afastar a tramitação da proposta de emenda à Constituição⁴⁰⁹.

Essa interpretação ampliativa da cláusula contida no art. 60, § 4º, IV, da Constituição Federal, foi admitida no referido caso pelo Supremo Tribunal Federal, mas sem uma discussão efetiva sobre o real alcance da expressão constitucional, de modo que não espancou as divergências doutrinárias sobre a questão.

Há duas perspectivas centrais para se chegar ao significado da norma constitucional do art. 60, § 4º, IV, da CF: uma delas diz respeito à própria expressão utilizada pelo constituinte; e outra, a (des)proteção das normas não consideradas como cláusulas pétreas no bojo da Constituição.

Quanto à expressão “direitos e garantias individuais”, é incontroverso não haver correspondência exata em outra parte da Constituição, mas isso não afasta o seguinte questionamento: essa expressão não ostenta um significado preciso nas normas constitucionais? E a resposta é positiva. Os “direitos” e as “garantias” possuem significação no direito constitucional, aqueles como representantes por si só de certos bens e estas destinatárias de assegurar as condições para fruição desses bens⁴¹⁰. Já o termo “individuais”, agregado à expressão “direitos e garantias”, confere a ideia daqueles direitos de defesa do indivíduo contra a atuação do Estado. No todo, a expressão “direitos e garantias individuais” prevista na Constituição está atrelada aos bens jurídicos constitucionais voltados à defesa da pessoa do indivíduo contra o Estado e dos meios postos à disposição daquele para poder exercitar a sua atuação defensiva em face deste.

A menção do texto constitucional aos direitos e garantias individuais não está, portanto, equivocada. Tampouco pode ser tido como desarrazoado que o constituinte tivesse a

⁴⁰⁷ Mandado de Segurança nº 23.047/DF.

⁴⁰⁸ O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE nº 633.703/MG, também ampliou a garantia da cláusula pétrea para abranger a previsão contida no art. 16 da Constituição Federal sobre a anterioridade eleitoral.

⁴⁰⁹ Isso se deve porque a postura adotada pela Corte Constitucional brasileira quanto às cláusulas pétreas está em resumir a impossibilidade de proposta de emenda à Constituição que tenda a abolir – ou seja, a atingir o núcleo essencial do direito previsto no § 4º, do art. 60 – restringido a interpretação quanto ao ponto severamente, como o fez no julgamento da ADI nº 2.024-2/DF, na medida cautelar.

⁴¹⁰ Para uma distinção entre direitos e garantias, Jorge Miranda, *Manual...*, cit., págs. 129/133.

intenção de conferir a impossibilidade apenas de uma proposta de emenda à Constituição tendente a abolir esses direitos que são os mais importantes para os cidadãos, pois aqueles voltados contra os bens jurídicos mais importantes dos indivíduos enquanto tais, na esteira da própria dignidade da pessoa humana.

Até porque, ao se ampliar as cláusulas pétreas para além do texto constitucional, criar-se-á uma limitação aos poderes do legislador mediante uma interpretação às normas constitucionais, sobre as quais não há um controle objetivo, em desrespeito à própria autonomia da atividade legislativa, cuja base está alicerçada na vontade do povo e na própria noção de democracia.

Mas essa conclusão leva à segunda indagação: então os direitos sociais, os direitos e nacionalidade e os direitos políticos podem ser abolidos pelo legislador? E aqui a questão passa pela proteção das normas constitucionais que não estejam arroladas como cláusulas pétreas.

Não se pode perder da retina que as cláusulas pétreas têm a pretensão de obstar proposta de emenda à Constituição que tendam a “abolir” os preceitos elencados como tais. Ou seja, qualquer outra proposta menos ampla que a abolição (leia-se, extinção completa, com perdão da redundância) não é passível de ser obstada, de modo que a proteção conferida pelas normas inseridas no art. 60, § 4º, da CF, é extremamente restrita. Aliás, foi isso que decidiu o Supremo Tribunal Federal no Mandado de Segurança nº 23.047, ao limitar essa proteção ao núcleo essencial dos direitos previstos naquele dispositivo legal. Vale dizer, não haver a abolição do instituto do ordenamento jurídico, não contrariou a cláusula pétrea.

A partir dessa concepção muito restrita da proteção das cláusulas pétreas, vê-se que a grande maioria das propostas de emenda à Constituição Federal sobre essas matérias não poderão ser barradas enquanto propostas que não as eliminem completamente. Isso significa que os projetos de modificações da Constituição podem ser votados e, conseqüentemente aprovados, o que não significa que sejam constitucionais e que não possam ser afastadas do ordenamento jurídico.

O que ocorre é que eventuais alterações constitucionais que não sejam abolicionistas quanto aos direitos e garantias individuais (para ficar restrito ao art. 60, § 4º, IV, da CF) e todas as outras emendas à Constituição (sobre direitos sociais, de nacionalidade, etc.) poderão passar pelo crivo do controle de constitucionalidade realizado pela jurisdição constitucional. Tanto é que não há discussão no campo doutrinário e jurisprudencial brasileiro acerca da

possibilidade de controle de constitucionalidade sobre as emendas constitucionais⁴¹¹.

E nesse controle é aplicável a forma aplicável a todas as restrições aos direitos sociais que ora se propõe e, com muito mais razão e intensidade, por se estar alterando o próprio texto da Carta Constitucional.

Como resultado, vê-se que os direitos sociais não estão desprotegidos como sustenta a tese ampliativa do conteúdo das cláusulas pétreas, na medida em que o fato de aqueles direitos não estarem inseridos no art. 60, § 4º, IV, da CF, não afasta o controle judicial sobre eventual alteração constitucional de suas normas. O que apenas não se pode evitar é que haja uma proposta de emenda tendente a abolir esses direitos. Mas caso ela seja levada a efeito, sem qualquer discussão, ela será considerada inconstitucional por violar a proporcionalidade e os demais princípios constitucionais.

De tal sorte, ainda que os direitos sociais não estejam incluídos no rol das cláusulas pétreas, é plenamente possível o controle de constitucionalidade sobre quaisquer medidas que venham afetar esses direitos elencados na Constituição, de maneira que eles estão suficientemente protegidos por ostentarem natureza de direitos fundamentais.

3.2.2.4 A atuação da jurisdição constitucional nas restrições aos direitos sociais

Diante de todo o contexto até agora exposto, é evidente ficar a cargo da jurisdição constitucional a proteção aos direitos sociais, em destaque contra a atuação do legislador e o administrador. É a justiça constitucional que ostenta a natureza contramajoritária e, em razão dela, é capaz e assegurar que não ocorram afetações inconstitucionais aos direitos dos cidadãos, inclusive no campo dos direitos sociais, onde o legislador possui ampla margem de conformação de diversos direitos.

Mas nem sempre foi assim a atuação da justiça constitucional e tampouco é pacífica essa incumbência, principalmente quando se trata de sustentar a posição de garante dos direitos sociais contra a atuação das instituições legitimamente eleitas no âmbito do Estado

⁴¹¹ Conforme Luís Roberto Barroso, é pacífica a possibilidade de controle de constitucionalidade de emenda à Constituição. Sujeita-se ela à fiscalização formal — relativa à observância do procedimento próprio para sua criação (art. 60 e § 2º) — e material: há conteúdos que não podem constar de emenda, por força de interdições constitucionais denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º). De parte isto, a Constituição prevê, também, limitações circunstanciais ao poder de emenda, que não poderá ser exercido na vigência de intervenção federal, de estado de defesa e de estado de sítio (art. 60, § 1º). Há precedente de declaração de inconstitucionalidade de emenda constitucional, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro*, pág. 198.

Democrático de Direito.

O constitucionalismo moderno surgiu no século XVIII a partir das constituições americana de 1787 e a francesa de 1791, mas ganhou a feição que hoje se tem a partir da segunda metade do século XX, especialmente depois de finda a Segunda Guerra Mundial. Desde então a Constituição adquiriu caráter de lei suprema, condição de validade de todo o ordenamento jurídico e ocupou o ápice da ordem jurídica do Estado⁴¹², afastando o modelo positivista a partir da crise de legalidade e da erosão do conceito de lei⁴¹³.

Essa supremacia constitucional, no entanto, teve como momento marcante a realização do controle judicial de constitucionalidade das leis (*Judicial Review*) pela Suprema Corte Americana no caso *Marbury vs. Madison*, de 1803, com o julgamento do *Chief Justice* John Marshall, ao afirmar a competência da Corte para, com base na Constituição, controlar e mesmo fulminar atos dos demais poderes da república, tendo, na ocasião, pronunciado a invalidade de uma norma que contradizia a Constituição norte-americana, tornando-a nula⁴¹⁴. Essa decisão introduziu o controle de constitucionalidade das leis pelo Poder Judiciário no âmago de uma lide, conferindo prevalência à Constituição como parâmetro para afastar a aplicação de um ato normativo emanado do Poder Legislativo.

No Brasil o controle de constitucionalidade das leis foi introduzido pela Constituição de 1891 a qual serviu de base para a Constituição portuguesa de 1911, apesar de haver uma resistência dos países europeus ao controle de constitucionalidade das leis. Essa resistência ao controle judicial dos atos legislativos na Europa tinha como causa a visão de Constituição como uma Carta de ordem política, moral ou cultural e não de ordem jurídica.

Mas, a partir da consagração da supremacia constitucional como norma jurídica coube à jurisdição constitucional a guarda daquele texto e com a sua instituição tornou efetiva a vinculação do legislador à Constituição⁴¹⁵, na medida em que o desrespeito das normas constitucionais poderia autorizar o controle judicial e a invalidação da atuação dos órgãos eleitos.

A partir desse contexto surgiu a justiça constitucional como responsável pelo controle de constitucionalidade das leis como se tem hoje, sendo que no modelo continental europeu a instituição nos ordenamentos constitucionais se deu em 1947 na Itália, com a *Corte Costituzionale*, e, em 1949, na Lei Fundamental da República Federal alemã. Mais adiante passou a integrar a Constituição portuguesa de 1976, a espanhola de 1978 e a brasileira de

⁴¹² Ferreira Filho, Manoel Gonçalves, *O paradoxo da justiça constitucional*, pág. 17.

⁴¹³ Ravi Afonso Pereira, *Interpretação constitucional e justiça constitucional*, pág. 71.

⁴¹⁴ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O paradoxo da justiça constitucional*, pág. 18.

⁴¹⁵ Ravi Afonso Pereira, *Interpretação constitucional e justiça constitucional*, pág. 45.

1988, esta nascida sob a inspiração americana e desenvolvida sob os estudos de Hans Kelsen⁴¹⁶.

No direito brasileiro, a proteção aos direitos sociais é fruto de uma interpretação constitucional não mais como mera carta política, programática, mas como instrumento jurídico inclusive nessa seara, o que conferiu instrumentos para a justiça constitucional ter especial relevância para garantia dos direitos fundamentais⁴¹⁷. A abertura principiológica trazida no texto constitucional passou a exigir da Corte Constitucional brasileira uma intervenção maior na atuação dos demais poderes do Estado, valendo-se da própria Constituição⁴¹⁸.

A razão de ser da justiça constitucional reside justamente na necessidade de estabelecer limites à atuação do poder político, de modo a garantir o seu correto exercício e, assim, proteger os cidadãos contra a atuação do Estado. Essa limitação estatal é ínsita ao Estado Democrático de Direito pela criação de uma estrutura constitucional com funções, competência e legitimação de órgãos para um controle recíproco do poder (*checks and balances*)⁴¹⁹ e com maior fundamento quando a própria Constituição consagra os direitos sociais dos cidadãos⁴²⁰.

⁴¹⁶ Manoel Gonçalves Ferreira Filho, *O paradoxo da justiça constitucional*, pág. 19.

⁴¹⁷ José Manuel M. Cardoso da Costa, *O Tribunal Constitucional portuguesa face a uma Constituição em mudança*, pág. 489.

⁴¹⁸ No controle constitucional das afetações aos direitos fundamentais dos cidadãos o intérprete constitucional deve levar em consideração que os direitos sociais não são exigíveis sempre da mesma maneira e que o sopesamento entre a ação estatal e os direitos social garantido pode gerar direitos definitivos distintos, sendo esse resultado a medida da constitucionalidade ou não da intervenção do Estado, conforme leciona Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pág. 513.

⁴¹⁹ Gomes Canotilho, *Direito Constitucional...*, cit., pág. 250. Supremo Tribunal Federal, ADI nº 2.213.

⁴²⁰ Essa postura de garante dos direitos sociais, no entanto, é controversa, pois quando o controle de constitucionalidade adentra em decisões que envolvem matéria política, especialmente ao realizar fiscalização abstrata de diplomas emanados do Estado, a justiça constitucional é descrita como um obstáculo para a atuação governamental e também como um órgão que extravasa a sua função técnico-jurídica, Antônio de Araújo e Pedro Coutinho Magalhães, *A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias?*, pág. 209. Em razão de a justiça constitucional ser rotulada por vezes dessa maneira, é importante a adoção de mecanismos de atuação jurídica para afastar o mais possível que a existência da jurisdição constitucional seja vista como política e passe a ser entendida como jurídica. Para tanto ela deve ser ater, no controle da ponderação do legislador, a critérios jurídicos colhidos a partir da interpretação jurídica e recusando o envolvimento na política, de acordo com o sustentado por Jorge Reis Novais, *As restrições...* cit., pág. 888. Em sentido diverso, José Manuel M. Cardoso da Costa, *Constituição e Justiça Constitucional*, pág. 173, para quem o Tribunal Constitucional tem que “virtualmente repetir a ponderação já feita pelo legislador”, ainda que agregado um juízo jurídico baseado em princípios e outras ordens constitucional. Como a jurisdição constitucional lida com questões de poder, cujo reflexo diz respeito à atuação dos órgãos de Estado e de sua legitimidade, a decisões sobre essas questões repercutirá, mais ou menos intensamente, no processo político e na forma como dará o seu desenvolvimento, José Manuel M. Cardoso da Costa, *Constituição e Justiça Constitucional*, pág. 173. Pela natureza sensível de muitas questões submetidas à justiça constitucional e da necessidade de preservação das decisões democráticas Cass R. Sunstein invoca a ideia do minimalismo judicial, inclusive defendendo o “uso construtivo do silêncio” pelos juízes (numa alusão à não-intervenção do poder judiciário) por questões pragmáticas, estratégicas e democráticas, *On Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Corte*, pág. 5. José de Melo Alexandrino compactuou desse entendimento ao avaliar a jurisprudência da crise portuguesa, quando referiu que numa

Aliás, a vigília do Estado no que toca os direitos sociais é de maior relevância, uma vez que são direitos que ensejam custos ao Estado e, por esse motivo, são os primeiros a serem afetados conforme há alteração ideológica nos Poderes Legislativo e Executivo, bem como quando o ente estatal atravessa por uma situação de dificuldades econômicas⁴²¹. Isso faz com que se justifique a necessidade de intervenção da justiça constitucional para avaliar se eventuais afetações aos direitos sociais levada a efeito são ou não legítimas.

A autorização constitucional para jurisdição constitucional se sobrepõe às deliberações dos órgãos legitimamente eleitos decorre da própria instituição pelo poder constituinte originário do controle de constitucionalidade ao poder judiciário e da inclusão dos direitos fundamentais sociais como parte integrantes do núcleo material da Constituição. O controle judicial das medidas de estatais em confronto com os direitos fundamentais decorre, também, da própria natureza desses direitos, ainda que o Estado tenha agido dentro da sua legitimidade democrática e orientado à prossecução do bem comum⁴²².

Já o instrumento que a justiça constitucional dispõe para tanto é mediante o controle de constitucionalidade dos atos normativos, sendo este o principal meio de atuação da jurisdição constitucional⁴²³: de avaliar a conformidade dos atos estatais – normativos ou não⁴²⁴ - com as normas previstas na Constituição⁴²⁵.

“situação de grave crise intersistêmica, perante a série de opções e escolhas trágicas a fazer, impõe-se não só uma leitura adequada da Constituição nacional, mas necessariamente também um equivalente esforço de autocontenção do juiz constitucional.” E seguiu o autor ao preconizar que “em zonas onde se deva reconhecer a existência de uma margem de conformação do legislador, o Tribunal Constitucional deve considerar-se incompetente”, *Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades*, págs. 67/68.

⁴²¹ Como em momentos de crise é que o Estado tende a atingir de modo mais contundente os direitos sociais dos cidadãos, observação esse apontada por Robert Alexy, *Teoria dos direitos fundamentais*, pág. 513, é neste contexto que a jurisdição constitucional é imprescindível para assegurar respeito aos mandamentos constitucionais estabelecidos pelo Estado Democrático de Direito. Essa foi uma das conclusões apontadas no “Seminário internacional sobre a proteção dos direitos econômicos e sociais em tempos de crises econômica e o papel dos juízes”, na chamada Carta de Ouro Preto, que pode ser obtida no *site* <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/CartaOuroPreto.pdf>.

⁴²² Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, pág. 30. Essa atuação realizada pela jurisdição constitucional através do controle de constitucionalidade busca justamente a proteção das minorias contra a legislação advinda da maioria decorrente da concepção de democracia pluralista, conforme aponta Ravi Afonso Pereira, *Interpretação constitucional e justiça constitucional*, pág. 50. A necessidade de o Estado proteger os direitos sociais conformados é imprescindível porque, conforme Gilmar Ferreira Mendes, em virtude das crises sociais e econômicas do século XX o Estado não é mais o simples vilão dos direitos fundamentais, mas também tem a missão de preservar a sociedade civil dos perigos de deterioração que ela própria fermenta, *Curso de Direito Constitucional*, pág. 209.

⁴²³ Entenda-se jurisdição constitucional como sinônimo de justiça constitucional para fins deste trabalho, não obstante não ser consensual a sua identificação, sendo considerada como a atividade jurisdicional desempenhada pelos juízes constitucionais, Maria Benedita Urbano, *Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade*, pág. 15.

⁴²⁴ Ressalve-se aqui a impossibilidade de haver controle de constitucionalidade na justiça constitucional portuguesa de atos não legislativos, ou seja, do óbice para que o Tribunal Constitucional português possa avaliar a conformidade constitucional de um ato administrativo ou judicial.

⁴²⁵ Na atuação da justiça constitucional há quem defenda o “minimalismo judiciário” através de fórmulas decisões estreitas e adequadas apenas para o caso, sem condicionar para além da própria jurisdição

Mas o fato de o controle de constitucionalidade poder ser exercido sobre questões de direitos sociais⁴²⁶, sensíveis às alterações legislativas e aos humores dos poderes democraticamente eleitos, o juiz constitucional só deve intervir caso haja uma afetação nesta área pelas opções políticas do legislador ou da administração, e, para tanto, deve contar com a forma que permite maior controle sobre a própria atuação da jurisdição constitucional. No momento em que o Estado delibera sobre a validade constitucional sobre questões de ampla margem de discricionariedade por parte do legislador, para realizar o seu papel contramajoritário é imprescindível um esforço hermenêutico apurado, de modo a deixar clara a sua intervenção a partir de parâmetros jurídico-constitucionais, sem averiguar as escolhas políticas propriamente ditas, pois assim não haverá identificação da atividade judicial com a política.

É certo, por outro lado, que a dificuldade está justamente em manter a força normativa da Constituição sem deixar o processo político ser conduzido pelo direito ou que este seja refém das análises econômicas⁴²⁷. Por isso é importante que a justiça constitucional não atue de forma a tentar corrigir a Constituição⁴²⁸, mas deve partir do pressuposto de que todos os preceitos constitucionais detêm uma função normativa e não meramente programática, de modo que nesse trabalho não há que se falar em autocontenção⁴²⁹.

constitucional o debate e a decisão do legislador democrático. Aliado a isso, sustentam a impossibilidade de atuação dos Tribunais Constitucionais quando estiver em discussão políticas públicas, ainda que ligada a direitos fundamentais. Essa forma de atuação está ligada à visão da justiça constitucional como legislador negativo, voltada apenas para aparar os desvios excessivos ou inadmissíveis perpetrados pelo Estado, Paulo Mota Pinto, *Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa*, p 207. Já o Supremo Tribunal Federal brasileiro trilha caminho inverso ao afirmar ser atribuição da justiça constitucional tornar efetivos os direitos sociais, sob pena de admitir uma violação da Constituição e, dessa forma, comprometer a integridade da própria ordem constitucional. Admite, ainda que excepcionalmente, ser possível a realização desses direitos quando houver descumprimento dos encargos político-jurídicos estabelecidos constitucionalmente pelos demais poderes (ADPF nº 45).

⁴²⁶ Isso não significa que todas as medidas adotadas que afetem os direitos fundamentais devam ser rechaçadas pela jurisdição constitucional porque não existe qualquer mandamento constitucional que obste absolutamente a restrição aos direitos sociais. Aliás, os entes estatais o fazem a todo instante quando modificam as leis laborais dos trabalhadores públicos e privados, a legislação sobre impostos, sobre educação, sobre saúde, etc., de modo que o papel a ser desempenhado pela justiça constitucional é o de avaliar se as medidas adotadas estavam dentro dos parâmetros constitucionais, mediante critérios jurídicos, afastando do ordenamento jurídico aquelas que não estejam.

⁴²⁷ Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, pág. 329.

⁴²⁸ Ainda que exista uma preocupação com a atuação do legislador na supressão de direitos sociais, não cabe ao juiz constitucional a criação de um direito ou de um parâmetro de controle não oferecido pelo próprio texto constitucional em nome da necessidade de corrigi-la. Ele deve atentar para o texto da lei fundamental e a partir de então guiar a sua decisão, mas sem modificar aquilo que ela estabelece. Em relação ao segundo, a força normativa da Constituição impõe à jurisdição constitucional que não se furte de aplicar o texto constitucional na solução dos casos em julgamento, ainda que para isso tenha que contrariar a norma legal editada pelo legislador infraconstitucional. No que toca o terceiro aspecto, no exercício da jurisdição constitucional as questões que contrariem a Constituição devem ser afastadas do ordenamento jurídico, na medida em que o legislador e o administrador estão estritamente vinculados à Constituição e isso não pode ser menosprezado quando da análise de seus atos em confronto com a norma superior.

⁴²⁹ Vital Moreira, *Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça*

Além do mais, controle judicial deve estar atento à densidade normativa do texto constitucional. Na hipótese de se estar lidando com uma regra constitucional o controle sobre uma interferência estatal é mais forte. Caso de trate de princípios, quanto maior for a margem de decisão política do legislador garantida pela Constituição, menor será a intensidade do controle judicial sobre as medidas tomadas por ele⁴³⁰, porquanto há mais espaço para a criatividade legislativa e menos para a atuação judicial. A abertura deixada ao legislador está vinculada à intensidade do controle judicial, sendo que ambos estão ligados à estrutura da norma constitucional, da forma como a sua concretização depende ou não, ou em maior ou em menor medida, da conformação legislativa levada a efeito⁴³¹.

Esse controle forte da restrição a direitos fundamentais pode sofrer também variações internas conforme o direito violado. E para tanto a jurisdição constitucional deve observar a natureza da norma constitucional e o grau de afetação ao direito, sendo que quanto maior foi a interferência do Estado mais exigente deve ser o controle (a título exemplificativo, veja-se a evolução dos precedentes do Tribunal Constitucional Português e do agravamento das restrições aos direitos sociais⁴³²). Também deve ser levada em conta a espécie do dever estatal em causa, ou seja, se é um dever de respeito, um dever de proteção ou um dever de promoção. E ainda deve ser analisado se está em causa um direito negativo ou positivo.

Atento a essas diferentes situações, à conformação do legislador e às especificidades no seu controle já expostas, não é possível à justiça constitucional se valer da técnica de subsunção, mas acaba por ter de valer-se da ponderação de maneira a controlar a invasão sobre as normas fundamentais⁴³³. Mas dizer que a técnica da ponderação é utilizada para resolver os casos que aportam perante a jurisdição constitucional, por si só, não é suficiente para esclarecer a maneira de a jurisdição constitucional avaliar o controle de constitucionalidade das normas, razão pela qual a fundamentação do juiz constitucional deve

constitucional, pág. 193-194.

⁴³⁰ Jorge Miranda, *Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional*, pág. 97

⁴³¹ Jorge Reis Novais, *As restrições...*, *cit.*, pág. 889.

⁴³² A natureza dos direitos sociais como fundamentais faz com que recaia sobre eles uma especial proteção, em destaque quando se trata da sua vertente negativa, pela dimensão de defesa. Mas mesmo com esse manto protetor, os direitos sociais podem sofrer restrições caso haja justificativa forte o suficiente para fazê-los ceder e dentre essa justificativa está, v.g., uma grave crise-econômica, apoiada na reserva do financeiramente possível. Por isso as restrições aos direitos sociais estão submetidas a um controle judicial forte, a quem cabe avaliar se houve violação os princípios constitucionais de modo a tornar a atuação estatal inconstitucional. O Estado não poder realizar restrições abusivas, desproporcionais, imprevisíveis, discriminatórias, lesivas à confiança e à dignidade da pessoa humana. Há uma verdadeira proibição da arbitrariedade nessas medidas, ainda que se esteja diante de uma crise econômica, razão pela qual as restrições aos direitos fundamentais sociais devem ser pautar nos princípios constitucionais estruturantes, especialmente por critérios de proporcionalidade e de progressividade, como bem leciona Jorge Miranda, *Parecer sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial*, pág. 21.

⁴³³ Maria Lúcia Amaral, *Justiça Constitucional e trinta anos de Constituição*, pág. 147.

atentar para os parâmetros citados de modo a justificar a sua intervenção na atividade legislativa.

E ao fundamentar uma decisão judicial devem ser observadas todas as teses geradoras do conflito a partir dos argumentos suscitados e não apenas explicar o que convenceu o julgador, mas explicar os motivos de sua compreensão, efetuando uma justificação de sua interpretação⁴³⁴. Com isso, o juiz constitucional consegue demonstrar que a sua decisão é a mais adequada para aquele caso de acordo com o sistema jurídico e afasta (ou pelo menos minimiza) a possibilidade de sua atuação ser considerada discricionária e substitutiva da vontade do legislador pela vontade judicial.

O que não se pode perder de vista é que a vinculação dos tribunais às normas constitucionais sobre os direitos fundamentais exige, na interpretação, na integração e na aplicação delas que haja a máxima eficácia possível dentro do sistema jurídico e, quando da não aplicação dos preceitos legais que não os respeitem, com os instrumentos e técnicas da apreciação da inconstitucionalidade material mais exigentes⁴³⁵.

Tudo isso de modo tornar racional a fundamentação das decisões de ponderação para que as torne subjetivamente acessíveis, compreensíveis e abertas à crítica pública, mas que seja também intrinsecamente suscetível de generalização e aplicação a todas as situações que repliquem as mesmas ou análogas circunstâncias de fato⁴³⁶.

3.3 A aplicabilidade do controle das restrições aos direitos sociais na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal

Nesta altura, trazidos os fundamentos que alicerçam a tese até então sustentada, da inexistência do chamado “princípio da proibição do retrocesso” no âmbito constitucional brasileiro e da existência de proteção suficiente aos direitos sociais pela razão de serem

⁴³⁴ Lênio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*, pág. 320.

⁴³⁵ Jorge Miranda, *O princípio da eficácia dos direitos fundamentais*, pág. 492.

⁴³⁶ Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, pág. 83. Herbert L. A. Hart aponta que justamente as regras jurídicas produzem a consequência trazerem previsibilidade a partir da definição e organização oficial, *O conceito de direito*, pág. 15. Para Gonçalo de Almeida Ribeiro, as virtudes cardiais de um juiz que se socorra dos princípios é a razoabilidade das soluções perfilhadas, a previsibilidade das decisões, a adequação funcional dos juízos, a legitimidade da intervenção contramajoritária e a abertura cosmopolita ao pluralismo jurídico, *O constitucionalismo de princípios*, pág. 82. Por essa razão, é necessário que as premissas utilizadas nas decisões judiciais possam ser avaliadas de modo a reproduzir os mesmos resultados quando verificadas idênticas hipóteses de incidência do ordenamento jurídico e, assim, alcançar a previsibilidade decorrente da própria noção de direito.

direitos fundamentais, faz-se necessário colocar à prova os fundamentos lançados até aqui. A dimensão empírica dos fundamentos expostos é imprescindível para que a tese tenha alguma valia, na medida em que expor argumentos exclusivamente teóricos sem relacioná-los com a práxis torna limitada a perspectiva do estudo realizado.

Afastada, portanto, a suposta base constitucional do “princípio da proibição do retrocesso”, fixadas as premissas como forma de controle das restrições aos direitos sociais e da maneira como deve se dar a atuação da jurisdição constitucional na proteção desses direitos, é oportuno aplicar o que foi sustentado aos precedentes já analisados do Supremo Tribunal Federal. Essa testagem servirá para demonstrar a possibilidade de proteção aos direitos sociais sem o recurso ao um instituto dogmaticamente implausível no direito brasileiro.

Importante registrar que a análise dos precedentes tem como foco a proibição do retrocesso, ou seja, o modo como ele foi invocado nos julgamentos e, nessa hipótese, como deveria se dar a solução da questão ao invés de se recorrer a esse instituto. Por isso não será o caso de adentrar em toda a *ratio decidendi* de cada julgado e tampouco em relação ao que foi exposto pelos Ministros individualmente. Isso porque a extensão que um trabalho nesse sentido exigiria não cabe no âmbito deste, considerando que, via de regra, são 11 votos para cada uma das decisões tomadas em Plenário e 5 votos para aquelas realizadas no âmbito das Turmas da Corte Constitucional brasileira.

Assim, a limitação da cognição ficará adstrita ao objeto deste trabalho, até para que não se possa perder o centro daquilo que se busca debater.

1. Na **Ação Declaratória de inconstitucionalidade nº 2.213** foi sustentada a proibição do retrocesso sob uma fundamentação genérica sem “promover uma específica análise comparativa entre tal princípio e cada uma das normas ora impugnadas”, conforme apontou o Ministro Celso de Mello, o que, por si só, já descaracterizaria a plausibilidade jurídica da tese, segundo o Relator. Ainda, afastou a utilização desse princípio porque não poderia considerar como um avanço social atos de violência direta, revestidos de ilicitude.

Sob a perspectiva que ora se sustenta, de não haver um princípio da proibição do retrocesso social, o controle do ato legislativo deve passar pela metodologia antes exposta, a viabilizar a verificação de sua compatibilidade constitucional.

Em primeiro lugar, mostra-se imprescindível aquilatar se há um direito social protegido. No caso, a alegação da parte autora da ADI é que teria sido criada nova hipótese de propriedade insuscetível de desapropriação, violando o rol taxativo previsto na Constituição, criando obstáculos jurídicos que não se legitimariam em face dos arts. 184 e 185 da CF, além

de vedar a destinação de recursos em contrariedade à liberdade de pensamento e de associação, ao ato jurídico perfeito, ao juiz natural, ao devido processo legal, à amplitude de defesa, ao contraditório e à presunção de não culpabilidade, bem como por violar a proporcionalidade e a proibição do retrocesso.

É perceptível a existência do direito social à reforma agrária de imóvel rural, suficientemente conformado a ponto de ostentar densidade normativa para fins de controle das medidas incidentes sobre a matéria, porquanto o constituinte já descreveu os imóveis passíveis de desapropriação, bem como conferiu parâmetros mínimos indenizatórios a serem observados⁴³⁷. Também havia conformação mínima das entidades passíveis de receber verbas públicas que poderiam deixar de ter esse benefício caso houvesse envolvimento em esbulho possessório de imóveis rurais ou bens públicos. Assim, existiam direitos sociais suficientemente conformados e dignos de proteção.

No segundo passo, da verificação das restrições aos direitos sociais, há autorização constitucional para restringir os direitos sob análise, porquanto o constituinte remete à legislação estabelecer o procedimento de reforma agrária, as características das terras passíveis de serem desapropriadas e as hipóteses de cumprimento da função social.

Então a atuação do legislador foi expressamente autorizada pelo constituinte, o qual, no exercício dessa autorização, à partida legítima, buscou excluir das possibilidades dos cidadãos de se valerem de condutas ilegais a pretexto do exercício do seu direito social.

Como consequência, não apenas existe a possibilidade de o legislador restringir a forma e as áreas passíveis de ser objeto de reforma agrária, como o meio escolhido pelo Estado para excluir determinadas situações do exercício desse direito é manifestamente legítima, na medida em que afastou apenas os pretensos titulares dos direitos que pretendessem se valer de atividades ilícitas para tanto.

Por isso que os dispositivos legais que se pretendeu fossem declarados inconstitucionais, em que pese tenham limitado os direitos sociais que à partida os seus beneficiários poderiam usufruir, sofreram restrição por autorização do constituinte e para excluir condutas ilegais, previstas como crime na esfera penal. Como o Estado não pode estimular ou tolerar práticas ilícitas, a atuação estatal com a edição da lei – além de estar autorizada⁴³⁸ - não impõe uma restrição inconstitucional, pois busca a proteção da

⁴³⁷ Arts. 184/186 da CF.

⁴³⁸ Como há autorização constitucional para restrição aos direitos sociais, o legislador goza de uma margem mais ampla de atuação e o controle pela jurisdição constitucional acaba por ser menos intenso, limitado a resguardar apenas aquelas atividades do Estado que foram desproporcionais ou arbitrárias, sem que seja necessário verificar

propriedade, do devido processo legal e da legalidade, com a exclusão de condutas manifestamente infundadas, impassíveis de serem utilizadas como fundamento para opor à restrição lançada pelo Estado.

Em virtude disso, as medidas restritivas adotadas sequer chegariam a ter sua solução confrontada nos limites aos limites porque em que pese haver o direito social à reforma agrária, por haver autorização constitucional para atingir esse direito e por se pretender garantir a prática de atos ilegais para o seu exercício, era manifestamente inadmissível as razões invocadas no ponto.

A solução para a constitucionalidade da legislação questionada não passaria – como não passou – pela proibição do retrocesso, mas por uma análise adequada da situação em conflito existente no processo a partir da identificação dos direitos em causa, da autorização constitucional e da exclusão de atos ilícitos como parâmetro para confrontar com a restrição levada a efeito.

Quanto à existência de retrocesso de direitos sociais, aliás, nesta decisão o Ministro-relator identificou justamente um dos problemas do princípio da proibição do retrocesso que é a utilização genérica, sem a adequada adaptação ao caso concreto para justificar algo por vezes injustificável, como o que se pretendia neste caso com possibilidade de se invocar o direito ao esbulho possessório.

2. No julgamento da **Ação Declaratória de inconstitucionalidade nº 4.578** discutia-se a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10 por haver ampliado as situações de inelegibilidades dos candidatos a mandatos políticos. Na ocasião o Ministro-relator invocou a inexistência de violação ao princípio da proibição do retrocesso social, sob o fundamento de que a presunção de inocência em matéria eleitoral não atingiu “consenso básico a demonstrar sua radicação na consciência jurídica geral”. O controle judicial se deu em virtude da inexistência de arbitrariedade na restrição legislativa e tampouco afetação ao núcleo essencial do direito⁴³⁹.

No caso em apreciação, não se estava perante um direito social, mas um direito político, quanto aos critérios necessários para elegibilidade do candidato, ou seja, para o exercício da sua capacidade eleitoral passiva. O direito de um determinado cidadão ser candidato a um cargo público está previsto na Constituição Federal (art. 14), juntamente com algumas restrições expressamente previstas pelo constituinte (art. 14, §§ 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 8º,

a fundamentação lançada para restringir os direitos e tampouco abordar a legitimação da própria possibilidade de sua ocorrência, conforme leciona Jorge Reis Novais, *As restrições...*, cit., pág. 286.

⁴³⁹ Assim também se desenvolveram as Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADC) nº 29 e 30.

e art. 15). Além disso, a Carta Constitucional autoriza expressamente a instituição de outras condições (restrições) para o exercício desse direito e, dentre elas, está estabelecido que “*Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a probidade administrativa, a moralidade para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta*” (§ 9º, do art. 14).

Na esteira dessa previsão constitucional foi editada a Lei Complementar nº 135/2010 – conhecida como Lei da Ficha Limpa – que trouxe várias hipóteses de inexigibilidade aos pretendentes a cargos públicos. Pelo fato de haver autorização constitucional para restringir o acesso de cidadãos aos cargos públicos prevendo novas hipóteses de inexigibilidade, a atividade legislativa era, *prima facie*, constitucional.

Assim, as restrições incluídas pela nova legislação estavam sujeitas apenas ao controle em face dos princípios constitucionais estruturantes do Estado ou de outro princípio constitucional que tenha sido violado pela norma. Na hipótese, houve a análise do princípio da presunção de inocência em conjugação com a cláusula aberta prevista no art. 14, § 9º, sobre a “vida pregressa do candidato”, além dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade.

Nessa perspectiva, o recurso à proibição do retrocesso em nada agregou ao controle das restrições levadas a efeito pela justiça constitucional, porquanto os próprios parâmetros utilizados como limites aos limites já estavam sob apreciação, de maneira que o recurso à vedação do retrocesso apenas serviria de mais uma utilização retórica, genérica, do que como um método efetivo de controle. Tanto é que a sua incidência foi afastada ao caso mediante o recurso à existência “de consenso básico” inserido na “consciência jurídica geral” quanto à presunção de inocência no âmbito eleitoral, sem que se possa ter parâmetros mínimos do que isso signifique enquanto critério balizador de retrocessos ou de sua vedação quanto aos direitos fundamentais.

De tal sorte, a forma de atuação da jurisdição constitucional valeu-se dos limites aos limites e neles efetivamente foi tratada a questão posta à apreciação, sem que a suposta vedação do retrocesso tenha agregado qualquer proteção ao direito em análise, constituindo-se apenas mais um fundamento sem bases sólidas, afastado de igual modo pela Suprema Corte brasileira.

Isso demonstra que a efetiva proteção aos direitos fundamentais reside nos limites aos limites, depois de identificados os direitos em conflito e a possibilidade de restrição, tal como realizado neste caso.

3. No julgamento do **Vigésimo Quinto, do Vigésimo Sexto e do Vigésimo Sétimo Agravo Regimental na Ação Penal 470** (conhecido como caso do “Mensalão”) a invocação ao princípio da proibição do retrocesso foi levada a efeito ao se analisar se a Lei nº 8.038/90 poderia revogar o art. 333, inc. I, do Regimento Interno do STF e vedar a utilização dos embargos infringentes, sob o enfoque de que caracterizaria um retrocesso na implementação do direito de defesa dos acusados e do devido processo legal.

Os direitos constitucionais em causa eram o direito à ampla defesa e ao contraditório, os quais não ostentam parâmetros constitucionais mínimos, pois tanto um quanto outro dependem de conformação legislativa para que se possa ter o seu conteúdo básico. Na espécie, a sustentação foi no sentido de que já havia um recurso previsto no regimento interno do Supremo Tribunal Federal e a sua revogação por uma lei posterior caracterizaria uma restrição a esses direitos, por se caracterizar um retrocesso.

Como o recurso já estava previsto na legislação e uma supressão posterior caracterizaria uma afetação desfavorável ao direito à ampla defesa e ao contraditório, é lícito tomar como um direito a ser tutelado pelo Estado, à partida, com o direito a manutenção do recurso no ordenamento jurídico.

A possibilidade de restrição pelo legislador ordinário é patente, porquanto em que pese a Constituição não estabelecer especificamente a possibilidade de restrição aos direitos da ampla defesa e do contraditório, ela preceitua caber ao Estado legislar sobre matéria processual (art. 22, I, da CF), necessária para conformar os aludidos princípios, o que significa que ela autoriza a atividade legislativa para instituir e modificar os sistemas processuais, neles incluídos os recursos a eles inerentes.

Com isso, evidencia-se haver uma autorização constitucional para eventuais alterações no âmbito processual, no que está inserida, em princípio, a possibilidade de supressão de recursos. Então caberia, no terceiro momento do procedimento de controle judicial sobre as medidas restritivas de direitos fundamentais, avaliar se eventual extirpação do recurso dos embargos infringentes violaria ou não os chamados limites aos limites.

O Ministro Luiz Fux trilhou o sentido de que não haveria retrocesso porque essa espécie recursal era um “pormenor de regulamentação”, citando Vieira de Andrade, razão pela qual não haveria um direito fundamental à sua manutenção no ordenamento jurídico, especialmente porque não compõe o núcleo essencial do devido processo legal. Também foi asseverado que a supressão do recurso não configura retrocesso quanto ao duplo grau de jurisdição porque está mantido o devido processo legal, o contraditório, a ampla defesa e vai ao encontro da duração razoável do processo, adequando-se ao postulado da

proporcionalidade.

Mais uma vez aqui se percebe que a questão foi solvida não pela proibição em retroceder, mas pela atuação dos limites aos limites (proporcionalidade), de maneira que aquela proibição foi afastada como forma de proteção aos direitos em causa, em que pese tenha sido analisada se a medida era ou não retrocessiva. Mas, ao fim e ao cabo, a avaliação da constitucionalidade se deu a partir de um juízo de proporcionalidade, sendo considerada constitucional para esse Ministro a revogação dos dispositivos do Regimento Interno do STF, tanto que fora expressamente consignada a impertinência da “discussão sobre a vedação do retrocesso”.

Para além do voto do Ministro Luiz Fux, houve, em sentido oposto, o voto do Ministro Ricardo Lewandowski que invocou a doutrina de Luiz Flávio Gomes para defender que a revogação do referido recurso caracterizaria um retrocesso de direitos fundamentais. No entanto, não desenvolveu qualquer raciocínio para além da citação doutrinária a justificar a sua aplicação no caso concreto, limitando-se a enunciar a situação e mencionar não haver maiores dúvidas de aplicação na teoria de direitos fundamentais, pois “nem o legislador, nem o administrador e nem mesmo o julgador podem atuar no sentido de restringir os direitos e liberdades que a Constituição assegura”⁴⁴⁰.

Nesse contexto, é perceptível que a utilização da proibição do retrocesso, além de não agregar proteção especial aos direitos fundamentais, quando utilizada o é de maneira aleatória, sem qualquer construção dogmática sobre o instituto, e, como visto, até contraditória, porquanto para um Ministro a proibição do retrocesso era impertinente e para outro foi utilizada como fundamento para decidir.

A conclusão que se chega, a partir deste julgado, é a de ser necessária a adoção de uma forma clara de controle de atuação da jurisdição constitucional sobre as restrições aos direitos fundamentais, de modo que reduziria as contradições como existentes neste julgamento ou, pelo menos, limitar-se-ia a questões pontuais, mas não sobre um princípio sem base constitucional, cujo manejo é sempre levado a efeito a partir de citações genéricas, sem sequer mencionar a fonte constitucional de sua previsão na situação concreta.

Por isso, a decisão estaria em conformidade com a dogmática dos direitos

⁴⁴⁰ Sobre essa manifestação do Ministro, mostra-se absolutamente equivocado, na medida em que não há grandes discussões acerca da inexistência de direitos absolutos, os quais podem ceder em determinadas situações, de modo que é impossível se sustentar, de acordo com a dogmática de direitos fundamentais, a impossibilidade absoluta de restrição aos direitos previstos na Constituição como aparentemente referido na decisão. Tanto é que a doutrina de direitos fundamentais se debruça sobre os limites a esses direitos, sobre os limites aos limites e as técnicas de controle pela jurisdição constitucional, de maneira que se mostra rasteira a argumentação utilizada para defender a impossibilidade de se retroceder no campo dos direitos constitucionalmente previstos.

fundamentais caso tivesse deixado claro que o direito à ampla defesa e ao contraditório dependem de conformação legislativa⁴⁴¹ e que, como ela já havia sido realizada, a sua modificação com a supressão recursal ensejaria uma restrição a esses direitos com autorização constitucional para tanto. Dessa forma, a preocupação quanto ao controle de constitucionalidade estaria ligado apenas no momento da incidência dos limites aos limites, já que à partida as razões para a restrição seriam legítimas, facilitando o desenvolvimento para a própria Corte do manejo dessa questão e tornando-o adequado a toda teoria dos direitos fundamentais.

4. Na **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.350** tratou-se da constitucionalidade de medidas de racionalização do seguro DPVAT sob a ótica, dentre outros, do princípio da vedação ao retrocesso social. Na ocasião foi asseverado que este “não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quanto não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais”. A argumentação se desenvolveu sob as premissas de ter havido alterações marginais sobre os contornos do referido seguro de modo a viabilizar a sua subsistência, pois foi respeitado o núcleo essencial do direito, razão pela qual era possível retroceder⁴⁴².

A questão colocada nesta ação disse respeito às medidas modificadoras das regras do seguro DPVAT (destinados às vítimas de acidentes de trânsito) com a finalidade de diminuir o montante a ser indenizado em caso de morte e de lesões corporais.

De acordo com o procedimento que ora se propõe para o controle das medidas restritivas de direitos sociais, em primeiro lugar é evidente a existência de um direito social digno de proteção e já suficientemente conformado, pois a legislação que trata do seguro DPVAT busca conformar o conteúdo do direito à saúde em relação aos danos pessoais sofridos por acidentes causados por veículos automotores em vias terrestres. Assim, no momento em que houve a edição da primeira normatização prevendo a existência de indenizações para quem fosse vítima dessa espécie de acidente, os cidadãos passaram gozar desse direito, de modo que é possível invocar a proteção constitucional sobre as medidas posteriores à sua instituição, que viessem afetá-los desfavoravelmente.

Num segundo plano, é perceptível a incidência de uma restrição sobre os direitos inicialmente conformados, na medida em que houve uma diminuição ao montante que os

⁴⁴¹ Aliás, essa é a posição que o Supremo Tribunal Federal adota quanto à constatação de violação da ampla defesa, do contraditório, do devido processo legal e dos limites da coisa julgada, pois necessitam de análise da legislação infraconstitucional, como pode se observar do julgamento do ARE nº 748.371.

⁴⁴² Em sentido muito próximo foi o julgamento do Recurso Extraordinário com Agravo (ARE) nº 704.520, ocasião em que também foi tratado do tema (DPVAT – proibição do retrocesso).

indivíduos teriam direito pela lesão ao seu direito à saúde causada pelo envolvimento em um acidente de trânsito. Como a indenização é uma decorrência da previsão constitucional do direito à saúde, mas não ostenta qualquer conformação ao nível da Constituição, coube ao legislador dar o sentido preciso a ele, assim como também pode modifica-lo dentro dos parâmetros constitucionais⁴⁴³.

De tal sorte, no terceiro momento do controle da medida restritiva, basta a verificação da observância dos limites aos limites que, na espécie, estavam ligados aos princípios da proporcionalidade da redução dos valores indenizatórios, da igualdade em relação à atenção com a saúde do lesionado, da dignidade da pessoa humana e do núcleo essencial do direito em questão.

Já o princípio da vedação do retrocesso, mais uma vez, não teve qualquer condão protetivo, não agregando outro fundamento para além dos demais princípios constitucionais invocados, como se pode perceber da referência expressa de que o seu manejo “não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamento [sic] das garantias sociais”.

Vale dizer, de acordo com a decisão, apenas os princípios constitucionais (existentes) e a garantia do núcleo essencial é que seriam aptos a proteger os direitos fundamentais contra atuação legislativa retrocessiva e não o suposto princípio ora em estudo.

5. No **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352** analisou-se a possibilidade de o Poder Judiciário determinar ao Poder Executivo a melhora no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. No julgamento do **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337** a questão posta à apreciação da Suprema Corte brasileira tratava da determinação ao poder público de matricular crianças de até cinco anos de idade em unidade de ensino infantil, próximas de sua residência. Por ocasião do **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 727.864**, tratou-se do custeio pelo Estado de serviços hospitalares prestados por instituição privadas em benefício de pacientes do SUS, atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública. E no **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745** a discussão estava em torno da omissão estatal na adoção de medidas para assegurar o acesso e o gozo no campo da saúde⁴⁴⁴.

⁴⁴³ No bojo da fundamentação foi sustentado que “(...) o tema ventilado deve ser solucionado na arena do Poder Legislativo, tal como, de fato, foi. Incumbe aos representantes eleitos pelo povo a escolha de quais prioridades devem ser atendidas. Ao Supremo Tribunal Federal cabe, dentre outras atribuições, sob pena de se criar uma ditadura da minoria, exercer o controle de constitucionalidade das leis e retirar do ordenamento jurídico normas que sejam incompatíveis com a Carta Maior. O Poder Judiciário não deve ultrapassar essa zona de entrincheiramento alicerçado em discursos estritamente principiológicos.”

⁴⁴⁴ Todos esses casos tinham em comum o fato de tratar da vertente positiva dos direitos sociais, pois neles houve

O que chama a atenção quanto à proibição do retrocesso nesses casos é, primeiro, a sua utilização contra a omissão do Estado e não para a defesa de determinado indivíduo contra uma ação (positiva) que tenha restringido os direitos sociais. Ou seja, o Estado nada fez, quando supostamente deveria ter feito, e, por essa razão, teria diminuído os níveis de concretização dos direitos sociais, inclusive pela ausência de “políticas compensatórias”. Em segundo lugar, salta aos olhos o manejo meramente retórico do instituto, porquanto não trouxe em seu bojo qualquer distinção entre os fundamentos de um caso para outro. Em terceiro, a menção ao Tribunal Constitucional português de que se valeu da proibição do retrocesso contra atuação estatal que revogou garantias no âmbito da saúde pública (Ac. nº 39/94), sem discorrer sobre as verdadeiras razões da decisão levada a efeito pela Corte portuguesa.

A partir das constatações acima, é nítida a utilização desvirtuada do instituto já controverso na sua origem e, indevidamente, transposto para o sistema brasileiro. Como se viu, a ideia por de trás da proibição do retrocesso, para quem a defende, é evitar uma atuação livre do legislador para desfazer os níveis já alcançados quanto aos direitos sociais – concretizados -, como de resto, é a finalidade da própria natureza dos direitos fundamentais. Mas nos casos ora em análise, o Tribunal recorreu a esse instituto, poder-se-ia dizer, de forma “inovadora”, para situações em que o Estado não agiu, nada fez, omitiu-se. Vale referir, a inação estatal teria causado um regresso quanto aos direitos dos indivíduos.

Mais controverso ainda é o manejo da vedação do retrocesso e mais evidente é a completa ineficácia como um princípio jurídico a ser levado a sério. Ora, não há como aceitar que o Estado ao nada fazer possa ter causado um retrocesso no âmbito dos direitos sociais. Para haver uma retrocessão é necessário que exista um determinado parâmetro mínimo e haja uma atuação estatal para regredir aquele patamar alcançado. No momento em que o poder público nada faz, ele, no máximo, pode ser considerado em mora por não o fazer, por não melhorar os níveis de proteção do direito social, mas não pode ser acusado de ter diminuído a proteção sobre eles, na medida em que ele, surpreendentemente, nada fez.

Isso significa que se há alguma chance de se sustentar a impossibilidade de retrocesso enquanto princípio, ela deve se dar quando há uma atuação do Estado no sentido de diminuir os níveis de proteção sobre os direitos sociais, afetando desvantajosamente o direito do

a imposição pelo Poder Judiciário ao Poder Executivo para que adotasse determinada postura em face da omissão do Estado. Os julgamentos foram todos de relatoria do Ministro Celso de Mello, no âmbito da Segunda Turma do Tribunal, e as decisões dos demais integrantes do colegiado foram acompanhando o voto do relator. Digno de nota que no julgamento do **Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada nº 223** (STA 223-AgR/PE), que também tratava da vertente positiva dos direitos sociais, pois o recorrente buscava a realização de um procedimento cirúrgico custeado pelo Estado, houve referência na ementa do julgado de a proibição do retrocesso ter sido utilizada como fundamento para decidir, mas esse argumento sequer foi citado no bojo do acórdão, de maneira que não se pode dizer que a decisão tenha se pautado por esse instituto.

cidadão. Quando o indivíduo não consegue acesso a determinado direito (v.g., não consegue matrícula na escola, não tem o fornecimento de determinado medicamento, não tem atendimento em maternidade ou não possui hospital público para seu atendimento), se o Estado nada faz para que ele seja viabilizado ao cidadão, não é crível sustentar que o ente estatal tenha retrocedido pela sua omissão, porque não há como tirar ou diminuir o que não se tem.

Logo, nesses julgamentos realizados pelo Supremo Tribunal Federal não é minimamente admissível a utilização do princípio da proibição do retrocesso como forma de proteção do indivíduo contra uma atuação que atinja desfavoravelmente o seu direito. Além de se mostrar repreensível a carência argumentativa no manejo do instituto mediante a reprodução *ipsis litteris* dos fundamentos sem qualquer menção ao caso concreto submetido a julgamento.

Desse modo, por não se estar sob a vertente defensiva dos direitos sociais nos casos citados, não é aplicável a sistemática que ora se propõe para controlar a atuação do Estado quando estiver em jogo uma afetação dos direitos dos cidadãos.

6. O Ministro Celso de Mello também invocou idênticos argumentos sobre a proibição do retrocesso, e sem qualquer distinção ao caso, ao analisar o **Recurso Extraordinário nº 658.312**. No julgamento tratou-se da recepção pela Constituição de 1988 do artigo 384 da CLT, que estabelece o intervalo de 15 minutos para mulheres trabalhadoras antes da jornada extraordinária, sob a perspectiva da isonomia em relação aos trabalhadores do sexo masculino.

Aqui o direito social invocado dizia respeito à necessidade de haver um intervalo de 15 minutos para as trabalhadoras mulheres quando do início da jornada extraordinária de trabalho. O direito em discussão foi previsto pela CLT, cujo ordenamento jurídico é anterior à Constituição de 1988, razão pela qual foi questionado se as empresas deveriam respeitar o referido lapso temporal ou se ele não havia sido recepcionado pela nova ordem constitucional. A restrição do direito, portanto, estava sendo realizada no âmbito laboral, na medida em que a empresa recorrente não observava o período de intervalo previsto na legislação, sob o argumento de inconstitucionalidade. Já o parâmetro constitucional de controle foi o princípio da igualdade, sob a perspectiva de vedar tratamento distinto nas relações laborais por razões de sexo.

O Supremo Tribunal Federal efetuou o controle da recepção do dispositivo legal pela nova ordem constitucional de acordo com os parâmetros sustentados neste trabalho, não obstante tenha havido referência à proibição do retrocesso pelo Ministro Celso de Mello, como

o fez em outros julgamentos. Mas na verdade, a sistemática adotada pelo Tribunal ao caso foi justamente de expor o direito social, de demonstrar a existência de uma restrição sobre ele (não pelo legislador, mas pelo destinatário da norma – o empregador) e de recorrer aos limites aos limites (o princípio da igualdade) como forma de verificar a compatibilidade constitucional com a legislação questionada.

E foi essa forma de controle que prevaleceu no julgamento e não a proibição do retrocesso, invocada por apenas um dos Ministros, de sorte a demonstrar a falta de juridicidade quanto à incorporação do instituto pela Corte Constitucional brasileira.

7. A proibição do retrocesso também fora invocada pelo Supremo Tribunal Federal ao tratar de direitos políticos, como ocorreu na **Medida Cautelar na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 4.543**, ao avaliar a constitucionalidade da impressão do voto realizado na urna eletrônica em detrimento da garantia do sigilo da votação. A vedação do retrocesso serviu de suporte para a Relatora, Ministra Carmem Lúcia, conceder a medida cautelar e impedir que fossem impressos os votos dos eleitores porque isso representaria uma violação à garantia constitucional do voto secreto e deixaria vulnerável o processo eleitoral. O Ministro Luiz Fux, em seu voto, também utilizou o princípio da vedação do retrocesso no sentido de que a norma questionada viola a consciência jurídica nacional acerca da percepção jurídica da matéria, sob a perspectiva da intangibilidade da eleição e da liberdade do eleitor. Também o Ministro Ayres Britto valeu-se da proibição do retrocesso em razão das cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, da CF, que garantem um avanço e não um retrocesso nas conquistas jurídicas democraticamente alcançadas.

No entanto, no bojo do julgamento, o Ministro Gilmar Mendes não subscreveu a utilização do princípio da proibição do retrocesso, sob o argumento de não ser necessário recorrer ao instituto, que é “um mero auxílio hermenêutico”, pois há proteção constitucional suficiente, nos termos que se adota neste trabalho. Alertou o Ministro ter preocupação que o manejo da vedação do retrocesso passe a ter como parâmetro de controle as leis consideradas “boas” e não apenas a Constituição, com a consequência de poder se tornar “irrevogáveis por esse princípio”. Inclusive referiu que no caso bastaria utilizar o texto constitucional acerca do voto direto, secreto e universal, previstos nos artigos 14 e 60, §4º, da CF, em confronto com a possibilidade de vazamento e publicidade indevida do voto, sem a necessidade de se recorrer ao princípio invocado⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ Interessante trazer neste momento as preocupações lançadas pelo Ministro Gilmar Mendes no julgamento, pois são as inquietações justificadoras deste trabalho. Disse ele: “Só estou querendo deixar claro que, nas possíveis escolhas – não é nem esta a hipótese – de meios a serem feitos pelo legislador, nós podemos ter opções,

É exatamente a perspectiva que ora se sustenta: a desnecessidade de recorrer à proibição do retrocesso para a proteção dos direitos fundamentais, por não trazer qualquer proteção agregada ao controle das medidas restritivas aplicadas sobre eles, no caso, dos direitos políticos.

Na metodologia ora apresentada, o primeiro passo a ser dado para uma construção dogmaticamente adequada do controle da medida estatal é identificar os direitos políticos em causa: o segredo das votações e a liberdade do eleitor.

Num segundo momento, é preciso aquilatar se a medida estatal afeta desvantajosamente esse direito e se há determinação ou autorização constitucional para tanto. Na espécie, tratava-se da criação do voto impresso, contendo um número de identificação, associado à assinatura digital do eleitor. Essa previsão aparentemente viola a garantia fundamental do voto secreto, previsto no art. 14, *caput*, e art. 60, § 4º, II, ambos da Constituição Federal, os quais não ostentam previsão ou autorização constitucional para sofrer restrição.

A terceira medida diz respeito à avaliação da restrição sob a perspectiva dos limites aos limites. Uma dessas barreiras é a existência de cláusulas pétreas previstas no art. 60, §4º, da Carta da República, que, em seu inciso II, preceitua como insuscetível de emenda tendente a abolir o voto secreto. Isso significa que nem uma emenda à Constituição seria capaz de arrostar o voto secreto, dada a impossibilidade de abolição pelo atual sistema constitucional brasileiro, e, com mais razão ainda, essa possibilidade de estende a uma norma legal.

De tal sorte, o fato de a garantia fundamental ser considerada cláusula pétrea, obsta qualquer atuação estatal tendente a aboli-la, de modo que não seria necessário recorrer à proibição do retrocesso social para chegar à conclusão escancarada pelo próprio texto constitucional. Aliado a isso, poder-se-ia sustentar que a violação da liberdade do eleitor e da garantia do voto secreto, pela sua impressão, afrontaria o direito fundamental, tornando-o letra

do ponto de vista financeiro, mais onerosas, tendo em vista determinados cuidados. Amanhã vamos estar a discutir não a questão do voto, mas algum sistema de controle das pensões e aposentadorias do INSS, ou um sistema de monitoramento das rodovias federais, ou qualquer outra questão que tenha uma demanda técnica bastante acurada. Por isso, há um espaço de escolha do legislador que não roça com a temática do parâmetro de controle, ainda que se diga: 'Fez-se uma opção eventualmente mais onerosa'. Como haverá também casos em que o legislador, talvez pensando em fazer o bem, como diz o Evangelho, acaba fazendo o mal, do ponto de vista constitucional". Adiante ele continua: "Então, é preciso estar atento a esse aspecto do princípio do não retrocesso, especialmente em relação a modelos legislativos. É verdade que essa ideia foi de algum tempo muito divulgada entre nós, especialmente no âmbito dos direitos sociais. Quem acompanha, por exemplo, a crise europeia atual, e também os seus antecedentes, sabe que esse mesmo princípio, hoje, vem sendo substancialmente revisto, até mesmo quando inculpido no texto constitucional". E termina o Ministro exortando isto: "Agora, diante de modelos legislativos cristalizados, Presidente, não me parece que seja de invocar (...) o princípio do não-retrocesso, sob pena de nós criarmos um novo parâmetro de controle, ao lado dos parâmetros constitucionais efetivamente positivados, que é este modelo jurídico exitoso ou simpático. Esse não pode ser o critério. Haverá leis boas, leis más, leis feias!"

morta, a ponto de encontrar proteção na necessidade de resguardar um núcleo mínimo do direito afetado (pela via da proporcionalidade). A impressão do voto propiciaria acessar o seu conteúdo e verificar a identidade do eleitor, publicizando o teor da votação, pondo em cheque a garantia constitucional.

Frente ao cenário que se colocou, recorrer à proibição do retrocesso mesmo “como reforço de argumento à luz dos princípios materiais de interpretação da Constituição”, nos termos asseverados na decisão, chancela a dispensabilidade do instituto como proteção de direitos fundamentais, bastando que se exalte a natureza dos direitos em causa e se aplique o método de proteção a eles destinado de modo unívoco, sem necessitar recorrer a qualquer auxílio hermenêutico posterior.

8. Na **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104-0**, o Supremo Tribunal Federal se deparou com o controle de constitucionalidade da alteração do regime jurídico previdenciário dos servidores públicos em face do direito adquirido (art. 5º, XXXVI, da CF). A emenda constitucional questionada modificou o regime para aqueles servidores que ainda não tinham preenchido os requisitos para a aposentadoria na data da entrada em vigor da emenda à Constituição.

A Corte entendeu inexistir direito adquirido a regime previdenciário, pois a aposentadoria somente se constitui direito constitucional quando formalizado perante a autoridade competente, cuja aplicação normativa obedece às normas em vigor no momento da passagem para a inatividade. Até então há apenas uma expectativa de direito despida de proteção constitucional, passível de modificação pelo legislador. Em relação à proibição do retrocesso, especificamente, a Ministra Carmem Lúcia, Relatora, asseverou que apenas seria possível a sua utilização na hipótese de se tratar da extinção da possibilidade da aposentadoria. Como era outra a questão posta, pois a alteração constitucional visava construir um novo modelo previdenciário, não era caso do manejo do instituto.

A linha argumentativa traçada pela Ministra-relatora demonstra, mais uma vez, a falta de efetividade do princípio da proibição do retrocesso para a proteção dos direitos sociais. Ao limitar a vedação do retrocesso à retirada total do ordenamento jurídico da possibilidade de aposentadoria, em nada agrega em relação à falta de proporcionalidade pela supressão do direito social em questão e tampouco pela evidente lesão ao princípio da proteção da confiança das pessoas que pretendem se aposentar, e da dignidade da pessoa humana dos cidadãos que precisam do benefício para se manter durante a velhice, os quais são adequados e suficientes para avaliar a medida em qualquer hipótese.

O fato de ter sido sustentada a proibição do retrocesso e, em seguida, afastada por não

ter havido a extinção da aposentadoria, deixa transparecer a falta de uma fundamentação adequada quanto às restrições efetivadas entre a conformação do direito e a sua total aniquilação. Também confere uma ampla margem para o legislador navegar e efetivar medidas restritivas sem ser o risco de serem consideradas inconstitucionais, afastando inclusive um controle sobre a racionalidade da própria decisão.

Caso tivessem sido utilizados critérios universalizáveis de controle das restrições aos direitos fundamentais, ter-se-ia uma forma de maior previsibilidade na atuação jurisdicional e para o desenvolvimento da *ratio decidendi* utilizada.

Na espécie, era necessária a demonstração de que o direito social à aposentadoria possuía assento constitucional suficientemente conformado a esse nível. Depois, que a emenda constitucional causou uma restrição à possibilidade de aposentadoria pelos cidadãos, pois exigia deles o preenchimento de requisitos mais justos para a obtenção do benefício. Ao final, caberia analisar se as alterações no regime de previdência não foram de encontro aos limites aos limites, levando-se em conta as razões do legislador para promovê-las, de modo que a realizar um controle intenso sobre elas, já que se estava diante de alterações do próprio texto constitucional.

Nesse último momento, caberia à jurisdição constitucional levar a efeito a justificação do legislador quando da verificação dos limites aos limites, o que tornaria o método de controle visível e para que fosse possível identificar quais os limites da atuação do Estado. O simples fato de ter se referido à inexistência de direito adquirido frente à emenda constitucional e que só é impossível retroceder no campo dos direitos sociais quando afastá-los por completo do ordenamento jurídico, não confere qualquer segurança jurídica ao jurisdicionado e tampouco previsibilidade para as modificações futuras pelos entes estatais. Tampouco demonstra até onde pode haver a compressão do direito à aposentadoria dos servidores públicos e qual é a forma e a intensidade de controle sobre eles que a Corte Constitucional brasileira admite.

9. O Supremo Tribunal Federal foi instado a se manifestar, no **Mandado de Segurança nº 24.875-1**, sobre a constitucionalidade do ato do Presidente da Corte que havia determinado a redução dos proventos dos aposentados ao teto constitucional estabelecido pela EC nº 41/03, limitado ao subsídio dos Ministros da própria Corte.

Por ocasião do julgamento foi concedida parcialmente a segurança no sentido de assegurar aos aposentados os valores por eles recebidos até que o subsídio dos Ministros da ativa atingissem idêntico patamar, a partir de quando seria possível o reajuste aos aposentados. A argumentação se desenvolveu no sentido da impossibilidade da redução dos

proventos pela existência de garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, forma qualificada de direito adquirido.

O Ministro Celso de Mello foi quem trouxe à baila a proibição do retrocesso social para justificar que os níveis de concretização desses direitos fossem reduzidos ou suprimidos sem que existissem políticas compensatórias. Também neste julgamento houve apenas a enunciação da tese do princípio da proibição do retrocesso, sem qualquer análise específica ao caso modo a justificar a sua aplicação. Noticiou-se a existência do referido princípio que impediria o retrocesso e por essa razão o Ministro acompanhou o relator quanto à irredutibilidade de vencimentos até que o montante fosse coberto pelo subsídio fixado em lei para os Ministros em atividade no STF.

Na decisão é perceptível a desnecessidade de se recorrer ao princípio da proibição do retrocesso para fins de proteção dos direitos fundamentais. Nos termos ora propostos, caberia à Suprema Corte invocar que se estava diante do direito social aos proventos de aposentadoria; identificar, num segundo momento, a existência da restrição a esse direito no momento em que o Presidente da Suprema Corte determinou a sua redução aos patamares dos Ministros da ativa, sob alegação de cumprimento da emenda constitucional; e no terceiro momento fazer o controle com base na regra constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, já que se tratava de uma garantia de direito adquirido qualificada, estruturante do próprio serviço público.

De tal sorte, o recurso à proibição do retrocesso não agregou qualquer proteção especial ao direito social invocado senão como um instrumento meramente retórico. Por isso a Corte Constitucional fez bem ao centrar a discussão na garantia constitucional da irredutibilidade dos vencimentos, pois afastou qualquer discussão sobre o parâmetro de controle e assentou o *decisium* sobre base sólida e dogmaticamente adequada ao bem jurídico que se pretendia tutelar.

10. No **Recurso Extraordinário com agravo nº 709.212** a discussão se deu em torno do prazo prescricional para a cobrança de valores não pagos para o Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS). O Ministro-relator pontou que o FGTS se trata de um direito de índole social dos trabalhadores, cuja cobrança deve ser realizada nos prazos previstos no próprio texto constitucional (art. 7º, XXIX) e, assim, afastou a possibilidade de prescrição trintenária por violar o aludido dispositivo da Carta Magna. A Ministra Rosa Weber invocou como um dos fundamentos a possibilidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso e fez alusão ao julgamento proferido pelo STF no ARE nº 639.337, da relatoria do Ministro Celso de Mello, de modo a manter e entendimento da Corte sobre a prescrição

trintenária quanto à matéria. O Ministro Luiz Fux defendeu não haver retrocesso social na alteração do prazo prescricional de 30 para 5 anos para cobrança do FGTS porque existem mecanismos de compensação à medida em caso de desamparo do trabalhador.

Com supedâneo no teor do referido julgado, vê-se que a vedação do retrocesso invocado pela Ministra Rosa Weber se deu em relação à interpretação da própria Corte Constitucional, na medida em que ostentava uma jurisprudência acerca do prazo prescricional trintenário para a cobrança do FGTS e, em mutação constitucional, a revisitou para fixá-lo em cinco anos, nos termos da previsão literal do art. 7º, XXIX, da Constituição Federal.

Nos termos da sistemática de controle que se está a propor, a situação deste caso encontra como ponto de partida a identificação do direito social do trabalhador ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, benefício garantido desde 1966. Após a Constituição Federal de 1988 sobreveio legislação que deu nova disciplina ao FGTS e fixou o prazo trintenário de prescrição para a sua cobrança. Essa ampliação, no entanto, violou uma regra constitucional que prevê o prazo de 5 anos para que possam ser cobradas verbas resultantes das relações de trabalho (art. 7º, XXIX), razão pela qual o Supremo Tribunal Federal entendeu que não mais se poderia manter a jurisprudência formada antes da própria Constituição de 1988 no sentido de que a prescrição para cobrança do FGTS era trintenária.

Com isso, a nova legislação foi considerada inconstitucional porque a restrição imposta a esse direito de cobrança dos valores decorrentes da relação laboral foi instituído pelo próprio poder constituinte originário, de forma a ser descabido sustentar a impossibilidade de retroação quanto a esse direito. A proteção que se busca dar aos direitos fundamentais, em especial aos sociais, está ligada ao seu assento constitucional e quando o próprio constituinte afasta determinado direito mediante a instituição de uma regra na nova ordem constitucional, não poderia o legislador atuar em sentido contrário.

Sequer poder-se-ia cogitar de se tratar de ampliação da garantia ao trabalhador, na medida em que em outro sentido o dispositivo constitucional invocado também é uma garantia ao empregador, cuja segurança jurídica encontra a mesma sorte de ostentar amparo na Constituição, decorrência do Estado de Direito. Desse modo, ainda que possa ter havido uma tentativa de ampliar esse direito social do trabalhador pela via infraconstitucional, tal atuação legislativa contrariou regra prevista na Carta Republicana, que exige observância estrita pelo Poder Legislativo, de modo a ser considerada inconstitucional a medida.

Isso demonstra que o princípio da proibição do retrocesso foi utilizado para sustentar proteção contra o próprio texto da Constituição na qual, supostamente, suas bases deveriam estar alicerçadas, razão pela qual se verifica no ponto mais uma inadequação para ser

invocada contra o aludido instituto.

11. Importante trazer ainda a questão levada ao Supremo Tribunal Federal na **Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 3.128-7**. A provocação da jurisdição constitucional buscou confrontar o art. 4º, *caput*, da Emenda Constitucional nº 41/2003, com a Constituição Federal. A disposição da emenda à Constituição estava ligada à modificação no regime próprio de previdência dos servidores públicos, aproximando-o do regime geral de previdência social, cujo tema central foi a instituição da contribuição previdenciária para os servidores públicos aposentados.

A decisão trilhou no sentido da constitucionalidade da emenda, sob o argumento de: (i) não haver direito adquirido a sistema tributário (a contribuição previdenciária é considerada uma espécie tributária); (ii) a regra não ser retroativa, por incidir apenas aos fatos geradores ocorridos após a sua vigência, ainda que incidisse para quem já estava aposentado; (iii) não se falar em irredutibilidade de vencimentos diante de uma espécie tributária, porquanto criaria uma imunidade tributária não prevista na Constituição Federal; (iv) o sistema previdenciário ser de caráter contributivo e solidário, com a finalidade de manter o equilíbrio financeiro e atuarial, equidade na forma de custeio e diversidade de base de financiamento.

Com exceção do Ministro Celso de Mello⁴⁴⁶, a proibição do retrocesso social não foi invocada por nenhum outro integrante da Corte, nem por aqueles que entenderam pela inconstitucionalidade da medida que instituiu a contribuição previdenciária aos aposentados. A decisão foi pautada pelo confronto das alterações promovidas pela emenda constitucional com as garantias constitucionais do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da irredutibilidade dos vencimentos.

Diante das premissas até então suscitadas, a forma de controle quanto às alterações promovidas pela emenda constitucional nº 41/2003 seria a seguinte maneira: a evidenciação de que estava em jogo o direito social à aposentadoria dos servidores públicos; a incidência de uma restrição sobre ele, em virtude da cobrança de contribuição sobre os valores já percebidos

⁴⁴⁶ O referido Ministro lançou mão da fundamentação sobre a proibição do retrocesso social neste julgamento idêntica àquela lançada no **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 581.352**, no **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 639.337**, no **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 727.864**, e no **Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 745.745**, sem qualquer referência ao caso concreto e sem qualquer adaptação à discussão tratada no julgamento. Vê-se que se trata de um “modelo” de decisão que o referido Ministro utiliza em todas as suas decisões quando invoca a proibição do retrocesso sem justificar concretamente a incidência do postulado e tampouco sem adaptar às circunstâncias de cada caso. Essa constatação deprecia a sustentação da vedação do retrocesso como princípio, ainda que de forma relativa, pois os julgados ora citados deixam claro a falta de tecnicidade da sua aplicação e a utilização como argumento de autoridade, sem qualquer técnica hermenêutica de aplicação.

pelos inativos; e pela confrontação da alteração constitucional e da justificativa para a sua realização de acordo com os limites aos limites, seja por aqueles diretamente ligados com o direito em causa, bem como pelos cabíveis a todos os direitos fundamentais.

É perceptível, no entanto, que o Supremo Tribunal Federal analisou a justificativa apresentada pelo legislador para modificar a Constituição e, com base nela, realizou o controle da restrição levada a efeito diante dos preceitos constitucionais invocados, estes passíveis de conferir alguma proteção aos direitos sociais, ainda que sempre dependa de uma análise em concreto diante do confronto com os demais princípios em litígio, que podem ou não prevalecer.

12. No que interessa à discussão tratada neste trabalho, duas conclusões podem ser retiradas dos julgamentos analisados: o primeiro de que mesmo em um evidente retrocesso no campo dos direitos sociais o instituto ora debatido não é apto a ensejar qualquer proteção, principalmente em casos difíceis, justamente quando ele deveria demonstrar as razões de sua existência; em segundo lugar, o controle sobre qualquer afetação aos direitos sociais passa pelos mesmos caminhos trilhados na proteção aos demais direitos fundamentais, porquanto os parâmetros de confronto são sempre os princípios constitucionais, ainda que com variações próprias das questões casuísticas.

De toda maneira, constata-se a plena possibilidade de aplicação de um regime unitário de proteção aos direitos fundamentais, sem a necessidade de se recorrer à proibição do retrocesso como princípio para tal finalidade. Ficou demonstrado da análise jurisprudencial não haver qualquer incompatibilidade de aplicação do modelo de controle das restrições aos direitos sociais do mesmo modo como é levada a efeito para os direitos de liberdade, razão pela qual são despiciendas elucubrações para criar mais um instituto com idêntica finalidade, quando a própria natureza fundamental dos direitos sociais é circunstância suficiente para protegê-los.

Conclusão

A Constituição Federal brasileira traz em seu bojo diversos direitos sociais, em um rol sempre crescente, com o intuito de conferir maior proteção às necessidades mais prementes dos cidadãos brasileiros. Ocorre que o incremento de direitos que custam ao Estado nem sempre se faz possível, de acordo com a realidade constitucional que o país está inserido, sendo que em determinadas hipóteses há um movimento para o retorno de tais direitos já implementados.

Atento ao cenário de idas e vindas dos direitos sociais e por serem eles alvos de afetação sempre que surge alguma questão econômico-financeira estatal, grande parte da doutrina e da jurisprudência assenta a proibição de retrocesso desses direitos, sob o argumento de constituir um princípio implícito do ordenamento jurídico-constitucional brasileiro, cuja função principal é a proteção de tais direitos. O desenvolvimento principiológico do instituto normalmente vem associado, sinteticamente, à natureza social do Estado brasileiro, ao dever de implementação progressiva dos direitos sociais previstos em diplomas internacionais, além da eficácia dada aos direitos fundamentais (no qual estão inseridos os direitos sociais) pela Constituição Federal.

Essa construção, como visto, não se mostra em conformidade com a Carta Constitucional brasileira e com a natureza fundamental que sustentam os direitos sociais. A constatação de que os direitos de segunda geração/dimensão são também direitos fundamentais confere a eles uma especial proteção, de modo a dispensar a criação de um princípio para guarnece-los, desde que haja uma leitura constitucionalmente adequada do ordenamento jurídico pátrio. Pelo fato de a Carta da República não distinguir os direitos sociais dos direitos de liberdade, é plenamente possível aplicar àqueles o regime protetivo dedicado a estes, sistema que se encontra sedimentado na prática jurisprudencial e já internalizado pela doutrina nacional.

Inexiste razão para conferir um tratamento diferenciado no Brasil em relação aos direitos fundamentais, sejam de liberdade, sejam sociais, pois a Constituição Federal não o faz expressamente. Não é adequado, portanto, que no trato das restrições aos direitos de sociais confira-se uma diferenciação de controle em detrimento dos direitos de primeira dimensão. Realizar uma proteção especial para um ou para outro direito fundamental, num contexto em que o constituinte não apontou neste sentido, é desconsiderar a força normativa do próprio texto constitucional brasileiro, privilegiando a importação de um instituto que faz sentido apenas diante de uma Constituição que não traz em seu corpo direitos sociais, como ocorre com a Lei Fundamental de Bonn.

Agora, diante de uma Constituição que confere tratamento isonômico entre todos os direitos fundamentais quanto à sua aplicabilidade e garante aos direitos sociais essa natureza, a realização do *distinguishing* é manifestamente descabida. Por isso que a proibição do retrocesso não pode ser considerada como um princípio constitucional brasileiro, na medida em que somente um tratamento distinto entre os direitos fundamentais dos direitos sociais é que admitira a sua aplicação.

Mas é importante deixar claro que a interpretação que aqui se propõe quanto aos direitos sociais não significa deixá-los ao desamparo, sob a completa submissão aos poderes legislativos e executivo, bem como despido da proteção da jurisdição constitucional. Pelo contrário: propõe-se a leitura desses direitos como fundamentais que são e nessa medida conferir os benefícios do regime protetivo dirigido a todos os direitos fundamentais, de maneira a permitir a intervenção da justiça constitucional sempre que houver uma afetação desvantajosa pelo Estado.

Até porque, pelo que se pode observar das jurisprudências brasileira e portuguesa, o “princípio” da proibição do retrocesso não tem sido eficaz para conter as restrições aos direitos sociais. No Brasil a sua utilização é meramente retórica, sem compromisso com uma técnica de aplicação e, por vezes, é manejado em casos que sequer dizem respeito a uma retrocessão de direitos, mas em hipóteses em que se busca sua implementação. Também é perceptível que as Cortes, mesmo em situações de evidente retrocesso no campo dos direitos sociais, não fazem qualquer menção à proibição do retrocesso, constatação apta a demonstrar a inefetividade do princípio cuja criação é controversa.

De tal sorte, o que se vislumbra é a sistematização e a evidenciação de um processo para o controle das restrições aos direitos sociais pela jurisdição constitucional do mesmo modo que o implementado aos direitos de liberdade, mediante a identificação do direito a ser protegido, da existência ou não de autorização constitucional para a restrição e,

posteriormente, a realização do controle da afetação sob a perspectiva dos limites aos limites. Não há razão alguma para ser aplicado o processo de controle das restrições quando se trata de direitos de liberdade e não o ser quando se estiver diante de uma lesão a direitos sociais, pois é plenamente compatível com a natureza de ambos.

Sequer procede a alegação de que os direitos sociais custam ao Estado e por isso estão afastados do controle judicial, além de estarem sob o poder de revisibilidade do legislador ou do administrador. Não são apenas os direitos sociais que ensejam custos aos entes estatais e nem por isso é afastado o controle judicial sobre a atividade do estatal em outras esferas. Também não se pode dizer que os direitos ora em análise dependem sempre da atividade legislativa, na medida em que há hipóteses de regras constitucionais sobre a matéria que impedem essa atuação, bem como sempre é possível invocá-los sob a perspectiva defensiva, razão pela qual deve ser perquirida a estrutura do direito em causa quando da análise da restrição.

Além do mais, a intervenção legislativa não fica proibida em virtude da natureza fundamental dos direitos sociais e tampouco o fato de ser possível o controle judicial sobre as medidas restritivas retira a liberdade de alteração dos entes públicos. Basta, para escaparem do vício de inconstitucionalidade, que as medidas adotadas para afetar direitos sociais estejam suficientemente justificadas, para que no processo de ponderação a jurisdição constitucional possa aquilatar a necessidade da adoção de tais medidas e, se for o caso, chancelar a sua conformidade com a Constituição, mantendo-as vigentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Não se trata, com isso, de substituir a discricionariedade do legislador pela discricionariedade judicial, mas de efetuar um controle jurídico sobre as medidas que afetem desvantajosamente os direitos sociais. E ao assim proceder, deve-se partir da verificação da veracidade da justificação dada para atingir direitos de envergadura constitucional, mediante a adoção de um processo adequado e de acordo com parâmetros consolidados na proteção aos direitos fundamentais.

E não se mostra necessário que o direito esteja conformado no nível da Constituição para gozar do regime protetivo reforçado, porquanto é cabível também para aqueles direitos cuja regulamentação se dê pela via legislativa, mas em cumprimento aos mandamentos constitucionais, e, depois, sobre eles exista uma medida retrocessiva. Mesmo em tais hipóteses, ainda que o legislador possa provocar alterações nos direitos infraconstitucionais, se o fizer em desvantagem ao particular pode atuar apenas em situações justificadas de modo a demonstrar a legitimidade da restrição.

Nesse contexto, a construção da proibição do retrocesso como um princípio jurídico-

constitucional, além de ser inadequada num ordenamento constitucional de direitos sociais como direitos fundamentais, em nada acrescenta no seu âmbito de proteção. Ao revés, causa uma seletividade na sua aplicação, pois a jurisdição constitucional o invoca quando entende pertinente a título de reforço argumentativo – e normalmente nas hipóteses em que sustenta a não violação ao “princípio” -, desvirtuando todo o discurso utilizado para o seu manejo.

Por essa razão, no momento em que todas as afetações aos direitos sociais forem consideradas restrições e que sobre elas incida o controle já levado a efeito para as afetações aos direitos de liberdade, será exigível uma atuação mais clara pela justiça constitucional, com parâmetros mais seguros para análise das medidas, ensejando mais previsibilidade e segurança jurídica no resultado do controle sobre a atuação estatal tendente a atingir desfavoravelmente os direitos com amparo na Constituição.

Conseqüentemente, conferir-se-á maior proteção aos direitos sociais mediante recurso a um processo já consagrado na Corte Constitucional brasileira, sem o risco de aplicação casuística de um instituto controverso, na medida em que exigirá da aplicação de idêntica sistemática de controle em todas as afetações estatais a direitos fundamentais, deixando-os mais protegidos contra uma atuação ilegítima e em consonância com a obra construída pelo poder constituinte originário.

Referências bibliográficas

- ABRAMOVICH, Victor. Los derechos sociales como derechos exigibles / Victor Abramovich e Christian Courtis. 2ª edição, primeira reimpressão, Madrid, Editorial Trotta, 2014.
- ALEXANDRINO, José de Melo. A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição portuguesa, tomo II, A construção dogmática, Almedina, 2006.
- _____. Direitos Fundamentais (introdução geral), 2ª edição, Príncípa Editora, 2011.
- _____. Jurisprudência da Crise. Das Questões Prévias às Perplexidades / O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos, Editora Almedina, 2014.
- ALEXY, Robert. Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade / tradução de Paulo Pereira Gouveia, O Direito, Ano 146º, IV, Editora Almeida, 2014.
- _____. Teoria da argumentação jurídica / tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva, Landy Editora, 2001.
- _____. Teoria discursiva do direito, organização / tradução e estudo introdutório Alexandre Travessoni Gomes Trivisonno, 1ª edição, Editora Forense Universitária, 2014.
- _____. Teoria dos direitos fundamentais / tradução de Virgílio Afonso da Silva, 2ª edição, 2ª tiragem, Editora Malheiros, 2011.
- ALMEIDA, Vasco Duarte de. Sobre o valor da dignidade da pessoa humana / Separata da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. XLVI, nº 1, Editora Coimbra, 2005.
- AMARAL, Maria Lúcia. Justiça Constitucional e trinta anos de Constituição / Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição especial, Almedina, 2006.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976, 5ª edição, Editora Almedina, 2012.
- _____. O “direito ao mínimo de existência condigna” como direito fundamental a prestações estaduais positivas – uma decisão singular do Tribunal Constitucional: anotação ao

- Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/2002 / Jurisprudência Constitucional, nº 1., AATRIC, jan./mar. 2004.
- ANTUNES, Tiago. Reflexões Constitucionais em tempo de crise econômico-financeira / Estudos em homenagem ao Prof. Dr. Jorge Miranda, vol. III, Coimbra editora, 2010
- ARAÚJO, Antônio de. A justiça constitucional: uma instituição contra as maiorias? / Antônio de Araújo e Pedro Coutinho Magalhães, *Análise Social*, nº 154-155, , Vol. XXXV, Julho a setembro de 2000.
- ARAÚJO, Valter Schuenqner de. O princípio da proteção da confiança: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado, Editora Impetus, 2009.
- ARENDT, Hannah. Eichmann em Jerusalém: um relato sobre a banalidade do mal, tradução de José Rubens Siqueira, 17ª reimpressão, Editora Companhia das Letras, 2014.
- ÁVILA, Humberto. Teoria da Segurança Jurídica, 3ª edição, Editora Malheiros, 2014.
- _____. Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos, 9ª edição, Editora Malheiros, 2009.
- BARCELOS, Ana Paula de. O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy / Legitimação dos Direitos Humanos. Coordenador Ricardo Lobo Torres, Editora Renovar, 2002.
- _____. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade humana, 2ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2002.
- BARRETO, Vicente de Paulo. Reflexões sobre os direitos sociais, Direitos Fundamentais Sociais / Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Organizador Ingo Wolfgang Sarlet. Editora Renovar, 2003.
- BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais, 3ª edição, Editora Brasília Jurídica, 2003.
- BARROSO, Luís Roberto. A Dignidade da Pessoa Humana no Direito Constitucional Contemporâneo: Natureza Jurídica, Conteúdos Mínimos e Critérios de Aplicação. Versão provisória para debate público. Dezembro de 2010, disponível em: http://www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/uploads/2010/12/Dignidade_texto-base_11dez2010.pdf.
- _____. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência / Temas de direito constitucional – tomo III, 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- _____. Controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência, 6ª edição, Editora Saraiva, 2012.

- _____. Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo, 5ª edição, São Paulo, Editora Saraiva, 2015.
- _____. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro / Temas de direito constitucional – tomo III, 2ª edição, Rio de Janeiro, Renovar, 2008.
- BRITO, José de Sousa. Jurisdição constitucional e princípio democrático / Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995.
- BRITO, Miguel Nogueira de. Medida e Intensidade do Controlo da Igualdade na Jurisprudência da Crise do Tribunal Constitucional / O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos, Editora Almedina, 2014.
- BULOS, Uadi Lammêgo, Curso de Direito Constitucional, 8ª edição, Editora Saraiva, 2014.
- CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação / Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Livraria do Advogado Editora, 2008.
- CAMILLO, Carlos Eduardo Nicoletti. Aplicação concreta do princípio da dignidade da pessoa humana – limites para contrariar – impossibilidade de se conviver com cláusulas puramente potestativas / Carlos Eduardo Nicoletti Camilo e Roberto Nussinkis Mac Cracken, Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.
- CANARIS, Claus-Wilhelm. Direitos fundamentais e direito privado, tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto, 3ª reimpressão da edição de julho de 2003, Editora Almedina, 2012.
- _____. Pensamento sistemático e conceito de sistema na ciência do direito, introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro, 5ª edição, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. Direito Constitucional e Teoria da Constituição, 7ª edição, 13ª reimpág., Almedina.
- _____. Constituição da República Portuguesa Anotada / J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, volume 1, Coimbra Editora, 2007.
- _____. Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas, 2ª edição, Coimbra Editora, 2001.
- _____. Fundamentos da Constituição / J. J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, Coimbra Editora, 1991.
- _____. “Metodologia fuzzy” e “camaleões normativos” na problemática actual dos direitos

- econômicos, sociais e culturais / Estudos sobre direitos fundamentais, 2ª edição, Coimbra Editora, 2008.
- _____. Para uma revisão da dogmática da jusfundamentalidade / Estudos em homenagem a Antônio Barbosa de Melo, Edições Almedina, 2013.
- CONTO, Mário de. O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica, Editora Livraria do Advogado, 2008.
- CORREIA, Fernando Alves. A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional / Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano VII, 2010.
- COSTA, José Manuel M. Cardoso da. O Tribunal Constitucional português face a uma Constituição em mudança / Estudos em Memória do Conselheiro Luís Nunes de Almeida, 2007.
- _____. José Manuel M. Cardoso da. Constituição e Justiça Constitucional / Ars Iudicandi, Estudos em homenagem ao prof. Antônio Castanheira Neves, volume 3, 2010.
- COUTINHO, Luís Pereira. Formular e Prescrever: a Constituição do Tribunal Constitucional / O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos, Editora Almedina, 2014.
- _____. Os direitos sociais e a crise: breve reflexão / Direito e Política, nº 01, 2012.
- _____. Os direitos sociais como compromissos / Revista Eletrônica de Direito Público, E-PUBLICA, disponível em: <http://e-publica.pt/pdf/artigos/direitos-sociais.pdf>
- _____. Sobre a justificação das restrições aos direitos fundamentais / Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Separata, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2010.
- CRORIE, Benedita da Silva Mac. Os limites da renúncia a direitos fundamentais nas relações entre particulares, Editora Almedina, 2013.
- DERBLI, Felipe. O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988, Editora Renovar, 2007.
- DIDIER JR., Fredie. Curso de Direito Processual Civil, volume 1, 17ª edição, Editora JusPodivm, 2015.
- DIMOULIS, Dimitri e Leonardo Martins. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- DUARTE, David. Lei-medida e democracia social / *Scientia Iuridica*, Associação Jurídica de Braga, Julho-Dezembro de 1992.
- DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério, tradução e notas Nelson Boeira, São Paulo, Editora Martins Fontes, 2002.

- ESTEVEES, Maria da Assunção. Legitimidade da justiça constitucional e princípio maioritário, Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional / Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995.
- FACHIN, Luiz Edson e Carlos Eduardo Pianovski Ruzyk, Um projeto de Código Civil na contramão da Constituição / Revista Trimestral de Direito Civil (RTDC), ano 1., vol. 4, out/dez, 2000.
- FERRARI, Regina Maria Macedo Nery. Normas Constitucionais programáticas: normatividade, operatividade e efetividade. Editora Revista dos Tribunais, 2001
- FERRAZ, Octavio Luiz Motta, A segunda declaração de direitos brasileira: motivo para celebração?, Revista Eletrônica de Direito Público, E-PUBLICA, disponível em: <http://e-publica.pt/pdf/artigos/brazilian-second-bill-rights.pdf>.
- FERREIRA Filho, Manoel Gonçalves, Curso de Direito Constitucional, 38ª edição, Editora Saraiva, 2012.
- _____. O paradoxo da justiça constitucional / Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. LI, nº 1 e 2, Coimbra Editora, 2010.
- _____. O poder constituinte, 6ª edição, Editora Saraiva, 2014.
- FREITAS, Juarez. A interpretação sistemática do direito, 3ª edição, Editora Malheiros, 2002.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. Direito Fundamentais: limites e restrições, Editora Livraria do Advogado, 2007.
- FREITAS, Tiago Fidalgo de. O princípio da proibição do retrocesso social / Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2006.
- GARCIA, Emerson. Princípio da separação dos poderes: os órgãos jurisdicionais e a concreção dos direitos sociais / Separata Revista da Faculdade de Direito de Lisboa, vol. XLVI, nº 2, Coimbra Editora, 2005.
- GALDINO, Flávio. O custo dos direitos, A legitimação dos Direitos Humanos. Renovar, 2002.
- GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais / Justiça do Direito, Universidade de Passo Fundo, Faculdade de Direito, vol. 14, nº 14, UPF Editora, 2000.
- GOMES, Carla Amado. Estado social e concretização de direitos fundamentais na era tecnológica: algumas verdades inconvenientes / Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. A. 7, nº especial, 2010.
- GOTTI, Alessandra. Direitos Sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e

- aferição de resultados, Editora Saraiva, 2012.
- GOUVEIA, Jorge Bacelar. Manual de Direito Constitucional, volume II, 2ª edição, Editora Almedina, 2007.
- HABERMAS, Jürgen. A transformação estrutural da esfera pública: Investigações sobre uma Categoria da Sociedade Burguesa, tradução de Lumir Nahodil, Fundação Calouste Gulbenkian, 2012.
- HART, Herbert L. A., O conceito de direito, 6ª edição, tradução de A. Ribeiro Mendes, Fundação Calouste Gulbenkian, 2011.
- HESSE, Konrad. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, tradução de Luiz Afonso Heck; Sergio Antônio Fabris Editor, 1998.
- _____. Temas fundamentais do direito constitucional, tradução por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocência Mártires Coelho, Editora Saraiva, 2009.
- HOLMES, Stephen. The cost of rights: why liberty depends on taxes / Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, W. W. Norton & Company, 1999.
- KELSEN, Hans. Teoria pura do direito, tradução João Batista Machado, 6ª edição, Editora Martins Fontes, 1998.
- LASSALE, Ferdinand. O que é uma Constituição Política?, 2ª edição, Campinas: Editora Russel, 2007.
- LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais. Porto Alegre, Editora Livraria do Advogado, 2006.
- LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter / Boletim da Faculdade de Direito, volume LXXXIII, Coimbra, 2007.
- _____. Proteger é preciso, viver também: a jurisprudência constitucional portuguesa e o direito da segurança social / XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa, Coimbra Editora, 2009
- _____. Constitutionalism, Welfare and Crisis, Revista Eletrônica de Direito Público, E-PUBLICA, disponível em: <http://e-publica.pt/pdf/artigos/constitutionalismwelfare.pdf>.
- MARIANO, Cynara Monteiro. Legitimidade do direito e do poder judiciário: neoconstitucionalismo ou poder constituinte permanente?, Belo Horizonte, Del Rey, 2010.
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais, 2ª edição, Editora Atlas, 2009.
- MARQUES, Mário Reis. A dignidade humana: *Minimvm* invulnerável ou simples cláusula de estilo? / Styvia Ivridica, Boletim da Faculdade de Direito, 103, Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, volume II, Constituição e Estado: entre

- Teoria e Dogmática, Universidade de Coimbra, Coimbra Editora, 2012.
- MARTINS, Leonardo. Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão, organização e introdução; prefácio Jan Woischik, editora Konrad Adenauer-Stiftung, Berlim, 2005.
- MATOS, André Salgado de. O direito ao ensino: contributo para uma dogmática unitária dos direitos fundamentais / Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, coordenador Jorge Miranda, Editora Almedina, 2010.
- MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre unidade e a diversidade / Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, volume I, Coimbra Editora, 2010.
- MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Conteúdo jurídico do princípio da igualdade, Editora Malheiros, 3ª edição, 16ª tiragem, 2008.
- _____. Curso de Direito Administrativo, 26ª edição, Editora Malheiros, 2009.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade: estudos de direitos constitucional (Série EDB), 4ª edição, Editora Saraiva, 2012.
- _____. Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais, Editora Brasília Jurídica, 2000.
- _____. Curso de Direito Constitucional / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco, 7ª edição, Editora Saraiva, 2012.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo / Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII – Direitos fundamentais, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2003.
- MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional, tomo I, 9ª edição, Editora Coimbra, 2011
- _____. Manual de Direito Constitucional, tomo IV, 2012, 5ª edição, Editora Coimbra, 2012.
- _____. Nos dez anos de funcionamento do Tribunal Constitucional / Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995.
- _____. O princípio da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais / Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, coord. Jorge Miranda, Antônio Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Pereira, José Duarte Nogueira – 3 v., Editora Almedina, 2010.
- _____. O princípio da eficácia jurídica dos Direitos Fundamentais / Estudos em homenagem ao Professor Doutor Paulo de Pitta e Cunha, coord. Jorge Miranda, Antônio Menezes Cordeiro, Eduardo Paz Pereira, José Duarte Nogueira – 3 v., Editora Almedina, 2010.
- _____. O regime e a efetividade dos direitos sociais na Constituição de Portugal e do Brasil /

- Estudos em memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches, tomo I, Coimbra Editora, 2011.
- _____. O Tribunal Constitucional em 2011 / O Direito, Ano 144º, nº 1, Editora Almedina, 2012.
- _____. O Tribunal Constitucional em 2012 / Jurismat, Revista Jurídica, nº 3, Portimão, 2013.
- _____. Os novos paradigmas do Estado Social / Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Porto, ano IX, Coimbra Editora, 2012.
- _____. Parecer sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial / Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano LII (XXV da 2ª Série), Editora Almedina, Janeiro-Junho de 2011.
- _____. Pensões no sector bancário e direito à segurança social (parecer) / Jurisprudência Constitucional, nº 7, AATRIC, julho/setembro 2005.
- _____. Constituição Portuguesa Anotada / Jorge Miranda e Rui Medeiros, tomo I, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010.
- MIRANDA, Pontes. Comentários à Constituição de 1967, com a emenda n. I, de 1969, tomo I, 2ª edição, Editora Revista dos Tribunais, 1970.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Curso de Direito Constitucional: Teoria da Constituição em tempo de crise do Estado social, tomo II, volume 2, 1ª edição, Coimbra Editora, 2014.
- _____. Direito Constitucional II, Relatório, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2001,
- _____. Direitos de liberdade e direitos sociais em tempos de “exceção financeira”, Revista Eletrônica de Direito Público, E-PUBLICA, disponível em: <http://e-publica.pt/pdf/artigos/unidade-dogmatica.pdf>
- MOREIRA, Vital. Princípio da maioria e princípio da constitucionalidade: legitimidade e limites da justiça constitucional / Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995.
- MULLER, Friederich. Teoria moderna e interpretação dos direitos fundamentais especialmente com base na teoria estruturante do direito / Anuario iberoamericano de justicia constitucional/Centro de Estudios Constitucionales. Imprenta: Madrid, Taravilla, 1997.
- NABAIS, José Casalta. Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa, Lisboa, 1990.
- NOVAIS, Jorge Reis. A intervenção do provedor de justiça nas relações entre privados / O Provedor de Justiça — Novos Estudos, Lisboa, 2008.
- _____. As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, 2ª edição, Coimbra Editora, 2010.

- _____. Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria, Coimbra Editora, 2006.
- _____. Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado Democrático de Direito, Coimbra Editora, 1ª edição, 2012.
- _____. Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais, Coimbra Editora, 2010.
- _____. O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira, Revista Eletrônica de Direito Público (E-pública), acessível no *site* www.e-publica.pt
- _____. Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa, 1ª edição, reimpressão, Coimbra Editora, 2014.
- NOVELINO, Marcelo. Manual de Direito Constitucional, 8ª edição, Editora GEN, 2013.
- NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. A dignidade da pessoa humana e o papel do julgador / Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.
- OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. Os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade no direito administrativo brasileiro, Editora Malheiros, 2006.
- OTERO, Paulo. Direitos econômicos e sociais na Constituição de 1976: 35 anos de evolução constitucional. In 35.º Aniversário da Constituição de 1976, volume I, Coimbra Editora, 2012.
- _____. Instituições políticas e constitucionais, volume I, Editora Almedina, 2007.
- _____. Parecer sobre a Constitucionalidade da Redução Salarial / Revista de Direito e de Estudos Sociais, ano LII (XXV da 2ª Série), Janeiro-Junho de 2011.
- PEREIRA, Ravi Afonso. Interpretação constitucional e justiça constitucional / 35º aniversário da Constituição de 1976, vol. 2, 2012.
- PIEROTH, Bodo e Bernhard Schlink. Direitos Fundamentais, tradução Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco, Editora Saraiva, 2012.
- PINTO, Paulo Mota. A proteção da confiança na “jurisprudência da crise” / O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos, Editora Almedina, 2014.
- _____. Reflexões sobre jurisdição constitucional e direitos fundamentais nos 30 anos da Constituição da República Portuguesa / Revista da Faculdade de Direito da UNL, Edição especial, Editora Almedina, 2006.
- PIOVESAN, Flávia. A dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local / Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana, Editora Quartier Latin do Brasil, 2008.
- PIRES, Francisco Lucas. Legitimidade da justiça constitucional e princípio da maioria / Legitimidade e Legitimação da Justiça Constitucional, Colóquio no 10º Aniversário do

- Tribunal Constitucional, Coimbra Editora, 1995.
- PISARELLO, Gerardo. Los derechos sociales y sus garantías: elementos para una reconstrucción, editora Trotta, 2007.
- QUADROS, Fausto de. A influência da Lei Fundamental de Bona na Constituição Portuguesa / Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Coimbra, 2012.
- QUEIROZ, Cristina. Direitos Fundamentais sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade, Coimbra Editora, 2006.
- _____. Direitos Fundamentais (teoria geral), Coimbra Editora, 2002.
- _____. O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial, Coimbra Editora, 2006.
- RAWLS, John. O liberalismo político. Tradução Álvaro de Vita, edição ampliada, Editora Martins Fontes, 2011.
- RIBEIRO, Gonçalo de Almeida. O Constitucionalismo dos Princípios / O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos, Editora Almedina, 2014.
- SAMPAIO, Jorge Silva. O controlo jurisdicional das políticas públicas de direitos sociais, Coimbra Editora, 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11ª Edição. Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2012.
- _____. Curso de Direito Constitucional / Ingo Wolfgang Sarlet, Luiz Guilherme Marinoni, Daniel Mitidiero, 2ª edição, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- _____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988, Editora Livraria do Advogado, 9ª edição, 2012.
- _____. Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2003.
- _____. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível / Constituição e Democracia, Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho, Malheiros Editores, 2006.
- _____. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações / Ingo Wolfgang Sarlet e Mariana Filchiner Figueiredo, Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Livraria do Advogado Editora, 2008.
- SCAFF, Fernando Facury. Sentenças Aditivas, direitos sociais e reserva do possível / *in*

- Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Livraria do Advogado Editora, 2008.
- SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas: Contributo para um Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão, Universidade Católica Editora, 2003.
- SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais, 7ª edição, 3ª tiragem, Editora Malheiros, 2009.
- _____. Curso de Direito Constitucional Positivo, 32ª edição, Editora Malheiros, 2009.
- SILVA, Suzana Tavares. Direitos Fundamentais na Arena Global, Coimbra Editora, 2011.
- SILVA, Virgílio Afonso da. Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia, 2ª edição, Editora Malheiros, 2010.
- _____. O conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais / Revista de Direito do Estado, Ano 1, nº 4, Livraria Editora Renovar, out/dez 2006.
- SOARES, Dilmanoel de Araújo, Direitos sociais e o princípio da proibição do retrocesso social, Editora Del Rey, 2011.
- SOARES, Guilherme. Restrições aos direitos fundamentais: a ponderação é indispensável? / Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Joaquim Moreira da Silva Cunha, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra Editora, 2005.
- SOARES, Rogério Guilherme Ehrhardt, Direito público e sociedade técnica, Atlântida Editora, Coimbra, 1969.
- STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica, 3ª edição, Revista dos Tribunais, 2013.
- SULLIVAN, Kathleen M. Constitutional Law / Kathleen Sullivan e Gerald Gunther, Sixteenth edition, 2007.
- SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Conclusões do seminário internacional sobre a proteção dos direitos económicos e sociais em tempos de crises económica e o papel dos juízes, obtido <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/CartaOuroPreto.pdf>.
- _____. Notícia: Ministra Carmem Lúcia diz que juízes devem relevar crise económica para proteger direitos, publicada no *site* do Supremo Tribunal Federal, <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.aspxidConteudo=266119&caixaBusca=N>
- SUSTEIN, Cass R. One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court, Harvard University Press, 1999.
- TAVARES, André Ramos. Teoria da justiça constitucional, São Paulo, Saraiva, 2005.

- TEMER, Michel. Elementos de direito constitucional, 24ª edição, Editora Malheiros, 2012.
- TORRES, Ricardo Lobo. A Constituição de 1988 e a teoria dos direitos fundamentais / 20 anos da Constituição cidadão de 1988, efetivação ou impasse institucional?, Rio de Janeiro, Editora Forense, 2008.
- _____. Curso de Direito Financeiro e Tributário, 18ª edição, Rio de Janeiro, Editora Renovar, 2011.
- _____. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais / Revista Fórum de Direito Financeiro e Econômico – RFDFFE, Belo Horizonte, ano 1, n. 1, pág. 147173, mar./ago. 2012.
- _____. Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário, volume V, O orçamento na Constituição. 3ª edição, Editora Renovar, 2007.
- TUSHNET, Mark. Social and economic rights: historical origins and contemporary issues, Revista Eletrônica de Direito Público, E-PUBLICA, disponível em: <http://e-publica.pt/pdf/artigos/social-and-economic-rights.pdf>.
- URBANO, Maria Benedita Urbano. A Jurisprudência da Crise no Divã. Diagnóstico: Bipolaridade? / O Tribunal Constitucional e a crise: ensaios críticos, Editora Almedina, 2014.
- _____. Curso de Justiça Constitucional: evolução histórica e modelos de controlo da constitucionalidade, Editora Almedina, 2012.
- VAZ, Manuel Afonso. Lei e reserva da lei: a causa da lei na Constituição portuguesa de 1976, 1ª reimpressão, Porto, 1996.
- _____. Direito Constitucional: o Sistema Constitucional Português / Manuel Afonso Vaz, Raquel Carvalho, Catarina Santos Botelho, Inês Folhadela e Ana Teresa Ribeiro, Coimbra Editora, 2012.
- ZANITTELI, Leandro Martins. Custos ou competências? Uma ressalva à doutrina da reserva do possível / Direitos Fundamentais: orçamento e reserva do possível. Organizadores Ingo Wolfgang Sarlet e Luciano Benetti Timm. Livraria do Advogado Editora, 2008.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, vol. 1, 6ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2006.