

ano 20 - n. 81 | julho/setembro – 2020

Belo Horizonte | p. 1-274 | ISSN 1516-3210 | DOI: 10.21056/aec.v20i80

A&C – R. de Dir. Administrativo & Constitucional

www.revistaaec.com

A&C

**Revista de Direito
ADMINISTRATIVO
& CONSTITUCIONAL**

**A&C – ADMINISTRATIVE &
CONSTITUTIONAL LAW REVIEW**

FORUM

FÓRUM

Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012 – Belo Horizonte/MG – Brasil – Tel.: 0800 704 3737
www.editoraforum.com.br / E-mail: editoraforum@editoraforum.com.br

Impressa no Brasil / Printed in Brazil / Distribuída em todo o Território Nacional

Os conceitos e opiniões expressas nos trabalhos assinados são de responsabilidade exclusiva de seus autores.

A246 A&C : Revista de Direito Administrativo &
Constitucional. – ano 3, n. 11, (jan./mar.
2003) – Belo Horizonte: Fórum, 2003-

Trimestral
ISSN: 1516-3210

Ano 1, n. 1, 1999 até ano 2, n. 10, 2002 publicada
pela Editora Juruá em Curitiba

1. Direito administrativo. 2. Direito constitucional.
I. Fórum.

CDD: 342
CDU: 342.9

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo
Aline Sobreira

Capa: Igor Jamur
Projeto gráfico: Walter Santos

Periódico classificado no Estrato A2 do Sistema Qualis da CAPES - Área: Direito.

Qualis – CAPES (Área de Direito)

Na avaliação realizada em 2017, a revista foi classificada no estrato A2 no Qualis da CAPES (Área de Direito).

Entidade promotora

A *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, é um periódico científico promovido pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar com o apoio do Instituto Paranaense de Direito Administrativo (IPDA).

Foco, Escopo e Público-Alvo

Foi fundada em 1999, teve seus primeiros 10 números editorados pela Juruá Editora, e desde o número 11 até os dias atuais é editorada e publicada pela Editora Fórum, tanto em versão impressa quanto em versão digital, sediada na BID – Biblioteca Digital Fórum. Tem como principal objetivo a divulgação de pesquisas sobre temas atuais na área do Direito Administrativo e Constitucional, voltada ao público de pesquisadores da área jurídica, de graduação e pós-graduação, e aos profissionais do Direito.

Linha Editorial

A linha editorial da *A&C – Revista de Direito Administrativo e Constitucional*, estabelecida pelo seu Conselho Editorial composto por renomados juristas brasileiros e estrangeiros, está voltada às pesquisas desenvolvidas na área de Direito Constitucional e de Direito Administrativo, com foco na questão da efetividade dos seus institutos não só no Brasil como no Direito comparado, enfatizando o campo de interseção entre Administração Pública e Constituição e a análise crítica das inovações em matéria de Direito Público, notadamente na América Latina e países europeus de cultura latina.

Cobertura Temática

A cobertura temática da revista, de acordo com a classificação do CNPq, abrange as seguintes áreas:

- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Teoria do Direito (6.01.01.00-8) / Especialidade: Teoria do Estado (6.01.01.03-2).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Constitucional (6.01.02.05-5).
- Grande área: Ciências Sociais Aplicadas (6.00.00.00-7) / Área: Direito (6.01.00.00-1) / Subárea: Direito Público (6.01.02.00-4) / Especialidade: Direito Administrativo (6.01.02.06-3).

Indexação em Bases de Dados e Fontes de Informação

Esta publicação está indexada em:

- Web of Science (ESCI)
- Ulrich's Periodicals Directory
- Latindex
- Directory of Research Journals Indexing
- Universal Impact Factor
- CrossRef
- Google Scholar
- RVBI (Rede Virtual de Bibliotecas – Congresso Nacional)
- Library of Congress (Biblioteca do Congresso dos EUA)
- MIAR - Information Matrix for the Analysis of Journals
- WorldCat
- BASE - Bielefeld Academic Search Engine
- REDIB - Red Iberoamericana de Innovación y Conocimiento Científico
- ERIHPLUS - European Reference Index for the Humanities and the Social Sciences
- EZB - Electronic Journals Library
- CiteFactor
- Diadorim

Processo de Avaliação pelos Pares (Double Blind Peer Review)

A publicação dos artigos submete-se ao procedimento *double blind peer review*. Após uma primeira avaliação realizada pelos Editores Acadêmicos responsáveis quanto à adequação do artigo à linha editorial e às normas de publicação da revista, os trabalhos são remetidos sem identificação de autoria a dois pareceristas *ad hoc* portadores de título de Doutor, todos eles exógenos à Instituição e ao Estado do Paraná. Os pareceristas são sempre Professores Doutores afiliados a renomadas instituições de ensino superior nacionais e estrangeiras.

Direitos sociais, segurança jurídica e vedação de retrocesso

Social rights, legal security and prohibition of retrocession

Edilson Pereira Nobre Júnior*

Universidade Federal de Pernambuco (Brasil)
epnobre@trf5.jus.br

Recebido/Received: 12.08.2020 / August 12th, 2020
Aprovado/Approved: 21.10.2020 / October 21st, 2020

Resumo: A partir do reconhecimento dos direitos sociais como fundamentais, o presente artigo tem por objeto examinar os limites e possibilidades do poder de reforma constitucional e legislativa em sua alteração, reduzindo a proteção antes conferida para o cidadão. Será de inegável importância o estudo do princípio da segurança jurídica, bem como da realidade vivenciada por sistemas jurídicos estrangeiros, a partir da doutrina e de precedentes de suas cortes constitucionais.

Palavras-chave: Constitucional. Direitos sociais. Segurança jurídica. Reforma. Retrocesso.

Abstract: From the recognition of social rights as fundamental, the purpose of this article is to examine the limits and possibilities of the power of constitutional reform and of the legislation in its amendment in order to reduce the protection previously conferred on the citizen. Its will be undeniable importance to study the principle of legal security, as well as the reality experienced by foreign legal systems, based on the doctrine and precedents of its constitutional courts.

Keywords: Constitutional. Social rights. Legal security. Reform. Retrocession.

Sumário: **1** Direitos sociais e sua exigibilidade (à guisa de introdução) – **2** Alguns parâmetros comparativos – **3** Uma visão do Direito pátrio – **4** Síntese conclusiva – Referências

Como citar este artigo/*How to cite this article:* NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direitos sociais, segurança jurídica e vedação de retrocesso. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 125-151, jul./set. 2020. DOI: 10.21056/aec.v20i81.1433.

* Doutor em Direito Público pela Universidade Federal de Pernambuco (UFPE). Realiza investigação em nível de pós-doutoramento perante o Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Professor Titular da Faculdade de Direito do Recife da UFPE (Recife, PE, Brasil). Líder do Grupo de Pesquisa "Desafios do Controle da Administração Pública Contemporânea". Desembargador do Tribunal Regional Federal da Quinta Região. *E-mail:* epnobre@trf5.jus.br.

Ocorre, demais disso, e, *acima de tudo*, que o Direito é, *em si mesmo, um projeto de implantação da segurança* (Celso Antônio Bandeira de Mello).¹

1 Direitos sociais e sua exigibilidade (à guisa de introdução)

Uma afirmação que na atualidade se põe é a de que os direitos ditos sociais se inserem no âmbito dos direitos fundamentais.² A marcha do tempo veio a demonstrar que, se num primeiro momento, a preocupação se centrava em proteger o cidadão contra o arbítrio estatal, daí derivando os direitos de liberdade – dentre os quais, com destaque para a liberdade de expressão e religiosa e a igualdade na participação política –; e a sedimentação dos efeitos da Revolução Industrial chamou atenção para a situação de miséria vivenciada pelos trabalhadores, agravada pela insuficiência do modelo liberal perante a economia. A sua afirmação é anterior ao próprio Estado Social.³

É certo que, de um modo geral, distinguem-se os direitos sociais dos chamados direitos de liberdade. Estes visam impor restrições à ação estatal e, para isso, põem a salvo determinados aspectos da atividade humana (direito de expressão, liberdade de profissão, propriedade etc.). Sendo antecedentes à organização social,

¹ Estado de Direito e segurança jurídica. In: VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; POZZO, A. N. D. (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

² Sobre o que deve ser considerado como direito fundamental, explana Luis Ernesto Vargas Silva (Los derechos sociales en la Constitución colombiana ante el criterio de sustentabilidad fiscal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 3, n. 7, 2014. p. 5.396) que a jurisprudência da Corte Constitucional colombiana, superando a tese das gerações, a partir do reconhecimento das características de sua interdependência e indivisibilidade, confere tal qualificação às posições jurídicas que perfazem as condições seguintes: a) existência de uma relação funcional entre o direito correspondente e a realização da dignidade da pessoa humana; b) traduzir a posição jurídica de um direito subjetivo; c) identificação com base num consenso dogmático, jurisprudencial, de direito internacional, legal ou regulamentar, da sua natureza fundamental. Instigante, o tema levou a variadas observações, tendo Martin Borowski (*La estructura de los derechos fundamentales*. Tradução de Carlos Bernal Pulido. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003) visualizado a definição dos direitos fundamentais sob três perspectivas distintas. A primeira, demasiado insuficiente, é a formal, de modo a considerar como fundamental um direito pelo só fato de se encontrar inscrito na Lei Maior. O segundo, qual seja, o material, mais próximo do exposto pela jurisprudência colombiana, tem foco no fato de que os direitos fundamentais constituem uma tentativa de transformar os direitos humanos em direito positivo. Alude ainda a um conceito que nomina como sendo procedimental, onde o decisivo constitui em saber se alça a uma importância para que se decidida se a sua garantia deve ser confiada ou não às maiorias parlamentares. O critério que subjaz a esta definição condiz com saber quem pode decidir sobre o conteúdo dos direitos, o constituinte ou o legislador.

³ De fato, a Constituição da França de 21 de junho de 1793, promulgada com a ascensão dos jacobinos ao poder, dispunha no seu art. 21º: “Artigo 21. – Os socorros públicos constituem uma dívida sagrada; a sociedade deve propiciar subsistência aos cidadãos caídos em desgraça, seja procurando-lhes trabalho, seja assegurando os meios de existência àqueles que estejam impossibilitados de trabalhar” (*Article 21. – Les secours publics sont une dette sacrée. La société doit la subsistance aux citoyens malheureux, soit en leur procurant du travail, soit en assurant les moyens d’exister à ceux qui sont hors d’état de travailler*). Disponível em: www.conseilconstitutionnel.fr. Acesso em: 11 fev. 2017.

não vêm criados pela disciplina legislativa, podendo, ao invés, por esta serem protegidos ou limitados.

Diversamente, segundo Ernst-Wolfgang Bockenforde,⁴ com os direitos sociais sucede algo distinto, porquanto, aspirando à concretização de determinadas utilidades materiais, necessitam, com anterioridade, a garantia da proteção da tutela jurídica, a decorrer de uma ação ativa, ou melhor, necessitam, quase sempre, ter a sua fixação e conformação por medidas do legislador, bem como da Administração tendentes para que possam ser postos em prática.

Essa diferença estrutural – frisa o autor – faz com que os direitos de liberdade, de regra, imponham-se por si mesmos, ou seja, possam ser realizados diretamente, a partir da própria constituição, ensejando pretensões jurídicas por seus titulares. Já a concretização direta dos direitos sociais, pela via interpretativa, unicamente, enseja maiores obstáculos e restrições.

Duas observações são necessárias. A primeira delas é a de que o perfil de prestação não é exclusivo dos direitos sociais. Os direitos de liberdade também podem ostentá-lo. Não se pode olvidar, assim, uma inter-relação entre os vários direitos. Tomando-se, a título de exemplo, a assistência judiciária, integral e gratuita, em favor daqueles que careçam de recursos, constante do art. 5º, LXXIV, Constituição da República Federativa do Brasil de 1988,⁵ constata-se que somente poderá ser concretizada mediante lei que defina o seu regime jurídico, bem como pelo aparelhamento de um modelo eficaz de defensoria pública.

A outra é a de que as normas que consagram os direitos sociais possuem eficácia, muito embora esta não seja idêntica à dos direitos de liberdade. Se não podem, quase sempre, ensejar o atendimento de pretensões individuais sem o seu detalhamento legislativo, não menos correto é se afirmar que possuem um conteúdo material que lhes possibilita pela via interpretativa uma capacidade de reação.

Celso Antônio Bandeira de Mello,⁶ antes da promulgação da CRFB, abordou esse ponto, fazendo-o em atenção às peculiaridades de nossa técnica legislativa na matéria. Partiu da assertiva de que a constituição não é uma mera expressão de anseios, mas sim a transformação destes em regras impositivas, em preceitos obrigatórios, seja para os particulares seja quanto ao Estado.

⁴ Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución. In: *Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993. p. 76-77.

⁵ Doravante identificada no texto por CRFB. O inteiro teor deste diploma, a exemplo dos demais preceitos integrantes da legislação brasileira aqui referidos, está disponível em: www.planalto.br. Acesso em: 8 ago. 2020.

⁶ *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 11-15 e 22-25. O texto é originário de exposição do autor no Congresso Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil realizado na cidade de Florianópolis (SC), no mês de maio de 1982.

Daí o autor afirmar que, mesmo na seara dos direitos sociais, há mandamentos constitucionais – exemplificados pelos arts. 7º, XIII e XV, e 8º, III, da CRFB – que conferem diretamente utilidades, sem que, para tanto, haja necessidade de intervenção legislativa ulterior, permitindo: a) seu imediato desfrute positivo; b) sua imediata exigibilidade, uma vez desatendido o direito.

Diversamente, não se desconhece a existência de outros dispositivos magnos que, em virtude de sua dicção, dependem da intervenção do legislador para que possam produzir a plenitude dos efeitos a que se destinam. Tal não quer dizer que não possam deflagrar efeitos, embora com uma menor consistência do que na primeira categoria. Essa eficácia representa na possibilidade de: a) resistência judicial ao cumprimento de regras ou à prática de comportamentos que o atinjam, desde que contrários ao sentido da regra sobranceira; b) obter, nas prestações jurisdicionais, uma interpretação e decisão orientadas na direção preconizada por estas normas, contanto estejam presentes os interesses constitucionalmente tutelados pelo preceito constitucional.

Essa constatação não invalida a assertiva de que o componente mais aguçado, mais saliente, dos direitos sociais, é o de prestação, o que faz com que o seu grau de eficácia, na realidade, guarde dependência com o nível de desenvolvimento econômico do Estado.

Por isso, a exigibilidade de tais direitos fundamentais consisti desafio sempre presente nos países da América Latina, os quais, além de experimentarem um estado desenvolvimentista insuficiente, são caracterizados por uma estrutura institucional e política frágil. Esse cenário favorece concepções para que, de tempos em tempos, propugne-se pela redução da proteção social da população.

Ora, se o direito social tem a sua concretização confiada, de regra, à intervenção do legislador, delineando as condições para a sua fruição, é de se indagar se a sua eliminação, ou redução, mediante a revogação ou a modificação das normas legais que o disciplinam, afigura-se juridicamente possível.

E não é só. A mesma investigação se faz necessária quando, por opção do constituinte, a própria norma constitucional, em sua estrutura semântica, mostra-se completa no sentido de demarcar o alcance do direito social, sem que, para tanto, haja necessidade de legislação integrativa, e, posteriormente, venha o poder de reforma alterar tal configuração.

Essa preocupação ganha atualidade diante das recentes propostas de reformas trabalhista e previdenciária, recentemente sugeridas ao Congresso Nacional pela Chefia do Poder Executivo. É o que retrata, inicialmente, o Projeto de Lei nº 6.787, apresentado à Câmara dos Deputados em 23 de dezembro do ano passado, em cuja tramitação, por força de alterações no âmbito do Poder Legislativo, projeta-se tentativa de alteração em mais de uma centena de preceitos da Consolidação das

Leis do Trabalho, promulgada em 1^o de maio de 1943.⁷ A outra proposição se centra no Projeto de Emenda Constitucional nº 287, de 5 de dezembro de 2016, ainda em trâmite parlamentar, mediante o qual se propõe modificação aos arts. 37, 40, 109, 149, 167, 195, 201 e 203 da Constituição Federal, relativos à matéria previdenciária.⁸

Não se abordará aqui o conteúdo de tais proposições. Interessa-nos uma projeção acerca dos limites e condicionamentos a que se acham sujeitos o legislador e o constituinte reformador na matéria, o que pereniza a atualidade discussão.

2 Alguns parâmetros comparativos

Para o início do trato do tema, se afigura satisfatório que seja examinado, mesmo sem uma maior profundidade, o seu tratamento noutros sistemas jurídicos que se encontram sob a experiência do Estado constitucional.

Mas é preciso não esquecer que tal investigação há de buscar não uma transposição acrítica de modelos pré-fabricados, tão ao gosto da doutrina dos países que ainda não alcançaram um notado índice de desenvolvimento, mas sim respostas, mesmo sem o revestimento da certeza incontestável, que se encontrem adaptadas à realidade de nossa sociedade e às características de nosso ordenamento.⁹

Por isso, e desde logo rogando licença a quem pense o contrário, sou de que o modelo alemão não seria o mais adequado para o estabelecimento de uma comparação. Além do elevadíssimo grau de progresso econômico alcançado pelos tudescos – que é indispensável para uma eficaz satisfação dos direitos que impliquem prestações estatais – o que se reforça com um sólido quadro político-institucional, o modelo que predominou na Lei Fundamental de 1949, divergindo daquele de Weimar,¹⁰ foi o de não enunciar direitos sociais, contentando-se com a previsão da cláusula do Estado Social e Democrático de Direito.¹¹

⁷ Ao instante no qual finalizado este texto, há pouco se encontrava promulgada a Lei nº 13.467, de 13 de julho de 2017, que concretizara tais modificações.

⁸ Referida proposição teve o seu trâmite inviabilizado. Posteriormente, foi apresentado o Projeto de Emenda Constitucional nº 06/2019, originário da Câmara dos Deputados, o qual veio resultar na promulgação da Emenda Constitucional nº 103/2019.

⁹ Não é demasiado recordar Gláucio Veiga (*Direito econômico – fundamentos, globalização, desglobalização, disfunção do Direito*. Recife: Nossa Livraria, 2008. p. 107) quando, a pretexto de dizer que a vivência da cultura constitucional norte-americana é fantásticamente inútil para o Brasil, aponta existir nos escritos de Ruy Barbosa uma fantasia, destacando que os mal-entendidos gerados pela erudição, às vezes, constituem a mãe dos improvisos.

¹⁰ Conferir a técnica empregada pela Segunda Parte (Direitos e deveres fundamentais dos alemães) da Constituição alemã de 1919, artigos 109 a 165.

¹¹ De fato, o texto de 1949, ao depois de estatuir um rol de direitos de liberdade nos artigos 2^o a 17, precedido da menção à dignidade da pessoa humana como seu fundamento (art. 1^o), sem prejuízo da explicitação posterior de outros direitos relacionados à esfera processual e criminal nos artigos 101 a 104, no particular dos direitos sociais, muito aparenta se contentar com afirmação da seguinte cláusula: “Artigo 20 (Princípios constitucionais – Direito de resistência) (1) A República Federal da Alemanha é um

Por isso, adequada à exposição, por exemplo, a experiência colombiana. Assim se justifica pela semelhança geográfica econômica e institucional conosco, bem como pelo caráter analítico da Constituição Política da Colômbia de 1991.¹²

Em estudo específico, Rodrigo Uprimy e Diana Guarnizo¹³ abordaram, com percuciência, a evolução pela qual se guiou a Corte Constitucional colombiana por ocasião do exame da legislação restritiva de direitos sociais.

Entendeu-se, num primeiro instante, retratado pela C-168, de 1995,¹⁴ inexistir um princípio de proibição de retrocesso como possuidor de força normativa e, portanto, que não limitativo da liberdade de conformação do legislador na disciplina dos direitos sociais.

Cuidava-se, na ocasião, do estudo acerca da constitucionalidade dos artigos 11 e 36 da *Ley* 100, de 1993, que estabeleceu um regime de aposentadoria menos favorável do que o então vigente, por diminuir o quantitativo do valor do benefício e, igualmente, por elevar a idade e o tempo de serviço para a sua concessão. Restou previsto, na ocasião, um regime de transição pelo qual persistia como possível se aplicarem algumas disposições da sistemática anterior àqueles que se encontravam próximos da perfeição dos requisitos para a aposentadoria.

A Corte Constitucional rejeitou o pedido, formulado por cidadão, ao argumento de ter o legislador desconsiderado o mandamento constitucional que impunha em favor dos trabalhadores o respeito às condições mais favoráveis.

Para assim concluir, o Tribunal se ateu à clássica distinção entre direito adquirido e expectativa de direito, acentuando que, enquanto o primeiro se apresenta intangível para o legislador, a segunda representa mera probabilidade ou esperança. As expectativas, dessa maneira, seriam suscetíveis de modificação discricionária pelo legislador, tendo em vista a CP apenas tutelar o direito adquirido, cuja caracterização exige o cumprimento, por parte do interessado, de todas as condições para a fruição do benefício antes da mudança legislativa. A decisão, portanto, rechaçou a teoria da irreversibilidade das conquistas sociais, a qual poderia extraída da argumentação do demandante.

Noutras ocasiões, a Corte Constitucional, numa visão diametralmente oposta, reconheceu a existência de um princípio do não retrocesso social, conferindo-lhe

Estado federal, democrático e social [...]” (Disponível em: www.btg.bestellservice.de/pdf/80208000.pdf. Acesso em: 16 mar. 2017).

¹² A sua denominação observará a abreviatura CP. Ver nesta, especificadamente dentro do Título II – Dos Direitos, das garantias e dos deveres, o Capítulo 2, em cujos artigos 42 a 77 estão enunciados os direitos sociais, econômicos e culturais.

¹³ ¿Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudência constitucional colombiana. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 3, p. 37-64, abr./jun. 2008.

¹⁴ A indicação precedida da letra C em formato maiúsculo se refere às decisões de controle abstrato, demandadas por um cidadão ou quando a Constituição ordena um controle automático, sendo da competência do órgão pleno.

adornos absolutos. Sob tal ponto de vista, qualquer redução do campo de proteção social por parte do legislador seria indevida.

Dois oportunidades evidenciam o entendimento. A primeira delas consistiu na sentença C-1165, de 2000, na qual se declarou inconstitucional uma lei que reduzia, no montante de setenta e cinco por cento, o total dos aportes do tesouro nacional para o regime subsidiado da saúde.¹⁵ Considerou-se inconstitucional a diminuição drástica dos aportes necessários para suprir as necessidades de saúde dos setores mais pobres da população colombiana, ainda que sob o pretexto de racionalização do gasto público, pois tal medida não era tendente a realizar o princípio constitucional da ampliação progressiva da seguridade social a todos os colombianos, tal como previsto pela CP.¹⁶ Mesmo não se fazendo referência explícita ao princípio da não regressão social, este foi aplicado pela Corte Constitucional.

Esse modo de pensar foi ratificado pela sentença C-754, de 2004, sede em que se discutia a reforma previdenciária do ano de 2003 na parte em que alterava o regime de transição instituído pela Lei nº 100, de 1993, prevendo, para tanto, requisito de tempo de serviço mais rígido, a ser aplicado àqueles que se encontravam sob a sistemática de transição anterior.

Salientando que a reforma do regime de transição enfrentava a proibição de regresso, a decisão assinalou que as pessoas já abrangidas por um determinado regime transitório em matéria previdenciária têm o direito a que tais condições sejam respeitadas, de sorte que a regra legal, a esse respeito, somente poderia se dirigir àqueles que não se encontravam atingidos por um regime de transição.

É possível – dizem os autores – que a Corte Constitucional tenha perfilhado uma visão estrita da proibição de retrocesso, consoante a qual basta se constatar uma lei estabeleça uma disciplina menos favorável que a anteriormente fixada, para que viesse a ser declarada inconstitucional.

Numa terceira concepção, que se alçou à qualidade de preponderante, a Corte Constitucional passou a defender uma nova interpretação do princípio da não regressão social. Procurou-se harmonizar a garantia mediante tal princípio, considerando-o na sua plenitude de uma eficácia possível, mas sem, por outro lado, desconhecer a importância do contexto econômico, o que poderia justificar uma atuação legislativa nesse campo, embora limitada.

¹⁵ O regime subsidiado, ao contrário do contributivo, que é financiado mediante contribuição dos empregadores e trabalhadores, destina-se, pelo critério de solidariedade, a prestar serviços de saúde a todo aquele que, por sua situação econômica ou pessoal, não pode ingressar no sistema contributivo.

¹⁶ Tal previsão consta do artigo 48.3 da CP: “Artigo 48. [...] O Estado, com a participação dos particulares, ampliará progressivamente a cobertura da Seguridade Social, a qual compreenderá a prestação dos serviços na forma determinada em lei”. *Artículo 48. [...] 3. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de La Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la ley.* CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA. Disponível em: www.corteconstitucional.gov.co. Acesso em: 16 mar. 2017.

Daí haver se encontrado solução intermediária, a permitir poder o legislador restringir o conteúdo de um direito social, contanto que venha a justificar que tal medida foi suficientemente examinada e que resulta razoável e proporcional para que possam ser alcançadas finalidades constitucionais de relevo.

Uma primeira amostra se encontra na sentença C-789, de 2002, na qual se apreciou a legitimidade da norma que excluiu de regime de transição para fins previdenciários de determinadas pessoas em face de sua idade. A Corte Constitucional colombiana, avivando para cotejar o precedente da sentença C-168, de 1995, no qual se distinguiu entre direito adquirido e expectativa de direito, descortinou, com lastro no princípio da confiança legítima, a figura das expectativas legítimas suscetíveis de tutela.

Nessa linha, assentou-se que a expectativa de aquisição de um direito, a despeito de não conduzir à intangibilidade total da legislação, não se encontra desprovida de proteção, devendo a atuação legislativa se sujeitar à razoabilidade e à proporcionalidade, de sorte que quanto mais próximo alguém se encontra para reunir as condições que lhe permitam fruir de um direito social, maior, portanto, a sua expectativa de que a disciplina vigente seja mantida. No caso, compreendeu-se violador do princípio da proporcionalidade o alijamento do regime de transição daqueles que já haviam cumprido mais de setenta e cinco por cento do tempo necessário para o deferimento do benefício.

Noutra situação, qual seja a retratada pela C-671, de 2002, onde se discutia sobre a constitucionalidade de regra legal que excluía da abrangência de um sistema de assistência à saúde dos militares e da polícia um grupo de beneficiários, formado pelos pais dos oficiais e suboficiais inativos, a Corte vislumbrou que a norma impugnada perseguia um fim legítimo, inerente à especialidade e à estabilidade financeira de dito regime particular de prestação de serviços de saúde.

No entanto, a Corte passou a desenvolver, com nitidez, a presunção de inconstitucionalidade incidente sobre as medidas legislativas regressivas da proteção social, sustentando que, uma vez alcançado um determinado nível de tutela, a liberdade de conformação do legislador se vê diminuída. Desse modo, para o reconhecimento da constitucionalidade de uma lei restritiva, faz-se preciso que seja demonstrado que existem razões imperiosas para tanto, justificativa submetida a um controle judicial intenso.

A despeito da motivação da decisão acima mencionada, interessante notar que, para evitar possível mal-entendido, a Corte não fincou de forma absoluta sua adesão à necessidade de um controle judicial estrito nesses casos. Tanto é assim que na C-038, de 2004, voltada à análise de lei que reformava o Código do Substantivo do Trabalho, a conclusão foi diversa.

Tratava-se de uma redução dos direitos dos trabalhadores com o propósito de promover o emprego e que, para esse fim, estendia-se o horário do trabalho diurno, diminuía-se a remuneração do trabalho aos domingos, eliminava-se a compensação do descanso quando tal trabalho não fosse habitual, reduziam-se a indenização pela despedida sem justa causa e as garantias laborais para os contratos de aprendizagem.

Sem embargo de reafirmar que os retrocessos legislativos sobre direitos sociais devem se presumir em princípio inconstitucionais, não se excluiu a possibilidade de serem justificados por razões imperiosas. Assim, ao proceder ao teste de proporcionalidade, a Corte assinalou que o escopo da lei, consubstanciado no estímulo ao emprego, era legítimo e que a matéria tinha sido objeto de debate parlamentar, sendo de se notar que o exame da medida, por se situar num terreno de incerteza empírica, não poderia levar à conclusão de que não estaria justificada e, por isso, reconhecida foi a sua constitucionalidade. Ao que parece, a solução se inclinou pela deferência ao resultado dos trabalhos legislativos.

Outro sistema jurídico que aqui desperta atenção é o lusitano. Não somente pela constante influência deste sobre o nosso, o que foi além de um resquício da colonização e que recentemente é exemplificada pelo Código Civil de 2002, o qual muito hauriu na codificação portuguesa de 1966, e pela vigente constituição, a qual se manteve forte na sua inspiração no texto da Constituição de 1976.¹⁷

Também é de salientar a circunstância de que tanto a CRFB quanto a CRP, hoje vigente com a sua VII Revisão, são considerados diplomas analíticos e que se voltaram à enunciação em larga escala de direitos sociais. Além disso, justifica a comparação a circunstância de, dentre os países europeus, Portugal não ser um dos mais evoluídos economicamente.

A exposição se inicia pela doutrina, devendo se ressaltar o entendimento de Canotilho que, porventura numa aura de pioneirismo, sustentou que os direitos econômicos, sociais e culturais, possuem uma dimensão subjetiva, a resultar da sua consagração constitucional como direitos fundamentais e da sua irradiação subjetiva mediante leis e atos administrativos, dando ensejo a prestações, instituições e garantias necessárias à sua concretização. Daí ter assinalado, quanto ao segundo aspecto, que se cogita de “direitos a prestações (assistência social, subsídio de desemprego, etc.) que justificam o direito de judicialmente ser

¹⁷ A remissão ao diploma no curso do texto far-se-á pelo uso da sigla CRP. O denso influxo deste na elaboração da CRFB, o que se mostrou favorecido pela vivência contemporânea de processos de transição democrática, é realçado por Ana Lúcia de Lyra Tavares (A Constituição brasileira de 1988: subsídios para comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 109, p. 88-94, jan./mar. 1991), tendo se refletido em vários campos específicos de influência, a saber: a) no processo de elaboração; b) no ordenamento da matéria; c) nos princípios fundamentais; d) nos direitos e garantias fundamentais; e) nos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário; f) na disciplina da ordem econômica e da ordem social; g) na previsão de processo de revisão constitucional.

reclamada a manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social”.¹⁸

Tal entendimento repercutiu na seara jurisprudencial, servindo de amparo à motivação prevalecente do Acórdão nº 39/84 do Tribunal Constitucional,¹⁹ sede onde se controvertia sobre a validade do Decreto-Lei nº 254, de 29 de junho de 1982, cujo artigo 17 teria revogado grande parte da Lei nº 56, de 15 de setembro de 1979, responsável pela instituição do Serviço Nacional de Saúde, prevista no art. 64, nº 2, da redação originária da CRP.

Com a passagem da decisão socialista constante do texto inicial da CRP para a tônica de abertura econômico-social decorrente da 1ª e 2ª revisões constitucionais, de 1982 e 1989, Canotilho²⁰ agregou ressalvas à proibição de retrocesso social, adiantando que este nada pode operar contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática). Isso, contudo, não quer permitir possa a tutela social ser afetada sem critérios. Deixa claro que o princípio da não regressividade limita a desconsideração dos direitos adquiridos, aludindo, para esse fim, à tutela da confiança e da segurança do cidadão no âmbito econômico, social e cultural, bem como ao núcleo essencial da existência mínima que constitui imposição da dignidade da pessoa humana.

Antes, o tema já tinha sido abordado por Manuel Afonso Vaz,²¹ para quem não se há de cogitar de um conteúdo mínimo de um direito social que esteja sob a reserva constitucional, conclusão que se mostra adversa à admissão da proibição de retrocesso como garantia daquele. Assim, manifesta-se no sentido de não ser possível que o nível de realização legislativa de um direito social possa converter-se, autonomamente, numa dimensão sobranceira material que venha a inibir a manifestação de vontade do legislador.²²

Ponto de vista moderado é o defendido por Jorge Miranda,²³ frisando que não se afigura concebível a eliminação, pura e simples, das normas legais que tenderam à concretização dos direitos à prestação, pois, em assim se fazendo,

¹⁸ *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994. p. 374.

¹⁹ Julgado em 11 de abril de 1984, teve por relator o Conselheiro Vital Moreira, restando vencidos, com declarações de voto, os Conselheiros Joaquim Costa Aroso, José Manuel Cardoso da Costa e Messias Bento. Ver inteiro teor disponível em: dre.tretas.org. Acesso em: 22 jun. 2017. Este sítio constituiu a base para a pesquisa do acervo jurisprudencial e normativo lusitano.

²⁰ *Direito constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-339.

²¹ *Lei e reserva da lei – a causa de lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1992. p. 383-386.

²² Destaque-se a passagem seguinte: “Por outro lado, a autonomia do legislador e da função legislativa é um princípio de reserva constitucional. Por decisão constituinte, o legislador tem liberdade constitutiva e autorreversibilidade ali onde a Constituição não reservou, nem *podia* reservar, o conteúdo material. Aí, uma vez ganha a legitimidade política, o legislador tem poder jurídico-constitucional para conferir *sua* autoria às *suas* decisões” (loc. cit., p. 385-386).

²³ *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV. p. 397-399.

significa desprover de eficácia às correspondentes normas constitucionais que os consagram. Por isso, descabe a revogação de ditas normas legais sem que outra disciplina venha em seu lugar.

Finalizando, eis interessante advertência de que o não retrocesso social é assegurado não somente por medidas jurídicas, mas precipuamente quanto pela sua sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo de que o nível de proteção social deva ser, à medida do possível, mantido ou reforçado.

José Carlos Vieira de Andrade,²⁴ mesmo sem admitir de forma clarividente a proibição de retrocesso, por compreender que a admissão de que as medidas legais que concretizam direitos sociais possam representar, de forma automática, a sua constitucionalização, pois, para tanto, necessário um consenso básico e uma radicação da consciência jurídica geral, no sentido de que a realização legislativa correspondente a uma complementação ou desenvolvimento do direito constitucional é capaz de lhe assegurar uma dignidade constitucional, não desconhece que, em tais situações, os preceitos constitucionais relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais, não de implicar uma garantia de estabilidade de situações ou posições jurídicas legislativas, cujo adensamento é suscetível de graduação.²⁵

No seu particular modo de ver, sustenta que a proibição de retrocesso somente seria aceitável como padrão para impedir a supressão, sem disciplina alternativa, das normas conformadoras dos direitos sociais, ou quanto tal suceda sem desprezo à tutela da confiança, desde que, nesta última hipótese, à medida que a norma regressiva enverede pelo arbítrio ou pela falta manifesta de razoabilidade.

Ao largo da doutrina, o debate também evoluiu perante o Tribunal Constitucional, cabendo realce ao Acórdão nº 509/2002, no qual restou declarada inconstitucional a revogação do rendimento mínimo garantido aos indivíduos com idade igual ou superior a dezoito anos pelo art. 4º, nº 1º, da Lei nº 19-A, de 29 de junho de 1996, substituído pela instituição do rendimento mínimo de inserção, decorrente do art. 4º, nº 1º, do Decreto da Assembleia da República nº 18/LX, cujo universo de beneficiários se circunscrevia às pessoas com idade igual ou superior a vinte e cinco anos.

²⁴ *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina: 2001. p. 390-395.

²⁵ Daí – segundo o autor (loc. cit., p. 391-392) – tem-se a garantia de um mínimo, correspondente à impossibilidade de se suprimir situações ou posições jurídicas à medida que se ponha em risco o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana. Igualmente, poderá atingir um máximo, desde que se venha a considerar que tais concretizações legais possuam a qualidade de matéria constitucional. O grau médio, por sua vez, poderia ser visualizado a partir da eficácia do princípio da proteção da confiança ou quanto à necessidade de motivação dos atos legislativos causadores do retrocesso, acarretando, assim, a diminuição da liberdade de conformação legislativa.

Compreendeu-se, a partir do voto-condutor do Conselheiro Luís Nunes de Almeida,²⁶ a despeito da margem de autonomia que possui o legislador, que este, ao revogar o rendimento mínimo, não poderia deixar de traçar instrumentos alternativos, os quais igualmente pudessem garantir aos jovens dentre dezoito a vinte e cinco anos de idade o direito a um mínimo de existência condigna, principalmente porque, nos últimos anos, estava-se a assistir a uma diminuição do emprego de jovens e ao aumento da sua taxa de desemprego frente aos adultos. Assim, o legislador atingira o conteúdo mínimo a uma existência condigna, decorrente do princípio do respeito pela dignidade humana e da ideia de Estado Democrático de Direito.

Antes, é digno de nota o pronunciamento constante do Acórdão nº 303/90, no qual se discutiu sobre impugnação formulada por um grupo de vinte e sete deputados à Assembleia da República contra o artigo 14, nº 11, da Lei nº 114, de 30 de dezembro de 1988, a qual, ao aprovar o orçamento do Estado para o ano de 1989, suspendeu, antes da sua entrada em vigor, a Lei nº 103, de 27 de agosto de 1988. Esta assegurava aos professores do ensino primário, bem como aos ex-regentes escolares, vencimentos correspondentes aos dos restantes professores habilitados com o curso normal.

Afastada alegação de maltrato à isonomia, sufragou-se entendimento de que tal norma contrariou o princípio da confiança, que é consequente do princípio do Estado de Direito Democrático consagrado pelo art. 2º da CRP. Daí ser possível afirmar que os cidadãos são titulares de uma expectativa legítima na preservação de situações de fato já alcançadas em decorrência do direito em vigor.²⁷

Recentemente, a discussão tornou à ribalta pretoriana, durante situação de emergência financeira vivenciada pelo Estado português durante o intervalo de 2010 a 2014.²⁸ Dois julgados se destacam, a saber: a) o Acórdão nº 353/2012, no qual

²⁶ Tal pronunciamento merece ser lido em face do desenvolvimento doutrinário que é exposto sobre o assunto.

²⁷ De interesse transcrição de passagem do voto-condutor do Conselheiro Messias Bento: “13.5 – Atingido um nível remuneratório que lhes conferia, na ocasião da entrada em vigor desta última lei, um quantitativo então igual ao percebido pelos professores diplomados com os cursos das escolas do magistério primário, é perfeitamente compreensível que os destinatários daquele diploma ficassem possuídos da convicção de que esse ‘direito’ subjectivado a tal quantitativo, já concretizado objectivamente, para o futuro, e sem que surgissem acentuadas alterações da conjuntura económico-financeira, era algo de reconhecido pela ordem jurídica e com o qual eles podiam e deviam contar, deste modo ficando convencidos que o dito montante não seria diminuído. Ao suspender o referido ‘direito’, o n.º 11 do artigo 14.º da *Lei 114/88* veio, de forma efectiva, frustrar a indicada convicção, sem que se anteolha a existência de situação de interesse geral ou conformação social de suficiente peso que pudessem tornar previsível ou verosímil tal suspensão. Por isso se depara uma inadmissível (porque irrazoável, extraordinariamente onerosa e excessiva) afectação levada a cabo pela norma sindicada. [...] IV – Perante o exposto, por violação do princípio da confiança, ínsito no princípio do Estado de direito democrático, consagrado no artigo 2.º da Constituição da República Portuguesa, declara-se, com força obrigatória geral, inconstitucional a norma constante do n.º 11 do artigo 14.º da *Lei 114/88, de 30 de Dezembro*”. Disponível em: dre.tretas.org. Acesso em: 22 jun. 2017.

²⁸ Não se desconhece – tal como nos aponta Susana de la Sierra (Límites y utilidades del derecho comparado en el derecho público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera. *Revista de Administración Pública*, n. 201, p. 96, set./dez. 2016) – que, nesse período, a discussão em torno de

foi declarada a inconstitucionalidade dos artigos 21 e 25 da Lei nº 64-B, de 30 de dezembro de 2011 (Lei do Orçamento do Estado para o exercício financeiro de 2012), os quais determinavam a suspensão do pagamento do subsídio de férias e de Natal;²⁹ b) o Acórdão nº 413/2014, sede onde discutida a validade dos artigos 33, 75 e 117, da Lei nº 83, de 31 de dezembro de 2013 (Lei do Orçamento do Estado para o exercício financeiro de 2014), que determinaram cortes na retribuição dos trabalhadores da função pública. O reconhecimento da inconstitucionalidade sobreveio, em ambos os casos, pela violação do princípio da igualdade.

Sobre tais pronunciamentos, mais precisamente em defesa da postura do Tribunal Constitucional, Reis Novais³⁰ acentua que, num Estado de Direito, mesmo em situações de crise econômica, faz-se possível àquele sindicarse as justificações governamentais são suficientemente fortes para respaldar a restrição dos direitos fundamentais sociais, bem como se as limitações foram traçadas de forma coerente com as motivações indicadas e se houve respeito aos princípios constitucionais que, em casos tais, incumbem ser salvaguardados (igualdade, proporcionalidade, segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana).³¹

É possível se constatar, assim, que em tais sistemas jurídicos, é reconhecida a liberdade de conformação do legislador ainda que para alterar a legislação que desenvolve os direitos sociais. Contudo, não se desconhece que, apesar da consagração constitucional do Estado Democrático e, portanto, representativo,³² tal autonomia não poderá se manifestar sem a observância de limites.

princípios como a da estabilidade financeira frente a outros bens, valores e objetivos constitucionais, também frequentou a Corte Constitucional italiana e o Tribunal Constitucional alemão. No entanto, discorrer aqui sobre os pronunciamentos destes, além de ampliar o âmbito da comparação a que visou originariamente o trabalho, levaria a estender o seu conteúdo em demasia.

²⁹ Provocou sobressalto a circunstância de que, nessa oportunidade, a despeito de reconhecida a inconstitucionalidade, o Tribunal Constitucional ter patrocinado modulação pró-futuro, de sorte a manter incólume a aplicação das regras impugnadas até o término de sua vigência, ao se vislumbrar situação de excepcional interesse público para tanto, motivada pelo quadro de grave crise financeira, capaz de evitar o acesso de Portugal a financiamentos externos.

³⁰ *Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014. p. 62.

³¹ Interessante não omitir António Manuel Hespanha (A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico” – crise, Direito e argumentação jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 923, p. 213-279, mar. 2013), ao apontar, num texto recente, a preponderância quanto a uma parcela da doutrina lusitana, uma aceitação de que a garantia dos direitos adquiridos há de ser proporcional a outros valores constitucionalmente garantidos, de modo que, por imperativos de mercado, a constituição deverá ceder diante da necessidade pública, agora erigida à condição de lei superior. Com isso, a preponderância da concepção liberal em situações de crise gera um regime dualista de garantias quanto às situações jurídicas já constituídas. Numa delas, privatistas, voltadas ao bom funcionamento do mercado – diz o autor – tem-se a sua tutela quanto ao risco político (alteração pelo Estado fundada no interesse público), do risco econômico (alteração das circunstâncias da base do negócio jurídico) e, de outro lado, restringe-se a posição jurídica da parte mais fraca, usuais no direito do trabalho, do consumidor e do inquilinato. Com isso, inarredável, na prática, a precariedade dos direitos adquiridos sociais.

³² Somente para avivar, a Constituição da República Portuguesa, no seu art. 2º, consigna que o Estado Democrático que institui se encontra baseado na soberania popular, da qual é extraída a competência do Legislativo. Não diferente a Constituição Política da Colômbia acentua, no seu art. 3º, que a soberania nacional reside no povo, o qual a exerce de forma direta ou por intermédio dos seus representantes.

3 Uma visão do Direito pátrio

A discussão do tema perante o sistema jurídico pátrio não dispensa observações sobre as suas peculiaridades culturais.

Uma delas é a inclinação patrimonialista de nossa sociedade, cuja formação econômica foi apoiada no campo. A literatura, a qual é incomparável como mecanismo de descrição da sociedade, fornecendo um retrato perfeito do tempo no qual se insere o escritor, fornece exemplos a mancheias.³³ Isso fez com que fosse possível o surgimento de algumas prodigalidades, não justificáveis.³⁴

Outro ponto – e que, sem dúvida, não se encontra desvinculado de um traço cultural – é a circunstância de que o nosso constituinte originário, pelo menos desde 1934, vem se pautando pelo apego a uma regulação não apenas analítica da matéria constitucional, mas, em muito, além da essencialidade desta. E, como se não bastasse, a técnica que se acha impregnada na sua disciplina – e isto é notável em sede de direitos sociais³⁵ – acha-se acentuadamente marcada pelo tracejar de detalhes.³⁶

³³ Uma ideia de nossa cultura patrimonialista e de seus excessos de estroinice é perceptível, dentre outros autores, na pena de Manuel Bandeira por ocasião de maravilhosa crônica (O professor de grego. *In: Crônicas para jovens*. São Paulo: Global Editora, 2012. p. 79-80).

³⁴ O rol exemplificativo é vasto. Inicialmente, chama atenção o fato de que a Lei nº 3.807/60, nossa primeira Lei Orgânica da Previdência Social, corretamente previu a idade mínima para aposentadoria por tempo de serviço, requerendo que o segurado completasse cinquenta e cinco anos de idade, mas, antes de dois anos de sua vigência, o referido dispositivo foi revogado pela Lei nº 4.130/62. Antes, em regulando o Plano de Assistência ao Funcionário e sua Família, a Lei nº 3.373/58, mesmo numa época onde noutros países se desenrolava tendência à emancipação da mulher para o trabalho, assegurou à filha solteira do servidor público federal, maior de 21 anos, direito à pensão, desde que não ocupante de cargo público, a qual, depois da Constituição de 1988, passou a ser quitada na integralidade dos vencimentos ou proventos que o seu instituidor percebesse se vivo estivesse. No âmbito da previdência dos militares da União, a Lei nº 3.765/60, no seu art. 7º, III, inseriu a filha maior como beneficiária de pensão, independentemente do seu estado civil, tendo o art. 7º, I, do mesmo diploma, com a redação da Lei nº 8.216/91, limitado esse direito às filhas solteiras de qualquer idade, absurdidade que somente cessou com a MP nº 2.215 – 10/2001. E, como se não bastasse, tal fenômeno se tem manifestado recentemente. Mesmo com a percepção da crise do erário da previdência, a Lei Complementar nº 144, de 15 de maio de 2014, promulgada num clima pré-Copa do Mundo, alterou a Lei nº 51/85, que estabelece a aposentadoria especial para os servidores da carreira policial, reduzindo ainda mais o tempo de contribuição das servidoras mulheres na contramão dos sistemas previdenciários dos países ditos desenvolvidos, os quais se notabilizam por igualar os gêneros nesse ponto, ou, caso não, pela redução da diferença entre tempo de serviço ou de idade. Esse panorama legislativo – que não se mostra completo – restringe-se ao âmbito da União, não se referindo a preceitos semelhantes ainda vigentes – ou que ainda estão a produzir efeitos – nas vinte e sete unidades federativas e nos quase seis mil municípios. Isso sem contar que o constitucionalismo pátrio, desde 1934 (art. 170, nº 4º), já contemplava a aposentadoria do servidor público por tempo de serviço, fixado inicialmente em trinta anos, sem, para tanto, prever a necessidade de contribuição para tanto, o que somente veio a ocorrer com o art. 40 da Constituição de 1988 com a redação da Emenda Constitucional nº 41/2003, o que permitiu ao legislador de muitos Estados e Municípios que dispensar tal exigência de seus servidores.

³⁵ Vale aqui relatar a observação de Carlos Blanco de Moraes (Direitos sociais e controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? *In: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. III. p. 601), no sentido de que, na CRFB, ao invés da CRP, há direitos sociais distribuídos tanto por normas preceptivas e exequíveis por si próprias como por normas, igualmente preceptivas, mas não exequíveis por si próprias.

³⁶ Ver, no particular, NOBRE JÚNIOR, E. P. A Constituição de 1988: os inconvenientes da opção pelo detalhe. *In: COPETTI NETO, A.; LEITE, G. S.; LEITE, G. S. Dilemas na Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-75.

Numa rápida comparação com os paradigmas colombiano e português, é possível vislumbrar que as respectivas constituições, nos seus arts. 53 e 59, respectivamente, consagram os direitos dos trabalhadores ao nível da fixação de diretrizes, abstendo-se, ao contrário do que aqui assiduamente sucede (art. 7º, CRFB), de delimitar o conteúdo preciso das prestações que assegura. Já no particular da função pública, são omissas, tanto a CP (art. 209) quanto a CRP (art. 269), na fixação de direitos pecuniários assegurados aos seus ocupantes, remetendo-a ao legislador, ao passo que assim não acontece com o art. 39, §2º, do CRFB. Isso sem contar a seara previdenciária, conforme pode ser exemplificado especialmente pelo art. 40, §§1º a 21.

Disso decorre que, numa grande parte, as reformas no trato dos direitos sociais no sistema jurídico brasileiro não dispensam alteração no texto constitucional.

Assim, a consideração do caráter fundamental dos direitos sociais e, de conseguinte, da sua condição como integrantes do rol das cláusulas pétreas, pela sua inserção no elenco do art. 60, §4º, IV, da CRFB,³⁷ acarreta como uma consequência inicial a de que a modificação na configuração de qualquer deles haverá de respeitar um conteúdo essencial, sem contar a impossibilidade de sua supressão, pura e simples.³⁸

³⁷ O fato do art. 60, §4º, IV, da CRFB, empregar a expressão “direitos e garantias individuais”, fez com que pudesse, a um primeiro súbito de vista, surgir controvérsia sobre a inclusão ou não dos direitos sociais no conjunto das cláusulas pétreas, mas logo a doutrina desfez o que poderia resultar num possível equívoco. Manoel Gonçalves Ferreira Filho (*Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000. p. 378) foi incisivo, ao comentar o preceito sobranceiro, no sentido de que o constituinte disse menos do que desejava, uma vez que tanto as liberdades públicas quanto os direitos econômicos e sociais são direitos humanos fundamentais. Também refutando a exegese puramente literal como a apropriada para a questão, Ingo Sarlet (SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, W. de M. (coord.). *20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 264-265) envereda pela interpretação sistemática para defender a solução afirmativa. Desse modo, não se poderá desconsiderar, para tanto, que o Preâmbulo se reporta à garantia dos direitos sociais e individuais e que o fato da Constituição vigente consagrar a ideia do Estado democrático e social de Direito já faz transparecer o realce para os princípios fundamentais do art. 1º, I a III, bem assim os objetivos do art. 3º, I, III e IV. Por isso, irrecusável a íntima vinculação dos direitos fundamentais sociais com a concepção de Estado moldada em 1988, sem que se possa dissociar que tanto o princípio do Estado social quanto o dos direitos fundamentais sociais integram a sua essência. No mesmo sentido, conferir Paulo Gustavo Gonet Branco (In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. *Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 224), ao sustentar que deve a dignidade humana interagir com outras normas do Título I da Constituição de 1988, dentre as quais aquelas que falam do valor social do trabalho, de uma sociedade justa e solidária, da erradicação da pobreza e da marginalização e da redução de desigualdades sociais, razão por que resta indicado que os direitos fundamentais sociais participam da essência da concepção de Estado por aquela norma consagrada. Sendo assim, as cláusulas pétreas, servindo para preservar os princípios fundamentais que animaram o trabalho do constituinte, fazem que os direitos sociais sejam centrais para a ideia de Estado democrático e, por isso, não podem deixar de serem considerados como cláusulas pétreas.

³⁸ De fato, o Supremo Tribunal Federal já se pronunciou no sentido de que ao constituinte derivado pode alterar a forma como disciplinada uma cláusula pétrea desde que respeitado o seu conteúdo essencial. Exemplo é localizável com o julgamento de medida cautelar na ADIN 2.024 – 2 – DF (Pleno, unânime., DJU de 01.12.2000), embora a justificativa do questionamento se ligasse à federação, fixou-se, no voto do relator, Min. Sepúlveda Pertence, a orientação de que as cláusulas pétreas, conjunto onde estão

E, nesse particular, não poderá ser olvidada a segurança jurídica, cujo núcleo muito se alargou contemporaneamente, não mais ficando restrito à tríade ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, constante do art. 5º, XXXVI, da vigente Lei Maior e que reproduz um padrão em nosso constitucionalismo.

Vai além e muito. Prova disso que o valor “segurança” se acha solenizado pelo Preâmbulo, o que revela que se cuida de um dos fundamentos básicos da obra constituinte.

Reconhecendo a segurança jurídica como um valor prévio à existência do Estado, e, principalmente, procurando sua compreensão na Argentina do século XXI, Pablo Luis Manili arrisca uma definição, traçando-a como sendo “a garantia de que o Estado deve brindar às pessoas sujeitas à sua jurisdição, no sentido que o sistema jurídico vigente protege e protegerá com leis certas, escritas, estáveis, justas e razoáveis e com atos de aplicação dessas leis também razoáveis e estáveis, os direitos humanos fundamentais, tal como estão consagrados nas normas que integram o bloco de constitucionalidade, diante de qualquer lesão ou violação proveniente do Estado ou de particulares”.³⁹

Rematando, o autor,⁴⁰ a par de reconhecer no conteúdo da segurança jurídica uma parte contingente, variável consoante que venha defini-la, bem como de país para país, não desconhece uma parte unívoca, integrada pela previsibilidade, estabilidade e confiança no sistema jurídico.

Especialmente quanto à tutela da confiança legítima, Jaime Rodríguez-Arana⁴¹ afirma se tratar de um princípio de natureza comunitária em virtude do qual a

inseridos os direitos e garantias individuais, não desembocam na “intangibilidade literal da respectiva disciplina na Constituição originária, mas apenas a proteção do núcleo essencial dos princípios e institutos cuja preservação nelas se protege”. Suficiente, portanto, que a essência do direito fundamental seja preservada. Já no que respeita aos integrantes do rol dos direitos fundamentais, o Pretório Excelso já aclarou ser possível a mudança do alcance de um direito fundamental, não se tolerando, no entanto, a sua supressão. Exemplo está na ADI 2666 – DF (Pleno, unânime., rel. Min. Ellen Gracie, DJU de 06.12.2002), na qual se enveredou pela constitucionalidade da Emenda Constitucional nº 37/2002, a qual prorrogou a CPMF, salientando o voto-condutor que, além de não ter se abolido o art. 195, §6º, da Lei Maior, a hipótese, por ser de prorrogação e não de instituição de contribuição social, não comportaria a sua aplicação. O mesmo parece ter ocorrido quanto à alteração do art. 7º, XXIX, da CRFB, pela Emenda Constitucional nº 28/2000, vindo os arestos a afastar a incidência do novo regramento às pretensões já nascidas durante o regime anterior (Segunda Turma, AI 467.975, unânime., rel. Gilmar Mendes, DJU de 26.05.2006; Primeira Turma, RE 423.575, unânime, rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJU de 17.12.2004).

³⁹ “*la garantía que el Estado debe brindar a las personas sujetas a su jurisdicción de que el sistema jurídico vigente protege y protegerá con leyes ciertas, escritas, estables, justas y razonables y con actos de aplicación de esas leyes también razonables y estables, los derechos humanos fundamentales, tal como están consagrados en las normas que integran el bloque de constitucionalidad, ante cualquier lesión o violación proveniente del Estado o de particulares*”. La seguridad jurídica en el Derecho Constitucional Comparado. In: ABESRASTURY, P. *Estudios de Derecho Comparado*. Buenos Aires: EUDEBA, 2016. p. 344-345.

⁴⁰ Loc. cit. p. 352.

⁴¹ El principio general del derecho de confianza legítima. *Ciencia Jurídica*, n. 1-4, p. 59-70, jul. 2013. Disponível em: <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/principio-general-derecho-conafianza-tima-501123638>. Acesso em: 6 nov. 2020.

Administração Pública não pode modificar unilateralmente o sentido de suas decisões sem justificação razoável. Assim, apenas excepcional e motivadamente aquela pode alterar o sentido de sua atuação. O normal, portanto, será que a função administrativa observe a continuidade das políticas públicas ou, igualmente, manifeste-se de acordo com a objetividade, a imparcialidade e a congruência própria de quem está ao serviço do interesse geral.

Prosseguindo, expõe que o Tribunal Supremo espanhol construiu o regime do princípio, assinalando algumas condições e características necessárias para a sua incidência. Reportando-se às alterações normativas, o autor enfatiza que, por força da confiança legítima, aquelas terão de ser conhecidas pelos seus destinatários naturais e, da mesma forma, terão de respeitar os direitos adquiridos vistos sob a perspectiva de um sistema razoável de disposições transitórias.

Esse ponto ganha importância na situação brasileira. Isso porque, diante da crise previdenciária que entre nós vem chamando atenção desde a década de 1990, tivemos duas reformas, quais sejam as de 1998 e 2003. Em ambas se preservou o direito adquirido para os servidores que, à época do início da vigência do novo regime, já tivessem em seu favor reunidas todas as condições para a fruição das aposentadorias (art. 3º, *caput*, EC nº 20/98; art. 3º, *caput*, EC nº 41/2003).

Restaram feitos ajustes, tais como a fixação de idade mínima para aposentadoria, a elevação do tempo de contribuição, a afirmação do caráter contributivo do sistema previdenciário dos servidores titulares de cargo efetivo, a redução do montante das pensões, a desvinculação do valor das aposentadorias da integralidade dos vencimentos percebidos pelos servidores, a previsão de que seriam instituídas contribuições incidentes sobre aposentadorias e pensões, a organização de regime de previdência complementar etc.

Em face de tais correções, as quais visaram sanar distorções do passado, aqueles que, à época de tais reformas, encontravam-se abrangidos no regime próprio de previdência do servidor público, por ser titular de cargo efetivo, foram sucessivamente submetidos a várias sistemáticas de transição.⁴²

Indaga-se, numa hipótese de uma nova reforma, que provavelmente ampliará os limites de idade, se todos aqueles que confiaram na concretização de tais modelos de transição devem ser atingidos por mais um. Penso que não. Aqueles que, frente às atuais regras de transição, encontrarem-se próximos à perfeição de suas regras, não poderão ser atingidos por mais um novo – o quarto, aliás – regime de transição. O respeito à confiança legítima impõe – e que talvez devesse ficar expresso no texto reformador, a exemplo do que vem acontecendo com o direito

⁴² Foram elas as constantes das Emendas Constitucionais nºs 20/98 (arts. 8º e 9º), 41/2003 (arts. 2º, 6º e 6º-A) e 47/2005 (art. 3º).

adquirido – que parcela dos servidores que já completaram parte substancial do exigido pela transição vigente não fosse atingida por mais uma regra transitória.

Isso porque a tutela da segurança jurídica na sociedade contemporânea não se esgota no conjunto “direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada”, não podendo obscurecer a proteção da confiança legítima, a qual restará frustrada caso não se resguarde parcela dos atuais servidores públicos contra a incidência eterna de modelos de transição.

Se assim não for, o núcleo essencial da segurança jurídica restará comprometido.⁴³

Outro ponto diz respeito à alteração de direitos sociais mediante lei, o que traz ao proscênio o tema da vedação do retrocesso social. Entre nós, porventura pelo deslocamento da pauta social para a Constituição, o questionamento não logrou maior desenvolvimento.

Isso porque, ao que tudo parece, os julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o assunto são raros e, mesmo assim, não se mostraram incisivos.

Em primeiro lugar, assoma o julgamento da ADI nº 2.065-O-DF,⁴⁴ ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista contra a Medida Provisória nº 1.911 – 8/99 na parte na qual revogou os arts. 6º, 7º, 77 e 84, da Lei nº 8.212/91, e arts. 7º e 8º da Lei nº 8.213/91, os quais tratavam sobre a criação e competência do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

Na realidade, a matéria inerente à vedação de retrocesso foi posta de passagem quando da rejeição de preliminar de não conhecimento de ação direta de inconstitucionalidade. O relator, ao final do seu pronunciamento, apenas traçou algumas linhas sobre o assunto, dizendo que, em se tratando de lei integradora de eficácia de preceito constitucional, a sua revogação por outra, que igualmente regulamente o tema, afigura-se possível, sendo obstada apenas que a nova regra legal reinstale o vazio normativo.⁴⁵ Mais uma opinião pessoal do que uma expressão do pensar da Corte.

⁴³ Nesse ponto, interessante a percepção de Ingo Sarlet (A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um Direito Constitucional comum latino-americano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 3, n. 11, p. 180, jul./set. 2009), para quem a noção de segurança, envolta no âmbito de uma constituição que consagra direitos sociais, não pode reduzir-se às tradicionais figuras da tutela dos direitos adquiridos ou da irretroatividade de certas medidas estatais. Por isso, a promoção dos direitos fundamentais em geral, inserindo-se os sociais, requer que tal proteção suceda mesmo sem que se verifique a violação de direitos adquiridos.

⁴⁴ Pleno, maioria, rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJU* de 04.06.2004.

⁴⁵ Eis, no particular, o voto do relator: “O mesmo se cabe dizer em tese, *mutatis mutandis*, da viabilidade da arguição posta nesta ação direta, malgrado aqui a lei cuja ‘revogação pura e simples’ se tacha de inconstitucional, por violar o referido art. 194, VII, CF, seja posterior à Lei Fundamental vigente. Pouco importa. Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas

Noutra passagem, qual seja a ADI nº 3.105-DF,⁴⁶ onde se travou debate sobre a inconstitucionalidade do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, que facultou a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, instituírem contribuição previdenciária sobre os valores percebidos a título de aposentadoria de pensão no âmbito do regime previdenciário do servidor público, houve, igualmente, se não mais um *obiter dictum*, um esboçar aligeirado do princípio da não regressão social como um dos argumentos de um dos votos vencidos.

Assim, o Min. Celso de Mello, ao final do seu longo voto, após ressaltar a natureza fundamental dos direitos previdenciários, aludiu ao princípio da proibição do retrocesso social, o qual impediria que, uma vez se atingindo determinados níveis de proteção de um direito social, houvesse sua redução ou supressão, salvo se criada política compensatória pelas instâncias governamentais. Restou invocado,

não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisação de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional. Vale enfatizar a esclarecer o ponto. Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós – constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária”.

⁴⁶ Pleno, maioria, rel. Min. Cezar Peluso, *DJU* de 18.02.2005. Eis, de compulsória transcrição, a transcrição da ementa do julgado: “DIREITO CONSTITUCIONAL, PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. LICENÇA-GESTANTE. SALÁRIO. LIMITAÇÃO. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 14 DA EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 20, DE 15.12.1998. ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO AO DISPOSTO NOS ARTIGOS 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, E 60, §4º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. 1. O legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada ‘na forma desta Constituição’, ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com a duração de cento e vinte dias. 2. Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E. C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito. E, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E. C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, que não se pode presumir desejado. 3. Na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$ 1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a *discriminação* que a Constituição buscou combater, quando proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, *por motivo de sexo* (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos, entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal. Estará, ainda, conclamado o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, qualquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$ 1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1988, tenha chegado a esse ponto, na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais consequências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade”.

sem um esmiuçar, a doutrina lusitana e a jurisprudência do Tribunal Constitucional (Acórdão nº 39/84), carecendo a exposição de maior desenvolvimento sobre o tema.⁴⁷

Embora não tenha havido uma manifestação mais eloquente sobre a vedação de retrocesso, o precedente que pode ser encarado como de maior densidade nesse particular, recaiu na ADI nº 1.946,⁴⁸ mediante a qual o Partido Socialista Brasileiro impugnou o art. 14 da Emenda Constitucional nº 20/98, o qual fixou em R\$1.200,00 o limite máximo para o valor dos benefícios do regime geral da Previdência Social.

O pleito foi acolhido quanto à licença-maternidade, a fim de legar interpretação conforme ao dispositivo impugnado, para excluir da sua incidência o salário-maternidade. Enfatizou o voto do relator, Min. Sydney Sanches, que este, desde 1932 e mais expressamente desde 1974, vem sendo tratado não como instituto trabalhista, mas sim de natureza previdenciária, o que foi mantido pela CRFB, que a assegurou sem prejuízo do empregado e do salário. Por isso, à míngua de revogação pela Emenda Constitucional nº 20/98 do próprio art. 7º, XVIII, da Lei Básica, a incidência do art. 14 daquela à licença-maternidade, fixando-se como teto para o seu pagamento o valor de R\$1.200,00, respondendo pelo restante o empregador, implicará retrocesso histórico, uma vez que se estimulará fortemente a opção deste pela admissão do trabalhador masculino ou pela fixação de salário menor para as trabalhadoras do sexo feminino.

Se o tema se apresenta de uma quase virgindade nos anais do Pretório Excelso, o mesmo não se pode dizer da doutrina. É assente o entendimento de que, uma vez integrado o texto constitucional mediante a intervenção do legislador, a liberdade de conformação deste, a despeito de subsistir, torna-se limitada. Desse modo, haverá de respeitar alguns condicionantes. Assim pensam – dentre muitos – Ingo Sarlet,⁴⁹ Felipe Derli,⁵⁰ Osvaldo Ferreira de Carvalho⁵¹ e Flávio Pansieri.⁵²

⁴⁷ Penso que não pode se afirmar ter o Pretório Excelso examinado o tema da vedação de retrocesso no Agravo regimental no RE com Agravo 639.337 – SP (Segunda Turma, rel. Min. Celso de Mello, unânime, *DJe* de 15.09.2011), no qual se controvertia sobre a interpretação do art. 208, IV, da Constituição, dispositivo autoaplicável. Daí não ter se verificado uma situação na qual se discutia a revogação de uma lei que, tendo disciplinado direito social, fora posteriormente revogada. Ademais, a menção à proibição de retrocesso social, constante da parte final da longa ementa, mostra-se, quando muito, como algo dito de passagem e, portanto, dissonante com as situações nas quais tal matéria é discutida.

⁴⁸ Pleno, unânime, *DJU* de 16.05.2003.

⁴⁹ Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. B. *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015. p. 103-106.

⁵⁰ A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. *Direito sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 381-382.

⁵¹ *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014. p. 276-280.

⁵² *Eficácia e vinculação dos direitos sociais – reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 174-182.

Sendo assim, impõe-se, inicialmente, que não se retorne, pura e simplesmente, à situação de vazio normativo. Proíbe-se, portanto, a supressão, pura e simples, de uma prestação social prevista em lei.

Aqui se afigura importante o retorno à questão, abstraída pelo autismo dos juristas, relativa às hipóteses onde a proteção social, por vício cultural pátrio, adveio das chamadas prodigalidades inerentes a um puro viés patrimonialista. Uma amostra é o antiquado – e inadmissível, até mesmo para países com economia desenvolvida – direito à pensão em favor da filha solteira e capaz do servidor público, até a Lei nº 8.112/90, presente na legislação federal, mas ainda subsistente nalguns estatutos estaduais e municipais. A sua extinção não demanda a previsão de prestação substitutiva. Nem mesmo há que se cogitar de uma confiança legítima para aquelas que aguardavam a fruição de tal utilidade. Aqui a segurança jurídica não poderá ir além do instituto do direito adquirido que resguarda as situações já consolidadas quando da vigência da legislação revogada. É que, na situação exemplificada, de direito social não se cuida, mas de privilégio, *tout court*.

Recentemente, tivemos a alteração do programa FIES. A não exigência de média mínima para tanto, bem como a possibilidade de se ter acesso a tais recursos mesmo com a obtenção de nota zero em redação, evidencia não somente um descaso ao mérito, mas um esbanjamento de verba pública num país onde os recursos são escassos.

Portanto, a exigência de nota mínima, além da impossibilidade de acesso por aqueles que não tiverem pontuação na prova de redação, tal como sucedeu com a Portaria Normativa MEC nº 21/2014, é medida legítima, retificadora de abuso, e, portanto, carece de medida substitutiva. Suficiente, para tanto, a manutenção no FIES daqueles que já se encontravam no programa antes de sua edição, permitindo-lhes a renovação dos financiamentos, como entendeu decisão monocrática na ADPF nº 341 (MC)-DF.⁵³

Mas os condicionamentos ao legislador não param por aí. Faz-se preciso que, uma vez equivalendo o novo panorama legislativo a uma diminuição da proteção antes assegurada, haverá de se preservar o conteúdo essencial do direito social que já se encontrava disciplinado pelo legislador.⁵⁴

⁵³ Rel. Min. Luís Roberto Barroso, decisão de 28.04.2015.

⁵⁴ A propósito, é de se observar Sandro Nahmias Melo (A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. *Teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 941-957), quando, ao versar sobre o conteúdo essencial dos direitos e garantias fundamentais como uma limitação para a atividade legislativa, conclui: “A toda evidência, o limite de restrição de qualquer coisa é tudo aquilo que conceitualmente a pode destruir. Todo o bem ou valor jurídico tem, por isso, uma essência a respeito da qual há um certo consenso, ainda que se trate de algo fluído ou ambíguo, a exemplo da boa-fé, conceito que recebeu inúmeros tratados técnicos” (loc. cit., p. 956).

Nada melhor para ilustrar a hipótese do que mais uma referência à deliberação tomada na ADI 1.946-5-DF. De fato, a aplicação do teto para pagamento dos benefícios do regime geral de previdência social para o salário-maternidade, de modo a fazer com que a parcela da remuneração que o superasse fosse quitada pelos empregadores, teria um efeito devastador sobre esta modalidade de prestação, desfigurando-o. E, além disso, provocaria consequências daninhas no mercado de trabalho, seja por contribuir para deste alijar a mulher em prol da escolha por trabalhadores homens ou por propiciar a fixação de salários mais baixos para as empregadas. Desse modo, restaria esvaziada a própria finalidade perseguida pelo art. 7º, XVIII, da CRFB.

Tampouco se pode prescindir, na alteração dos contornos de um direito social, da preservação do um mínimo essencial, por injunção da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), base na qual se apoiam os direitos fundamentais. Por isso, o Estado, ainda que sob o argumento de dificuldades financeiras, não poderá privar o cidadão do custeio das suas necessidades básicas.

Aqui penso – pedindo licença a Sarlet⁵⁵ – em porventura considerar mais consentâneo com as condições atuais do nosso erário a concepção sustentada por Ricardo Lobo Torres,⁵⁶ ao distinguir entre a pobreza absoluta, a qual deve ser obrigatoriamente combatida pelo Estado, e a pobreza relativa, a qual, decorrente de causas econômicas ou de distribuição de bens, haverá de ser tratada de conformidade com as possibilidades sociais e orçamentárias.

Não que a pobreza relativa não mereça atenção. Absolutamente. Deve constituir um objetivo a ser perseguido prioritariamente pelo Estado à medida da solidez de suas condições econômicas.

Por sua vez, a segurança jurídica não se encontra – nem poderia se encontrar – sob o encerro do desprezo do legislador. Assim, é necessária – volto a repetir – a tutela não somente dos direitos adquiridos, mas da confiança legítima, impondo-se a fixação de regras de transição, bem como, na alteração destas, a exclusão de parcela dos cidadãos que legitimamente confiaram no próprio regime transitório.

Mas, então, quais são os fundamentos para tais restrições à competência do legislador? De logo, a normatividade da constituição, a qual acarreta como consequência inelutável a conclusão de que todas as suas normas produzem efeitos, embora estes não sejam uniformes.

Relembrando o que afirmamos no início do texto, a partir de lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, é sabido que, além de atributivos de um direito subjetivo,

⁵⁵ A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um Direito Constitucional latino-americano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 3, n. 11. p. 194, jul./set. 2009. A observação se reporta à crítica que o autor faz por ocasião da nota de rodapé 55.

⁵⁶ O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 30, jul./set. 1989.

ou enunciadores de uma vedação explícita, os comandos sobranceiros, quando assim não se encontram postos, necessitando da intervenção legislativa para complementar a sua eficácia, possuem esta qualidade numa menos sentida – mas não menos relevante – densidade. Isso porque são normas e não aconselhamentos.

Tal significa que aos seus destinatários resta assegurada a possibilidade de ativar oposição aos atos legislativos e administrativos perpetrados em contrariedade com o conteúdo da norma constitucional, ou àqueles ainda se permite, no âmbito de suas relações jurídicas, a obtenção do Judiciário uma interpretação numa direção provável ao que se espera da potencialidade do preceito magno.

Sendo assim, não se pode desconsiderar que a CRFB, logo no seu Preâmbulo, enfatiza que a Assembleia Nacional Constituinte visou “instituir Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais”. Prosseguindo, no Título I, relativo aos princípios fundamentais da República Federativa do Brasil, dispõe, no art. 1º, III e IV, que aquela tem como fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho para, no art. 3º, I, prescrever como um dos seus objetivos, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ao modo de remate, o seu art. 6º, inserto no Título II, Capítulo II, encontra-se assim redigido: “Art. 6º São 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, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

Tais preceitos, vistos e analisados em conjunto, evidenciam um compromisso do Estado brasileiro – nele incluído o Legislativo – em atuar na implantação progressiva dos direitos sociais, o que acarreta como consequência uma limitação da liberdade de conformação do legislador nessa matéria, impondo-lhe limites que se justificam principalmente em casos de restrição desse arcabouço jurídico.

Ainda que assim não fosse, não se pode desconhecer que restou incorporado ao sistema jurídico pátrio, por força da edição do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, o qual aprovado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, bem como ratificado pelo Congresso Nacional mediante o Decreto Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991. O seu artigo 2º, nº 1, consagra a obrigatoriedade, por parte dos Estados partes, de concretização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais.⁵⁷

⁵⁷ Eis o teor do referido artigo: “ARTIGO 2º 1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas”. BRASIL. Planalto. Disponível em: www.planalto.gov.br. Acesso em: 8 ago. 2017.

Mesmo que não se possa cogitar da hipótese do art. 5º, §3º, da Constituição, tendo em vista sua anterioridade à Emenda Constitucional nº 45/2004, não esquecer que tal tratado, versando sobre direitos humanos, ostenta colorido supralegal, conforme orientação do Supremo Tribunal Federal no RE nº 349.703-1-RS⁵⁸ e se afigura indiscutível que se impõe ao legislador.

Desse arcabouço normativo – descabido olvidar – emerge ainda, na conformidade das jurisprudências colombiana e lusitana referidas no tópico anterior, o dever do Poder Legislativo de explicitar, durante o processo de elaboração das normas legais restritivas de direitos sociais, justificativa que entenda plausível para tanto.⁵⁹

4 Síntese conclusiva

Ao final do exposto, resta-nos sumarizar as conclusões que seguem.

- a) Indiscutivelmente fundamentais, os direitos sociais requerem, para a sua concretização, numa maior medida do que os de liberdade, a intervenção do legislador, bem como a disponibilidade de recursos financeiros para o seu custeio, razão pela qual em países da América Latina, que ainda não atingiram grau de desenvolvimento econômico e institucional satisfatório, é constante o desafio para se alcançar ou se manter o nível sua prestação, de sorte que, normalmente diante de situações de crise, irrompem, com frequência, tendência à diminuição da tutela social dos cidadãos.
- b) Observando-se a experiência estrangeira, especificadamente a colombiana e a portuguesa, é possível se notar que a concepção de que os direitos sociais fazem parte do arquétipo do Estado Democrático, de sorte que as cortes constitucionais, embora reconheçam uma liberdade de conformação ínsita ao legislador, não olvidam traçar limitações ou ressalvas ao exercício da sua competência quando voltada à afetação da tutela social já assegurada, motivadas pela necessidade de respeito a princípios constitucionais, dentre os quais assomam de importância a segurança jurídica e a proibição de retrocesso.
- c) Considerando-se que muitas alterações no cenário dos direitos sociais exigirão manifestação do poder de reforma constitucional, é forçoso reconhecer que tais direitos, a despeito de equívoco linguístico, encontram-se inseridos no âmbito do art. 60, §4º, IV, da Lei Máxima vigente, razão pela

⁵⁸ Pleno, maioria, rel. Min. Gilmar Mendes, *DJe* de 04.06.2009.

⁵⁹ Da leitura das decisões da Corte Constitucional colombiana e do Tribunal Constitucional lusitano, às quais nos referimos no tópico II, é assídua a menção a elementos de informação sobre aspectos econômicos e sociais vivenciados pela realidade econômica e social de ditos países, os quais incorporam subsídios para o juízo de conformidade constitucional da legislação que envereda pela restrição dos direitos sociais.

qual tais modificações haverão de respeitar o conteúdo essencial do direito afetado, bem como resta afastada a hipótese de sua eliminação.

- d) Na província das cláusulas pétreas, enseja cuidados a segurança jurídica, na condição de fundamento do Estado Democrático de Direito a que se refere o art. 1º, *caput*, da Constituição, cujo conceito, em se alargando para além da trilogia ato jurídico perfeito, direito adquirido e coisa julgada, abrange a tutela da confiança legítima, a ser resguardada mediante um sistema de disposições transitórias, as quais são suficientes para gerar uma convicção de serem respeitadas no futuro em favor daqueles que cumpriram parte substancial dos seus requisitos.
- e) Quanto às mudanças implementadas mediante lei, indispensável se observar que a liberdade de conformação do legislador se encontra condicionada pelo respeito ao não retrocesso social, entre nós acolhido de forma não estrita, de maneira que tais modificações não poderão implicar o retorno à situação de vazio normativo, salvo quando destinadas a eliminar privilégios, e, se resultarem em diminuição no grau de tutela, deverão se mostrar justificadas e atender à segurança jurídica, ao respeito ao conteúdo essencial do direito, ao mínimo social e à segurança jurídica, associada à confiança legítima.

Referências

ANDRADE, J. C. V. de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Almedina: 2001.

BANDEIRA, M. O professor de grego. *In: Crônicas para jovens*. São Paulo: Global Editora, 2012. Seleção, prefácio e notas bibliográficas de Antonieta Cunha.

BOCKENFORDE, E.-W. Los derechos fundamentales sociales en la estructura de la Constitución. *In: Escritos sobre derechos fundamentales*. Tradução para o espanhol de Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BRANCO, P. G. G. *In: MENDES, G. F.; COELHO, I. M.; BRANCO, P. G. G. Curso de Direito Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

CANOTILHO, J. J. G. *Constituição dirigente e vinculação do legislador – contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, J. J. G. *Direito Constitucional*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, O. F. de. *Segurança jurídica e a eficácia dos direitos sociais fundamentais*. 3. ed. Curitiba: Juruá, 2014.

DERLI, F. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no Direito brasileiro. *In: SOUZA NETO, C. P. de; SARMENTO, D. Direito sociais. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

- FERREIRA FILHO, M. G. *Comentários à Constituição brasileira de 1988*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.
- HESPANHA, A. M. A revolução neoliberal e a subversão do “modelo jurídico” – crise, Direito e argumentação jurídica. *Revista dos Tribunais*, n. 923, p. 213-279, mar. 2013.
- MANILI, P. L. La seguridad jurídica en el Derecho Constitucional Comparado. In: ABERASTURY, P. *Estudios de Derecho Comparado*. Buenos Aires: EUDEBA, 2016.
- MELLO, C. A. B. de. *Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MELLO, C. A. B. de. Estado de Direito e segurança jurídica. In: VALIM, R.; OLIVEIRA, J. R. P.; POZZO, A. N. D. (coord.). *Tratado sobre o princípio da segurança jurídica no Direito Administrativo*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- MELO, S. N. A garantia do conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: PIOVESAN, F.; GARCIA, M. *Teoria geral dos direitos humanos*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- MIRANDA, J. *Manual de Direito Constitucional*. 3. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000. t. IV.
- MORAIS, C. B. de. Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma? In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2012. v. III.
- NOBRE JÚNIOR, E. P. A Constituição de 1988: os inconvenientes da opção pelo detalhe. In: COPETTI NETO, A.; LEITE, G. S.; LEITE, G. S. *Dilemas na Constituição*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 61-75.
- NOVAIS, J. R. *Em defesa do Tribunal Constitucional – resposta aos críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.
- PANSIERI, F. *Eficácia e vinculação dos direitos sociais – reflexões a partir do direito à moradia*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- RODRÍGUEZ-ARANA, J. El principio general del derecho de confianza legítima. *Ciencia Jurídica*, n. 1-4, p. 59-70, jul. 2013. Disponível em: <http://doctrina.vlex.com.mx/vid/principio-general-derecho-conafianza-tima-501123638>. Acesso em: 6 nov. 2020.
- SARLET, I. W. A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um Direito Constitucional comum latino-americano. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais*, ano 3, n. 11, jul./set. 2009.
- SARLET, I. W. Os direitos fundamentais sociais: algumas notas sobre seu conteúdo, eficácia e efetividade nos vinte anos da Constituição Federal de 1988. In: AGRA, W. de M. (coord.). *20 anos da Constituição Federal*. São Paulo: Saraiva, 2009.
- SARLET, I. W. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J. J. G.; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, É. P. B. *Direitos fundamentais sociais*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- SIERRA, S. de la. Límites y utilidades del Derecho Comparado en el Derecho Público. En particular, el tratamiento jurídico de la crisis económico-financiera. *Revista de Administración Pública*, n. 201, set./dez. 2016.
- SILVA, L. E. V. Los derechos sociales en la Constitución colombiana ante el criterio de sustentabilidad fiscal. *Revista do Instituto do Direito Brasileiro*, ano 3, n. 7, 2014.

TAVARES, A. L. de L. A Constituição brasileira de 1988: subsídios para comparatistas. *Revista de Informação Legislativa*, ano 28, n. 109, jan./mar. 1991.

TORRES, R. L. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, p. 30, jul./set. 1989.

URPIMY, R.; GUARNIZO, D. *Direitos Fundamentais & Justiça*, n. 3, p. 37-64, abr./jun. 2008.

VAZ, M. A. *Lei e reserva da lei – a causa de lei na Constituição Portuguesa de 1976*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1992.

VEIGA, J. G. *Direito econômico – fundamentos, globalização, desglobalização, disfunção do Direito*. Recife: Nossa Livraria, 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NOBRE JÚNIOR, Edilson Pereira. Direitos sociais, segurança jurídica e vedação de retrocesso. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 20, n. 81, p. 125-151, jul./set. 2020.
