ibdp Instituto Brasileiro de Direito Público
Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania
REDE Revista Eletrônica de Direito do Estado
Nº 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012 – Salvador – Bahia – Brasil - ISSN 1981-187X

A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA JURÍDICA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO

Ingo Wolfgang Sarlet
Doutor em Direito (Universidade de Munique, Alemanha). Pós-Doutoramento junto ao Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique) e Universidade de Munique, Alemanha) Professor de Direito Constitucional na Faculdade e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC/RS e na Escola Superior da Magistratura do RS. Juiz de Direito no RS.

1) Considerações introdutórias

Mesmo que se saiba, pelo menos desde Heráclito, "que a imutabilidade não é um atributo das coisas deste mundo, que nada está em repouso e tudo flui" e que também para o Direito tal destino se revela inexorável[1], igualmente é certo de que o clamor das pessoas por segurança (aqui ainda compreendida num sentido amplo) e – no que diz com as mudanças experimentadas pelo fenômeno jurídico - por uma certa estabilidade das relações jurídicas, constitui um valor fundamental de todo e qualquer Estado que tenha a pretensão de merecer o título de Estado de Direito, de tal sorte que, pelo menos desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948 o direito (humano e fundamental) à segurança passou a constar nos principais documentos internacionais e em expressivo número de Constituições modernas, inclusive na nossa Constituição Federal de 1988, onde um direito geral à segurança e algumas manifestações específicas de um direito à segurança jurídica foram expressamente previstas no artigo 5º, assim como em outros dispositivos da nossa Lei Fundamental.

Que também o direito à segurança (e isto vale mesmo limitando-nos à segurança jurídica) é marcado pela multifuncionalidade e complexidade inerente aos

[1] Cf. a oportuna lembrança de Cláudio Ari Mello, *Contribuição para uma teoria híbrida dos direitos de personalidade*, in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org.), O Novo Código Civil e a Constituição, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

direitos fundamentais de um modo geral, assume feições de obviedade. No entanto, são justamente estas características, somadas aos inúmeros problemas e perplexidades registrados no âmbito doutrinário e jurisprudencial, por sua vez retroalimentados pelas grandes dificuldades e repercussões na esfera da aplicação aos casos concretos, que seguem imprimindo permanente atualidade e relevância ao tema. Ainda que nos limitássemos a apontar a discussão em torno de um conceito constitucionalmente adequado de direitos adquiridos (e não de um conceito calcado predominantemente – se não exclusivamente - em postulados do direito privado) e do alcance da proteção assegurada pela Constituição a estas posições jurídicas (o que envolve a tormentosa discussão a respeito da oponibilidade do direito adquirido contra a Constituição e as suas emendas, bem como a possibilidade de sua eventual relativização) já teríamos farto material para o debate e de plano já restaria plenamente justificada a presente coletânea, que ora tenho a honra e o privilégio de integrar, sob a regência sempre talentosa e competente da Professora Doutora Cármen Lúcia Antunes Rocha.

Quando se percebe, contudo, que o alcance do direito à segurança jurídica é muito mais abrangente e que levar a sério a segurança jurídica implica a análise de todas as suas dimensões, o que inclui não apenas uma compreensão do significado e conteúdo do direito à segurança jurídica, mas alcança igualmente o problema de sua eficácia e efetividade, torna-se imperioso direcionar os rumos da investigação, pena de inevitável dispersão e superficialidade. Assim, tendo em conta os limites (especialmente espaciais) da presente contribuição, procuremos evitar pelo menos – e na medida do possível - a dispersão, já que o aprofundamento adequado de qualquer aspecto vinculado à temática exigiria um ensaio de dimensões monográficas.

Tendo em conta tais premissas, optamos por enfrentar o que provavelmente ainda constitui (e não apenas entre nós) um dos aspectos menos desenvolvidos de um direito à segurança jurídica, qual seja, o da sua eficácia e efetividade, sem desconsiderar aqui que, para o cidadão, a possibilidade de confiar na eficácia e, acima de tudo, na efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica já integra, de certo modo, um direito à segurança. Como também nesta esfera o leque de alternativas segue imenso (em se considerando as peculiaridades de cada manifestação especial do direito à segurança) centraremos a nossa atenção na idéia de proteção da pessoa (notadamente dos seus direitos fundamentais) e da própria ordem jurídica objetiva contra medidas de cunho retrocessivo, isto é, que tenham por escopo a redução e/ou supressão de posições jurídicas (aqui tomadas em sentido amplo) já implementadas. Assim, é possível afirmar que o presente estudo tem por objetivo principal analisar a eficácia do direito à segurança jurídica na condição de direito à proteção contra o retrocesso em matéria de direitos fundamentais, priorizando aquilo que a doutrina tem designado de princípio da vedação do retrocesso social, já que é na esfera dos direitos sociais (pela intensa e muitas vezes indispensável atuação do legislador infraconstitucional no que concerne à sua regulamentação e implementação) onde se concentra o maior número de problemas e para onde também nós direcionaremos o nosso estudo.

Cuida-se, aliás, de temática reveladora da genética vinculação entre o direito à segurança social (aqui considerado como direito a um conjunto de direitos sociais [simultaneamente positivos e negativos] garantidores de uma vida com dignidade) e

do direito à segurança jurídica. Que a análise da problemática relativa à proibição de retrocesso no âmbito dos direitos sociais não dispensa uma prévia, embora necessariamente rápida incursão pelo significado e conteúdo do direito à segurança jurídica, bem como uma compreensão mínima das diversas facetas da própria proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro, vai aqui assumido como corolário lógico-sistemático da limitação temática ora proposta. Além disso, ao invés de detalharmos já nesta fase todos os aspectos a serem versados, preferimos adotar uma metodologia calcada na contínua apresentação e delimitação do tema, à medida que o texto vai sendo estruturado. Na esperança de que com este procedimento o leitor não venha a ser tomado por demasiada insegurança, desde logo registramos o nosso profundo agradecimento pelo convite que nos foi formulado pela ilustre Organizadora desta coletânea, concedendo-nos a oportunidade ímpar não apenas de voltar a escrever sobre o tema[2], desta feita em tão seleta companhia, mas também por poder participar desta oportuna e justa homenagem a um dos grandes Juristas e Magistrados brasileiros, Ministro Sepúlveda Pertence, cuja trajetória existencial tem sido marcada por um elevado espírito público e um comprometimento sério e conseqüente com os mais relevantes valores da nossa ordem jurídica.

2 – Contornos do direito fundamental à segurança jurídica no Estado democrático de Direito e na Constituição Federal de 1988

Sem que se vá aqui colacionar e analisar toda a gama de documentos internacionais e constitucionais que, ao longo dos tempos, agasalharam um direito fundamental à segurança, o que se percebe, desde logo e mesmo a partir de uma análise superficial, é que de modo geral as Constituições e a normativa internacional, em sua expressiva maioria, não especificaram os contornos do direito à segurança, no sentido de não terem precisado o seu âmbito de aplicação. Com efeito, a utilização da expressão genérica segurança faz com que o direito à segurança (também) possa ser encarado como uma espécie de cláusula geral, que abrange uma série de manifestações específicas, como é o caso da segurança jurídica, da segurança social, da segurança pública, da segurança pessoal, apenas para referir as mais conhecidas.

De outra parte, constata-se que para além da menção genérica a um direito à segurança, algumas de suas dimensões mais concretas (em particular as já referidas) igualmente acabaram sendo objeto de previsão expressa nos diversos pactos internacionais e Constituições. Assim, apenas para tomarmos alguns exemplos que nos são próximos, verifica-se que tanto a Constituição da República Portuguesa (1976) quanto a Constituição Espanhola (1978) asseguram a todos um direito à liberdade pessoal e segurança (respectivamente, artigo 27/1 e 17.1), destacando-se que este direito à segurança, além de ter sido consagrado juntamente com o direito geral de liberdade, encontra-se associado diretamente aos dispositivos sobre os limites da restrição da liberdade pessoal[3]. Ambas as

---

[2] Remetemos aqui ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 393 e ss., bem como no artigo *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 17, 1999, pp. 111 e ss.

[3] V., neste sentido, no que diz com a Espanha, o atual ensaio de Francisco Fernández Segado, *El derecho a la libertad y a la seguridad personal en España*, in: Eros Roberto Grau e Willis Santiago Guerra Filho (Org.), Direito Constitucional. Estudos em Homenagem a Paulo Bonavides, São Paulo: Malheiros, 2001, p. 416 e ss.,

Constituições voltam a referir-se à segurança no âmbito das disposições que versam sobre a ordem social, já que a Constituição Portuguesa reconhece, além de um direito à segurança no emprego (artigo 53), que todos têm um direito à segurança social (artigo 63/1) e a Espanhola, no âmbito dos seus *princípios rectores de la política social y econômica* dispõe, entre outras referências à segurança, que os poderes públicos devem assegurar a proteção social, econômica e jurídica da família (artigo 39.1). O Constituinte Espanhol, diversamente do que ocorreu no caso de Portugal, chegou a referir expressamente a segurança jurídica no mesmo dispositivo que assegura a irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais (artigo 9.3).

No plano internacional, por sua vez, verifica-se que os principais documentos em matéria de reconhecimento e proteção dos Direitos Humanos Fundamentais não contém referência expressa a um direito à segurança jurídica como tal, mas apenas à segurança pessoal do indivíduo, como é o caso, apenas a título ilustrativo, da Declaração dos Direitos Humanos da ONU, de 1948 (artigo 3º), do Pacto Internacional da ONU de Direitos Civis e Políticos de 1966 (artigo 9º) e da Convenção Americana de São José da Costa Rica, de 1969 (artigo 7º, nº 1). A segurança jurídica encontra-se contemplada apenas no âmbito de algumas garantias contra a irretroatividade de determinados atos estatais, notadamente em matéria penal, mediante o reconhecimento do princípio de que ninguém poderá ser condenado por delito que não tenha sido previamente tipificado em lei (artigo 9º, da Convenção Americana, artigo 15 do Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos, bem como o artigo 11, da Declaração da ONU). Tal ausência de previsão expressa de um direito à segurança jurídica ou mesmo da proteção de direitos adquiridos não constituiu, todavia, obstáculo ao reconhecimento de algumas manifestações do princípio da segurança jurídica no âmbito do direito convencional regional e na esfera da jurisprudência das instâncias judiciárias supra-nacionais, com destaque para o Tribunal de Justiça das Comunidades Européias e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, o que aqui não será desenvolvido[4].

Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio *e num certo sentido* - um Estado da segurança

---

explorando as diversas dimensões de um direito à segurança pessoal e revelando – ainda que não explicitamente – o quanto este possui um caráter autônomo em relação a um direito à segurança jurídica.

[4] A respeito desta temática, v., dentre outros, Winfried Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüche und Anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987; Franz Ruland, *Verfassungs-und europarechtliche Grenzen bei der Umgestaltung des Sozialstaats im Bereich der Alterssicherung*, in: VSSR 1997, pp. 19, 40 e ss.; Wolfgang Rüfner, *Verfassungs-und europarechtliche Grenzen bei der Umgestaltung des Sozialstaats im Bereich des Sozialhilferechts*, in: VSSR 1997, pp. 59 e ss.; Eberhard Eichendorfer, *Umbau des Sozialstaats und Europarecht*, in: VSSR 1997, pp. 71 e ss. Importa consignar que a doutrina, de um modo geral, refere que a proteção outorgada no plano do direito europeu é em geral bem mais frágil do que as soluções desenvolvidas na esfera interna (constitucional) de cada Estado, até mesmo em respeito às circunstâncias específicas de cada País e diante da necessidade de uma ampla liberdade de cada legislador interno nesta seara. Isto não significa, contudo, que não existam contribuições de relevo que aqui pudessem ser exploradas, mas que, em face da delimitação do tema e da abordagem constitucional voltada ao direito pátrio aqui proposta, deixaremos de adentrar.

jurídica,[5] já que, do contrário, também o "governo das leis" (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniqüidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o *status* de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito[6]. Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.

No caso da ordem jurídica brasileira, a Constituição Federal de 1988, após mencionar a segurança como valor fundamental no seu Preâmbulo, incluiu a segurança no seleto elenco dos direitos "invioláveis" arrolados no *caput* do artigo 5º, ao lado dos direitos à vida, liberdade, igualdade e propriedade. Muito embora em nenhum momento tenha o nosso Constituinte referido expressamente um direito à segurança jurídica, este (em algumas de suas manifestações mais relevantes) acabou sendo contemplado em diversos dispositivos da Constituição, a começar pelo princípio da legalidade e do correspondente direito de a não ser obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei (artigo 5º, inciso II), passando pela expressa proteção do direito adquirido, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito (artigo 5º, inciso XXXVI), bem como pelo princípio da legalidade e anterioridade em matéria penal (de acordo com o artigo 5º, inciso XXXIX, não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal) e da irretroatividade da lei penal desfavorável (artigo 5º, inciso XL), até chegar às demais garantias processuais (penais e civis), como é o caso da individualização e limitação das penas (artigo 5º, incisos XLV a XLVIII), das restrições à extradição (artigo 5º, incisos LI e LII) e das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica.

Assim, bastariam estas breves considerações, para demonstrar o quanto a segurança jurídica (aqui tomada num sentido propositalmente amplo) assumiu um lugar de destaque na atual ordem jurídico-constitucional brasileira, ao lado da

---

[5] Não é por nada que o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em recentíssimo julgado, reiterou o seu já consagrado entendimento sufragando a idéia de que a segurança jurídica constitui um dos elementos nucleares do princípio do Estado de Direito, no sentido de que o particular encontra-se protegido contra leis retroativas que afetem os seus direitos adquiridos, evitando assim que venha a ter frustrada a sua confiança na ordem jurídica, já que segurança jurídica significa, em primeira linha, proteção de confiança, que, por sua vez, possui hierarquia constitucional (BverfGE=Coletânea Oficial das Decisões do Tribunal Constitucional Federal, vol. 105, 2002, p. 57). Entre nós, vale destacar a sempre abalizada lição de Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, 15ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 112 e ss., sinalando que, a despeito de não poder ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico, o princípio da segurança jurídica "é, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo."

[6] Cfr., dentre tantos, as contribuições de José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, pp. 252 e ss.; Helmuth Schulze-Fielitz, *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*, in: Horst Dreier (Org.), Grundgesetz Kommentar, vol. II, Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, pp. 184 e ss., bem como Michael Sachs, *Das Rechtsstaatsprinzip*, in: Michael Sachs (Org.), Grundgesetz Kommentar, München: C.H. Beck, 1996, pp. 641 e ss. Entre nós, v. o já lembrado Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 112 e ss.

segurança social (igualmente consagrada de modo expresso no âmbito da ordem social e ligada diretamente aos direitos fundamentais à saúde, assistência e previdência social). Importa relembrar, neste contexto, que a segurança jurídica (para além das manifestações específicas expressamente constantes do texto constitucional) integra, na condição de subprincípio, também os elementos nucleares da noção de Estado de Direito plasmada na Constituição de 1988 desta sendo indissociável. Ademais, nem o princípio fundamental da segurança jurídica e nem mesmo o complexo de direitos fundamentais específicos já referidos e agasalhados pelo nosso Constituinte, esgotam o elenco de possibilidades quando se cuida de delimitar o âmbito de proteção de um direito à segurança jurídica, à luz do sistema constitucional brasileiro[7]. Dentre essas outras possíveis manifestações, destacam-se duas que, pela sua relevância para a presente abordagem, já aqui não poderiam deixar de ser mencionadas, quais sejam, a idéia da proteção da confiança e a da proibição de retrocesso. Ambas, contudo, carecem de maior explicitação e desenvolvimento, missão da qual nos ocuparemos no próximo segmento.

Que o direito à segurança não se restringe, por sua vez, a estas dimensões e abrange, para além de um direito à segurança jurídica e social, um direito geral à segurança, no sentido de um direito à proteção [por meio de prestações normativas e materiais] contra atos – do poder público e de outros particulares - violadores dos diversos direitos pessoais, igualmente parece evidente. Isto deflui tanto de uma série de previsões expressas e específicas no texto constitucional (despontando aqui a formulação genérica adotada pelo Constituinte no artigo 5º, caput, da CF), quanto do reconhecimento de deveres gerais e especiais de proteção que resultam diretamente da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, na condição de expressões de uma ordem de valores comunitária e que, pelo ângulo subjetivo, levou expressiva parte da doutrina a reconhecer a existência de correspondentes direitos à proteção.[8]

Da mesma forma, inquestionável a conexão direta entre a segurança jurídica (nas suas diversas manifestações) e as demais dimensões referidas, notadamente da segurança social e pessoal, tal qual sumariamente delineadas, já que segurança social – aqui destacada pela sua relevância para o presente ensaio - também envolve necessariamente um certo grau de proteção dos direitos sociais (acima de

[7] Uma mostra disso é o fato de que as leis nº 9868 e 9882, ambas de 1999, chancelaram a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal, por maioria de 2/3 dos seus integrantes, e com base justamente no argumento da segurança jurídica, restringir os efeitos da declaração de inconstitucionalidade ou mesmo outorgar-lhe eficácia prospectiva. Ainda que tal possibilidade tenha sido objeto de intensa discussão (que aqui não iremos reprisar) o fato – e isto é o que importa neste momento - é que a segurança jurídica assume um caráter tão relevante para o legislador pátrio, a ponto de justificar até mesmo – mesmo que em caráter excepcional - que não se venha a anular os atos praticados sob a égide de uma lei declarada inconstitucional na esfera do controle concentrado e abstrato de constitucionalidade.

[8] A respeito deste tópico (deveres de proteção e direitos à proteção, como expressão de uma dupla dimensão objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais), v., em primeira linha, o paradigmático ensaio de Robert Alexy, *Grundrechte als subjektive Rechte und als objektive Normen*, in: Der Staat nº 29, 1990, p. 49 e ss., bem como os desenvolvimentos da teoria dos deveres de proteção efetuados pelo mesmo autor no seu já clássico e indispensável *Theorie der Grundrechte*, 2ª ed., Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1994, p. 410 e ss. (existe conhecida tradução para o espanhol com o título *Teoria de los Derechos Fundamentales*, Madrid: Centro de Estúdios Constitucionales, 1997). Na doutrina nacional, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 145 e ss., assim como o recente e importante ensaio de Daniel Sarmento, *A dimensão objetiva dos direitos fundamentais: fragmentos de uma teoria*, in: Ricardo Lobo Torres e Celso Albuquerque Mello (Org)., Arquivos de Direitos Humanos, vol. IV, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.63 e ss.

tudo no âmbito dos benefícios de cunho existencial) contra ingerências dos órgãos estatais, assim como contra violações provindas de outros particulares. Aliás, tal circunstância já seria suficiente para demonstrar o quanto mesmo a segurança jurídica jamais será estritamente "jurídica", já que se cuida de condição precípua da própria segurança pessoal e da ordem comunitária como um todo, temática que, a despeito de seu fascínio e relevância, aqui não iremos desenvolver de modo autônomo.

Portanto, mesmo cientes da correção e atualidade da lição de Heráclito e ainda que estejamos cada vez mais inseridos – como bem demonstrou Ilya Prigogine[9] - num contexto marcado pelas incertezas (e incerteza, em determinado sentido, sempre será indicativo de insegurança), segue sendo certo que também no direito constitucional brasileiro a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental. Aliás, justamente em face da instabilidade institucional, social e econômica vivenciada (e não estamos aqui em face de um fenômeno exclusivamente nacional), que inevitavelmente tem resultado numa maratona reformista, igualmente acompanhada por elevados níveis de instabilidade, verifica-se que o reconhecimento, a eficácia e a efetividade do direito à segurança cada vez mais assume papel de destaque na constelação dos princípios e direitos fundamentais. Que, além disso, a segurança jurídica não pode ser encarada por um prisma demasiadamente formal e não quer, além disso, significar a absoluta previsibilidade dos atos do poder público e a impossibilidade de sua alteração, aqui vai assumido como elementar e deverá ser confirmado ao longo da nossa exposição[10].

---

[9] Ilya Prigogine, *O fim das certezas: tempo, caos e as leis da natureza*, São Paulo: Editora UNESP, 1996. Muito embora o autor discorra sobre o fenômeno do tempo e, de modo geral, sobre o futuro da ciência em face das complexidades do mundo real, sustentando, em linhas gerais e entre outros aspectos, que mesmo no âmbito do conhecimento científico as certezas a respeito de certo fenômeno perduram apenas até a descoberta, por força do avanço tecnológico e do incremento dos métodos científicos, de novas perspectivas, já que vivemos num universo em permanente construção. Tais considerações aplicam-se, como é sabido e amplamente aceito, *mutatis mutandis*, também no campo das instituições, da cultura e, no que diz respeito ao presente ensaio, na esfera do próprio Direito, já que a complexidade das relações sociais em geral e da vida dão conta da atualidade e pertinência da abordagem proposta pelo autor, isto sem falar na circunstância de que a evolução no campo da ciência igualmente tem gerado uma série de inseguranças e mudanças significativas no plano jurídico-institucional. Basta, neste contexto, apontar para as novas tendências legislativas em termos de proteção do genoma humano, no campo da biomedicina em geral, na regulação do uso da informática, das comunicações, da proteção ambiental, etc. Além disso, a dinâmica da vida social e econômica obriga o Estado e o legislador a respostas rápidas e eficazes para enfrentar os desafios da realidade, o que não raras vezes conduz a medidas de cunho interventivo na esfera pessoal dos indivíduos, sendo causadora de expressivos e justificados níveis de insegurança pessoal e coletiva. Tal dimensão, contudo, será explorada nos capítulos que seguem.

[10] Convém destacar este ponto, já que também em nome de uma determinada noção de segurança jurídica já foram e poderão ser cometidas graves iniqüidades. Da mesma forma, temos por equivocado o pensamento dos que – ainda que movidos pelas melhores intenções (dentre as quais encontra-se a segurança jurídica) - propugnam pela supressão do controle difuso de constitucionalidade (argumentando que este é um dos responsáveis pelo estado caótico no qual se encontra a jurisdição brasileira), acarretando, no nosso sentir, um deslocamento de perspectiva. Especialmente a adoção irrestrita do instituto das súmulas vinculantes , a despeito de estar servindo pretensamente a causa da segurança jurídica, em muitos casos está, em verdade, servindo a uma determinada (e neste caso não desejável) concepção de segurança jurídica compreendida como absoluta previsibilidade das decisões judiciais e uma completa sujeição ao entendimento dos Tribunais Superiores, que passam – a depender da natureza do provimento (como ocorre na declaração de constitucionalidade e na interpretação conforme a Constituição) a estar investidos de funções de cunho tipicamente legislativo. Para uma análise mais detida desta temática, remetemos às indispensáveis e já clássicas lições de Clémerson Merlin Cléve, *A Fiscalização Abstrata da Constitucionalidade no Direito Brasileiro*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 e Gilmar Ferreira Mendes, Jurisdição Constitucional, São Paulo: Saraiva, 1999, bem como aos recentes e

3- Segurança jurídica e proibição de Retrocesso

3.1 – Considerações de ordem geral

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano[11], viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a idéia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana.

Se partirmos do pressuposto de que a dignidade da pessoa pode ser definida como sendo "a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos"[12], ver-se-á que a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranqüilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.

Com efeito, a plena e descontrolada disponibilização dos direitos e dos projetos de vida pessoais por parte da ordem jurídica acabaria por transformar os mesmos (e, portanto, os seus titulares e autores) em simples instrumento da vontade estatal, sendo, portanto, manifestamente incompatível mesmo com uma visão estritamente kantiana da dignidade[13]. Para além disso, há que levar em conta que especialmente o reconhecimento e a garantia de direitos fundamentais tem sido consensualmente considerado uma exigência inarredável da dignidade da pessoa humana (assim como da própria noção de Estado de Direito), já que os direitos fundamentais (ao menos em princípio e com intensidade variável) constituem explicitações da dignidade da pessoa, de tal sorte que em cada direito fundamental

---

alentados estudos de José Adércio Leite Sampaio, *A Constituição Reinventada*, Belo Horizonte: Del Rey, 2002, e Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002 (este priorizando uma análise crítica à luz da hermenêutica filosófica) .

[11] Cfr. bem lembra Celso Antonio Bandeira de Mello, *Curso de Direito Administrativo*, p. 113.

[12] Este o conceito (conscientemente amplo e analítico) proposto no nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 2ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 62.

[13] Convém não esquecer que, para Immanuel Kant, *Fundamentos da Metafísica dos Costumes*, in: Os Pensadores – Kant (II), Tradução de Paulo Quintela. São Paulo: Abril Cultural, 1980, pp. 134 e ss., a pessoa humana constitui um fim em si mesma e, portanto, não pode ser empregada como simples meio da vontade própria e alheia. Assim, desde logo verifica-se que, na concepção de Kant (largamente incorporada ao pensamento filosófico, político e jurídico contemporâneo) a coisificação e instrumentalização da pessoa humana encontra-se desde logo vedada, ainda que – consoante oportuna lembrança de Ronald Dworkin, *El domínio de la vida. Uma discusión acerca Del aborto, la eutanásia y la libertad individual*, Barcelona: Ariel,.1998, p. 310, isto não signifique que em hipótese alguma as pessoas não possam ser colocadas em alguma situação de desvantagem.

se faz presente um conteúdo ou, pelo menos, alguma projeção da dignidade da pessoa.[14] Portanto, a proteção dos direitos fundamentais, pelo menos no que concerne ao seu núcleo essencial e/ou ao seu conteúdo em dignidade[15], evidentemente apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo em segurança jurídica.

Não sendo o caso de detalhar (pelo menos nesta quadra da exposição) ainda mais a íntima e evidente conexão entre dignidade da pessoa e segurança jurídica, importa, todavia, registrar que um patamar mínimo em segurança (jurídica) estará apenas assegurado quando o Direito assegurar também a proteção da confiança do indivíduo (e do corpo social com um todo) na própria ordem jurídica e, de modo especial, na ordem constitucional vigente. Neste sentido, constata-se que segurança jurídica implica sempre um certo grau de proteção da confiança, o que, a despeito de não constituir nenhuma novidade, não dispensa algumas considerações adicionais, já que cuida-se de dimensão carente de maior desenvolvimento entre nós e que, além disso, guarda direta ligação com a temática da proibição de retrocesso.

Como bem destaca Gomes Canotilho, em lição que aqui recolhemos como pressuposto da nossa análise, o princípio da segurança jurídica (aqui também tomado em sentido amplo como abrangendo a proteção da confiança) exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal.[16] A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade *do* (e, no nosso sentir, também *no*) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas.[17] Que ambos os princípios implicam a proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, constitui aspecto que, além de encontrar sustentação na doutrina, na jurisprudência e no direito constitucional positivo contemporâneo (ainda que em muitos casos de modo implícito[18]) assume ares de obviedade e não tem merecido maior controvérsia, pelo

---

[14] Aqui vale colacionar a lição de Dominique Rousseau, *les libertes individuelles et la dignité de la personne*, Paris: Montchrestien, 1998, p. 70, ao referir que os direitos fundamentais adquirem vida e inteligência por meio da dignidade da pessoa, ao passo que esta não se realiza e torna efetiva se não pelos direitos fundamentais.

[15] Convém lembrar aqui não existir uma necessária convergência entre o conteúdo em dignidade da pessoa e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, já que a garantia do núcleo essencial (que possui uma função autônoma) pode ir até mesmo além da proteção assegurada pelo conteúdo em dignidade da pessoa, dependendo do direito fundamental que estiver em causa.

[16] José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 252. Registre-se que não são poucos os que tratam a segurança jurídica e a proteção de confiança como princípios independentes e elementares e constitutivos (embora ambos intimamente vinculados) do Estado de Direito, assim como outros preferem compreender a proteção de confiança como subbrincípio (e, portanto, elemento) da segurança jurídica. Tal discussão, para efeito deste ensaio, não se reveste de maior importância (com o que não estamos, por óbvio, refutando a relevância em si da temática) já que para o nosso propósito basta a certeza – e neste ponto, reitere-se, inexiste maior controvérsia, de que ambas as categorias (proteção da confiança e segurança jurídica) andam abraçadas e não podem ser compreendidas isoladamente.

[17] Este o ensinamento de Helmuth Schulze-Fielitz, *Kernelemente des Rechtstaatsprinzips*, in: Horst Dreier, Grundgesetz Kommentar, p. 184.

[18] Não são poucas as Constituições que deixaram de assegurar expressamente os direitos adquiridos, sem que disso resulte uma desconsideração das situações jurídicas consolidadas por força dos princípios da segurança

menos em se tratando de Constituições de um Estado de Direito. O mesmo, todavia, não se pode afirmar em relação ao alcance desta proteção[19], onde a controvérsia principia já no plano conceitual, visto que até hoje sequer existe consenso no concernente ao conceito e conteúdo da noção de direitos adquiridos. De resto, considerando os objetivos propostos e o fato de que expressiva parte dos ensaios que integram a presente coletânea discorrem sobre tal temática, renunciamos desde logo a qualquer desenvolvimento da matéria.

De qualquer modo, ainda no que diz com a proteção de confiança, esta atua como importante elemento para a aferição da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo, até mesmo pelo fato de que a irretroatividade de determinados atos do poder público encontra o seu fundamento justamente na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, o que tem levado ao reconhecimento, para além da salvaguarda dos direitos adquiridos, até mesmo de um certo grau de proteção das assim denominadas expectativas de direitos, assim como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de uma alteração de determinados regimes jurídicos[20].

Ainda neste contexto, convém não olvidar (muito embora seja comum a falta de lembrança) que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé (no sentido de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais da boa-fé), que, apesar de estar sendo intensamente versado na esfera do direito privado (pelo menos de algum tempo para cá[21]), ainda se ressente – pelo menos no direito pátrio - de um maior desenvolvimento no âmbito do direito público (especialmente no campo do direito constitucional, administrativo e tributário), em que pese alguns importantes progressos já efetuados[22]. Importa lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos

---

jurídica e da proteção de confiança, diretamente deduzidos do princípio do Estado de Direito, tal como ocorre na Alemanha, de acordo com a praticamente unanimidade da doutrina e do entendimento de há muito consagrado no Tribunal Constitucional Federal.

[19] Basta lembrar aqui a discussão em torno da oponibilidade dos direitos adquiridos contra emendas constitucionais, em relação à qual adotamos posição favorável, mas que aqui deixamos de desenvolver, inclusive considerando a existência de expressiva e qualificada doutrina a respeito do tema.

[20] Neste sentido, também tem apontado a jurisprudência da Corte Constitucional Alemã e de outros Tribunais Constitucionais, destacando-se, todavia, que a doutrina e jurisprudência germânicas não costumam reconhecer uma proteção da confiança nos casos em que o legislador apenas regula suportes fáticos *pro futuro*, o que, contudo, não afasta a existência de hipóteses excepcionais onde se verifica uma configuração fática especialmente merecedora da proteção da confiança (Cfr., por todos, Michael Sachs, *Das Rechtsstaatsprinzip,* in: Grundgesetz-Kommentar, p. 644, colacionando acórdãos do Tribunal Constitucional Federal)

[21] No direito brasileiro, um dos pioneiros no trato do princípio da boa-fé certamente foi o professor Clóvis do Couto e Silva, *O princípio da boa-fé no direito brasileiro e português*, in: Estudos de Direito Civil Brasileiro e Português, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980, cujas lições seguem influenciando importantes nomes da nossa doutrina, e não apenas no âmbito do direito privado. Dentre as contribuições nacionais mais recentes, importa referir a obra de Teresa Negreiros, *Fundamentos para uma interpretação constitucional do princípio da boa-fé*, Rio de Janeiro: Renovar, 1998, bem como o alentado estudo de Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 472 e ss., e o contributo de Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 45 e ss.

[22] Cite-se, a título ilustrativo, o estudo de Almiro do Couto e Silva, *Princípio da legalidade da administração pública e da segurança jurídica no Estado de Direito*, in: Revista de Direito Público, vol. XX, nº 84, out./dez. 1987, especialmente p. 61 e ss; Mais recentemente, v. aqui por todos, Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, São Paulo: Malheiros, 1995, p. 19 e ff., versando especificamente sobre o princípio da boa-fé e da proteção da confiança, como critérios para a anulação e convalidação de atos administrativos.

materiais do princípio da boa-fé[23], tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais - o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos[24], o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.

Que a proteção da confiança e a segurança jurídica de modo geral não se limitam às dimensões aqui exemplificativa e sumariamente referidas já foi devidamente anunciado. O que importa consignar, nesta quadra, é a circunstância de que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido "batizada" pela doutrina – entre outros termos utilizados - como proibição (ou vedação) de retrocesso[25] e aproximamo-nos ainda mais do cerne do nosso estudo.

3.2 – O problema da proibição de retrocesso e suas manifestações

Se tomarmos a idéia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. Com efeito, desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais[26], constituem uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso pelo menos nestas hipóteses. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados

---

[23] Cfr. bem o lembra Jorge Cesa Ferreira da Silva, *A boa-fé e a violação positiva do contrato*, p. 45 e ss.

[24] Cfr. a lição de Judith Martins-Costa, *A boa-fé no Direito Privado*, p. 474-5, colacionando doutrina e jurisprudência neste sentido.

[25] Cfr., a respeito da multiplicidade na esfera terminológica, José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo*, in: Gustavo Binenbojm (Coord), Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII (Direitos Fundamentais), Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 218.

[26] A respeito dos limites à restrição legislativa dos direitos fundamentais já existe abundante e valiosa doutrina entre nós. Neste contexto, restringindo-nos apenas à produção monográfica específica, vale citar as contribuições de Suzana Toledo Barros, *O Princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996; Gilmar Ferreira Mendes/Inocêncio Mártires Coelho/Paulo Gustavo Gonet Branco, *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 2000; Jairo Gilberto Schäfer, *Direitos Fundamentais: proteção e restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001; Wilson Antônio Steinmetz, *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidad*e, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte[27]. Ambas as constelações referidas, todavia, em que pese a sua relevância e a despeito de abarcarem expressiva parcela das situações envolvendo a problemática de medidas retrocessivas do poder público (especialmente, mas não exclusivamente na esfera legislativa), não esgotam o espectro de situações carentes de uma proteção em face de um retrocesso, notadamente a que aqui iremos desenvolver, tal como já anunciado.

Com efeito, na esteira do que tem sido reconhecido na seara do direito constitucional alienígena e, de modo particular, em face do que tem sido experimentado no âmbito da prática normativa (muito embora não exclusivamente nesta esfera), cada vez mais constata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores. Assim, por paradoxal que possa parecer à primeira vista, retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos. Basta lembrar aqui da hipótese – talvez a mais comum em se considerando as referências feitas na doutrina e jurisprudência – da concretização pelo legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social. Em suma, a questão central que se coloca neste contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que diz com a implementação dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte – por exemplo, no artigo 3º, da Constituição de 1988 - no âmbito das normas de cunho programático (ou impositivo, se preferirmos esta terminologia[28]) ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional.

---

[27] A respeito do conteúdo dos limites materiais à reforma constitucional e do alcance da sua proteção, especialmente demonstrando que também esta proteção não poderá ser absoluta, já que o nosso Constituinte vedou apenas uma abolição efetiva ou tendencial, que, em princípio, não impede ajustes e até mesmo algum tipo de flexibilização desde que respeitado o núcleo essencial do princípio e/ou direito protegido, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 3ª ed., especialmente p. 371 e ss., bem como o recente artigo, também da nossa autoria, sobre *Os Direitos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição: contributo para uma leitura constitucionalmente adequada, in:* Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais (Diretor e Fundador: Paulo Bonavides), Número 1, janeiro/junho de 2003, BeloHorizonte: Del Rey, pp. 631-80.

[28] Desde logo, para espancar toda e qualquer incompreensão, seguimos entendendo que o reconhecimento da existência de normas de cunho programático (nas suas diversas manifestações) em hipótese alguma significa que estas normas sejam destituídas de eficácia, sendo, ademais, sempre imediatamente – portanto, diretamente - aplicáveis na medida da sua eficácia. Assim, também a recepção da distinção entre normas de eficácia plena e limitada (categoria na qual se enquadram, em princípio, as normas de cunho programático) se deve ao fato de existirem diferenças consideráveis no concernente às "cargas eficaciais" das normas constitucionais, no sentido de que estas – ainda que tenham sempre eficácia e aplicabilidade (direta) – poderão não gerar sempre os mesmos efeitos ou, pelo menos, não na mesma extensão. Não sendo o nosso propósito desenvolver aqui o ponto,

Não se poderá, contudo, confundir o problema da concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais - em que pesem suas inequívocas similitudes e seus aspectos comuns - com o da manutenção dos níveis gerais de proteção social alcançados no âmbito do Estado Social, já que esta problemática abrange toda e qualquer forma de redução das conquistas sociais, mesmo quando realizadas única e exclusivamente no plano da legislação infraconstitucional densificadora do princípio da Justiça e do Estado Social que, paralelamente com o princípio do Estado de Direito e com o princípio democrático, encontrou ampla e expressa guarida na nossa Constituição. Neste contexto, poder-se-ia indagar a respeito da possibilidade de desmontar-se, parcial ou totalmente (e mesmo com efeitos prospectivos), o sistema de seguridade social (incluindo os parcos benefícios no âmbito da assistência social e os serviços e prestações assegurados no já fragilizado e insuficiente Sistema Único de Saúde), o acesso ao ensino público e gratuito, a flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores, entre tantas outras hipóteses que aqui poderiam ser referidas a título ilustrativo e que bem demonstram o quanto tal problemática nos é próxima e está constantemente na ordem do dia.

Desde logo, à vista do que foi colocado, nos parece dispensar maiores considerações, o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (embora também) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. Para além disso, percebe-se nitidamente a amplitude e complexidade da temática[29] relativa a uma proibição de retrocesso especialmente (embora não exclusivamente) no âmbito daquilo que, em outra oportunidade, designei de uma „eficácia protetiva“ dos direitos fundamentais[30]. Que não estamos diante de um fenômeno que se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais (o que, considerando uma acepção ampla da proibição de retrocesso, já deflui da proteção outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas assim denominadas „cláusulas pétreas“ da Constituição) igualmente merece destaque. Todavia, também há que reconhecer – até mesmo em face dos exemplos citados em caráter especulativo no parágrafo anterior - que é na seara das normas que estabelecem objetivos na seara da justiça social e, acima de tudo, dos direitos fundamentais sociais[31], que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão e onde também nós – tal como anunciado – iremos centrar a nossa atenção, notadamente naquilo em que estão em causa as noções de segurança jurídica, proteção da confiança e a dignidade da pessoa, no âmbito de uma proibição do

---

remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, p. 280 e ss; Especificamente a respeito das normas programáticas, importa conferir especialmente a obra de Regina Maria Macedo Nery Ferrari, *Normas constitucionais programáticas. Normatividade, operatividade e efetividade*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, assim como a recente contribuição de José Carlos Vasconcellos dos Reis, *As normas constitucionais programáticas e o controle do Estado*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

[29] Dentre a doutrina pátria mais recente, v. a contribuição de José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 205 e ss., ao referir tanto a ausência de uniformidade terminológica no âmbito da doutrina, quanto ao destacar, ainda que com base em outro critério do que o aqui adotado, algumas das diversas e possíveis acepções da problemática (especialmente pp. 218 e ss.).

[30] Cfr. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, pp. 361 e ss.

[31] Aqui não iremos discorrer a respeito da conceituação de direitos fundamentais sociais, para o que remetemos ao nosso *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*, in: Ingo Wolfgang Sarlet (Org). O Direito Público em Tempos de Crise: estudos em homenagem a Ruy Ruben Ruschel, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 146 e ss.

retrocesso. Antes, contudo, de enveredarmos de vez por todas por este caminho, pelo menos algumas palavras sobre a efetiva possibilidade de se admitir, à luz do direito constitucional positivo pátrio, uma proteção contra o retrocesso na acepção mais limitada aqui enfocada e que, para efeitos de uma delimitação em relação às demais dimensões referidas, designaremos de proibição de retrocesso em sentido estrito e que, da mesma forma como recentemente foi proposto por José Vicente Mendonça, será analisada pelo prisma da dogmática jurídico-constitucional[32].

3.3 – Fundamentação jurídico-constitucional de uma proibição de retrocesso no Brasil, especialmente em matéria de direitos sociais

3.3.1 – Os direitos fundamentais sociais e a crise do Estado social e democrático de Direito: o dilema da manutenção de níveis satisfatórios de proteção social num contexto de crise

O ponto de partida de uma fundamentação constitucional (embora não exclusivamente dogmático-jurídica) de uma proibição de retrocesso encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado social e democrático de Direito[33], especialmente no âmbito da crise de efetividade e identidade pela qual passam tanto o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais, a tal ponto que – e neste sentido com razão – já se sustentou que estamos a vivenciar um verdadeiro mal-estar constitucional e um pessimismo pós-moderno[34]. Com efeito, seja em virtude do incremento dos níveis de exclusão sócio-econômica e da implantação, em maior ou menor escala, daquilo que Boaventura Santos designou de „fascismo societal“[35] em todo o Planeta (já que também nos páises desenvolvidos tem aumentado gradativamente o número de pessoas que vivem abaixo da linha de probreza), seja como conseqüência da fragilização das instituições estatais e do fortalecimento correspondente das esferas de poder econômico no contexto da globalização[36], certo é que hoje, mais do que nunca, constata-se que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado

---

[32] Cfr. José Vicente dos Santos Mendonça, *Vedação de retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 218 e ss. , que faz referência a outras possíveis acepções da proibição de retrocesso. Registre-se que a nossa concepção de proibição de retrocesso em sentido estrito, embora próxima, não coincide exatamente com o entendimento adotado pelo ilustre Procurador da República citado, já que este restringe a proibição de retrocesso em sentido estrito à seara dos direitos sociais. No nosso entender, a proibição de retrocesso em sentido estrito não se manifesta apenas na esfera dos direitos fundamentais sociais (ou das normas programáticas em matéria de justiça social em geral) mas diz com a possibilidade de limitar a auto-reversibilidade de medidas do poder público que tenham concretizado direitos fundamentais em geral, ainda que o problema tenha indubitavelmente maior relevância no campo dos direitos sociais e que este tenha sido o enfoque priorizado neste estudo.

[33] Para efeitos deste estudo e sem adentrar aqui na relevante discussão conceitual e terminológica a respeito do tema, adotamos aqui as premissas subjacentes ao conceito desenvolvido por Hans Friedrich Zacher, *Das soziale Staatsziel*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. I, Heidelberg: C.F. Muller, 1987, número de margem 96, no sentido de que o Estado social e democrático de Direito constitui um Estado Social que se realiza mediante os procedimentos, a forma e os limites inerentes ao Estado de Direito, sendo, por outro lado, um Estado de Direito voltado à consecução da justiça social

[34] Cfr. a oportuna e instigante advertência feita por José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. V e ss.

[35] Cfr. Boaventura Souza Santos, *Reinventar a Democracia: entre o Pré-contratualismo e o Pós-Contratualismo*, Coimbra: Oficina do Centro de Estudos Sociais, 1998, p. 23.

[36] Sobre o tema, dentre muitos, v. especialmente José Eduardo Faria, *O Direito na Economia Globalizada*, São Paulo: Malheiros, 1999; Plauto Faraco de Azevedo, *Direito, Justiça Social e Neoliberalismo*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999 (notadamente p. 96 e ss.); Daniel Sarmento, *Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional*, in: Revista de Direito Administrativo, nº 223, 2001, pp. 154 e ss.

social e democrático de Direito – e, conseqüentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social - constitui um dos temas centrais da nossa época. A já corriqueira afirmativa de que o "Welfare State" ou Estado-Providência se encontra gravemente enfermo[37], além de constantemente submetido à prova, não perdeu, portanto, sua atualidade, não sendo à toa que já se fala até mesmo na formação de um Estado pós-social, impregnado dos contrastes e da complexidade da pós-modernidade[38]. Que as discussões de longe já não se restringem mais à esfera da análise política, sócio-econômica e jurídica, mas se transformaram na preocupação de larga parcela da humanidade pela manutenção de seu padrão de vida e até mesmo pela sua sobrevivência resulta mais do que evidente.

Oportunamente denominado de filho da moderna sociedade industrial, o Estado social de Direito não poderá jamais permanecer imune às suas transformações e desenvolvimento.[39] Limitando-nos, por exemplo, a uma das manifestações da atuação do Estado Social e analisando a problemática dos sistemas de segurança social e, quando for o caso, também da implementação dos direitos sociais assegurados na Constituição ou mesmo na esfera legal (infraconstitucional),[40] verifica-se que é particularmente nesta esfera que o dilema representado pela simultânea necessidade de proteção e, por outro lado, de uma constante adequação dos níveis de segurança social vigentes à realidade sócio-econômica cambiante e tendencialmente desfavorável se manifesta com particular agudeza. Se, por um lado, a necessidade de uma adaptação dos sistemas de prestações sociais às exigências de um mundo em constante transformação não pode ser desconsiderada, simultaneamente o clamor elementar da humanidade por segurança e justiça sociais – em suma, por direitos sociais efetivos - continua a ser um dos principais desafios e tarefas do Estado.[41]

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social decorre, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade.[42] O quadro delineado remete-nos, por outro lado, ao angustiante questionamento de o quanto as conquistas sociais podem e devem ser preservadas e, portanto, dizem diretamente com a pergunta de o quão segura é, afinal de contas, a segurança

---

[37] Neste sentido, entre outros, Pierre Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, Goiânia: UNB, 1997, analisando o problema especialmente com base na experiência francesa.

[38] Dentre a vasta literatura disponível, limitamo-nos aqui a referir, entre nós (conferir)

[39] Cfr. Karl Heinrich Friauf, *Der Sozialstaat des Grundgesetzes unter den Bedingungen der Industriegesellschaft*, in: Sozialstaat - Idee und Entwicklung, Reformzwänge und Reformziele, Köln: Wirtschaftsverlag Bachem, 1996, p. 67.

[40] Cumpre destacar que nem sempre as Constituições, mesmo de um Estado Social de Direito, consagram expressamente direitos sociais, limitando-se, como foi o caso da Lei Fundamental da Alemanha, a enunciar uma cláusula geral reconhecendo o princípio da justiça social e remetendo ao plano infraconstitucional a concretização deste princípio, especialmente pela implementação legislativa e administrativa de um sistema eficiente de segurança social.

[41] A este respeito v. Bernd Schulte, *Bestandschutz sozialer Rechtspositionen – Eine rechtsvergleichende Betrachtung*, in: ZIAS 1988, pp. 208 e ss.

[42] Cf., entre outros, Bernd Schulte, *Wie sicher ist die soziale Sicherung? International-vergleichende Perspektive*, in: B. Riedmüller/M. Rodenstein (Org), Wie sicher ist die soziale Sicherheit?, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989, pp. 323-4. Sobre as causas da crise v. também Pierre Rosanvallon, *A Crise do Estado-Providência*, pp. 13 e ss.

social[43]. Que tal questionamento, como já anunciado, diz de perto com a problemática da segurança jurídica e com a garantia (e garantia é segurança) de uma existência digna para todos, igualmente dispensa aqui maiores comentários. Ainda que o entendimento dominante pareça ser mesmo o de que uma supressão pura e simples dos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não é, em princípio, admissível, não tendo sequer sido seriamente defendida (pelo menos não abertamente e salvo exceções), a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social permanece no centro das atenções.[44] Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em que medida os direitos fundamentais sociais e, de modo geral, os sistemas de proteção social no âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio fundamental da justiça social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições[45].

Convém relembrar o leitor[46] de que, ao mesmo tempo em que a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte completo) do Estado social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que abrangem, de modo especial, a intensidade da proteção outorgada por estes aos sistemas de seguridade social, o que, à evidência, não poderá deixar de ser considerado nas linhas que se seguem, de tal sorte que também a temática da proibição de retrocesso reclama um tratamento constitucionalmente adequado. Tal enfoque – necessariamente diferenciado e contextualizado – assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que a Constituição Brasileira insere-se num ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, onde estamos vivenciando inclusive o surgimento de uma Constituição Européia, além de ter (ainda) um caráter marcadamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato – bem lembrado por Lenio Streck – de que as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito brasileiro,

---

[43] Esta mesma pergunta constitui precisamente o título de uma das obras aqui citadas, notadamente Bernd Riedmüller/Martin Rodenstein (Org), *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989.

[44] A este respeito v. Eberhard Eichenhofer, *Der verfassungsrechtliche Schutz von sozialversicherungsrechtlichen Anrechten in der Bundesrepublik Deutschland, Italien und den USA*, in: ZIAS 1988, pp. 239 e ss.; Otto Depenheuer, *Wie sicher ist verfassungsrechtlich die Rente? – vom liberalen zum solidarischen Eigentumsbegriff*, in: AÖR nº 120 (1995), pp. 417 e ss.; Karl Jürgen Bieback, *Verfassungsrechtlicher Schutz gegen Abbau und Umstrukturierung von Sozialleistungen*, Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1997. Na literatura em língua portuguesa encontramos, posicionando-se favoravelmente a uma vedação pelo menos relativa de retrocesso na esfera social, especialmente José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 3ª ed., Coimbra: Almedina, 1999, pp. 320 e ss.

[45] Note-se que a proteção contra eventual retrocesso, mesmo no campo dos direitos fundamentais, também não abrange apenas os direitos de cunho prestacional (positivo) embora nesta esfera seja mais usual e possivelmente mais impactante no que diz com as suas conseqüências, mas também alcança a proteção de outros direitos sociais, bastando aqui referir os direitos dos trabalhadores (boa parte dos quais são, em primeira linha, direitos de defesa [negativos]).

[46] Reportamo-nos aqui às considerações tecidas em nosso estudo anterior sobre o tema (*O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, nº 17, 1999, pp. 111 e ss.), no qual, contudo, centramos a nossa atenção na apresentação da "solução" germânica, com algumas considerações juscomparativas.

na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro[47], torna a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável.

3.3.2 – O princípio da proibição de retrocesso na Constituição de 1988

Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, constata-se, de modo geral, uma postura amistosa relativamente ao princípio da proibição de um retrocesso social, muito embora não se possa dizer que existe um consenso a respeito desta problemática. No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o nosso próprio pensamento jurídico, o que se percebe é que, de modo geral, os defensores de uma proibição de retrocesso, dentre os quais merece destaque o nome do conceituado publicista Gomes Canotilho, sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.[48] Esta proibição de retrocesso, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser considerada uma das conseqüências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução.[49]

---

[47] Neste contexto insere-se a (entre nós) célebre discussão a respeito da "sobrevivência" do constitucionalismo dirigente, tal qual sustentado, originariamente, pelo ilustre publicista de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho (na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982), justamente em função da revisão crítica levada a efeito pelo próprio Gomes Canotilho em diversos trabalhos mais recentes, especialmente a contar da década de 1990, no que diz com as premissas basilares de sua antiga tese, bastando aqui remeter o leitor ao prefácio redigido para a segunda edição da obra ora citada. Não sendo o caso de adentrar aqui esta controvérsia, o que se verifica é que as mudanças no âmbito do pensamento do Professor Gomes Canotilho sem dúvida devem ser enquadradas no seu devido contexto, já que nem o texto da Constituição Portuguesa de 1976 guarda o mesmo perfil revolucionário e dirigente que lhe foi originariamente atribuído, já que objeto de várias e relativamente profundas revisões, notadamente em face da inserção de Portugal na União Européia e, portanto, seu enquadramento em uma ordem jurídica supranacional. Por isso também nós – embora não de modo necessariamente coincidente com o de outros autores – seguimos sustentando que o paradigma da Constituição dirigente ainda cumpre um relevante papel no âmbito do constitucionalismo pátrio e apresenta – mesmo hoje (e talvez por isso mesmo) – todo um potencial a ser explorado. A respeito dessa temática, v., ainda, além do indispensável contributo de Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, especialmente p. 106 e ss., também as lições de Gilberto Bercovici, *A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro*, in: Revista de Informação Legislativa, nº 142, Brasília: Senado Federal, abril/junho de 1999, pp. 35-51, assim como a oportuna coletânea organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, obra que reúne aportes de diversos autores nacionais e retrata uma discussão sobre o tema travada com o próprio Gomes Canotilho.

[48] Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, pp. 474-5.

[49] Cf. José Joaquim Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do L*egislador, Coimbra: Coimbra Editora., 1982, p. 374, entendimento que, neste ponto, não tem sido objeto de maior reformulação em obras posteriores do renomado constitucionalista; Assim também José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

Esta mesma concepção encontrou acolhida também na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP),[50] posição esta que, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei - das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária[51]. Neste contexto, impõe-se uma referência ao fato de que uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição de retrocesso social não se faz necessária tão-somente quando se cuida da revogação, mas também quando estamos diante de uma afronta legislativa ao conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador.[52] Também na Alemanha, onde, de resto, a doutrina e jurisprudência lusitana encontrou forte inspiração, de há muito existe um elevado grau de consenso a respeito do reconhecimento de algumas manifestações da proibição de retrocesso na esfera da segurança social, destacando-se a expressiva produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, pelo menos desde o incremento dos ajustes levados a efeito no âmbito da já referida crise do Estado Social[53].

Muito embora não seja o caso de aqui retomar, em toda a sua amplitude, a discussão a respeito da proibição de retrocesso social na Alemanha, vale destacar que lá, a despeito da ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre chancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade), dimensões que, como já demonstrado, integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Além disso, no âmbito de uma jurisprudência tida como referencial, especialmente no que concerne à criatividade da solução, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu, em uma série de decisões, que a

---

[50] A respeito desta decisão, v. principalmente José Casalta Nabais, *Os Direitos Fundamentais na Jurisprudência do Tribunal Constitucional*, in: Boletim do Ministério da Justiça nº 400 (1990), pp. 40-1, que se refere à estabilidade dos direitos fundamentais sociais legislativamente concretizados, salientando, contudo, que o Tribunal não chegou a posicionar-se expressamente a favor de uma proibição de retrocesso social. Ainda relativamente a esta paradigmática decisão, apontou-se para a circunstância de que o Tribunal apenas considerou vedada a revogação da Lei do Serviço Nacional de Saúde, de tal sorte que tão-somente a restauração de uma omissão inconstitucional foi tida como vedada, sustentando-se, neste contexto, que uma simples redução ou alteração do nível de concretização e realização do direito à saúde teria sido chancelada pelo Tribunal (neste sentido, v. João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 43).

[51] Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional nº 509/2002, de 19.12.2002.

[52] Neste sentido, Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 351, que igualmente se posiciona favoravelmente à proibição de retrocesso social e, de modo mais contundente, José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 327.

[53] A respeito do tema v. especialmente e aqui por todos, Rolf-Ulrich Schlencker, Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz, Berlin: Duncker & Humblot, 1986, advogando, em monografia considerada referencial, a existência de uma vedação relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais. A respeito da "solução" alemã na matéria v. também o nosso já referido *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, pp. 111 e ss.

garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social legislativamente concretizados), existindo atualmente, a despeito de uma série de críticas, um determinado grau de consenso nesta esfera.[54]

Como bem demonstrou Peter Badura, a partir do conceito funcionalista de propriedade desenvolvido por Martin Wolff ainda na época de Weimar, a garantia da propriedade, para além da proteção da propriedade em termos de direitos reais, alcançou também uma função conservadora de direitos, oferecendo ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.[55]

O Tribunal Federal Constitucional chancelou este entendimento, considerando que a proteção por meio da garantia da propriedade tem por pressuposto a circunstância de que ao titular do direito é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão sem qualquer compensação, ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito[56], o que, especialmente pela inclusão no âmbito de proteção da garantia da propriedade de direitos patrimoniais na esfera da segurança social, acabou levando a uma ampliação do conceito de propriedade vigente no direito privado, do qual o conceito constitucional de propriedade veio a se despreender quase que completamente[57].

Todavia, cumpre frisar que nem todos os direitos patrimoniais de natureza pública (inclusive nem todos os direitos sociais) foram considerados protegidos pela garantia da propriedade, já que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, aqui apresentada em apertadíssima síntese, devem estar satisfeitos alguns requisitos: a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular, que necessariamente não pode ser irrelevante, de tal sorte que uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não tem sido considerada indispensável, sendo tido como suficiente que a pretensão do particular não se encontre embasada única e exclusivamente numa prestação unilateral do Estado[58]; b) deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular, o que ocorre quando o titular do direito pode partir da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial

---

[54] Cfr. Hans-Jürgen Papier, *Anmerkungen zu Art. 14 GG*, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, Grundgesetz Kommentar, vol. II, München: C.H. Beck, 1994, p. 77.

[55] Cfr. Peter Badura, *Eigentum*, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Org). Handbuch des Verfassungsrechts, 2ª ed., Berlin: Walter de Gruyter, p. 347. Registre-se que não adentraremos aqui a discussão (travada especialmente no âmbito da doutrina privatista) em torno de uma concepção funcionalista de propriedade e da gradativa afirmação, pelo menos no âmbito do direito pátrio, de uma visão que poderíamos designar de existencial da propriedade, como revelam, entre outros, os paradigmáticos estudos de Gustavo Tepedino, *Temas de Direito Civil*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999; Ricardo Aronne, *Propriedade e Domínio*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999; e Luiz Edson Fachin, *Estatuto Jurídico do Patrimônio M*ínimo, Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

[56] Sobre a evolução da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal nesta matéria, v., entre outros, Walter Leisner, *Eigentum*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. VI, Heidelberg: C.F. Mueller, 1992, p. 1069.

[57] Esta a oportuna lição de Brunn Otto Bryde, *Anmerkungen zu Art. 14 GG*, in: Ingo von Münch/Philip Kunig, Grundgesetz- Kommentar, vol. I, 4ª ed., Muenchen: C.H. Beck, 1992, p. 830.

[58] Cfr. *BverfGE* (= Coletânea Oficial das Decisões do Tribunal Constitucional Federal), vol. 69, pp. 272, 301.

disponibilidade por parte de seu titular[59]; c) A prestação deve servir à garantia da existência de seu titular, já que a propriedade também protege as condições necessárias para uma vida autônoma e responsável, especialmente considerando que a maior parte dos cidadãos alcança a sua segurança existencial menos por meio do patrimônio privado imobiliário e/ou mobiliário, do que pelo resultado de seu trabalho e, portanto, por meio de suas posições jurídico-subjetivas patrimoniais[60].

No âmbito destes três pressupostos e do seu gradativo incremento, bem como da ampliação do conteúdo social da propriedade a eles vinculada[61], a proteção das posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público foi consideravelmente enrobustecida, abrangendo a considerável parte das prestações que integram o sistema público de seguridade social (especialmente aposentadorias, pensões, seguro-desemprego, seguro contra acidentes de trabalho, etc), além de alcançar até mesmo as expectativas de direitos, notadamente aquelas posições que, mediante o implemento de outras condições (por exemplo, um certo prazo de espera e/ou carência) tornam-se plenamente exigíveis[62]. De outra parte, tem sido excluídas da proteção as prestações de cunho reabilitatório e secundário, sem a respectiva contraprestação[63], assim como prestações discricionárias, que não radicam numa posição jurídica similar à propriedade privada, devendo, portanto, tratar-se de prestações obrigatórias[64].

A despeito das diversas e relevantes críticas formuladas em relação à solução preconizada pelo Tribunal Constitucional Federal, que aqui não poderão ser rastreadas e discutidas na sua integralidade (destacando-se a objeção de que a proteção por meio da garantia da propriedade é insuficiente, por não abranger uma série de posições jurídicas relevantes na esfera da proteção social, sendo, ademais, demasiado relativa, já que ampla a possibilidade de intervenções na propriedade[65]), bem como considerando a existência de outras formas de proteção contra o retrocesso reconhecidas e desenvolvidas na doutrina e jurisprudência constitucional germânica (como é o caso das alternativas embasadas na proteção de confiança, no princípio da isonomia e na dignidade da pessoa humana)[66], o que importa, nesta quadra da exposição, é a constatação da importância que tem sido atribuída à proibição de retrocesso, mesmo bem além da proteção dos direitos adquiridos, em ordens constitucionais onde inexiste uma expressa previsão de tal proibição e onde

---

[59] Cfr. Novamente *BverfGE* vol. 69, pp. 272, 300-1.
[60] Cfr. *BVerfGE* vol. 53, pp. 257, 294.
[61] Tal incremento do conteúdo social da garantia da propriedade foi bem destacado por Walter Leisner, in: Handbuch des Staatsrechts, vol. VI, p. 1070.
[62] Neste sentido *BVerfGE* vol. 53, pp. 257, 289-90.
[63] Cfr. Rudolf Wendt, *Anmerkungen zu Art, 14 GG*, in: Michael Sachs (Org). Grundgesetz, München: C.H. Beck, 1996, p. 492.
[64] Cfr. Hans-Jürgen Papier, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz, vol. II, p. 94.
[65] Neste sentido v. também Hans-Jürgen Papier (op. cit., p. 94), sustentando que, além de assegurar uma proteção relativizante, o recurso supletivo à garantia da propriedade como fundamento constitucional para uma proteção das posições subjetivas patrimoniais de direito público é até mesmo desnecessário, já que a especial força jurídica dos direitos subjetivos públicos decorre de outras normas constitucionais. Da literatura mais recente, registre-se o estudo crítico de Harald Bogs, *Art. 14 GG (Eigentum) als Vertrauensschutz-Basisnorm für Rentenversicherte*?, in: Franz Ruland/Bernd Baron von Maydell/Hans-Jürgen Papier (Org), Verfassung, Theorie und Praxis des Sozialstaats – Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, Heidelberg: C.F. Müller, 1998, pp. 65-83, desenvolvendo especialmente a idéia de que existem caminhos mais eficazes para a proteção dos direitos subjetivos na esfera da previdência social do que a oferecida pela garantia da propriedade.
[66] Cfr. o nosso *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso*..., p. 124 e ss.

– convém frisar este aspecto - os níveis de proteção social são muito superiores aos nossos. Que também na Alemanha (e, de resto, na esfera européia) tal proteção não é absoluta e em que medida - e sob que pressupostos - algum tipo de retrocesso é considerado constitucionalmente legítimo, voltará ser referido mais adiante, ainda que sem maior aprofundamento.

Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma esgrimir-se especialmente o argumento de que esta esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra, definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões, liberdade esta que, no entanto, se encontra limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas.[67]

Tal concepção, ao menos no nosso sentir, não pode merecer acolhida, sob pena de se outorgar ao legislador o poder de dispor (de modo demasiado livre) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, notadamente no que diz com a sua concretização legislativa, já que no plano da mudança constitucional formal já se dispõe da proteção (igualmente não absoluta, embora reforçada) assegurada pelos limites à reforma da Constituição, temática que – tal como anunciado - aqui não será desenvolvida. Da mesma forma, não há como acolher – pelo menos não integralmente e de modo especial no que diz com as suas conseqüências - a crítica tecida, entre nós, por Roger Stiefelman Leal, que chega a admitir – em face da incapacidade prestacional do poder público (no âmbito dos limites postos pela reserva do possível) a possibilidade de uma total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas nesta seara[68].

Com efeito, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ía chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já

---

[67] Este o pensamento de Miguel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei. A causa da lei na Constituição Portuguesa de 1976*, Porto, 1992, p. 383 e ss., consignando-se, todavia, que o autor não chega a considerar inexistente qualquer manifestação de uma proibição de retrocesso, já que faz menção à proteção da confiança e à necessidade de uma justificação para a edição de medidas retrocessivas no âmbito da legislação infraconstitucional. Entre nós, seguindo precisamente esta linha de entendimento, v. Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 163, para quem "a admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflita com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum".

[68] Cfr. Roger Stifelman Leal, *Direitos Sociais e a vulgarização da noção de direitos fund*amentais, artigo extraído da página do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do RGS, acessível em http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina/leal2.htm

que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador[69].

Além disso, mediante a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial) estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas (que constituem o núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações) para uma vida condigna não poderá prevalecer até mesmo a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos poderes[70].

Sem que aqui se pretenda rastrear todas as dimensões da questão, procedendo a uma exaustiva análise de toda a doutrina e jurisprudência disponível[71], importa, contudo, cimentar minimamente a possibilidade de se reconhecer um princípio de proibição de retrocesso também na ordem jurídico-constitucional brasileira. No plano doutrinário, valemo-nos da lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem – cada vez mais – dominado o nosso cenário jurídico. Para o notável constitucionalista carioca, "por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido"[72]. Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador[73]. Em suma, reiterando aqui a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de

---

[69] Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, p. 397 e ss.

[70] Sobre este ponto remetemos ao nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais***,** p. 287 e ss. Neste mesmo sentido, pugnando por um reconhecimento ed um direito subjetivo individual a determinada prestação social, v., entre outros, especialmente Andreas Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*, p. 37 e ss., Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, p. 246 e ss., e, mais recentemente, Marcos Maselli Gouvêa, *O controle judicial das omissões administrativas*, Rio de Janeiro: Forense, 2003.

[71] Para uma análise mais detida das diversas posições no âmbito da doutrina (especialmente brasileira e portuguesa) remetemos ao estudo de José Vicente dos S. Mendonça, *Vedação do retrocesso*..., p. 218 e ss.

[72] Cfr. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

[73] Neste sentido, aponta-se aqui, entre outros, além do já referido entendimento de Luís Roberto Barroso, a lição já clássica (mantida em edições mais recentes de sua obra) de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982 , p. 147 e 156 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, pp. 397-99, Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 31 e ss., assim como, Ana Paula de Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais – o princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 68 e ss., que sustenta tratar-se de um desdobramento de uma eficácia negativa dos princípios constitucionais. Mais recentemente, v. José Vicente dos S. Mendonça, *Vedação do Retrocesso*..., p. 218 e ss., muito embora sinalando que não se trata de uma questão apenas atrelada à eficácia negativa das normas constitucionais.

retrocesso, já que "uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele."[74]

Sem que se pretenda aqui esgotar nem aprofundar isoladamente todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso, como já sinalizado, decorre implicitamente do sistema constitucional, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional:

a) O princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;

b) O princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar;

c)No princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais contido no artigo 5º, parágrafo 1º, e que abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais. Com efeito, a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica (e, portanto, sempre também do princípio da segurança jurídica) reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo, inclusive na acepção aqui desenvolvida;

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

e)O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;

f)Os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores.[75] Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa

---

[74] Cfr. Joaquim José Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, p. 131.

[75] Cfr., dentre outros, Harmut Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), Handbuch des Staatsrchts der Bundesrepublik Deutschland, vol. III, Heidelberg: C.F. Muller, p. 244 e ss., não obstante o autor - assim como a doutrina e jurisprudência em geral – sejam bastante restritivos no que diz com a admissão de uma auto-vinculação do legislador, temática que aqui não iremos desenvolver mas que tem sido objeto de uma certa discussão na Alemanha, sob a rubrica de uma vinculação sistêmica do legislador, desenvolvida essencialmente à luz do princípio da igualdade. Neste sentido, v., entre outros, Uwe Kischel, *Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz*, in: Archiv des öffentlichen Rechts, vol. 124, 1999, pp. 174-211.

medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

g)Negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.[76] Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.[77] Precisamente neste contexto, insere-se a também argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do já referido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que "as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados", aduzindo que "após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos (grifo nosso); mas não pode vir a extingui-los ou revogá-los."

A partir do exposto, verifica-se que a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de conseqüência, o artigo 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.

---

[76] Tal ponto de vista apenas poderia ser sustentado, em tese, em se partindo da premissa de que os direitos sociais não podem (mesmo no que diz com seu conteúdo essencial) ser definidos em nível constitucional, a exemplo do que parece propor Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei...*, pp. 383-4, mas que contraria até mesmo a lógica do sistema jurídico-constitucional, notadamente no que diz com a função concretizadora exercida pelo legislador e demais órgãos estatais.

[77] Cfr. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, pp. 158-9. Neste contexto, assume relevância a controvérsia a respeito dos limites do controle da atividade legislativa pelo Poder Judiciário, vinculada, por sua vez, à questão da legitimidade dos órgãos jurisdicionais para tal controle, temática que evidentemente aqui não poderia ser desenvolvida e sobre a qual existe vasta e qualificada doutrina nacional e estrangeira.

Se em favor do reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais não parecem subsistir maiores dúvidas, já que cada vez mais isoladas as vozes que se posicionam contrariamente ao instituto (ainda mais em face do elenco – não exaustivo - de argumentos colacionados), também é verdade que há, ainda, considerável espaço para controvérsia no que concerne à amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição de retrocesso social. Com efeito, se é correto apontar a existência de elevado grau de consenso (pelo menos na doutrina e jurisprudência nacional e, de modo geral, no espaço europeu) quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada.

Neste sentido, Vieira de Andrade - que, convém dizê-lo, adota posição relativamente cautelosa nesta matéria (bem mais cautelosa e restritiva do que a sustentada no presente ensaio) - apontou para a circunstância de que a proibição de retrocesso social não pode ser tida como uma regra geral, sob pena de se colocar seriamente em risco a indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais.[78] Além disso - ainda de acordo com Vieira de Andrade - uma proibição em termos absolutos do retrocesso social acabaria por outorgar aos direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizados uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, ressaltando-se, ainda, que o direito constitucional lusitano justamente consagrou a juridicidade reforçada dos direitos, liberdades e garantias.[79] Entre nós, muito embora partindo de um outro referencial em termos de direito constitucional positivo e do seu respectivo contexto sócio-econômico, cumpre registrar a lembrança de Andreas Krell, ao referir – na mesma linha de Vieira de Andrade (no que diz com a proibição de retrocesso) – que a aplicação dessa teoria, que, por si só não veda uma diminuição dos direitos sociais individuais para assegurar interesses públicos urgentes e relevantes, poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade[80].

Bastaria esta linha argumentativa para reconhecer que (ainda que no Brasil não se possa acolher a tese de um regime jurídico diferenciado e reforçado dos direitos de defesa[81]) não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a

[78] Cfr. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra: Almedina, 1987, pp. 307-9.
[79] Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 309.
[80] Cfr. Andreas Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des) caminhos de um direito constitucional comparado*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 40.
[81] Registre-se que a Constituição de 1988, diversamente da Portuguesa e Espanhola, não traçou um regime jurídico diferenciado entre os direitos de defesa e os direitos sociais a prestações. Neste sentido, para um maior

natureza de uma regra geral de cunho absoluto, já que não apenas a redução da atividade legislativa à execução pura e simples da Constituição se revela insustentável, mas também pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.[82] Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido estrito aqui versado - inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários. Assim, a proibição de retrocesso assume (como parece ter sido suficientemente fundamentado) feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana.

Em se levando em conta que a proibição de retrocesso social, por não se tratar de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio, não admite solução baseada na "lógica do tudo ou nada" (na esteira das lições de Dworkin, Alexy e Canotilho[83]), aceitando determinadas reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional, encontra-se vedada, desde logo e por evidente, sua supressão pura e simples. Com efeito, neste contexto, vale reproduzir a lição de Gomes Canotilho, ao sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado[84]. Muito embora tal concepção possa servir como ponto de partida para a análise da problemática do alcance da proteção contra o retrocesso em matéria de direitos sociais, não nos parece dispensável algum tipo de aprofundamento, notadamente no que diz com a vinculação do problema às noções de dignidade da

---

desenvolvimento, v. o nosso *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988...*, p. 150 e ss. Os direitos sociais são, portanto, igualmente fundamentais, no sentido formal e material, o que não impede que tal fundamentalidade venha a manifestar-se de modo

[82] Neste sentido v. também José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, p. 308. Assim também João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, p. 44, que, apesar de favorável à proibição de retrocesso social, comunga o entendimento de que a proteção dos sistemas prestacionais existentes não pode ser maior do que a concedida aos direitos de liberdade (direitos de defesa).

[83] Com isso não estamos a admitir, na sua integralidade, todos os aspectos da teoria normativa de Alexy, especialmente no que diz com a distinção entre princípios e regras, já que – na esteira da iluminada proposta formulada por Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, 3ª ed., São Paulo: Malheiros, 2002, p. 54 e ss. e 140 e ss., também as regras podem sofrer algum tipo de ponderação (hierarquização), no sentido de não estarem sujeitas inexoravelmente a uma lógica do "tudo ou nada", especialmente pelo fato de que por detrás de uma antinomia entre duas (ou mais) regras encontra-se sempre uma antinomia de princípios. Sem que se pretenda avançar aqui nesta discussão (para o que remetemos à leitura da obra do ilustre jurista Gaúcho), o que importa é a compreensão de que os princípios, de fato e num certo sentido, constituem mandados de otimização e carecem da ponderação e harmonização com outros princípios (e regras, quando for o caso) no âmbito do sistema jurídico. Traçando uma visão crítica da teoria dos princípios, v., ainda, a recente contribuição de Humberto Bergman Ávila, *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, São Paulo: Malheiros, 2003.

[84] Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p. 327.

pessoa e segurança jurídica, o que será objeto da nossa atenção no próximo segmento.

3.4 – Dignidade da pessoa, mínimo existencial e proteção da confiança na condição de critérios materiais para aferição dos padrões de segurança (jurídica e social) no âmbito da proibição de retrocesso

A dinâmica das relações sociais e econômicas, notadamente no que concerne às demandas de determinada sociedade em matéria de segurança social e, por via de conseqüência, em termos de prestações sociais asseguradas pelo poder público, por si só já demonstra a inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais. Se somarmos estes fatores à variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade (de qualquer Estado e sociedade, como deflui da experiência vivenciada em quase todos os recantos do planeta[85]) como um todo, especialmente num contexto de crise econômica e incremento dos níveis de exclusão social (que, por sua vez, resulta no aumento da demanda por proteção social), acompanhado de problemas na esfera arrecadação de recursos que possam dar conta dos reclamos na esfera da proteção social, igualmente dá conta que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não poderia – como suficientemente destacado nas páginas precedentes -resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.

Visto isso, importa avançar no que diz com a construção de alguns critérios materiais que viabilizem uma solução constitucionalmente adequada e equânime no âmbito da aferição dos limites da aplicação do princípio da proibição de retrocesso. Neste contexto, a primeira noção a ser resgatada é a do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais que estejam sendo objeto de alguma medida retrocessiva. Como já restou suficientemente destacado, o legislador (assim como o poder público em geral) não pode, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, como já deflui do

[85] Ilustrativa é, neste contexto, a crise relativamente aguda vivienciada, já há bom tempo mas com ritmo crescente, pela Alemanha, onde se intensificam os clamores em prol de uma reforma geral da Lei Fundamental, acusada, em diversos círculos (inclusive no meio acadêmico) de estar tornando ingovernável o país (v., a respeito, a ampla e bem documentada reportagem veiculada pelo importante periódico *Der Spiegel*, na sua edição de 12.05.03, que ostenta o sugestivo título *Die verstaubte Verfasung*, que, em bom português, significa "A Constituição empoeirada"). Registre-se, contudo, que muito embora significativa parcela das reformas em andamento envolva o sistema de segurança social e a problemática do ajuste fiscal e do déficit público, o que mais tem preocupado os críticos é a inviabilidade prática de mudanças com a rapidez necessária, tendo em conta o intrincado e paralisante sistema federativo, a repartição de competências, o intrincado sistema partidário e a complexidade do processo legislativo, além da possibilidade de pequenos blocos partidários e representantes dos Estados impedirem a aprovação de projetos essenciais para o saneamento do País e retomada do crescimento econômico. Se este discurso (entre nós igualmente difundido) há de prevalecer na sua íntegra, aqui não será questionado, mas o exemplo serve para demonstrar o quanto a questão da reforma do Estado e das instituições, num contexto social, político e econômico altamente explosivo e influenciado pela globalização econômica, representa um fenômeno de proporções mundiais e não pode ser simplesmente desconsiderado na seara jurídica e jurisdicional, especialmente no âmbito da discussão em torno da proibição de retrocesso.

próprio texto, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, encontra-se protegido.

Que tal núcleo essencial encontra-se diretamente vinculado ao princípio da dignidade da pessoa humana, notadamente (em se tratando de direitos sociais prestacionais) ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, constitui uma das teses centrais aqui sustentadas, ainda que sem qualquer pretensão de originalidade. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões qualitativos mínimos,[86] nos revela que a dignidade da pessoa atual como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais[87]. Em se partindo do pressuposto que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem (tal como já foi lembrado) inclusive parâmetro necessário para a justiciabilidade dos direitos sociais prestacionais, no sentido de direitos subjetivos definitivos que prevalecem até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da "reserva do possível" [e da conexa reserva parlamentar em matéria orçamentária] e da separação dos poderes, apenas para referir os que têm sido mais citados na doutrina, resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais (e neste sentido não apenas dos direitos a prestações[88]) – que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para aquém do seu

[86] Reportamo-nos aqui ao novamente ao nosso conceito de dignidade da pessoa tal como já citado neste ensaio, destacando que uma vida digna é necessariamente uma vida saudável. De tal conceito aproxima-se a noção recentemente sustentada por Luis Fernando Barzotto, *A Democracia na Constituição*, São Leopoldo: Editora Unisinos, 2003, especialmente p. 175 e ss., ao referir-se a uma "vida boa" como objetivo e fundamento do Estado democrático de Direito na Constituição de 1988.

[87] A respeito da noção de mínimo existencial, remetemos ao indispensável e pioneiro estudo de Ricardo Lobo Torres, *O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais*, in: Revista de Direito Administrativo, nº 177, 1989, p. 29 e ss., muito embora o autor – a partir de uma profunda análise especialmente da doutrina norte-americana e germânica – esteja aparentemente a se inclinar em prol de uma noção tendencialmente liberal (embora não necessariamente reducionista) de mínimo existencial, já que bem destaca o papel da dignidade da pessoa na construção do conceito de mínimo existencial. Dentre as contribuições mais recentes, importa referir o já citado estudo de Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, especialmente p. 247 e ss.

[88] Registre-se aqui que, a despeito das críticas incisivas formuladas por Flávio Galdino, *O Custo dos Direitos*, in: Ricardo Lobo Torres (Org), Legitimação dos Direitos Humanos, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 139 e ss. (especialmente a partir da p. 173) sempre reconhecemos (embora talvez não com suficiente ênfase) a interligação entre direitos negativos e positivos, assim como o fato de que os direitos positivos possuem uma dimensão negativa (e a proibição de retrocesso é um dos aspectos que melhor dá conta desta circunstância). De outra parte, convém não esquecer que ao priorizarmos o critério da eficácia jurídica (e não propriamente o da efetividade, a despeito de estar intimamente relacionado com o primeiro) acabamos sustentando – e assim seguimos entendendo – que o fato de todos os direitos terem uma dimensão positiva (como bem enfatiza Flávio Galdino, na esteira de Holmes e Sunstein), no sentido de que também para proteger o direito de propriedade e a liberdade de expressão o poder público necessita disponibilizar todo um aparato judiciário, policial, etc, que implica em investimentos de ordem econômica (aspecto que nunca negamos, pois seria negar o óbvio), não afasta a possibilidade de qualquer Juiz (independentemente de uma dimensão positiva e economicamente relevante) desde logo e sem qualquer intermediação do legislador, assegurar – em qualquer processo – a fruição e/ou proteção dos direitos designados (por esta razão) de negativos ou defensivos.

conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos, já que afetar o cerne material da dignidade da pessoa (na sua dupla dimensão positiva e negativa) continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social.

Com isso também se percebe nitidamente que a proibição de retrocesso no sentido aqui versado representa, em verdade, uma proteção adicional outorgada pela ordem jurídico-constitucional, que vai além da proteção tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas. Assim, até mesmo em homenagem às evidentes diferenças entre atos de cunho retroativo e medidas prospectivas, não se poderia imprimir, ao menos em princípio, tratamento similar a ambas as situações.

A partir do exposto, e aderindo aqui ao magistério paradigmático de Juarez Freitas, verifica-se que também no âmbito da indispensável hierarquização (ou ponderação, como prefere boa parte da doutrina) a ser procedida em cada hipótese concreta em que estiver em causa uma medida retrocessiva – já que igualmente na seara da aplicação do princípio da proibição de retrocesso não há como escapar de uma interpretação tópico-sistemática (inexoravelmente hierarquizadora) -, importa optar sempre (pois esta será não a única, mas a melhor resposta hermenêutica) pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana.[89]

Justamente tal premissa (ainda que não expressamente referida da mesma forma na fundamentação), encontra-se na base do recente e já referido Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão nº 509/2002), a respeito da inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembléia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluiu da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre os 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia. Destaque-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização dos direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, *sob pressuposto de que, em qualquer caso* a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos[90].

---

[89] Cfr., aqui retratado em apertadíssima síntese, Juarez Freitas, *A Interpretação Sistemática do Direito*, notadamente p. 207 e ss.

[90] Para quem deseja aprofundar a análise, vale a pena conferir na íntegra a fundamentação do já citado Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002, apreciado pelo Tribunal Constitucional de Portugal em 19.12.2002.

Para além do exposto, convém frisar que, na fundamentação do pedido de fiscalização da constitucionalidade em sede preventiva, aforado pelo Presidente da República, restou assentado que "mesmo quando se sustente numa justificação objectivamente comprovável e de base constitucional, o Estado não pode afetar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados, como sejam o princípio da confiança própria do Estado de Direito ou, mais especificamente, no caso, o princípio da igualdade ou o princípio da universalidade na titularidade e exercício dos direitos fundamentais."

Da análise da paradigmática decisão ora citada, que harmoniza com a argumentação desenvolvida ao longo do presente texto, resulta que uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar - em qualquer hipótese - o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas, já que – como bem revela o caso ora examinado – também haverá de ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais, pelo menos daqueles que possuem um conteúdo em dignidade da pessoa humana. De tal sorte não há, de fato, como sustentar que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais (nos termos expostos) resultaria numa aniquilação da liberdade de conformação do legislador, que, de resto – e importa relembrar tal circunstância – nunca foi e nem poderia ser ilimitada no contexto de um Estado constitucional de Direito, como bem revelam os significativos limites impostos na seara das restrições legislativas ao exercício dos direitos fundamentais. Além disso, não se poderá olvidar jamais que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional[91].

Considerando que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive sociais, nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade (que poderá ser variável, a depender do direito fundamental em causa) é de se admitir até mesmo a eventual inconstitucionalidade de medidas que – mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana – inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial.

Que também no âmbito da proibição de retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa, resulta evidente e vai aqui assumido como pressuposto de nossa análise.

---

[91] A respeito da dignidade da pessoa humana como limite das restrições a direitos fundamentais v. o meu *A Dignidade da Pessoa Humana*..., p 119 e ss.; Sobre o princípio da proporcionalidade e a função da dignidade da pessoa humana neste contexto, v., entre outros, Heinrich Scholler, *O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha*, in: Revista Interesse Público nº 2, 1999, p. 93-107.

Considerando que a dignidade da pessoa humana e a correlata noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, importa retomar aqui as noções de segurança jurídica e proteção da confiança, igualmente referidas na decisão colacionada.

Muito embora o direito à segurança jurídica (que abrange um determinado nível de proteção da confiança das pessoas na estabilidade das suas posições jurídicas) seja mais amplo que o instituto da proibição de retrocesso no sentido aqui desenvolvido, já que abrange as figuras dos direitos adquiridos e outros institutos no âmbito dos limites da retroatividade dos atos do poder público, não há como desconsiderar que a garantia da manutenção de um nível mínimo de proteção social – no âmbito de um direito à uma existência condigna – importa também em um correspondente padrão mínimo de segurança jurídica nesta esfera, já que as pessoas poderão – ou pelo menos deveriam poder estar em condições para tanto - confiar (e aqui a presença inquestionável de um elemento de proteção da confiança e de segurança jurídica) na manutenção de tais condições básicas de vida, especialmente no contexto de um Estado democrático de Direito inequivocamente comprometido com realização da justiça social.

Por outro lado, de acordo com o que deflui da experiência constitucional germânica, a proteção da confiança atua como diretriz para que, em cada situação concreta em que estiver em causa a afetação de alguma posição social, se possa aferir até que ponto é possível retroceder, já que – mesmo ressalvada a garantia do mínimo para uma existência com dignidade – o princípio da proteção da confiança poderá exigir níveis diferenciados e eventualmente mais reforçados de segurança jurídica, mesmo para o futuro.

Com efeito, ainda que a doutrina e jurisprudência constitucional tenham aplicado a proteção da confiança usualmente no contexto da proteção dos direitos adquiridos e em situações onde estavam em causa medidas de cunho retroativo (como transparece inclusive do Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal), também é verdade que por força da proteção de confiança e do princípio da proporcionalidade (ambos deduzidos do Estado de Direito), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em reiterada jurisprudência, reconhece um certo grau de proteção até mesmo para as expectativas de direitos, exigindo, nesta hipótese, pelo menos a adoção de razoáveis regras de transição (ainda que mediante a concessão de ampla liberdade para o legislador), pena de inconstitucionalidade[92]. Como concretização do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança serve como fundamento para limitação de leis retroativas que agridem situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria), ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contudo, por restringir posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria), já que a idéia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual[93]. Com base no princípio da

[92] Cfr., por todas as decisões que aqui poderiam ser colacionadas, *BVerfG*E 67, pp. 1, 14 e ss. Oferecendo uma visão atualizada e crítica da discussão na Alemanha, v. Karl-Jürgen Bieback, *Verfassungsrechtliche Probleme, inbesondere Aspekte des Eigentumschutzes und Übergangsrechts bei einer Reform der Rentenversicherung – Diskutiert am Reformmodell des DJB*, in: Ursula Rust (Org), Eigenständige Alterssicherung von Frauen, Wiesbaden: Verlag Chmielorz GmbH, 2000. pp. 779 e ss.

[93] Cfr. Winfried Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz* …, p. 80.

proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade[94].

Tais considerações, mesmo que assim não o tenha sido expressamente admitido pela doutrina e jurisprudência referidas, certamente aplicam-se também no âmbito da proibição de retrocesso no sentido aqui desenvolvido, já que igualmente vinculada às noções de segurança jurídica e proteção da confiança, como pretendemos ter demonstrado. Além disso, assume relevo a argumentação de que tanto maior deverá ser a garantia da segurança jurídica individual, quanto mais merecedora de proteção for a confiança depositada pelo indivíduo no sistema vigente, proteção esta vinculada também ao fator tempo[95]. Em outras palavras – valendo-nos do exemplo da alteração das regras para aposentadoria e pensões – quanto mais alguém estiver contribuindo num determinado regime de aposentadoria, maior deverá ser a sua segurança jurídica já que mais merecedora de proteção a sua confiança, o que, por sua vez, deverá ser observado no âmbito das regras de transição a serem estabelecidas pelo legislador. Resulta inadmissível, neste sentido, alterar as regras vigentes, ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos, da mesma forma para quem estiver contribuindo – e, portanto, confiando - há dois, há vinte anos ou mesmo há trinta anos, pois é evidente que diversa a intensidade da confiança depositada pelo cidadão individualmente considerado (no sentido subjetivo) bem como diferente o dever de respeito a esta confiança. Que tais questões – consoante já frisado - nos remetem novamente ao princípio da proporcionalidade, mas também dizem com o princípio da isonomia, que igualmente devem ser observados neste contexto, salta aos olhos embora aqui não venha a ser mais desenvolvido, até mesmo por força dos limites deste estudo. Para nosso propósito, basta aqui que se faça referência, com particular ênfase, ao fato de que tanto o princípio da proteção da confiança, quanto os princípios da proporcionalidade e isonomia, exigem a adoção não apenas de regras razoáveis de transição, mas também a imposição de soluções suficientemente diferenciadas e proporcionais mesmo no âmbito interno das regras de transição.

De todo o exposto, recolhe-se, ainda, na esteira da lição de Hartmut Maurer (muito embora este não tenha explorado com maior ênfase a questão da proibição

---

[94] Cfr., dentre tantos, Dietrich Katzenstein, *Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*..., p. 862, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Neste contexto, Hans-Jürgen Papier, *Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht*, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Org), Sozialrechtshandbuch, 2ª ed., Neuwied/Berlin: Luchterhand, 1996, p. 120, lembra que no âmbito da ponderação de bens e interesses a ser procedida em cada caso, a regulação legislativa será inconstitucional apenas quando se verificar que a confiança do indivíduo na continuidade da situação legal atual pode ser tida como prevalente em face dos objetivos almejados pelo legislador com as alterações propostas, destacando, todavia, que tais critérios assumem um papel secundário na aferição da constitucionalidade de medidas retroativas. Tal fórmula tem sido largamente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (especialmente desde *BVerfGE* 24, pp. 220, 230 e ss.), no sentido de que importa ponderar, em cada caso, entre a extensão do dano à confiança do indivíduo e o significado da medida adotada pelo poder público para a comunidade.

[95] A importância (muito embora relativa e complementar) do aspecto temporal também foi objeto de reconhecimento em parte da jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, com destaque para a posição chancelada pelo primeiro Senado do Tribunal, que, ao referir os aspectos a serem considerados a partir da perspectiva do direito individual atingido pela reforma empreendida pelo legislador, considerou também a confiança gerada na pessoa do segurada pela preservação, por muitos anos, de suas posições jurídicas (Cfr., especialmente, *BVerfGE 97*, pp. 378, 389).

de retrocesso no sentido aqui proposto), que segurança jurídica acaba por significar igualmente uma certa garantia de continuidade da ordem jurídica, que evidentemente não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas[96]. Que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico nos parece, portanto, mais um dado elementar a ser levado em conta.

4 – Considerações finais:

Cientes de que deixamos muitas questões em aberto e renunciando, desde logo, a maiores avanços no exame da fascinante problemática que nos foi proposta, esperamos, todavia, que tenhamos logrado êxito pelo menos na tarefa de consignar algumas das possibilidades de desenvolvimento que o tema oferece. Em síntese, cremos ter conseguido demonstrar a estreita ligação entre o problema da proibição de retrocesso social e o direito à segurança jurídica, evidenciando o quanto a otimização da eficácia e efetividade deste direito e princípio fundamental reclama (também) uma certa proteção contra medidas do poder público que venham a aniquilar ou reduzir de modo desproporcional e/ou ofensivo à dignidade da pessoa (já que as duas situações nem sempre são coincidentes) os níveis já concretizados de proteção social. Por outro lado, atentando especialmente para os gritantes níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança social ora vigentes entre nós, é possível afirmar – com ênfase – que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática ora versada neste ensaio e na obra coletiva no qual se encontra inserido, assume caráter emergencial.

Neste contexto, parece-nos que um dos desafios principais a serem enfrentados e vencidos é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança jurídica (que não possui – convém frisá-lo – uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado.

No embate entre o paradigma do Estado Social intervencionista e altamente regulador e a nefasta tentativa de implantar um Estado minimalista à feição dos projetos globalizantes do modelo econômico e da ideologia neoliberal, o correto manejo da proibição do retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais poderá constituir uma importante ferramenta jurídica para a afirmação do Estado necessário, do qual nos fala Juarez Freitas[97]. E necessário será justamente o Estado apto a assegurar nunca menos do que uma vida com dignidade para cada

[96] Cfr. Hartmut Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*,... p. 243 e ss., sinalando, todavia, a existência de uma distinção entre proteção de confiança e a garantia de continuidade da ordem jurídica, aspecto que aqui não iremos desenvolver e a respeito do qual, inclusive na doutrina germânica, não existe pleno consenso.

[97] Referindo-se a uma noção de Estado necessário, v. Juarez Freitas, *Estudos de Direito Administrativo*, p. 31 e ss.

indivíduo e, portanto, uma vida saudável para todos os integrantes (isolada e coletivamente considerados) do corpo social.

Importa relembrar, nesta quadra, a oportuna lembrança de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que, ao sufragar o princípio da proibição de retrocesso, afirmou que "as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares". Tal assertiva merece ser levada ainda mais a sério quando estiver em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz com a salvaguarda do mínimo existencial, em outras palavras, do conjunto de condições para uma vida saudável e, portanto, para uma vida com dignidade, tal qual sustentado ao longo do presente ensaio.

Por derradeiro[98], cuidando-se a dignidade – e aqui tomamos novamente emprestadas as palavras da ilustre organizadora desta obra, do que se poderia denominar de "coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana"[99], é imprescindível que se outorgue ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana, em todas as suas manifestações e aplicações (portanto, também no âmbito da proibição de retrocesso e da correlata noção de segurança jurídica) a sua máxima eficácia e efetividade possível, em suma, que se guarde e proteja com todo o zelo e carinho este coração de toda sorte de moléstias e agressões, evitando ao máximo o recurso a cirurgias invasivas[100] e, quando estas se fizerem inadiáveis, que tenham por escopo viabilizar que este coração (ético-jurídico) efetivamente esteja e/ou venha a estar a bater para todas as pessoas com a mesma intensidade. Do contrário, tal qual com lucidez nos lembra Paulo Bonavides, estaremos cada vez mais próximos de uma lamentável, mas cada vez menos controlável e contornável transformação de muitos Estados democráticos de Direito em verdadeiros "estados neocoloniais"[101], onde estarão seguros (a exemplo dos "amigos do rei") apenas os amigos e parceiros do "colonizador" ou mesmo de alguma ditadura de plantão ou maioria parlamentar ocasional, mas somente enquanto gozarem da privilegiada condição de amigos e parceiros! Com isso, no entanto, já estamos a trilhar caminhos que, embora sua evidente conexão, ultrapassam as fronteiras deste estudo.

---

[98] Neste último parágrafo, tomamos a liberdade de reproduzir o nosso próprio pensamento, tal qual exposto no nosso *Dignidade da Pessoa Humana*..., pp. 148-9.

[99] Cfr. Cármen Lúcia Antunes Rocha, *O princípio da dignidade da pessoa*..., p. 32.

[100] Valemo-nos aqui da figura utilizada por Juarez Freitas, *Tendências atuais e perspectivas da hermenêutica constitucional*, in: Revista da AJURIS nº 76, 1999, p. 404, aplicando-a, todavia, à Constituição como um todo, na condição de coração jurídico-institucional de um Estado.

[101] Cfr. Paulo Bonavides, *Do País Constitucional ao País Neocolonial. A derrubada da Constituição e a recolonização pelo golpe de Estado institucional*, São Paulo: Malheiros, 2000, p. 110.

R e DE Revista Eletrônica de Direito do Estado | Direito do Estado .com.br O Direito Público da Cidadania

Referência Bibliográfica deste Trabalho:

Conforme a NBR 6023:2002, da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), este texto científico em periódico eletrônico deve ser citado da seguinte forma:

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. **Revista Eletrônica de Direito do Estado (REDE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº. 32, outubro/novembro/dezembro de 2012. Disponível na Internet: <http://www.direitodoestado.com/revista/REDE-32-DEZEMBRO-2012-INGO-SARLET.pdf>. Acesso em: xx de xxxxxx de xxxx

Observações:

1) Substituir "x" na referência bibliográfica por dados da data de efetivo acesso ao texto.

2) A REDE - Revista Eletrônica de Direito do Estado - possui registro de Número Internacional Normalizado para Publicações Seriadas (*International Standard Serial Numbe*r), indicador necessário para referência dos artigos em algumas bases de dados acadêmicas: **ISSN 1981-187X**

3) Envie artigos, ensaios e contribuição para a Revista Eletrônica de Direito do Estado, acompanhados de foto digital, para o e-mail: rede@direitodoestado.com.br

A REDE publica exclusivamente trabalhos de professores de direito público. Os textos podem ser inéditos ou já publicados, de qualquer extensão, mas devem ser fornecidos em formato word, fonte arial, corpo 12, espaçamento simples, com indicação na abertura do título do trabalho e da qualificação do autor, constando na qualificação a instituição universitária a que se vincula o autor.

Publicação Impressa / Informações adicionais: