



VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: UMA ANÁLISE COMPARADA ENTRE O CONTEXTO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL E A CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA

PROHIBITION TO SOCIAL RETURN: A COMPARATIVE ANALYSIS BETWEEN THE CONTEXT OF CRISIS JURISPRUDENCE IN PORTUGAL AND THE BRAZILIAN ECONOMIC CRISIS

DANIEL VAQUEIRO MENEZES MARTINS* | CLARA CARDOSO MACHADO JABORANDY**

RESUMO

Apesar das conquistas alcançadas em sede de direitos fundamentais nas últimas décadas, em especial no que se refere aos direitos sociais fundamentais, se faz perceptível a situação de que, quando em situações de crise, em especial a crise econômica, as demandas que visam a proteção daqueles direitos ainda se encontram pendentes. Diante deste cenário, e levando em consideração os recentes movimentos que militam no sentido de permitir relativização do princípio da Vedação ao Retrocesso Social, a presente pesquisa objetiva discorrer acerca das tendências de aplicação e interpretação do princípio da Vedação ao Retrocesso, bem como identificar o momento de surgimento da chamada “Jurisprudência de Crise” no direito português para, por fim, verificar se há um cenário de utilização desta última no contexto brasileiro. Para tanto, serão utilizados os dados obtidos com as pesquisas realizadas no projeto de iniciação científica “Princípio da Vedação ao Retrocesso Social: análise crítica de decisões do STF (2015-2016) em tempos de crise”, bem como dos estudos realizados no Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social”. Ademais, serão utilizadas as técnicas típicas da metodologia de pesquisa indutiva e dedutiva com instrumentos Ex-Post-Facto.

Palavras-chave: Constituição; Direito Comparado; Vedação ao retrocesso social; Jurisprudência de crise.

ABSTRACT

Despite the achievements in fundamental rights in recent decades, in particular as regards the fundamental social rights, is visible to the situation that, when in crisis situations, in particular the economic crisis, the demands that are aimed at the protection of those are still pending. In this scenario, and taking into consideration the recent movements that are fighting to allow relativization of the constitutional principle of seal to social regression, this research aims to talk about trends in application and interpretation of the principle of seal to retreat, as well as identify the time of onset of so-called "law of Crisis" in Portuguese law to, finally, check if there is a usage scenario for this latest in the Brazilian context. To this end, we will use the data obtained with the research carried out in the project of scientific initiation "Principle of seal to Social Regression: critical analysis of decisions of the Supreme Court (2015-2016) in times of crisis", as well as the studies carried out in the Research Group "Fundamental Rights, new rights and Social Evolution", as well as the techniques typical of research methodology inductively with panel Ex-Post-facto.

Keywords: Constitution; Comparative Law; Fence to social retreat; jurisprudence of crisis.

* Graduando em Direito pela Universidade Tiradentes (UNIT).

Graduando em Administração Pública pela Universidade Federal de Sergipe (UFSE)

danielmenezes@outlook.com.br

** Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia (UFBA). Mestre em Direito (UFBA).

Professora da UNIT. Advogada

claracardosomachado@gmail.com

Recebido em 12-9-2017 | Aprovado em 6-10-2017



SUMÁRIO

INTRODUÇÃO; 1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E DIREITO COMPARADO; 2 TENDÊNCIAS DE INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO; 3 CRISE ECONÔMICA E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: O FENÔMENO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL; 4 CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA E REORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL; CONCLUSÕES; REFERÊNCIAS.

■ INTRODUÇÃO

A estagnação dos fatores econômicos no ano de 2014 e o superveniente retrocesso registrado nos anos de 2015 e 2016 trouxeram à tona a percepção de que são novos (porém antigos) tempos na República do Brasil, tempos estes simbolizados por um termo que há muito marcou a sociedade brasileira, qual seja: Crise.

Em verdade, durante o período de relativa prosperidade econômica vivenciada pelo Estado brasileiro, percebido entre os anos de 2007 a 2013¹, foi possível se observar, diante dos marcadores sociais divulgados à época, uma evolução no que apregoa o dirigismo constitucional brasileiro. Contudo, diante do atual cenário político e econômico, a temática do “avanço social” perdeu o status de pauta governamental, tendo sido sobreposta e substituída, principalmente, pela pauta dos escândalos políticos protagonizados na praça dos três poderes.

Voltando-se, especificamente, as atenções para a crise em um contexto econômico, percebe-se que ganha forma um movimento que tem em seu bojo a relativização, ou mesmo afastamento, da aplicabilidade de instrumentos que sustentam a defesa de direitos reconhecidos como fundamentais sociais. Contudo, tendo em vista a compreensão pela não reversibilidade dos direitos sociais em razão da consagração do princípio do Estado Democrático e Social, da máxima efetividade de direitos fundamentais, da proteção da confiança e do mínimo existencial no ordenamento jurídico pátrio, faz-se mister questionar a possibilidade dessa restrição ou relativização em tempos de crise. Não é demais lembrar que o Brasil aderiu também ao Pacto de San José da Costa Rica (dec. nº 678), que no art. 26 preconiza o dever do Estado de investir em progressão social.

Dessa maneira, torna-se necessária a realização de pesquisas que visem correlacionar às características da crise nacional, outras vivenciadas em contextos internacionais, para, dessa maneira, visualizar as tendências propagadas e, assim, verificar possíveis desdobramentos e saídas para os problemas latentes.

Nesse sentido, tendo como base os resultados parciais obtidos com o desenvolvimento do projeto de pesquisa e iniciação científica intitulado “Princípio da Vedação ao Retrocesso Social: análise crítica de decisões do STF (2015-2016) em tempos de crise”,

¹ Disponível em: http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista_tema.aspx?op=1&no=1. Acesso em 28 ago 17

desenvolvido por meio do Programa Institucional de Iniciação Científica da Universidade Tiradentes (PROBIC/UNIT), bem como os resultados provenientes das pesquisas desenvolvidas pelo Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social”, o presente trabalho objetiva discorrer acerca das tendências de aplicação e interpretação do princípio da Vedação ao Retrocesso, bem como identificar o momento de surgimento da chamada “Jurisprudência de Crise” no direito português para, por fim, verificar se há um cenário de utilização desta última no contexto brasileiro.

Para tanto, destaca-se que, como metodologia aplicada à pesquisa, utilizou-se, inicialmente, do método de pesquisa denominado de indutivo, uma vez que entre as perspectivas de trabalho foram utilizadas: a observação do processo de construção conceitual do princípio da vedação ao retrocesso, bem como a investigação da utilização da cláusula de proibição em ordenamentos jurídicos estrangeiros e as diferentes intensidades de interpretação desse instrumento em diferentes linhas de pensamento. Posteriormente, após o encontro da premissa geral, possibilitada pelo método anteriormente descrito, se utilizou o método dedutivo, uma vez que o raciocínio parte de uma premissa geral e volta-se para uma situação particular.

Quanto aos procedimentos, pode-se dizer que na pesquisa em questão foram utilizadas as técnicas provenientes dos tipos de pesquisas bibliográfica, documental e Ex-Post-Facto, visto que foram utilizadas as técnicas de revisão e fichamento bibliográfico/documental, bem como se foi realizada a averiguação da influência do fenômeno da crise econômica na utilização do princípio da vedação ao retrocesso social, típica da pesquisa Ex-Post-Facto.

1 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E PRESENÇA NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO E DIREITO COMPARADO

De início, para o fluir do presente estudo, faz-se mister o alcance da delimitação conceitual² do que vem a ser o princípio da vedação ao retrocesso social, para, dessa maneira, e desde já, compreender como o referido instrumento encontra amparo na Constituição nacional e no ordenamento jurídico pátrio.

A partir da perspectiva adotada por Ingo Wolfgang Sarlet³, tem-se que, em sentido amplo, a cláusula da Proibição do Retrocesso Social compreende toda forma de garantia contra possíveis medidas arbitrárias do Poder Público que tenham por objetivo suprimir ou diminuir a proteção a direitos fundamentais, e, no sentido estrito, relacionando a cláusula tão somente aos direitos sociais.

² Tal necessidade se dá na medida em que se acolhe o entendimento de Edvaldo Brito quanto a sua importância. Segundo aquele, “o ‘conceito’ é uma unidade formal que reúne a multiplicidade dos fenômenos segundo os vínculos que guardam entre si e a importância de concebê-lo está em que o saber científico é por sua natureza sistemática e um sistema somente é possível mediante ‘conceitos’”. BRITO, Edvaldo. O conceito atual de tributo. *Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA*. DIAS, Sérgio Novais, BAHIA, Saulo José Casali e CORDEIRO, Paulo Machado (org.). n. 1, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1991, p. 29-20.

³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 11. Ed, rev. Atual, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

Ademais, a partir de uma interpretação mais estrita do princípio do *non cliquet* (denominação francesa), tem-se, no que consta da percepção inicial de José Joaquim Gomes Canotilho:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de ‘contra-revolução social’ ou da ‘evolução reaccionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade factiva), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex. segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana.⁴

Ou seja, entende-se que o princípio do *non cliquet* (denominação francesa) é, a grosso modo, a tradução da necessidade de segurança jurídica e social, inerentes ao Estado de Direito Democrático, vez que atua como um limitador das ações do Estado, no sentido de propiciar efetividade e longevidade às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais sociais, bem como um reflexo do princípio da protecção da confiança, que impõe ao poder público uma exigência de boa-fé nas relações entre os particulares, de maneira a conferir estabilidade e continuidade da ordem jurídica.

Nesse pensar, sintetiza Felipe Derbli:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do carácter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de protecção dessa concretização à medida que nela se evolui.⁵

Contudo, voltando-se à presença da clausula de vedação no ordenamento jurídico pátrio, tem-se que a Constituição da República de 1988 não trouxe previsão específica (expressa) para a cláusula da proibição ao retrocesso social. Todavia, quando em um momento de interpretação extensiva das normas constitucionais, percebe-se que o constituinte assegurou a irretroatividade da lei (artigo 5º, XL), o princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, III), o princípio da garantia do desenvolvimento nacional (preâmbulo e artigo 3º, II), o princípio do Estado democrático de direito (artigo 1º, *caput*), o princípio da máxima eficácia

⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

⁵ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 324.

das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, §1º) e o princípio da proteção da confiança (artigo 5º, XXXVI).

Ademais, os direitos sociais, ou direitos de segunda dimensão, caracterizados pela busca estatal de uma igualdade material, e não meramente formal, encontram-se presentes na Carta Federal, especialmente, nos seus arts. 6º ao 11 e, como aduz José Afonso da Silva⁶, revelam-se como prestações positivas, caracterizando, portando, um direito subjetivo da sociedade a sua exigência.

Inclusive, na perspectiva Ingo Wolfgang Sarlet, todos os direitos sociais são direitos fundamentais, porque são providos de fundamentalidade:

[...] embora existam possíveis distinções de tratamento, este fato não afasta a elevação dos direitos sociais à categoria de fundamentais, pois se sujeitam à lógica do art. 5º, § 1º, da CF, no significado de que, por serem imediatamente aplicáveis todas as normas de direitos fundamentais, deverá ser buscada a máxima eficácia e efetividade possível, inclusive no tocante aos direitos sociais, com a ressalva de que é evidente que a eficácia e efetividade irão variar conforme o direito em questão, pois as circunstâncias do caso concreto são fatores determinantes. Na medida em que certos valores são tidos como universais, como a vida e a dignidade da pessoa humana, mesmo que fiquem sujeitos à realidade fática, para que se verifique sua concretização, não pode ser afastada sua característica de fundamentalidade. Neste contexto, a ligação entre direitos fundamentais sociais, vida e dignidade da pessoa humana, que se traduzem em necessidades existenciais de qualquer indivíduo, [...]⁷

Ou seja, diante da linha de raciocínio acima exposta, conforme também pode se retirar dos ensinamentos de Bernardo Gonçalves⁸, os direitos sociais, por caracterizarem direitos subjetivos da população previstos constitucionalmente, são direitos passíveis de exigência por via judicial como, por exemplo, em sede de controle concentrado (ADI por omissão), ação de mandado de injunção (regulamentado pela lei 13.300/2016) ou em ação de mandado de segurança (regulada pela lei 12.016/2009).

Ora, na medida em que se entende que todos os direitos fundamentais possuem um mínimo de aplicabilidade, tem-se, em sede de controle concentrado de constitucionalidade, a presença do princípio da proibição ao retrocesso na Constituição demonstra-se de forma latente. Isso pois, mesmo quando não regulamentados por leis infraconstitucionais, os direitos sociais (fundamentais) constituem um limite para a atuação do legislador infraconstitucional, de modo a impedir que a atuação legiferante venha a contrariar direitos sociais já garantidos constitucionalmente.

Vê-se, portanto, que a cláusula da vedação ao retrocesso social se mostra presente, ainda que de forma implícita, no diploma constitucional brasileiro.

Já no que se retira do Pacto de São José da Costa Rica, tratado internacional no qual o Brasil faz parte e adota como instrumento normativo de caráter supralegal, tem-se a

⁶ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 106.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012

⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Editora Juspoivum, 2017.

presença do princípio da proibição ao retrocesso (revelado pelo princípio da progressão social) no art. 26, que, importa frisar, o Estado brasileiro não fez reservas.

Artigo 26. Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.⁹

Pois bem, no que se refere à constatação da existência da cláusula de proibição do retrocesso social pela Suprema Corte brasileira, tem-se que não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal em algumas decisões, a exemplo do MS 24.875/DF e ADI 3.104/DF. Entretanto, em outros julgados houve reconhecimento, ainda que implícito, do status constitucional do princípio da proibição de retrocesso, a exemplo da ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADIn 4.578/AC.

Contudo, convém indicar que, com a nova composição dos ministros do STF e diante da perceptível atuação política em que esta incorre, aliada à crise econômica, será necessária uma verificação no sentido de observar se tais mudanças e influências ensejará a alteração de entendimento da corte.

Diante do temor retratado acima, cabe apontar a advertência de Lenio Streck, quando no momento de discussão sobre o Princípio da Vedação ao Retrocesso:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade.¹⁰

Portanto, diante do apresentado, tendo por consideração o status de direitos fundamentais, a cláusula de proibição está presente no ordenamento jurídico nacional, seja de forma implícita e verificada por meio de uma interpretação extensiva dos textos normativos, seja de forma expressa nas normas referentes ao dever de progressão ou na aplicabilidade dos instrumentos de controle de constitucionalidade e ações constitucionais.

Já na perspectiva do direito português, se faz possível, com a simples leitura do artigo 81º, inciso “a”, da Constituição da República Portuguesa, a identificação da existência do princípio da Vedação ao Retrocesso Social no ordenamento jurídico daquela nação, uma vez que tal aduz:

⁹ AMERICANOS, Organização dos Estados. *PACTO DE SAN JOSÉ DE COSTA RICA*. San José: Organização dos Estados Americanos, 1969.

¹⁰ STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

Artigo 81.º - Incumbe prioritariamente ao Estado no âmbito económico e social:

a) Promover o aumento do bem-estar social e económico e da qualidade de vida das pessoas, em especial das mais desfavorecidas, no quadro de uma estratégia de desenvolvimento sustentável [...]¹¹

Ademais, a presença do referido princípio já foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional Português, vez que este adotava, desde 1984, por meio do acórdão nº 39/84, a tese da existência e aplicação do princípio do não-retrocesso, com o seguinte fundamento:

[...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste, deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.¹²

Utiliza-se o termo “adotava” pois, conforme poderá se observar nas linhas que seguem, devido aos entranhes e desdobramentos percebidos em decorrência da crise econômica enfrentada em 2008, houve uma mudança de posicionamento do referido tribunal.

2 TENDÊNCIAS DE INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Perpassada a análise da delimitação conceitual do princípio da vedação ao retrocesso social, bem como feita a constatação da sua presença no ordenamento jurídico pátrio, passa-se à verificação das tendências interpretativas deste princípio, para, assim, com maior propriedade, discorrer acerca da “Jurisprudência de Crise”.

Ademais, cabe o destaque no sentido de que, na contemporaneidade, a normatização dos princípios assume lugar de destaque, dado o fato da mudança de perspectiva, não só no plano da ciência jurídica como em todos os âmbitos do Estado Democrático.

De início, cumpre relembrar o entendimento destacado por Machado, quando no momento de pensar em princípios e normas:

¹¹PORTUGAL. *Constituição da República Portuguesa*. Disponível em: <http://www.parlamento.pt/Legislacao/Paginas/ConstituicaoRepublicaPortuguesa.aspx>. Acesso em 10 de agosto de 2017.

¹² PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 39. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa. 1984. *Diário da República*. Lisboa, 11 abr. 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

[...] parte-se da ideia de que a qualidade de princípio ou regra é resultado da interpretação do enunciado normativo. Isso porque, não há sinonímia entre texto normativo e norma. Enquanto esta decorre dos sentidos construídos pela interpretação de um ou vários textos normativos, aquele corresponde ao conjunto de signos lingüísticos que compõem o dispositivo legal ou constitucional.¹³

Voltando-se para o princípio da vedação ao retrocesso social tem-se que, por possuir estrutura normativa, há uma gama de interpretações do seu conteúdo¹⁴. Porém, cabe destacar que, o déficit referente à diversidade de interpretações não pode figurar como um obstáculo a aplicação e implementação da previsão normativa trazida por um princípio, em especial quando este trata da possibilidade ou não de permanência de outras normas no ordenamento jurídico no qual este está inserido.

A partir de uma visão sob as discussões do princípio do *non cliquet*, identificam-se nas doutrinas, em especial a de Taveira Bernardes e Olavo Ferreira¹⁵, quatro tendências de interpretação e aplicação, a saber: a Radical; a Peremptória; a Intermediária, que se subdivide em forte e fraca; e, por fim, Mitigada.

Sob a vertente jusnaturalista, há a tendência de aplicabilidade da tese “radical”, que adota a linha de interpretação no sentido de que a vedação ao retrocesso é posta como um obstáculo suprapositivo ao constituinte originário. Ou seja, esta linha milita no sentido de que a atuação deste não poderia ficar aquém de determinados progressos reconhecidos em ordens constitucionais anteriores de modo que a atuação do Poder Constituinte está vinculada e limitada à atuação constituinte anterior.

Nesse pensar, destaca-se o entendimento proferido por Jorge Miranda¹⁶, quando obtempera que em discussão a respeito de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, os direitos garantidos e instituídos por um poder constituinte anterior servem como “limites transcendentais” ao poder constituinte originário, limitando, inclusive, a forma de interpretação da Constituição posterior.

Ademais, nessa linha é possível apontar a interpretação adotada pelo Tribunal Constitucional português, no tempo da publicação do acórdão 39¹⁷.

¹³ MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento*. 2010. 234 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

¹⁴ Sobre o tema conferir LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad. José Lamego. Edição da Fundação Caloust Gulbenkian, 1997; ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008; ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

¹⁵ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional: TOMO I - Teoria da Constituição*. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, P.652.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2, p.107.

¹⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 39. Relator: Conselheiro João Cura Mariano. Lisboa. 1984. *Diário da República*. Lisboa, 11 abr. 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em 30 de agosto de 2017.

Já no que se depreende da linha de interpretação tida com a denominação de “peremptória”, conforme anota Tavares e Ferreira¹⁸, tem-se que nesta o princípio da proibição ao retrocesso social, embora não vincule as atividades e a liberdade do o constituinte originário, delimita a atuação do constituinte tido como derivado, ou seja, do poder constituinte que se faz na forma de emendas, bem como do legislador infraconstitucional, de modo que esta tendência determina que direitos fundamentais não podem ser retirados do ordenamento sem que sejam substituídos de maneira equivalente, ou seja, nesta tendência busca-se impedir que, de um forma ou de outra, sejam retirados direitos já concedidos pelo ordenamento jurídico.

Neste ponto, cabe apontar a determinação contida na norma do artigo 26 do Pacto San José da Costa Rica, especificamente no que conta na parte final do supracitado dispositivo, que adota a tendência peremptória ao instituir que os Estados buscarão o avanço social “na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

Na tendência intermediária, predominante na doutrina, a exemplo do que se extrai dos textos de Canotilho, Derbli e Sarlet¹⁹, tem-se que o princípio vedação ao retrocesso social atua como uma regra não peremptória, mas sim um princípio geral constitucional, que deve ser interpretado em face de outros princípios, servindo como limite para que uma eventual involução preserve ao menos o “núcleo essencial” do direito fundamental considerado.

Cumprir destacar que referida tendência subdivide-se em: forte, que é defendida e adotada por autores como Ingo Wolfgang Sarlet²⁰ e que determina que as involuções devem passar “pelos testes da razoabilidade e da proporcionalidade”, sem prejuízo das cláusulas pétreas, postas a proteger o núcleo essencial dos direitos fundamentais; e fraca, que entende que, em “épocas de escassez e austeridade” na economia de um Estado, o princípio da proibição não pode ser invocado com a intenção de “neutralizar a liberdade conformação do legislador”, uma vez que a aplicação do princípio deve ser realizada de forma racional e proporcional à realidade enfrentada.

Ademais, conforme poderá se observar nas linhas e tópicos que prosseguem o estudo, a última subclassificação da tendência intermediária é a que prevalece, atualmente, no direito português, bem como é a atual posição defendida por Gomes Canotilho²¹.

Por fim, tem-se a tendência intitulada pela doutrina como “mitigada”, que entende que a proibição do retrocesso não constitui um princípio geral constitucional, assim, nessa

¹⁸ BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional: TOMO I - Teoria da Constituição*. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017, P.652.

¹⁹ Nesse sentido, conferir: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008; DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007; SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado*. Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.

²⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado*. Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008

linha de interpretação, entende-se que o referido princípio subsiste apenas como uma espécie de regra excepcional de combate ao arbítrio do Estado.

Nesse pensar, Vieira de Andrade²² entende, por exemplo, que a "liberdade constitutiva" e a "auto-revisibilidade" da atividade legislativa só poderão ser restringidas quando a disciplina anterior, se mais favorável, estiver enraizada na "consciência jurídica geral", ou seja, fora da excepcionalidade, eventuais obstáculos ao retrocesso social não decorreriam de uma garantia específica, mas apenas da garantia do mínimo social ou como medida impeditiva do arbítrio e da não razoabilidade manifesta.

3 CRISE ECONOMICA E PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL: O FENÔMENO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL.

Para que o presente trabalho não se limite à discussão referente à dicotomia entre o princípio da vedação ao retrocesso social, entendido no contexto deste trabalho a partir da linha intermediária forte, e o princípio da reserva do possível - vez que este não é o objetivo do mesmo - passa-se à demonstração, sob o viés de um direito comparado, das consequências da crise econômica na aplicação e utilização do princípio do *non cliquet*. Dessa maneira, por meio da análise de um caso concreto, se possibilitará um vislumbre quanto às semelhanças entre o contexto estrangeiro e nacional, para, assim, ser possível a visualização e entendimento dos possíveis rumos para a situação brasileira.

Numa atividade de busca de parâmetros em um cenário internacional, tem-se o recente histórico envolvendo a TROIKA (equipe econômica composta pelo Fundo Monetário Internacional, Banco Central Econômico e Comissão Europeia) e Portugal, que vivencia, desde o ano de 2008, as consequências de uma crise global econômica e imobiliária que resultou em falência de bancos e aumento nos índices de desemprego daquela nação.

Nesse contexto, tem-se que o Tribunal Constitucional de Portugal atua, desde 2011, como um protagonista no plano interno e externo daquela nação²³. Tal resultado se deve ao fato das decisões daquela corte terem (em especial a jurisprudência constitucional em matéria orçamental referente aos anos de 2011, 2012 e 2013²⁴, então denominada "jurisprudência de crise") efeitos econômicos, alterações fiscais e influência direta na relação Sociedade X Estado.

Sustentada pelas ideias, metas e objetivos presentes no acordo firmado em 2011 entre Portugal e a TROIKA, denominado de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF),

²² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.

²³ Sobre tema, conferir: RIBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaios Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014; PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. Observatório da Jurisdição Constitucional. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em 29 mar 17

²⁴ De acordo com o Memorando de Entendimento firmado entre Portugal e a TROIKA, para o período marcado entre 2011 e 2013 foi estabelecida um calendário por etapas anuais de cortes e mudanças econômicas, de modo que para a satisfação do objetivo de redução do déficit deveriam ser cumpridas todas as etapas até o ano de 2013. Assim, respectivamente àquele período, foram publicados os Acórdãos 396/2011, 353/2012 e 187/2013, que discutiram, naquele momento, a constitucionalidade das ações de cortes previstas na legislação orçamentária.

“Jurisprudência de Crise” baseia-se em uma série de medidas de austeridade voltadas à redução do déficit orçamental português, medidas essas que levaram o Tribunal Constitucional a modificar um posicionamento que datava de 1984 (conforma destacado no tópico relativo à delimitação conceitual). Entre as modificações mais agudas, pode ser citada a decisão contida no Acórdão nº 396/2011 do referido tribunal, que entendeu ser compatível com o texto constitucional, sobretudo com o princípio da prevalência do interesse público, as medidas voltadas a reduções remuneratórias no quantitativo de 3,5% a 10% dos salários dos servidores públicos.

Ou seja, ao utilizar a chamada “Jurisprudência de Crise”, o Tribunal Constitucional português se utilizou de uma técnica que nada mais é do que, senão, decisões de cunho antissociais, voltadas à um pensamento estatal essencialmente protecionista.

Ademais, percebe-se que em razão da crise econômica de Portugal, como já mencionado anteriormente, houve, além de uma mudança jurisprudencial, uma modificação no entendimento adotado pela doutrina. Entre a doutrina selecionada, destaca-se que mesmo o pensamento de J.J. Gomes Canotilho passou por modificações, sendo essas tais que o levaram a entender o princípio do *non cliquet* da seguinte maneira:

Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. A dramática aceitação de ‘menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos’, o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social.²⁵

Com vistas às tendências de interpretação elencadas no tópico anterior, percebe-se que o pensamento português quanto ao princípio da vedação ao retrocesso social, por conta da crise econômica, passou, de forma abrupta, da adoção da tendência peremptória, para a adoção da tendência intermediária fraca. Ou seja, tem-se, com isso, a constatação de que as crises econômicas constituem fortes argumentos para a relativização de um princípio que visa a proteção social.

4 CRISE ECONÔMICA BRASILEIRA E REORIENTAÇÃO JURISPRUDENCIAL

No Brasil, diferentemente do contexto português, a crise econômica deflagrou-se em consonância com a crise política local, senão por conta dela, mas, sobretudo impulsionada por tal. Mesmo nas consequências em curto prazo, percebe-se uma diferenciação no sentido de que não houve a realização de um acordo econômico de recuperação da economia entre o Brasil e qualquer outro órgão internacional ou mesmo com outro Estado, de modo que não necessária a submissão Estatal a qualquer exigência ou ingerência externa.

A fim de verificar a crise econômica e social brasileira, basta notar que, de acordo com dados divulgados na série histórica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008, p. 110.

(IBGE)²⁶, a taxa média de crescimento do PIB entre os anos de 2007 a 2013 era de 3,8%, e a taxa média de desemprego, por sua vez, reduziu de 9,3% em 2007 para 5,4%, enquanto que, de acordo com o mesmo índice, a taxa média anual do PIB brasileiro reduziu, entre os anos de 2015 e 2016, respectivamente, 3,8% e 3,6% e a taxa de desemprego subiu do índice de 6,9% em 2015 para a taxa anual 11,5% em 2016.

Contudo, em meio ao aumento nos índices de desemprego, permanecem inertes as manchetes de escândalos políticos e a queda no crescimento nacional, principalmente quando observado o retrocesso consecutivo do PIB nos anos de 2015 e 2016, situação que, semelhante ao contexto português, fez reacender o destaque do Supremo Tribunal Federal, na medida em que o referido tribunal destaca-se no contexto das práticas políticas com efeitos macroeconômicos.

Nesse contexto, observa-se que, embora distante das circunstâncias que gritavam, em tempo, ao Tribunal Constitucional de Portugal, o Supremo Tribunal Federal, mesmo tendo um recente histórico (2014-2015) de decisões em que era aplicado o princípio da proibição do retrocesso²⁷, a exemplo da obrigatoriedade do custeio de serviços hospitalares privados para pacientes do SUS (ARE 727864 AgR/PR²⁸) passa a proferir recentes decisões nas quais, em tese, se observa uma implícita relativização do princípio da vedação ao retrocesso, a exemplo do RE 760931/DF²⁹, na qual foi discutida a questão de que a União responde tão somente em *ultima ratio* às dívidas trabalhistas e alimentares devidas aos seus funcionários terceirizados. Não bastasse isso, percebe-se também uma violação à obrigação de uma atuação negativa do Estado, tanto em produtos, quanto em projetos legislativos que refletem um ideal de contrário ao que se apresenta na ideia de vedação ao retrocesso, tais como: EC 95/2016, que limita o teto dos gastos públicos e a Lei 13.429/2017, também conhecida como “lei da terceirização”.

Ou seja, em certa medida, vê-se que há influências da atual crise econômica na atuação do Supremo Tribunal, que, mesmo sem uma expressa citação do princípio da proibição ao retrocesso, relativiza este último com teses jurídicas involutivas, de modo que propicia, devido à insegurança jurídica, uma indeterminação jurisprudencial quanto ao princípio em discussão.

■ CONCLUSÕES

²⁶ Disponível em: http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista_tema.aspx?op=1&no=1. Acesso em 01 abr 17

²⁷ Nesse sentido, conferir: ARE 727864 AgR/PR, julgado em 04 de novembro de 2014; RE 658312/SC, julgado em 27 de novembro de 2014; e a ADPF 347, julgada em 09 de setembro de 2015.

²⁸ No Agravo Regimental 727864/PR, de relatoria do Cin. Celso de Mello, foi decidido pelo Pretório Excelso que deve haver o custeio, pelo Estado, de serviços hospitalares prestados por instituições privadas em benefício de pacientes do SUS atendidos pelo SAMU nos casos de urgência e de inexistência de leitos na rede pública, uma vez que há o dever estatal de assistência à saúde e de proteção à vida, resultante de norma constitucional, de modo que a não prestação do referido custeio acarretaria em uma omissão inconstitucional.

²⁹ No Recurso Extraordinário 760931/DF, com repercussão geral reconhecida, foi decidido pelo pleno do STF que existe apenas a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada à serviço da mesma, de modo que, com o voto do ministro Alexandre de Moraes, o recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

Diante do que fora apresentado percebe-se que, mesmo em sede inicial de pesquisa, diante de cenários marcados por crises econômicas, a exemplo de Portugal, há uma tendência crescente no sentido de relativizar a aplicação de instrumentos que visam a proteção de direitos sociais, principalmente do instrumento entendido como princípio da vedação ao retrocesso social.

Contudo, deve-se ter em mente que os objetivos fundamentais determinados pela Constituição Federal são inadiáveis ao direito, de modo que se deve entender que a atuação governamental não pode ser outra, senão aquela pautada em práticas para atingir seu alcance.

Para tanto, revela-se crucial a interpretação no sentido de considerar que o princípio do não retrocesso está presente no ordenamento pátrio, não só para garantir uma atuação negativa do estado, mas, de igual forma, ser possível uma exigência de uma prestação positiva estatal, a fim de concretizar os direitos subjetivos assegurados à população, especialmente quando tais direitos são ameaçados pela presença de uma teoria jurisprudencial essencialmente protetora do Estado.

Dessa maneira, permite-se afirmar que, com base na tendência de interpretação intermediária forte, deve ser uma análise completa e ampliativa da situação, para, assim, favorecer uma posição e situação que venha a impedir que sejam realizadas medidas que restem por reprimir, sem possibilidade de garantia, direitos subjetivos da população.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 2. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2001.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 4 ed. São Paulo: Malheiros, 2005.
- BERNARDES, Juliano Taveira; FERREIRA, Olavo Augusto Vianna Alves. *Direito Constitucional: TOMO I - Teoria da Constituição*. 16. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.
- BRITO, Edvaldo. O conceito atual de tributo. *Revista dos mestrados em direito econômico da UFBA*. DIAS, Sérgio Novais, BAHIA, Saulo José Casali e CORDEIRO, Paulo Machado (org.). n. 1, jan./jun. 1991. Salvador: Centro Editorial e Didático da UFBA, 1991.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- _____. *Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008.
- DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de Direito Constitucional*. 9. ed. Salvador: Editora Juspodivm, 2017.

Fundação Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. *Series Históricas e Estatísticas*. 2017. Disponível em: <<https://serieestatisticas.ibge.gov.br/default.aspx>>. Acesso em: 01 abr. 2017.

LARENZ, Karl. *Metodologia da ciência do direito*. 3 ed. Trad. José Lamago. Edição da Fundação Caloust Gulbenkian, 1997.

MACHADO, Clara Cardoso. *Direitos Fundamentais Sociais, Políticas Públicas e Controle Jurisdicional do Orçamento*. 2010. 234 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Mestrado em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. *Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)*, adotada em 22 de novembro de 1969.

PINHEIRO, Alexandre Sousa. *A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013)*. *Observatório da Jurisdição Constitucional*. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014.

Disponível em:

<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em 29 mar 17.

RIBEIRO, Gonçalo de Almeida & COUTINHO, Luís Pereira. *O Tribunal Constitucional e a Crise: Ensaio Críticos*. Coimbra: Almedina, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado*, Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 39. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.