

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E
CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE: DIÁLOGO ENTRE O
BRASIL E A UNIÃO EUROPEIA**

RAFAEL ESPÍNDOLA BERNDT

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
VICE-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO STRICTO SENSU EM CIÊNCIA JURÍDICA – PPCJ
CURSO DE MESTRADO EM CIÊNCIA JURÍDICA – CMCJ
ÁREA DE CONCENTRAÇÃO: FUNDAMENTOS DO DIREITO POSITIVO

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE: DIÁLOGO ENTRE O BRASIL E A UNIÃO EUROPEIA

RAFAEL ESPÍNDOLA BERNDT

Dissertação submetida ao Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI, como requisito parcial à obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica.

Orientador(es): Professor Doutor Rafael Padilha dos Santos e Professora Doutora Alessandra Aparecida Souza Silveira

Itajaí-SC, março de 2019

AGRADECIMENTOS

Agradeço a meus pais e familiares, que pelos seus exemplos me fizeram ser quem eu sou hoje.

Por fim, agradeço aos professores Dr. Rafael Padilha dos Santos, pelas profícuas orientações e ensinamentos.

À Dra. Alessandra Silveira pelo exemplo de doutrinadora que é, inspirando-me a aperfeiçoar-me na difícil arte acadêmica.

DEDICATÓRIA

Dedico este trabalho à Renata, minha esposa e maior incentivadora, que mesmo se privando de um maior tempo ao meu lado, não refuta em colaborar em minhas empreitadas e que acredita com todo amor, muitas vezes mais do que eu mesmo, na minha capacidade.

À minha filha Maria Luísa que veio ao mundo para me ensinar a ser uma pessoa melhor!

À minha filha Rafaela que é fruto de um pensamento lindo e quem veio para completar nossa família.

À minha irmã Luiza (in memoriam), pela fonte de inspiração que sempre foi e é para mim.

Ao Fred pela parceria incondicional nas infindáveis horas que passei elaborando este trabalho.

TERMO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

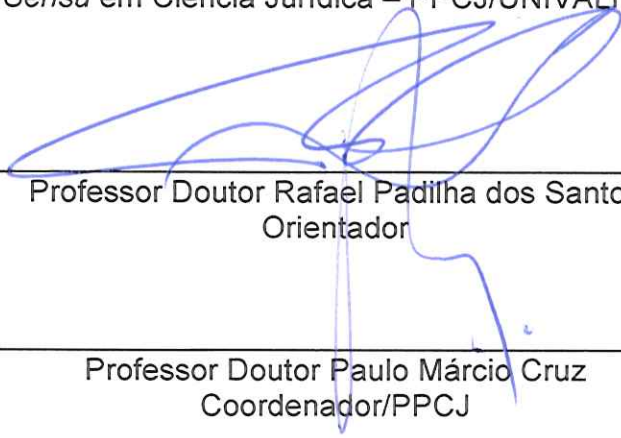
Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí, a Coordenação do Curso de Mestrado em Ciência Jurídica, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí-SC, março de 2019.

Rafael Espíndola Berndt

Mestrando

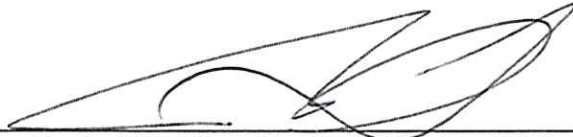
Esta Dissertação foi julgada APTA para a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica e aprovada, em sua forma final, pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.



Professor Doutor Rafael Padilha dos Santos
Orientador

Professor Doutor Paulo Márcio Cruz
Coordenador/PPCJ

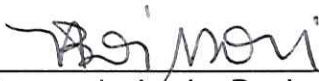
Apresentada perante a Banca Examinadora composta pelos Professores



Doutor Rafael Padilha dos Santos (UNIVALI) – Presidente



Doutora Alessandra Aparecida Souza Silveira (UNIVERSIDADE DO MINHO,
PORTUGAL) - Membro



Doutora Natammy Luana de Aguiar Bonissoni (UNIVALI) - Membro

Itajaí (SC), 18 de março de 2019.

ROL DE CATEGORIAS

Constitucionalismo Dirigente: “A teoria da Constituição Dirigente busca, portanto, investigar a vinculação do Estado e da sociedade ao programa transformador estabelecido pela constituição”¹.

Constituição Normativa: Constituição com validade de norma jurídica, tendo ela não mais apenas a função de disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, mas também de estabelecer limites materiais – ao conteúdo - da norma e impondo deveres ao Estado².

Jurisprudência da Crise: “a jurisprudência de alguns países tem adotado parâmetros de decisão que destacam a intensidade de uma crise e os efeitos excepcionais e sistêmicos na fruição de direitos humanos”³.

Ponderação: “O conflito entre princípios é resolvido na análise do caso concreto, fazendo-se uma ponderação dos princípios, verificando-se o peso, a importância de cada princípio, [...] faz-se um juízo de proporcionalidade entre os princípios em conflito para verificar qual princípio deve prevalecer”⁴.

Princípios: “[...] normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas”; são, por conseguinte, mandamentos de otimização”⁵.

Princípio da Proibição do Retrocesso Social: [...] por este princípio, que não é expresse, mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que, se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinados direitos ele se incorpora ao patrimônio da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido⁶.

¹ FACHIN, Luiz Edson. In PINTO, Hélio Pinheiro (Coords.), et al. **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 104.

² BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 43.

³ MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 28.

⁴ NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 365.

⁵ SILVA, Virgílio Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 25.

⁶ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 158-159.

SUMÁRIO

RESUMO.....	8
ABSTRACT.....	9
INTRODUÇÃO	10
1 CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE	14
1.1 A Teoria da Constituição Dirigente de José Joaquim Gomes Canotilho	16
1.2 Do Constitucionalismo Dirigente à Interconstitucionalidade: a evolução do pensamento de J. J. Gomes Canotilho	24
1.3 O Constitucionalismo Dirigente no Brasil	35
2 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO PÁTRIO	47
2.1 Conceito de Princípio	47
2.2 A colisão de Princípios e o Método de Resolução de Conflitos entre Princípios.....	58
2.3 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Ordem Jurídica Nacional e Estrangeira	67
3 APLICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: PERSPECTIVA BRASILEIRA E EUROPEIA	78
3.1 A Experiência Brasileira	79
3.2 A Experiência Portuguesa e da União Europeia	92
CONSIDERAÇÕES FINAIS	115
REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS	121

RESUMO

O presente trabalho tem por objetivo estudar a evolução e o atual estado da arte do Constitucionalismo Dirigente, bem como o conceito e aplicação pelos tribunais europeus e brasileiros do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, a fim de se perquirir a possibilidade de se relativizar a aplicação do referido princípio pelo Poder Judiciário. Para tanto, busca desenvolver balizas dogmáticas constitucionalmente orientadas acerca do princípio da proibição do retrocesso social, analisando a possibilidade de sua aplicabilidade no direito brasileiro, o alcance normativo deste princípio e os limites de sua aplicação. Inicialmente, é estudado o atual estado da arte do constitucionalismo dirigente, mostrando a sua evolução até se chegar a uma concepção de interconstitucionalidade, conceitos estes desenvolvidos pela doutrina jurídico-constitucional portuguesa, além de como é entendido o dirigismo constitucional em terras brasileiras. Posteriormente, é tratado sobre o conceito de princípio, fazendo-se uma abordagem teórica através dos autores pós-positivistas, bem como sobre o princípio da proporcionalidade como instrumento de resolução de conflitos entre princípios. É discorrido acerca dos caracteres essenciais do Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Por fim, analisar-se-á a aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social pelos tribunais brasileiros, em especial, o Supremo Tribunal Federal, além de sua aplicação pelo Tribunal Constitucional Português e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia.

Palavras-chave: Proibição do Retrocesso Social. Constitucionalismo Dirigente. Direitos Sociais. Jurisprudência da Crise.

ABSTRACT

The objective of this work is to study the evolution and state of the art of the ruling constitutionalism, as well as the concept and application by the European and Brazilian courts of the non-retrogression principle, in order to investigate the possibility of relativizing the application of the principle by the Judiciary. This work therefore seeks to develop dogmatically constitutional guidelines on the non-retrogression principle, analyzing the possibility of its applicability in Brazilian law, the normative scope of this principle, and the limits of its application. We begin by studying the state of the art of the ruling constitutionalism, showing its progression towards the present concept of interconstitutionality, a concept developed by the Portuguese juridical-constitutional doctrine, and how the ruling constitutionalism is understood in Brazil. It then deals with the concept of the principle, taking a theoretical approach through post-positivist authors, as well as addressing the principle of proportionality as an instrument for resolving conflicts between principles. It discusses the essential characteristics of the non-retrogression principle, and finally, it analyzes the application of this Principle by the Brazilian courts, especially the Federal Supreme Court, the Portuguese Constitutional Court, and the Court of Justice of the European Union.

Keywords: Non-retrogression principle. Leadership Constitutionalism. Social Rights. Jurisprudence of Crisis.

INTRODUÇÃO

O objetivo institucional da presente Dissertação é a obtenção do título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Mestrado em Ciência Jurídica da Univali.

O presente trabalho tem por objetivo estudar a evolução e o atual estado da arte do Constitucionalismo Dirigente, bem como o conceito e aplicação pelos tribunais europeus e brasileiros do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, a fim de se perquirir a possibilidade de se relativizar a aplicação do referido princípio pelo Poder Judiciário.

Assim, busca-se desenvolver balizas dogmáticas constitucionalmente orientadas acerca do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, analisando a possibilidade de sua aplicabilidade no direito brasileiro, o alcance normativo deste princípio e os limites de sua aplicação. Trata-se de saber, em outros termos, se os direitos fundamentais, especialmente os de conteúdo social, encontram no assim referido Princípio da Proibição do Retrocesso Social uma proteção constitucional possível e se há a possibilidade de sua mitigação em controle de constitucionalidade pelos Tribunais.

Esta temática possui relevância no sentido de que, constantemente, o mundo está a enfrentar crises, em sua maioria, de cunho econômico, as quais demandam dos países afetados reformas legislativas que invariavelmente atingem direitos fundamentais sociais e, por conseguinte, trazem à baila o debate doutrinário e questionamentos judiciais acerca dos limites dessas reformas, a colidir com o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, entendido com um vetor a impedir perda de direitos fundamentais sociais anteriormente conquistados, bem como com a noção de proteção a direitos adquiridos.

Com o fito de se alcançar tais objetivos será estudado sobre o desenvolvimento do Constitucionalismo Dirigente e sua tarefa de conformação do político, especialmente no que concerne aos atos legislativos. No particular e especialmente, quando se verifica uma mudança de paradigma no pensamento de

José Joaquim Gomes Canotilho em relação ao problema da efetivação dos direitos fundamentais, notadamente os direitos sociais, frente à conjuntura política e social caracterizada pelo incremento progressivo de políticas neoliberais e as constantes crises financeiras mundiais inerentes à Globalização, além da mudança dos sujeitos protagonistas internacionais a influenciar a economia mundial, figurando ao lado dos Estados, entidades transnacionais, blocos econômicos de países, dentre outros, contexto este que influenciou sobremaneira o modo de pensar a normatividade das Constituições.

Neste sentido, com este novo olhar sobre o papel da Constituição Dirigente, a presente pesquisa traz, ainda, a partir do enfrentamento da temática pelos Tribunais Portugueses e pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, uma análise de como estes Tribunais buscaram dirimir de um lado o enfrentamento de um crise econômica mundial, a qual demanda reformas legislativas, e que de outro lado atingem, inevitavelmente, direitos sociais, mitigando tais direitos e tendo que dar nova conformação ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

A experiência europeia mostra-se de grande eloquência aos Tribunais brasileiros, uma vez que, ao menos por ora, os países do bloco europeu vêm conseguindo através dessas reformas sociais reverter os efeitos deletérios das crises econômicas mundiais.

Para a pesquisa foram formuladas as seguintes hipóteses:

a) O Constitucionalismo Dirigente e a própria normatividade e vinculação do legislador sofreram alterações em sua concepção original, não sendo tais alterações, ainda, totalmente consideradas no contexto brasileiro.

b) A evolução do Constitucionalismo Dirigente exerceu e exerce forte influência interpretativa no Princípio da Proibição do Retrocesso em matéria de direitos sociais.

c) A busca por soluções aos graves problemas de concretização do Direitos Fundamentais Sociais por parte do Poder Judiciário, tem levado em consideração as mudanças de concepção do Constitucionalismo Dirigente e de uma relativização do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Os resultados do trabalho de exame das hipóteses estão expostos na presente dissertação, de forma sintetizada, como segue.

Principia-se, no Capítulo 1, com a demonstração do surgimento do fenômeno jurídico do Constitucionalismo Dirigente moldado por José Joaquim Gomes Canotilho, com ênfase na influência que exerceu em terras brasileiras tal pensamento, forjado, inclusive, na moldura da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, passando pela evolução do pensamento do mesmo autor em relação a esta concepção de Constituição, findando-se o capítulo com a demonstração do atual estado da arte do conceito do Constitucionalismo Dirigente em terras brasileiras, em comparação com a nova concepção formulada por Gomes Canotilho.

O Capítulo 2 trata de apresentar o conteúdo normativo dos princípios constitucionais e como se dá a resolução de conflitos entre princípios constitucionais, técnica utilizada pelas supremas cortes, além do que apresenta o Princípio da Proibição do Retrocesso Social na ordem jurídica brasileira e estrangeira.

O Capítulo 3 dedica-se a analisar, a partir das experiências portuguesa e da União Europeia, como os Tribunais encaram o dilema do enfrentamento da constitucionalidade das reformas sociais elaboradas para fazer frente às crises econômicas mundiais, tendo em conta o Princípio da Proibição do Retrocesso Social e como este tema é tratado pela Suprema Corte Brasileira.

Foi utilizado o sistema de busca do repertório de jurisprudência do sítio eletrônico do Supremo Tribunal Federal na internet, selecionando casos concretos em que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social foi utilizado na fundamentação jurídica dos casos, seja para ser aplicado, seja para ser rechaçado, fazendo-se um recorte de alguns casos que servem como paradigma lógico da pesquisa sobre o posicionamento do Supremo Tribunal Federal no emprego do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, já que a menção de todos os casos de aplicação do referido princípio seria inviável, considerando o recorte temático desta dissertação.

O presente trabalho se encerra com as considerações finais, nas quais são apresentados aspectos destacados da criatividade e da originalidade na investigação e das fundamentadas contribuições que traz à comunidade científica e jurídica quanto ao Tema aqui eleito, seguidos de estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre o Constitucionalismo Dirigente e da relativização do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

O Método⁷ utilizado na fase de Investigação foi o Dedutivo. Na fase de Tratamento dos Dados foi o utilizado o método Cartesiano. Na dissertação foi empregada a base dedutiva⁸. Foram acionadas as técnicas do referente⁹, da categoria¹⁰, de conceitos operacionais¹¹, da pesquisa bibliográfica¹². Como objeto de estudo foi utilizado o Direito comparado para buscar semelhanças e diferenças entre as ordens jurídicas brasileira, portuguesa e da União Europeia.

As técnicas de investigação levaram em consideração os parâmetros adotados pelo Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica – PPCJ/UNIVALI.

⁷ “Método é forma lógico-comportamental na qual se baseia o Pesquisador para investigar, tratar os dados colhidos e relatar os resultados”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, p.85.

⁸ Sobre os métodos nas diversas fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, especialmente p. 81 a 105.

⁹ “explicitação prévia do motivo, objetivo e produto desejado, delimitado o alcance temático e de abordagem para uma atividade intelectual, especialmente para uma pesquisa”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, especialmente p. 54.

¹⁰ “palavra ou expressão estratégica à elaboração e/ou expressão de uma idéia”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, especialmente p. 25.

¹¹ “definição estabelecida ou proposta para uma palavra ou expressão, com o propósito de que tal definição seja aceita para os efeitos das idéias expostas”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, especialmente p. 37.

¹² “Técnica de investigação em livros, repertórios jurisprudenciais e coletâneas legais”. PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica**, especialmente p. 103.

CAPÍTULO 1

CONSIDERAÇÕES SOBRE O CONSTITUCIONALISMO DIRIGENTE

Para se entender a evolução do pensamento e do entendimento pelo qual passou, e passa, a concepção de Constituição Dirigente e do próprio Constitucionalismo Dirigente, deve-se ter em mente a historicidade do direito, incluído aí o direito constitucional, como algo em evolução, sem considerações ontológicas.

Assim, na presente pesquisa, escorado nos ensinamentos do professor Gomes Canotilho, não se está a adotar uma perspectiva não histórica e ontológica, ou seja, calcada em essências do direito intemporal, mas sim, analisar as positivações no mundo dos fatos, concretas.¹³

A Constituição de uma comunidade sempre se assentou em três pilares: poder, dinheiro e entendimento. Nesse sentido, não se mostra custoso compreender que o mundo, desde a concepção original da Constituição Dirigente, enfrentou, nas palavras de Canotilho, processos de mudança, que provocaram constantes abalos à estabilidade Estatal e da própria Constituição, tais como, a internacionalização/globalização e a europeização, tais fatores obrigam a um repensamento da constituição aberta ao tempo¹⁴.

Estas bases que assentam o pensamento do professor Gomes Canotilho são primordiais para que se entenda o papel desempenhado pelas Constituições no mundo, pois, do contrário, poder-se-á ter-se a seguinte perplexidade:

[...] O problema central do constitucionalismo moderno é, porém, o de se poder transformar numa aporia científica e numa ilusão político-constitucional, pelo facto de assentarem – e viverem de – pressupostos estatais que o Estado não pode garantir. Em palavras luhmannianas: as constituições dos Estados deixarão de desempenhar a sua função quando não conseguirem estabilizar as expectativas normativas.¹⁵

¹³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008, p. 23

¹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 27

¹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 27-28

Feitas estas preliminares, porém necessárias, advertências, passa-se a analisar, amiúde, a evolução do Constitucionalismo Dirigente.

De início, atentando ao acima exposto, traz-se o contexto histórico pelo qual passava ordem jurídica mundial, que buscava, e ainda busca, redesenhar o papel do Estado e, por conseguinte, do próprio Direito, após os horrores da segunda guerra mundial.

Os textos constitucionais oriundos do pós-guerra precisavam de proteção, tanto no aspecto procedimental, quanto em relação ao seu conteúdo, de modo a garantir a manutenção dos novos sistemas democráticos.

O controle judicial de constitucionalidade foi apenas a primeira função protetora da Constituição, mas delimitado ao longo do tempo pela própria jurisdição constitucional e que, hoje, abrange diversas funções, merecendo destaque a proteção aos direitos fundamentais.

Discorrendo sobre esta transformação do Direito no segundo pós-guerra, Luís Roberto Barroso afirma:

O Estado constitucional de direito se consolida, na Europa continental, a partir do final da II Guerra Mundial. Até então, vigorava um modelo identificado, por vezes, como Estado legislativo de direito. Nele, a Constituição era compreendida, essencialmente, como um documento político, cujas normas não eram aplicáveis diretamente, ficando na dependência de desenvolvimento pelo legislador ou pelo administrador. Tampouco existia o controle de constitucionalidade das leis pelo Judiciário – ou, onde existia, era tímido e pouco relevante. Nesse ambiente, vigorava a centralidade da lei e a supremacia do parlamento. [...] ¹⁶

A grande mudança operada, de acordo com Luís Roberto Barroso, é que a Constituição passa a ter validade de norma jurídica, tendo ela não mais apenas a função de disciplinar o modo de produção das leis e atos normativos, mas também de estabelecer limites materiais – ao conteúdo – da norma e impondo deveres ao Estado. ¹⁷

Na pena do professor Gomes Canotilho:

[...] A própria construção organizatória do Estado e a sua referência social se tornaram temas resvaladiços, faltando um Montesquieu, um Marx e um Weber para lhes descobrirem o espírito. Exemplo disso é o princípio da

¹⁶ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 43.

¹⁷ BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 43.

divisão de poderes. Este princípio, que já no seu tempo era mais um modelo que uma realidade constitucional, tinha, pelo menos, o mérito de localizar o problema da arrumação de forças e poderes nas questões de competência; hoje, desde o dinamismo do direito judicial e do estado de juízes até a aplicação hermenêutica, parece pretender-se transformar problemas de competência, responsabilidade, decisão e controlo políticos em meras questões de interpretação-concretização e de produção jurídica. Neste contexto, terá razão de ser e proposta correctiva recentemente avançada: colocar a cabeça hermenêutica dos juristas nos pés constitucionais e reproblematicar renovadamente a arquitectónica e ordenação funcional de um Estado Democrático¹⁸.

É neste cenário, de uma nova concepção de Constituição e reorganização do Estado determinando um repensar do papel do legislador e dos demais poderes, que surge a noção da teoria do Constitucionalismo Dirigente, a qual possui na obra do professor José Joaquim Gomes Canotilho um dos seus precursores e maiores expoentes.

1.1 A Teoria da Constituição Dirigente de José Joaquim Gomes Canotilho

Com o objetivo de compreender o pensamento do professor Gomes Canotilho, será perpassado por suas obras de forma cronológica, na medida do possível, pois entende-se que deste modo, apesar de, por vezes, a evolução de um pensamento não se dar de forma linear e cronológica, poder-se-á deste modo com maior fidedignidade externar o pensamento do referido autor.

A obra “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas” remonta o ano de 1982, consolidando a Tese de Doutoramento defendida pelo autor na Faculdade de Direito de Coimbra, Portugal. Importante recordar que a obra surge seis anos após a promulgação da Constituição da República Portuguesa, de 2 de abril de 1976, que é fruto da Revolução dos Cravos.

Sobre o texto original da Constituição Portuguesa, Fábio de Oliveira, assim leciona:

O texto original de 1976 proclamava, na expressão de Canotilho, metanarrativas emancipatórias que projetavam um modelo sócio-econômico (sic) bem diverso do existente, disposições como ‘sociedade sem classes’ (art. 1º) e ‘transição para o socialismo’ (art. 2º). Emblemático, neste aspecto,

¹⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 9-10.

o preâmbulo da Constituição, onde se lê: 'A 25 de Abril de 1974, o Movimento das Forças Armadas, coroando a longa resistência do povo português e interpretando os seus sentimentos profundos, derrubou o regime facista. Libertar Portugal da ditadura, da opressão e do colonialismo representou uma transformação revolucionária e o início de uma viragem histórica da sociedade portuguesa'. 'A Assembleia Constituinte afirma a decisão do povo português', declara-se em outro trecho, 'de abrir caminho para uma sociedade socialista'. Não obstante, as sucessivas revisões constitucionais modificaram significativamente a redação primitiva da Lei Fundamental, suprimindo, verbi gratia, as alusões ao socialismo, extinguindo o Conselho da Revolução e retirando a previsão de irreversibilidade das nacionalizações¹⁹.

Bem delineado o contexto de surgimento desta obra de Gomes Canotilho, passa-se a analisar as ideias centrais da referida obra.

Ligado à nova concepção do papel da constituição e do próprio papel do legislador nesta nova ótica, a superação da supremacia absoluta do legislador é delineada por Gomes Canotilho, no sentido de que o fundamento da existência do legislador nasce com a Constituição e não o contrário, como dispõe o próprio autor:

Tal como a tese do poder legislativo unitário e da soberania parlamentar absoluta concluía, de forma lógica, não ter sentido obrigar o legislador a dar execução ou realização a preceitos constitucionais que outra coisa não eram que exteriorizações de vontade do mesmo poder legislativo, também a afirmação da superioridade formal e material da constituição relativamente à lei parecia conduzir, logicamente, ao reconhecimento do dever jurídico-constitucional de agir por parte do legislador [...]²⁰.

Nesse vagar, o próprio autor de maneira simples e direta desvela o mote do conteúdo da obra que se está a discorrer, que é a problemática do relacionamento entre a constituição e a lei. O próprio título da obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* dá o cerne do debate que é levado à cabo pelo autor "o que deve (e pode) uma constituição ordenar aos órgãos legiferantes e o que deve (como e quando deve) fazer o legislador para cumprir, de forma regular, adequada e oportuna, as imposições constitucionais". [...]²¹

A teoria da Constituição Dirigente proposta por Gomes Canotilho refuta a ideia da Constituição como um instrumento de governo – *instrument of government* – cuja estrutura esgota-se nas normas determinadoras de competências, nas normas de processo e organização e nas garantias de direitos fundamentais, para dar lugar

¹⁹ OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição Dirigente: Morte e Vida no Pensamento do Doutor Gomes Canotilho**. Revista Brasileira de Direito Comparado. p. 199.

²⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 330.

à ideia de uma lei fundamental programática estruturada a partir de diretivas jurídico-constitucionais, princípios jurídicos politicamente conformadores, imposições legiferantes e da fixação de fins à atuação estatal.

Segundo Oliveira, o exercício do labor democrático não implica em desconsiderar fundamentos materiais. A legitimidade de uma Constituição não é meramente formal, também se faz necessário perquirir acerca do conteúdo das normas. “Além disso, a estipulação do que vem a ser um processo justo está muito longe de ser exata, é tida por contrafática e acaba impondo, por paradoxal que possa parecer, um juízo substancial de avaliação”.²²

Nos dizeres do próprio professor Gomes Canotilho:

Todavia, opor democracia a Estado de Direito Material, pensando-se que basta assegurar as regras do jogo democrático – o processo – para, posteriormente, se conquistar a justiça, ou identificar democracia com liberdade incondicional do legislador, é abrir caminho para a redução das leis a simples produtos de organização do domínio. [...] ²³

Neste ponto inaugura-se um dos pilares da obra ora analisada, qual seja, o debate entre procedimentalismo constitucional e substancialismo constitucional, defendendo Gomes Canotilho a materialização dos fins e tarefas constitucionais. Debate este que, ainda hoje, suscita grandes divergências no modo de conceber uma Constituição, pois implica diretamente na liberdade de conformação do legislador e, conseqüentemente, em maior ou menor intervenção do Poder Judiciário nas funções, primordialmente, exercidas pelo Poder Legislativo.

Nesse sentido, Luiz Edson Fachin e outros:

Para Canotilho, a Constituição busca racionalizar a política, incorporando uma dimensão materialmente legitimadora ao estabelecer um fundamento constitucional para a política. O núcleo da Constituição Dirigente é a proposta de legitimação material da constituição por meio dos fins e tarefas previstos no texto constitucional. Dessa forma, a Constituição estabelece não apenas as normas definidoras do presente, mas também um programa para o futuro. A teoria da Constituição Dirigente busca, portanto, investigar a

²¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 11.

²² OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição Dirigente: Morte e Vida no Pensamento do Doutor Gomes Canotilho**. Revista Brasileira de Direito Comparado. p. 200.

²³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 21-22.

vinculação do Estado e da sociedade ao programa transformador estabelecido pela constituição. [...] ²⁴

Na defesa substancial da Constituição Dirigente, afirma Gomes Canotilho:

Directivas materiais, fins e programas de acção, constituem exigências de uma constituição aberta aos problemas políticos, sociais e económicos: a constituição perderia a sua legitimidade se importantes domínios sociais e económicos continuassem esquecidos ou fossem deixados conscientemente abertos à evolução da política e dos tempos. O Estado de Direito Democrático, materialmente cunhado, voltaria a ser casca vazia de conteúdos alternantes e arbitrários da política. [...] ²⁵

Percebe-se aqui uma preocupação do autor em não se retornar ao que vivido antes do advento da segunda guerra mundial, com um direito eminentemente formal, servindo de embalagem para qualquer conteúdo, reforçando o fator histórico como importante fator de defesa de suas opiniões.

Afirma, ainda, Gomes Canotilho:

[...] A constituição normativa da organização estadual e limitação do poder não podem, num Estado de Direito Democrático, ser concebidos como decisões constitucionais, materialmente neutras. Até porque – e nisto residia o descrédito da formalização do Estado de Direito – a censura a uma constituição material, com programa, fins, valores e imposições legiferantes é, em parte, uma crítica hipócrita: quando os valores, aspirações, interesses ou ideias que se defendem não se assumem com transparência, e de forma expressa, eles surgirão, implicitamente, de maneira encapuçada (sic), na praxis política de seus agentes. O problema fundamental não reside em contrapor uma constituição como instrumento de governo a uma constituição como ordem material fundamental de uma comunidade, mas em precisar o modo como uma constituição pode e deve ser uma ordem material. [...] ²⁶

Assim, é nestes termos em que se coloca a vinculação constitucional das deliberações políticas e esta intenção de conformação íntegra, de uma maneira ou de outra, a identidade de qualquer Constituição.

Ainda sobre a vinculação do legislador:

O legislador estaria vinculado ao programa constitucional, devendo não apenas observar as normas que instituem direitos e procedimentos, mas também aquelas que estabelecem programas de ação. Ou seja, determinadas normas constitucionais finalísticas estabelecem imposições constitucionais, de forma que a edição de lei para a realização de uma finalidade estabelecida na Constituição deixa de ser uma questão jurídica,

²⁴ PINTO, Hélio Pinheiro (Coords.), et al. **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 104.

²⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 149.

²⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 89.

de cumprimento da Constituição. Assim, a Constituição Dirigente, ao estabelecer uma ação dirigida ao futuro e de transformação do Estado e da sociedade por meio de suas normas programáticas, impõem deveres de legislar ao Poder Legislativo e transfere também ao Poder Judiciário o zelo pela correta execução das normas programáticas.²⁷

Uma advertência aqui se faz com Fábio Oliveira, no sentido de afastar qualquer juízo de que o cumprimento do programa constitucional impede as alternativas de decisão na atividade política, pois se de um lado a atividade não é desvinculada, de outro não é rígida, automática ou de mera execução quando da concretização do texto constitucional²⁸.

Gomes Canotilho assim dispõe:

Se a constituição não deve se reduzir a um simples *instrumento of government* ou a uma otimização processual do pluralismo político, também não se deve restringir à alternativa “aberta não aberta”, mas sim determinar a dimensão material do projecto constitucional. Não se trata de libertar a constituição, o mais possível, da fixação de conteúdos intrínsecos, mas de encontrar a justa medida entre formalidade e o excesso programático. A constituição não pode ser apenas tema; deve tornar-se premissa da política. A liberdade de decisão política é compatível com a fixação de linhas materiais de direção política²⁹.

Percebe-se que há uma íntima relação em minorar o espaço de conformação do legislador com a premissa tomada pelo autor, Gomes Canotilho, acerca da concepção substancialista ou materialmente conformadora de toda e qualquer Constituição, como uma marca do Dirigismo Constitucional e da própria Teoria do Estado.

E aqui se forma um paradoxo sobre a temática da vinculatividade da constituição, pois de um lado se tem a necessidade de concretização das normas programáticas e dos programas constitucionais, tarefa essa do legislador e, de outro lado, esse mesmo legislador é vinculado por estas mesmas normas pelas quais ele mesmo conformou.

A aporia da vinculatividade constitucional insiste na contradição: por um lado, o legislador deve considerar-se materialmente vinculado, positiva e negativamente, pelas normas constitucionais; por outro lado, ao legislador compete

²⁷ PINTO, Hélio Pinheiro (Coords.), et al. **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 105.

²⁸ OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição Dirigente: Morte e Vida no Pensamento do Doutor Gomes Canotilho**. Revista Brasileira de Direito Comparado. p. 201.

²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 148.

atualizar e concretizar o conteúdo da constituição. Perante este paradoxo, a proposta a antecipar é a seguinte: o direito constitucional é um direito não dispositivo, pelo que não há âmbito ou liberdade de conformação do legislador contra as normas constitucionais nem discricionariedade na não atuação da lei fundamental³⁰.

Concluiu-se que o grande desafio da Constituição Dirigente está em estabelecer a extensão e vinculatividade dos três poderes estatais ao conteúdo material ou valores essenciais da Constituição. A concretização legislativa, a concretização administrativa e concretização judicial possuem singularidades, em relação a concretização legislativa, as palavras de Gomes Canotilho têm o seguinte teor:

Na concretização legislativa das imposições constitucionais há sempre um momento de iniciativa e impulso, no qual estão implícitas valorações político-constitucionais, conhecimento de factos, juízos de prognose, considerações de resultados, segurança jurídica e legitimação democrática, que não estão presentes numa simples concretização judicial³¹.

Percebe-se que o autor, apesar de assentir com a derrocada do Estado puramente Legislativo, põe, ainda, o Legislador num papel de destaque na concretização das normas constitucionais, isto porque ainda é imensa a tarefa político-constitucional de concretização da Constituição Dirigente pelo caminho da ação política e legislativa e não apenas por uma imposição judicial. O sentido que se dá ao dirigismo constitucional não é, em princípio, confirmar a ordem constitucional através de direcionamentos, mas sim uma transformação ativa da realidade económica e social, com vistas ao plano normativo exposto na Constituição, no específico, o cumprimento de deveres dirigentes. O sentido dinâmico-programático do bloco constitucional dirigente é mais do que o da manutenção do *status quo*, em verdade, busca a construção de uma nova ordem. Mas isso é tarefa do legislador, das forças políticas, dos cidadãos³².

Outro aspecto que se sobrepõe na análise da obra de Gomes Canotilho, ora em destaque, diz respeito à própria concepção de Estado, a qual o autor busca

³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 63.

³¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 322.

³² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 349.

compatibilizar com as balizas pelas quais a teoria da Constituição Dirigente está ancorada. A pergunta a ser feita é, qual o tipo de Estado que se compatibiliza com as imposições dirigentes.

Nas palavras do autor:

Uma constituição dirigente assenta no alargamento da função de direção, coordenação e planificação estadual (compreensão aceite numa teoria do Estado e da sociedade, socialista ou social democrática, mas combatida firmemente por uma teoria social individualista que vê nela o estreitamento da espontaneidade da ordem social e a desfiguração da Constituição da Liberdade). Uma constituição dirigente, como se viu a propósito do direito a prestações e se salientou agora a propósito do princípio da igualdade de oportunidades, pressupõe que o Estado por ela conformado não seja um Estado mínimo, garantidor de uma ordem assente nos direitos individuais e no título de propriedade, mas um Estado social, criador de bens colectivos e fornecedor de prestações [...]³³

Em que pese esse cariz de conformação do legislador e dos poderes públicos, mais uma vez, adverte-se, que “a definição programática-constitucional não significa uma juridicização do governar, a ponto de a atividade do governo se traduzir num mecanismo subsuntivo de aplicação de normas”.³⁴

Ultimando os aspectos acerca das características essenciais do Dirigismo Constitucional na pena do professor Gomes Canotilho, tem-se, dentre as inúmeras teses apresentadas ao final da obra aqui analisada, a insuficiência de que a constituição seja tão somente uma garantia do *status quo*, a necessidade de se adotar a substancialidade das normas constitucionais, não sendo o Estado o mero garante do processo público, aberto; a superação definitiva da concepção de normas programáticas desprovidas de vinculação e normatividade; a tarefa compartilhada de concretização das normas constitucionais entre todos os atores estatais dos três poderes, sem haver falar em um único defensor da Constituição.

A fim de ilustrar o acima exposto, colaciona-se excertos das teses citadas, a primeira diz respeito à impossibilidade de se considerar a Constituição uma mera descrição da organização estatal, sem qualquer disposição acerca de objetivos a serem alcançados, em termos de modificação da realidade de uma nação:

2.3. A teoria da constituição de Forsthoff – a constituição como garantia do *statu quo* – não constitui um ponto de partida teoricamente adequado para a

³³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 391.

³⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 470.

compreensão do Estado de Direito Democrático, intencionalmente socializante, tal como vem caracterizado na Constituição Portuguesa de 1976;

[...]

11.4. A constituição dirigente, ao aspirar à mudança social através do direito, não pode assentar num optimismo voluntarista, idealisticamente associológico e acientífico.³⁵

Sobre carácter substancial de uma Constituição, para além de um mero instrumento de consenso decorrente de um processo público:

2.5. A constituição caracterizada como processo público (Häberle) apresenta défice normativo acentuado, pois a pretexto da abertura e do existencialismo actualizador do pluralismo, dissolve a normatividade constitucional na política e na interpretação, chegando quase à conclusão de que a legiferação (poder constituinte) e a interpretação constitucional são uma e a mesma coisa.

[...]

2.9. A ideia de constituição como ordem jurídica fundamental, material e aberta de uma comunidade (Hesse) condensa algumas das dimensões mais importantes dos documentos constitucionais, não obstante a exigência da abertura em nome da democracia poder redundar num relativo esvaziamento da função material de tarefa da constituição e conduzir à desconstitucionalização de elementos legitimadores da ordem constitucional (constituição económica, constituição social).³⁶

Acerca da concepção de que a Constituição impõe deveres concretizantes das normas Constitucionais aos entes estatais, extrai-se:

5.3. A noção anterior de imposições constitucionais pressupõe a superação definitiva da doutrina das normas programáticas, concebidas como proclamações políticas, juridicamente desprovidas de qualquer vinculatividade.

5.4. O tratamento jurídico-material das imposições constitucionais não se compadece com uma visualização do problema em sede exclusiva ou predominantemente processualística, antes exige uma compreensão material do dever normativo-concretizador dos órgãos legiferantes.³⁷

Por fim, no que tange aos atores responsáveis por defender o conteúdo do texto constitucional, concretizando-o, tem-se:

6.14. Na perspectiva que se caba de traçar, sustenta-se que não tem sentido falar hoje em defensor da constituição dirigente (Tribunal Constitucional, Presidente da República), designadamente porque a concretização do bloco impositivo da constituição é uma tarefa político-

³⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 477-478.

³⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 480.

³⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 483.

constitucional de todos os órgãos constitucionais e de todos os cidadãos com vontade de constituição.³⁸

Feitas essas considerações, passa-se a analisar a evolução do pensamento do professor Gomes Canotilho, a fim de melhor situar o atual estado da arte do Dirigismo Constitucional na teoria do Direito.

1.2 Do Constitucionalismo Dirigente à Interconstitucionalidade: a evolução do pensamento de J. J. Gomes Canotilho

Na senda do pensamento do professor Gomes Canotilho, cumpre afirmar que seu pensamento passa a ostentar grande modificação já com a edição da obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, que teve sua primeira edição em 1997, adaptando as ideias do direito constitucional até a culminação das mudanças com a teoria da interconstitucionalidade.

Em síntese, é o que afirmam Fernando Tourinho de Omena Souza e Hélio Pinheiro Pinto:

Mesmo atualmente, o Doutor de Coimbra não fica alheio a esse movimento que aponta certa crise do dirigismo constitucional. Como é típico dos grandes sábios, não defende a petrificação de suas ideias em detrimento da realidade que o cerca. Ao contrário, coloca-se na situação de permanente evolução, preocupando-se em compatibilizar suas teorias com as peculiaridades dos dias atuais. Dessa forma, relativiza sua opinião consagrada em 1982 em sua tese de Doutorado, repensando a questão do dirigismo e da programaticidade constitucionais à luz das novas conjunturas do momento, em que, no campo jurídico, parece haver uma tendência de transição da Constituição dirigente para a Constituição dirigida. Nesse sentido, o Doutor Gomes Canotilho procura adaptar o direito constitucional à ideia de interconstitucionalidade, vendo-o como um mecanismo de diálogo entre ordenamentos jurídicos de diferentes níveis, mais apto a fornecer sugestões para o político do que traçar autoritariamente regras normativas da política.³⁹

Este caminho percorrido, por assim dizer, será o objeto enfocado nesta parte do trabalho.

³⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Ed. Coimbra: Coimbra. 1994. p. 488.

³⁹ PINTO, Hélio Pinheiro (Coords.), et al. *Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho*. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 19.

Em que pese a mudança de entendimento, o professor Gomes Canotilho ainda reserva à Constituição um papel de lei-quadro fundamental em matéria política, econômica e social.⁴⁰

E, novamente, neste ponto, é mister fazer referência acerca do permeamento do caráter histórico evolutivo do pensamento do professor Gomes Canotilho, plasmado em suas palavras na obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* sobre o lugar teórico da teoria da constituição, segundo o autor:

[...] A crítica da razão constitucional obriga-nos a perguntar pela relevância do conteúdo da teoria para o mundo real. O desenvolvimento constitucional toma em consideração o arranjo de novas formas organizativas, de novos processos políticos-sociais e de novas soluções para os problemas nascidos dentro dos sistemas ou subsistemas sociais. Se quisermos captar em poucas palavras a dança molecular da teoria da constituição diríamos que ela tem de lidar com problemas de complexidade dinâmica, adaptabilidade, auto-organização, emergência e evolução. Neste sentido, a teoria da constituição compreender-se-á como uma teoria emergente. Emergente de que? Do fim da história do progresso do estado de direito democrático-constitucional patrioticamente concebido (patriotismo constitucional) e do começo de novas ordens normativas enquadradas em comunidades políticas mais amplas e em universos económicos globalizantes. [...] ⁴¹

Extraí-se da passagem acima que a evolução do Estado, dos modelos econômicos, dos novos arranjos institucionais e atores internacionais foram fatores a influenciar a mudança do pensar do papel da Constituição Dirigente, ponto este que será ainda aprofundado no presente trabalho.

Volvendo os olhos à temática da substantivização e procedimentalização constitucional, afirma Gomes Canotilho que a teoria material da constituição está preocupada em conciliar o próprio ideário da constituição com duas exigências do Estado Democrático Constitucional, a primeira é a legitimidade material, o que aponta para a necessidade de a lei fundamental transportar os princípios materiais informadores do estado e da sociedade, já a segunda é a abertura constitucional, pois a constituição deve possibilitar o confronto e a luta política dos partidos e das

⁴⁰ PINTO, Hélio Pinheiro (Coords.), et al. **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 19.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1285.

forças políticas portadores de projetos alternativos para a concretização dos fins constitucionais.⁴²

O mesmo Gomes Canotilho afirma que embora não se deva restringir a um instrumento de governo ou a uma simples lei do estado, a constituição evitará converter-se em lei da totalidade social, codificando, exageradamente os problemas constitucionais. Se uma lei básica se propõe conformar relações de vida historicamente em mutação isso a obriga a um conteúdo temporalmente adequado, isto é, um conteúdo apto a permanecer dentro do tempo. Caso contrário, pode pôr em perigo a sua força normativa e sujeitar-se a constantes alterações.⁴³

Tal entendimento vem ao encontro da crítica, a qual se denomina de substancialização excessiva da Constituição, que pode levar um total esvaziamento da função normativa da constituição por transparecer um abismo entre os preceitos constitucionais e a realidade concreta da sociedade, esta substantivização excessiva de uma constituição, “onde por vezes avultam pedaços de utopia concreta, implica, de facto, sérios riscos, o principal dos quais é o do esvaziamento de sua força normativa perante a dinâmica social e política”.⁴⁴

Faz-se a ressalva que tal mudança de pensamento não significa um abandono completo da função material da constituição, mas sim uma relativização desse carácter material originário da teoria da Constituição Dirigente:

A ideia de constituição aberta condensa algumas das sugestões mais importantes do moderno pensamento constitucional. Relativiza-se a função material de tarefa da constituição e justifica-se a desconstitucionalização de elementos substantivadores da ordem constitucional (constituição económica, constituição do trabalho, constituição social, constituição cultural).⁴⁵

A partir dessas mudanças de concepção o Professor Gomes Canotilho chega a afirmar que “o direito constitucional já não é o que era. Por isso ou também por isso, a constituição já não é o que era”.⁴⁶ As afirmações iniciais do pensamento

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1290.

⁴³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1290.

⁴⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1289.

⁴⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1291.

⁴⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1295.

do Doutor de Coimbra perpassavam pela ideia de que as normas constitucionais dariam pré-prontas, todas as respostas aos dilemas da sociedade, mormente, nas Constituições de cariz programático-dirigentes.

Todavia, “esta perspectiva do direito constitucional – aquela que investigámos e que influenciou decisivamente a nossa formação – está hoje numa encruzilhada”.⁴⁷ Vários fatores contribuíram para esta mudança de perspectiva, entre eles um “dar-se conta” de que as pretensões emancipatórias, originalmente elaboradas por Gomes Canotilho, passaram a apresentar efeitos contraditórios, nos dizeres do autor:

[...] Referia-se ele ao fecho ideológico deste modelo para exprimir a ideia de que a cristalização normativa da política implica necessariamente a renúncia dos diferendos e litígios ideológicos. Mesmo que as normas constitucionais elas mesmas se arvorem em vanguardas ideológicas do progressismo não podem impedir que contra elas ou a pretexto delas se desenvolva um profundo debate ideológico. Mas não é só isso: a incorporação da dinâmica histórica na estabilidade normativo-constitucional provoca um alheamento ou estraneidade óbvios do direito constitucional em relação aos processos político-sociais transformadores.⁴⁸

Percebe-se, uma vez mais, a influência que a realidade histórica, evolutiva e cambiante, exerce nesta mudança de paradigma do Dirigismo Constitucional, incluindo uma maior permeabilidade de outros ramos do conhecimento e da sociedade, como a economia, por exemplo.

Nesta senda, de acordo com o professor Gomes Canotilho, um dos paradoxos fundamentais da teoria constitucional, no que tange ao seu discurso, é estabelecer uma sobreposição do discurso jurídico-constitucional com o discurso de outras ciências reais e emergentes, com uma maior especificidade própria dessas ciências, tais como economia, telecomunicações e informática. Assim, a teoria constitucional ao observar apenas seu discurso deixa escapar à constitucionalização de grande gama de atores que participam do discurso comunicativo.⁴⁹

⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1295.

⁴⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1295-1296.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1299.

Dessa abertura que o programa constitucional passa a ostentar na ordem de ideias do professor Gomes Canotilho, surge a compreensão de que a Constituição é entendida como uma ordem-quadro, nas palavras no autor:

Para ser uma ordem aberta a constituição terá de ser também uma ordem-quadro, uma ordem fundamental e não um código constitucional exaustivamente regulador. Isto não significa que, ao contrário do que muitas vezes se afirma, a constituição seja apenas uma lei fundamental do Estado e não também uma lei fundamental da sociedade. A constituição pode e deve fixar não apenas uma estadualidade juridicamente conformada mas também estabelecer princípios relevantes para uma sociedade aberta bem ordenada. [...] ⁵⁰

Segundo o professor Gomes Canotilho, a tal ordem-quadro, como função das Constituições, parte da premissa de que as Constituições são um processo público que, hoje, devem levar em conta a pluralidade existente na sociedade, o surgimento das entidades supranacionais e a própria globalização, no seu aspecto económico. Diante dessa premissa, a ordem-quadro é uma ordem parcial e fragmentária, que necessita de uma atualização que a concretize, não só pelo legislador interno, mas também o europeu e o internacional. Além disso, a concretização da ordem-quadro leva em conta regulações informais, novas formas de organização corporativa que se desenvolvem nos mais variados âmbitos sociais: económico, escolar, profissional e desportivo. ⁵¹

Portanto, a materialidade/substancialidade de uma constituição não pode vir a impedir o movimento natural de processamento da deliberação pública, de permeamento de outras deliberações na sociedade, e o contrário também se aplica, não é possível que o processo democrático venha a pôr em xeque a materialidade/substancialidade de uma constituição.

Responde Gomes Canotilho se ainda remanescem algumas pretensões de dirigismo social e económico de uma constituição:

As considerações acabadas de referir relativizam o carácter dirigente de um texto constitucional, mas tão pouco significam que as constituições não possam e não devam ter um papel de mudança social, tendo em conta os limites da realidade (constituição material) e os limites reflexivos de uma lei (ou seja a relativa incapacidade de prestação), a constituição continua a ser um documento radical. Como recentemente disse o juspublicista M.

⁵⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1374.

⁵¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1374.

Walzer... “the constitution is also a radical document, opening the way for, if not actually stimulating, social change”.⁵²

Denota-se do exposto que, estavam lançadas as bases para o futuro do pensamento do professor Gomes Canotilho que desaguaria na noção de interconstitucionalidade.

Na mesma senda da obra supra mencionada, destaca-se o artigo “Rever ou Romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um Constitucionalismo Moralmente Reflexivo”, datado do ano de 1996, texto este que veio a expor as mudanças pelas quais estava a passar a tese da Constituição Dirigente.

Afirma o professor Gomes Canotilho que a Constituição Dirigente, mas não só ela, os textos constitucionais permeados por normas programáticas, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Constituição Brasileira de 1988, sem olvidar da própria Carta Portuguesa, estão sob o olhar implacável de muitos críticos.⁵³

O mesmo professor assinala sobre os diversos críticos para com Dirigismo Constitucional, sejam políticos, sejam doutrinadores e teóricos de várias linhas de pensamento, como a Constituição liberal aberta passando pelo sistemismo autopoietico e até mesmo pela sociologia crítica que estes “não se cansam de proclamar a falência dos códigos dirigentes num mundo caracterizado pela conjuntura, a circularidade, os particularismos e os riscos”.⁵⁴

Junto à crítica do seguimento da experiência histórica, Gomes Canotilho assume o Dirigismo Constitucional como perspectiva do constitucionalismo moralmente reflexivo.

Nesse sentido, são os dizeres do autor:

[...] A má utopia do sujeito do progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se misturava com ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns – entre os quais me incluo – só vieram a reconhecer isto tarde e lentamente demais. Como se irá ver, a ideia de directividade constitucional terá ainda

⁵² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1375.

⁵³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 104.

⁵⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 105.

hoje sentido quando inserida numa compreensão crítica próxima do chamado constitucionalismo moralmente reflexivo.⁵⁵ [...]

Feita esta ponderação por parte do professor Gomes Canotilho, passa ele a expor as fragilidades pelas quais passaram as Constituições Dirigentes, dentre elas a exacerbação do Estado como força quase exclusiva da sociedade, transformando a legislação/Constituição em instrumento diretivo desse projeto. Em outras palavras, um estado de crise da política regulativa.

Outra fragilidade da Constituição Dirigente está numa espécie de isolamento nacionalista e patriótico, diante de todas as transformações pelas quais passa o mundo, segundo Gomes Canotilho, “como programar normativamente a transição para o socialismo num país só [...] quando os contextos envolventes internacionais, europeus e transnacionais apontavam para uma interdependência e cooperação crescente entre os Estados?”⁵⁶

Afirma, ainda, o mesmo autor que mesmo que a Constituição de uma República continue a ostentar, simbolicamente, a identidade nacional, o seu cariz de normatividade terá que ceder aos novos tipos de organização política e se alinhar, politicamente e normativamente, às novas estruturas regulativas das novas associações abertas, num contexto de estados nacionais abertos.⁵⁷

Tem-se também, na mesma obra ora enfocada, como destaque da mudança do pensamento do professor Gomes Canotilho, as ponderações que passa a exercer o autor em relação à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais em relação à necessidade de interposição legislativa, evitando um excesso desmesurado de normas com eficácia plena.

A corroborar o exposto, cita-se o autor:

[...] Mas, uma coisa é recortar juridicamente um catálogo de direitos de terceira geração e, outra, fazer acompanhar a positivação dos direitos de um complexo de imposições constitucionais tendencialmente conformadoras de políticas públicas de direitos económicos, sociais e culturais. Assim, e para dar um exemplo, se é para nós indiscutível a consagração constitucional de um direito de acesso a todos os graus de ensino, já é problemático plasmar, na constituição, a gratuidade do acesso a todos os

⁵⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 106.

⁵⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 109-110.

⁵⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 109-110.

graus de ensino, não só porque isso pode rigidificar demasiadamente a política pública de ensino, mas também porque pode lançar a Constituição nas querelas dos limites do estado social e da ingovernabilidade. Acresce que a consagração de certos postulados – a gratuidade de todos os graus de ensino – pode apontar para soluções claramente em dissintonia com a própria mensagem emancipatória que justificou a sua inclusão no texto constitucional.⁵⁸

Percebe-se, claramente, neste excerto uma flexibilidade em relação ao pensamento original do professor Gomes Canotilho nas próprias matérias, ou melhor, nos graus de especialidade a que pode descer uma norma constitucional que venha a impor às forças políticas a implementação de políticas públicas tão pormenorizadas.

Ainda, no mesmo texto ora analisado, o professor Gomes Canotilho evolui seu pensamento na direção da substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz para, o já citado, constitucionalismo moralmente reflexivo, que vem a pôr à lume o desafio de completar o projeto da modernidade, na arena complexa da pós-modernidade.

E, um dos aspectos que sobrelevam a mudança de pensamento do professor Gomes Canotilho, novamente aqui destacada, é a abertura de sua visão para o contexto mundial, transnacional, como se denota do seguinte trecho:

[...] Além disso, devem considerar-se superadas as formas totalizantes e planificadoras globais abrindo o caminho para acções e experiências locais (princípio da relevância) e dando guarida à diversidade cultural (princípio da tolerância). No fim das contas, o projecto emancipatório das constituições vai continuar num contexto outro e através de instrumentos regulativos diferentes. A lei dirigente cede lugar ao contrato, o espaço nacional alarga-se à transnacionalização e globalização, mas o ânimo de mudanças, aí, está de novo nos quatro contratos globais. [...] Se assim for, a constituição dirigente fica ou ficará menos espessa, menos regulativamente autoritária e menos estatizante, mas a mensagem subsistirá, agora enriquecida pela constitucionalização de responsabilidade, isto é, pela garantia de condições sob as quais as diversas perspectivas de valor, conhecimento e acção⁵⁹.

Dando continuidade a esta transição do pensamento do professor Gomes Canotilho, passando do Constitucionalismo Dirigente e chegando ao conceito de interconstitucionalidade, cumpre traçar as linhas básicas deste pensamento que, atualmente, movem suas pesquisas.

⁵⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 124-125.

⁵⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 128-129.

Sobre as referidas pesquisas, tem-se a seguinte ideia condutora:

A ideia condutora dos nossos estudos é a de que se assiste à construção de uma rede de constitucionalidade, muitas vezes privada, reclamada por alguns autores como um paradigma substitutivo do paradigma clássico do constitucionalismo ocidental. Sob várias designações – Societal Constitutionalism, Common Law Constitutionalism, Network Governance, Transnational Governance – parece não haver dúvidas quanto à emergência de uma espécie de República Comercial (Republica.com é o título do estimulante livro de Cass Sustein) em que se mistura ilusão de uma comunidade baseada na internet, a pretensão de excelência assente na capacidade de governação transnacional de actores privados e a utopia de um constitucionalismo global estruturado em constitucionalismos parciais civis (sem política)⁶⁰

Importante advertir que estes estudos já se desenvolvem dentro da realidade europeia, na formação através estados europeus da União Europeia, entendida como união de direitos.

Em um artigo denominado Interconstitucionalidade e Interculturalidade, o professor Gomes Canotilho nos brinda com o conceito de um novo olhar para o Constitucionalismo, afirmando voltar mirada a uma teoria da interconstitucionalidade que, “como o nome indica, estuda as relações interconstitucionais de concorrência, convergência, justaposição e conflito de várias constituições e de vários poderes constituintes no mesmo espaço político”. [...] ⁶¹

Em reforço a este conceito e dotando-o de força atualizadora do pensamento do próprio Constitucionalismo, afirma Alessandra Silveira:

E é aqui onde a teoria da interconstitucionalidade pode dar o seu contributo, quer na definição da identidade do constitucionalismo europeu, quer na atualização da teoria do constitucionalismo em geral. Tal teoria se ocupa da convivência de normas constitucionais em rede no mesmo espaço político – o da UE – e emerge nos dias que correm como uma teoria do pluralismo constitucional europeu (ou a mais bem-sucedida hipótese teórica sobre a natureza do seu constitucionalismo). Já não apenas como um remédio para a solução de conflitos constitucionais de autoridade – ou uma teoria sobre a natureza das relações entre a ordem constitucional da União e outras ordens constitucionais, nacionais e internacional. Originariamente a interconstitucionalidade serviu para isso, mas pode e deve fazer mais. Assim, a teoria que nos ocupa está antes focada na legitimidade do constitucionalismo europeu e no seu modelo de organização do poder – ou,

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 259-260.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 266.

noutras palavras, na própria natureza da UE enquanto comunidade jurídico-política.⁶²

Ainda sobre esta nova forma de pensar o Constitucionalismo Dirigente, em relação à noção clássica do Dirigismo Constitucional, o professor Gomes Canotilho preleciona, respondendo a uma indagação no sentido de que seus estudos estão a levar o dirigismo das normas constitucionais internas para o plano supranacional que, quer queiramos ou não, as Constituições nacionais estão formatadas em rede, conversando com outras Constituições numa inter-organizatividade, além de esquemas organizativos supranacionais, afastando, inclusive, algumas normas e princípios das próprias Constituições nacionais. Isto leva a um enfraquecimento das Constituições nacionais, o poder passa a se deslocar para os textos internacionais, contudo “directividade programática permanece, transferindo-se para estes”.⁶³

Trazendo algumas das características essenciais pela qual conforma o conceito do novo constitucionalismo, calcado na noção de interconstitucionalidade, pode-se enumerar com o professor Gomes Canotilho o seguinte:

A especificidade relativa da associação europeia de estados soberanos reconduz-se aos seguintes tópicos: (i) existência de uma rede de constituições de estados soberanos; (ii) turbulência produzida na organização constitucional dos estados soberanos pelas organizações políticas supranacionais; (iii) recombinação das dimensões constitucionais clássicas através de sistemas organizativos de natureza superior; (iv) articulação da coerência constitucional estatal com a diversidade de constituições inseridas na rede interconstitucional; (v) criação de esquemas jurídico-políticos caracterizados por um grau suficiente de confiança condicionada entre as várias constituições e a constituição revelada pela organização política de grandeza superior⁶⁴.

Interessante ressaltar que este novo modelo organizativo do constitucionalismo, simbolizado pela teoria da interconstitucionalidade, perpassa pelo próprio movimento que os Estados Europeus vivem na sua conformação na União Europeia, surgindo para regular e conformar estas novas relações entre os Estados.

⁶² In PINTO, Hélio Pinheiro (Coords.), et al. **Comunidade Política Europeia: da crise do euro à crise do véu, o mundo de ontem?** Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho. Belo Horizonte: Fórum, 2017. p. 279.

⁶³ In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 15.

⁶⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brancos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 267.

Expondo este novo rearranjo dos Estados Europeus, Alessandra Silveira assim dispõe:

A ideia de Estado soberano e a ideia de Constituição ‘atravessaram de mãos dadas toda a modernidade’ (Lucas Pires). Mas se a União Europeia é entendida como a primeira fórmula política pós-moderna (precisamente porque representa uma nova forma de agregação do poder político para além do Estado – com carácter supranacional, portanto), então a União Europeia não tem de repetir as fórmulas já testadas a nível nacional e demanda novas soluções que lhe sejam adaptadas. Os elementos tradicionais do Estado moderno estão ausentes na União Europeia – povo, território, soberania, autoridade hierárquica – logo, o instrumento jurídico-político do Estado não serve para captar o funcionamento da União Europeia, maxime do seu constitucionalismo.⁶⁵

Dessa necessidade surge justamente a teoria da interconstitucionalidade para fazer frente a estes novos desafios, novamente a autora leciona que, diante de uma legitimidade plural, na qual está calcada o constitucionalismo europeu, justamente pela diversidade de fontes constitucionais, há um profundo impacto no cerne do modelo constitucional. Assim, o processo de formação da União Europeia perpassa pelo estudo de uma teoria de interconstitucionalidade, expressa numa rede de Constituições nacionais convivendo num mesmo espaço político. Isto porque o instrumental do Direito Constitucional nacional não mais capta o fenómeno constitucional europeu – “ou o sentido e limites do chamado constitucionalismo evolutivo”. [...] ⁶⁶

O professor Gomes Canotilho explana sobre outras três características deste novo pensar do Constitucionalismo Dirigente, quais sejam a ideia de interculturalidade, baseada na “partilha comunicativa de experiências, valores e ideias não necessariamente plasmadas em vasos normativos”⁶⁷; interparadigmaticidade constituinte, fazendo conviver no mesmo espaço e sistema normativo constituições fundacionais e não fundacionais; e por fim, uma intersemioticidade constitucional, nas quais as constituições nacionais europeias “converter-se-ão em instrumentos relevantíssimos de hermenêutica europeia, que

⁶⁵ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios De Direito Da União Europeia**. 2ª ed. Lisboa: quid iuris. 2011. p. 32.

⁶⁶ SILVEIRA, Alessandra. **Princípios De Direito Da União Europeia**. 2ª ed. Lisboa: quid iuris. 2011. p. 33.

⁶⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 274.

procura articular reconhecimento de identidades nacionais com a formação de uma identidade cultural europeia”⁶⁸.

Nesse sentido, em síntese, as palavras de Bernardo Gonçalves Fernandes:

Em substituição, e como uma nova proposta de uma Teoria da Constituição, Canotilho passa à defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo, cujas premissas se assentam numa noção de eficácia reflexiva ou de direção indireta, por meio do desenvolvimento de instrumentos cooperativos, que resgatem o princípio da responsabilidade e encorajem a sociedade civil. Isso porque o autor passa a levar em conta as mudanças sociais operadas pela pluralização da sociedade hipermoderna [...].⁶⁹

Feitas estas ponderações, passa-se a analisar como o Constitucionalismo Dirigente vem sendo entendido em terras brasileiras.

1.3 O Constitucionalismo Dirigente no Brasil

Com o intuito de se verificar como (não) ocorreu em terras brasileiras a mudança de paradigma no qual estava fulcrado o Constitucionalismo Dirigente, proceder-se-á a uma análise doutrinária desta teoria no Brasil.

As mudanças de posicionamento do professor Gomes Canotilho logo reverberaram entre os estudiosos do Direito Constitucional, no Brasil, causando grande furor a notícia de que estaria anunciada a morte da ideia de Constituição Dirigente.

Alessandra Silveira, testemunha ocular deste movimento, assim descreve este fato:

Nesta senda, não é difícil compreender a perplexidade dos constitucionalistas brasileiros quando foi noticiado no Brasil que Gomes Canotilho teria admitido a morte da Constituição dirigente. De resto, eu própria fui testemunha – na Primavera do ano 2000, durante seminários de doutoramento em Coimbra – do episódio do “filho enjeitado”, depois narrado por Gomes Canotilho no prefácio à segunda edição de “Constituição dirigente e vinculação do legislador”, publicada em 2001. Naquela oportunidade, o meu colega e (então) doutorando Néviton Guedes exortou o Mestre a escrever um prefácio à referida obra, no qual clarificasse o seu pensamento atual – pois o texto continuava a ser lido no Brasil, mas parecia ser uma espécie de “filho enjeitado pelo progenitor”. E assim procedeu

⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008. p. 278.

⁶⁹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspuidium. 2015. p. 77.

Gomes Canotilho. Fê-lo, segundo o seu próprio Autor, porque os filhos não se enjeitam – crescem, reproduzem-se e morrem como qualquer mortal. No seguimento daquela publicação foram inclusivamente organizadas umas jornadas numa pousada próxima à Curitiba, onde se reuniram dezenas de constitucionalistas para discutirem, por videoconferência com Gomes Canotilho, o teor daquele prefácio Requiem – tamanho o espanto e comoção provocados⁷⁰.

Do excerto acima referido percebe-se o quanto esta mudança de pensamento provocou desassossego na teoria do Direito Constitucional Brasileiro, merecendo ser exposto o atual estado da arte do Constitucionalismo Dirigente no Brasil.

As mudanças pelas quais passou o mundo, e o próprio Estado, exerceram e exercem forte pressão à noção da dimensão social do Estado – Estado Social – e, por conseguinte, à própria noção do Dirigismo Constitucional, como visto nas seções anteriores, na pena do professor Gomes Canotilho.

Afirma Miguel Calmon Dantas, sobre este particular, “a crise dos paradigmas da modernidade, com a crise do modelo do capitalismo organizado, levando a um capitalismo desorganizado, trouxe consigo a crise do Estado Social”, dimensão estatal esta que está umbilicalmente ligada ao Estado Democrático de Direitos, aspectos estes que realçam a função de resistência do dirigismo, que tem função de guardar o conteúdo social da constituição, além de vincular as políticas públicas voltadas à consecução do programa constitucional. [...] ⁷¹

Sobre essas mudanças, a globalização pode ser designada como um processo de crescente interdependência entre as nações e sociedades, engendrando mecanismos de incorporação dos povos do mundo em uma única sociedade mundial.

Nos dizeres de Octavio Ianni, utilizando a expressão cunhada por Marshall McLuhan:

[...] aponta como uma das principais características da globalização o fato desta impor ao mundo uma noção de “aldeia global”, expressando uma globalidade no campo das idéias, dos padrões e dos valores sócio-culturais.⁷²

⁷⁰SILVEIRA, Alessandra, **Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim” (a propósito da projeção externa da CRP de 1976 na CF de 1988)**, in Jorge Miranda (ed.), “Nos 40 anos da Constituição”, AAFDL Editora, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. p. 186.

⁷¹ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 337-338.

⁷² IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização**. 10ª ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002. p. 119.

Na mesma senda, José Eduardo Faria, expõe sobre a influência da globalização no Estado e no campo do Direito, sendo o fenômeno da globalização uma das principais causas da crise de regulação, com grande ênfase após a queda do Bloco de países Socialistas, levando a uma redução de autonomia nos campos jurídico, econômico, político e militar. “Essa interdependência dos Estados influi sempre mais na definição das políticas públicas internas de cada Estado”. [...] ⁷³

O grande mote da modernidade, em termos de desafios ao Constitucionalismo, diz respeito à efetividade do conteúdo normativo de uma Constituição, especialmente, no que toca aos direitos prestacionais, dentre eles os direitos sociais, pois nesta seara está o *locus* primeiro de influência das constantes crises que assolam o mundo.

Neste vagar, José Eduardo Faria, ao tratar das consequências que a globalização traz à própria teoria estatal:

Todas essas rupturas têm por consequência uma perda da soberania e da autonomia dos Estados. No plano externo, o Estado Social já não pode pretender regular a sociedade civil nacional de maneira soberana. E, no plano interno, sua ação não permite resolver a crise e aparece como impotente. A distância entre sua vontade e a realidade, entre a lei e sua aplicação, vai crescendo. Diminuídos seus poderes de coação, o Estado tem que compartilhá-los com outras forças que transcendem o nível nacional e que, segundo sua posição hierárquica mundial, o determinam, incapaz de impor uma regulação social, e aprisionado entre um nível internacional mais coativo e um nível infranacional que procura liberar-se de sua tutela, o Estado se encontra em uma crise de legitimidade. As forças econômicas e sociais, as outras instâncias, internacionais e regionais ou locais, que podem pretender desempenhar um papel mais ativo que antes na regulação social, querem recuperar partes das prerrogativas do Estado Nacional. [...] ⁷⁴

Com efeito, na medida em que o Estado vai perdendo força com o impacto da globalização neoliberal, ocorre um enfraquecimento de seu domínio sobre as variáveis que influenciam a economia, deteriorando, destarte, sua capacidade de formulação e implementação de políticas públicas. Sem embargo, este processo repercute, inexoravelmente, na efetividade dos direitos sociais, já que, via de regra, dependentes de políticas estatais concretizadoras.

⁷³ FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 18.

⁷⁴ FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas**. São Paulo: Malheiros. 2015. p. 19.

Diante dessa crise e, principalmente, diante da realidade econômica e social do Brasil, afirma Miguel Calmon Dantas, que o Constitucionalismo Dirigente nos moldes formulados por Canotilho inicialmente, ainda prevalecem:

Com efeito, o dirigismo constitucionalmente adequado ao texto e ao contexto brasileiros, com a aptidão não apenas de resistência, mas de projeção do Estado Social enquanto voltado para a concepção processual de utopias jurídicas, sejam as respeitantes aos objetivos constitucionais, sejam as pertinentes aos direitos fundamentais, consubstancia em si mesmo a constituição fundamental do Estado Democrático de Direito, cuja atividade de direção e decisão política é impostergavelmente vinculada positiva e negativamente à programaticidade constitucional.⁷⁵

Do que consta das ideias referidas, transparece o pensamento primevo do professor Gomes Canotilho, de um cariz eminentemente vinculador do legislador e até revolucionário, alheio ao que consta da evolução das premissas da teoria da interconstitucionalidade.

O grande mote a que ainda se encontram ancoradas as discussões acerca do constitucionalismo dirigente no Brasil, partem da premissa de que em países como o Brasil, ditos de modernidade tardia, a concepção do Constitucionalismo Dirigente inicial ainda é o farol a iluminar o caminho das ideias do Direito Constitucional.

As palavras de Lenio Luiz Streck são no sentido de que o constitucionalismo contemporâneo tem de ser debatido, uma vez que não se pode falar em morte do constitucionalismo. “As noções de Constituição dirigente, da força normativa da Constituição, de Constituição compromissória, não podem ser relegadas a um plano secundário, mormente em um país como o Brasil”. Isto porque no Brasil ainda restam incumpridas as promessas da modernidade. [...] ⁷⁶

No mesmo sentido, José Luiz Bolzan de Moraes e Lenio Luiz Streck:

O debate acerca dos limites do direito e do grau de vinculatividade da Constituição, embora já tenha o seu fim anunciado pelos defensores das teorias processuais-procedimentais, continua absolutamente atual. Se o Estado Democrático de Direito tem o seu berço no constitucionalismo surgido no segundo pós-guerra, a pergunta que se faz é: ainda é possível falar em Constituição compromissória? Pode um texto constitucional determinar o agir político-estatal? Ainda é possível sustentar que a constituição especifica o que fazer, e o governo - lato sensu – estabelece como fazer? A vontade geral popular, representada por maiorias eventuais, pode alterar substancialmente o conteúdo da Constituição, naquilo que é o

⁷⁵ DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 338.

⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4.ed. São Paulo: RT, 2013. p. 29.

seu núcleo político? Ainda é possível falar em soberania dos Estados? Quais os limites do constituir da Constituição? [...] ⁷⁷

De se ressaltar, que os mesmos autores não são desconhecedores da evolução do pensamento do Professor Gomes Canotilho, como aqui se demonstra:

No decorrer dos anos, a tese do dirigismo constitucional tem sofrido críticas das mais variadas, mormente a partir do fortalecimento da globalização e do neoliberalismo. De outra banda, o engendramento das teses processuais-procedimentais acerca da Constituição vem, paulatinamente, enfraquecendo o papel compromissário-vinculante dos textos constitucionais. O próprio Canotilho, principal articulador da tese do dirigismo constitucional em terras portuguesas – no que foi seguido por vários constitucionalistas brasileiros –, tem colocado sérias reservas à prevalência da tese da Constituição dirigente. [...] ⁷⁸

Em que pese a ressalva, afirmam, os mesmos autores, que o papel da Constituição, especialmente no Brasil, não pode se furtar de conter um núcleo essencial que acolha as conquistas civilizatórias do Estado Democrático e Social de Direito, unindo democracia e direitos humanos fundamentais sociais. Tal núcleo, que deriva do Estado Democrático de Direito compõe, atualmente, um núcleo básico universal que deve ser a base de uma teoria geral da Constituição e do constitucionalismo no Ocidente, os demais componentes de uma Constituição obedeceriam às especificidades nacionais e regionais de cada Estado. ⁷⁹

Ainda sobre o não esgotamento da tese do Constitucionalismo Dirigente Compromissório, Lenio Luiz Streck assevera:

Mais do que assegurar os procedimentos da democracia – que são absolutamente relevantes –, é preciso entender a Constituição como algo substantivo, porque contém direitos fundamentais, sociais, coletivos que o pacto constituinte estabeleceu como passíveis de realização. Há que se deixar assentado que o constitucionalismo dirigente-compromissório não está esgotado. A Constituição ainda deve constituir-a-ação, mormente, porque, no Brasil, nunca constituiu. No texto da Constituição de 1988, há um núcleo essencial, não cumprido, contendo um conjunto de promessas da modernidade, que deve ser resgatado (o ideal moral transforma-se em obrigação jurídica). O problema é que, em países como Brasil, formou-se um silêncio eloquente acerca do significado da Constituição, naquilo que ela tem de norma diretiva fundamental. ⁸⁰

⁷⁷ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 107.

⁷⁸ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 108.

⁷⁹ STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014. p. 109.

⁸⁰ STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 171.

Acerca do papel das Constituições no contexto de Estado Democrático Pós-moderno de Direito, Clarisa Tassinari, assim discorre:

Nesse quadro de transformações, ganha espaço o caráter prospectivo dos textos constitucionais (fator que não permite que o Direito fique à reboque dos fatos sociais), fazendo com que a Constituição passe a nortear a sociedade para o Estado que se pretende constituir. Isso significa, nas palavras de Alexandre Morais da Rosa, que existe a necessidade orgânica de convergência das práticas jurídicas e sociais aos regramentos constitucionais [...], estabelecendo-se, portanto, um sistema de garantias simultâneo de preservação e realização. [...] ⁸¹

Para além da concepção da noção da Constituição para o Constitucionalismo Dirigente, cumpre também expor como os juristas brasileiros trabalham a noção da Constituição Dirigente e o pluralismo político, pois em matéria de reformas constitucionais que ponham em xeque conquistas sociais, tal noção é de curial importância.

Nesse vagar, percebe-se que muitos juristas, no Brasil, ainda veem uma incompatibilidade intransponível entre Constituição dirigente e pluralismo político, ou seja, do embate entre o princípio da constitucionalidade e o princípio democrático, qual preponderará.

Nessa linha de pensamento, Gilberto Bercovici, afirma ainda ser possível um constitucionalismo dirigente. Para o constitucionalista “o programa constitucional não tolhe a liberdade de conformação do legislador ou a discricionariedade do governo, nem impede a renovação da direção política e a confrontação partidária”. Isto porque a direção política é ínsita ao cumprimento dos próprios objetivos da uma República democrática constitucional, previstos nas Constituições. Assim, cabe ao governo selecionar e especificar os meios e instrumento para a consecução, dos fins constitucionalmente previstos. ⁸²

Na mesma linha, Jacinto Nelson de Miranda Coutinho:

A Constituição dirigente nunca pretendeu ocupar todos os espaços da regulação jurídica da sociedade, substituindo assim o processo de decisão política característico dos regimes democráticos. E neste sentido Canotilho é categórico ao afirmar que para ele nunca existiu esta contradição (entre Constituição Dirigente e pluralismo político), visto que, as dimensões econômicas, sociais e culturais inscritas nos textos constitucionais não

⁸¹ TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial limites da atuação do judiciário**. Livraria do advogado, 2013. p. 137.

⁸² BERCOVICI, Gilberto. “**A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**”. Revista de Informação Legislativa, n. 142, Brasília, Senado Federal, abr./jun., 1999. p. 40.

tiveram o condão de impedir a evolução, nem a adoção, de várias políticas alternativas.⁸³

Um mínimo de consenso se torna imprescindível, ainda que não se esteja a postular a cristalização das políticas na Constituição. Portanto, cumpre deixar claro que o Constitucionalismo Dirigente, para estes autores, não substitui a política, ao contrário, a Constituição Dirigente nada mais faz do que sujeitar a política à fundamentação constitucional.

Para a devida compreensão do caráter dirigente da Constituição brasileira, para alguns autores, tem-se, antes de mais nada, que se reportar à advertência de Canotilho no sentido de que o texto e o contexto são indissociáveis, de modo que se deve proceder a uma análise constitucional que abranja o contexto social e político no qual se insere nosso texto normativo.

Como explicita Bercovici, “o texto constitucional é um texto que regula uma ordem histórica concreta, e a definição de uma Constituição só pode ser obtida a partir de sua inserção e função na realidade histórica”.⁸⁴

Em outros termos, uma teoria da Constituição só poderá ser formulada a partir de cada Constituição considerada singularmente no seu contexto histórico e social, dependendo, inexoravelmente, de sua identidade nacional, como já advertira em anterior citação, Lenio Luiz Streck.

Os autores brasileiros, tendo em vista as discrepâncias conjunturais às quais estão submetidos Portugal e Brasil, dão forte subsídio argumentativo em prol da manutenção das teses originais de Canotilho para o contexto jurídico e social contemporâneo brasileiro, fazendo-se presente ainda a noção de que no Brasil as promessas da modernidade não foram cumpridas, e que, por esta razão, a Constituição dirigente, no Brasil, ainda se faz historicamente necessária.

Segundo Felipe Derbli:

A fome e a seca ainda assolam a população brasileira em alguns pontos do país, a crescente concentração de renda e a correlata desigualdade social ainda destinam ao Brasil um lugar de destaque no ranking dos países mais injustos, o percentual da população brasileira abaixo da linha da pobreza é

⁸³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 37.

⁸⁴ BERCOVICI, Gilberto. “**A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**”. Revista de Informação Legislativa, n. 142, Brasília, Senado Federal, abr./jun., 1999. p. 40.

alarmante, a alfabetização em algumas regiões brasileiras ainda se traduz em uma meta distante, etc.⁸⁵

Apoiam-se, inclusive, nos dizeres do próprio professor Gomes Canotilho acerca dessa subsistência primeva do Constitucionalismo Dirigente:

[...] as Constituições dirigentes não são arbitrárias quando elas acontecem; muitas das Constituições dirigentes estão ligadas a momentos de fratura, a momentos de revolução, a momentos de reconstrução de um país, e muitas vezes transportam idéias inovadoras, idéias generosas, e é isso que se esquece quando se fala, genericamente, em maldade das Constituições dirigentes. Em boa verdade, quando elas surgiram, quando transportaram estas idéias, foram elas próprias fatores de transformação social. Neste contexto, poderemos dizer também que elas devem continuar a existir enquanto forem úteis, enquanto forem historicamente necessárias.⁸⁶

E, prossegue o mesmo autor, na linha de que as Constituições foram historicamente necessárias em certo momento, podem ter cumprido parcialmente seu papel, mas podem não ter cumprido ainda todo o seu papel. Acredita, o professor Gomes Canotilho, que as Constituições vão sobreviver até que sua organização política, econômica, social e cultural subsista nos moldes hoje vigente, pois do contrário, quando as novas gerações não mais se identificarem com as Cartas Magnas e não mais possuírem força reflexiva, ou seja, capacidade de conformar a realidade social, ela será substituída, dissolvendo-se nos próprios mecanismos sociais. Portanto, as Constituições dirigentes existirão enquanto historicamente necessárias.⁸⁷

Enfim, afirma-se que, diante desse quadro teratológico de injustiça social, torna-se inadmissível abrir mão de um programa constitucional que se proponha a transformar a realidade social brasileira, do que dá conta a Constituição de 1988, que, para além de mero instrumento de governo, enunciador de competências e regulador de processos, estipula diretrizes, fins e programas a serem realizados pelo Estado e pela Sociedade.

Sobre esses questionamentos, Valéria Ribas do Nascimento afirma:

Entretanto, alguns doutrinadores brasileiros pontuaram perguntas ao autor português, considerando as diferenças existentes entre os países desenvolvidos e os países em desenvolvimento, nos quais existem

⁸⁵ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 69-70.

⁸⁶ In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39-40.

⁸⁷ In COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Canotilho e a Constituição Dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 39-40.

problemas sociais e políticos diferenciados. Como resposta, Canotilho afirma ter a sensação de que não se deve falar de teoria da Constituição, mas talvez de teorias das Constituições e, possivelmente, de uma rede de interconstitucionalidade, dos vários constitucionalismos, dos vários questionamentos.⁸⁸

Pois bem, diante da assertiva de que a Constituição é a ordem jurídica fundamental de uma determinada comunidade num dado período histórico, é de se perguntar se, e em que medida, as novas posições de Canotilho são aplicáveis à hodierna quadra histórica brasileira. O que a interconstitucionalidade tem a contribuir com o contexto brasileiro.

Alessandra Silveira, afirma que:

A teoria da interconstitucionalidade surge, portanto, da necessidade de enquadrar o fenómeno da interação reflexiva entre normas constitucionais de distintas fontes que convivem no mesmo espaço político – aquele da União Europeia – o que implica a atuação em rede para a solução de problemas constitucionais (sobretudo jusfundamentais) comuns. A metáfora das redes traduz a ausência de hierarquia e é utilizada para explicar que os instrumentos do direito constitucional nacional já não conseguem captar o sentido, os limites, nem fornecer compreensões juridicamente adequadas para os problemas da integração europeia, o que exige o desenvolvimento de uma teoria da interconstitucionalidade que explique o que se está a passar.⁸⁹

Segundo a mesma autora, o termo interconstitucionalidade foi gestado por obra da academia portuguesa, reproduzindo de forma mais eloquente que a expressão anglo-saxônica, constitucionalismo multinível (multilevel constitutionalism), “a ideia de um modelo de interconexão onde não há espaço para níveis que pressupõem hierarquia.”⁹⁰

Portanto, a interconstitucionalidade funda-se no ideário de pôr em diálogo diferentes constituições, e não só isso, diferentes fontes normativas a fim de solucionar os problemas de integração entre os países, demonstrando um caráter eminentemente consentâneo com a atual quadra que perpassa o mundo, decorrentes dos fenômenos globalizantes.

Nesse sentido, a advertência de Alessandra Silveira:

⁸⁸ NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo de reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2011. p. 263.

⁸⁹ in Alexandre Walmott Borges/Saulo Pinto Coelho (eds), “**Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global**”, LAECC, Uberlândia/Brasil, 2015.

⁹⁰ in Alexandre Walmott Borges/Saulo Pinto Coelho (eds), “**Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global**”, LAECC, Uberlândia/Brasil, 2015.

É certo que o direito constitucional, tal como as outras disciplinas jurídicas, é uma ciência de aplicação de normas, sejam elas normas em forma de princípios, sejam elas normas em forma de regras. Todavia, diante da erosão da substantividade própria do direito constitucional, importa saber se o que está em causa não serão antes problemas epistemológicos em vez de problemas dogmáticos de aplicação de normas constitucionais. Ou em jeito de inquietações: Que oportunidades a teoria constitucional oferece à reflexão sobre a crise económico-financeira? Em que medida a crise pode ter um impacto no pensamento jurídico-constitucional? Em que medida as relações entre o económico, o político, e o jurídico-constitucional são compreendidos e tematizados num contexto de crise em termos de causas e soluções? Qual o valor específico e autónomo do direito constitucional nos dias que correm? O que resta da Constituição depois da globalização?⁹¹

Ainda sobre estes novos desafios do constitucionalismo, aponta Valéria Ribas do Nascimento que o Constitucionalismo, nada obstante tenha nascido do Estado, precisa se adaptar ao contexto global e cosmopolita, uma vez que, sem sombra de dúvidas, os problemas centrais do constitucionalismo, em especial, a proteção de direitos fundamentais e a limitação do poder estatal, estão sendo subtraídos, unicamente, da instância estatal, exigindo diálogo entre outros agentes internos e externos.⁹²

Algumas vozes, no Brasil, passam a perceber a importância desse estabelecimento de diálogo normativo entre as Constituições e entre as Cortes Constitucionais, tal ideia é exposta por Ingo Wolfgang Sarlet, a demonstrar o que ainda se tem que evoluir no Direito Constitucional, principalmente na noção de um controle de convencionalidade da legislação interna tendo como parâmetro os tratados internacionais de direitos humanos, os quais tem sido gradualmente incorporados à teoria e prática dos direitos humanos e fundamentais, o que não afasta a circunstância de que ainda há um longo caminho a percorrer, inclusive no concernente ao necessário diálogo entre os tribunais nacionais e as cortes supranacionais (no nosso brasileiro, a Corte Interamericana de São José da Costa Rica) para que a integração entre as dimensões internacional e interna se torne realmente produtiva.⁹³

⁹¹ SILVEIRA, Alessandra, **Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim” (a propósito da projeção externa da CRP de 1976 na CF de 1988)**, in Jorge Miranda (ed.), “Nos 40 anos da Constituição”, AAFDL Editora, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. p. 196.

⁹² NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo de reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2011. p. 263.

⁹³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais aos 30 anos da Constituição — do entusiasmo à frustração?**. Consultor Jurídico. Coluna Direitos Fundamentais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-12/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-aos-30-anos-constituicao-federal>>. Acesso em: 14/10/2018.

Sobre estes problemas derivados da globalização, os quais aproximam o constitucionalismo brasileiro e europeu, bem como os contributos da teoria da interconstitucionalidade para o Direito Constitucional brasileiro, Alessandra Silveira dispõe:

Tudo isso interpela o tema do controlo democrático dos processos políticos e económicos num contexto globalitário (ou numa ambiência pós-estatal). Diante do exposto é possível constatar que a influência do constitucionalismo português naquele brasileiro dá-se hoje sobretudo noutro contexto que não aquele revolucionário, emancipatório, dirigente – próprio de um tempo em que se acreditava que as normas podiam alterar (sem mais) a realidade. Os problemas constitucionais que atualmente aproximam o constitucionalismo português e o brasileiro derivam da globalização em curso – e por isso importam, neste contexto, as implicações do constitucionalismo em rede e as soluções partilhadas, em termos de políticas públicas, no contexto da União Europeia.⁹⁴

Segundo Alessandra Silveira, “o certo é que as Constituições estão em rede [...], o que nos obriga a interagir com as Constituições alheias e afinar os nossos esquemas organizativos e a nossa praxis jurídico-política a partir do programa normativo de outras ordens jurídicas”. Afirmar que, na atualidade, este talvez seja o maior desafio para os embates teóricos e para linguagem hermenêutica, entre o constitucionalismo português e o brasileiro.⁹⁵

Em arremate, a mesma autora:

Ou noutros termos, aos brasileiros importa refletir se mais vale uma Constituição cidadã enclausurada ou uma Constituição cidadã em rede. E aos portugueses, enquanto europeus, importa evoluir a partir da expertise de outras partes do mundo, numa espécie de partilha criativa de conhecimento, pois a União Europeia precisa desesperadamente aprender com o que os outros pensam dela e com o que estiverem dispostos a lhe ensinar. Em ambos os lados do Atlântico as expectativas dos cidadãos deixaram de ser compatíveis com os arranjos institucionais que deveriam satisfazê-los, sendo necessário reorganizar tudo novamente, contra resistências e contradições.⁹⁶

Feitas estas breves ponderações acerca da evolução do Constitucionalismo Dirigente e de seu atual estado da arte no Brasil, passe-se a expor a noção do conceito de princípio e da forma de resolução das colisões de

⁹⁴ SILVEIRA, Alessandra, **Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim” (a propósito da projeção externa da CRP de 1976 na CF de 1988)**, in Jorge Miranda (ed.), “Nos 40 anos da Constituição”, AAFDL Editora, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. p. 196-197.

⁹⁵ SILVEIRA, Alessandra, **Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim” (a propósito da projeção externa da CRP de 1976 na CF de 1988)**, in Jorge Miranda (ed.), “Nos 40 anos da Constituição”, AAFDL Editora, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. p. 196-197.

⁹⁶ SILVEIRA, Alessandra, **Do dirigismo constitucional à interconstitucionalidade “com cheirinho de alecrim” (a propósito da projeção externa da CRP de 1976 na CF de 1988)**, in Jorge Miranda (ed.), “Nos 40 anos da Constituição”, AAFDL Editora, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017. p. 199-200.

princípios constitucionais, assentando bases para o entendimento acerca do princípio da proibição do retrocesso social.

CAPÍTULO 2

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL À LUZ DO CONSTITUCIONALISMO PÁTRIO

Antes de se estabelecer a noção acerca dos caracteres do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, cumpre trazer à baila a própria noção do conceito de princípio, além de se estabelecer como são resolvidos conflitos que envolvem dois princípios constitucionais incidentes em uma mesma lide.

Aliás, em tema de direito sociais, enfoque deste trabalho, a tese prevalecente acerca da concepção dada a esta espécie de direito fundamental, possui íntima relação com a teoria da ponderação de princípios de Robert Alexy, como bem demonstra Bernardo Gonçalves Fernandes:

(3) Tese dos direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie*. Essa tese, que também vai além da caracterização dos direitos sociais como meras normas programáticas é a que apresenta um maior número de adeptos. Para a mesma, os direitos sociais devem ser entendidos, em virtude da natureza principiológica dos mesmos, como direito subjetivos *prima facie* e com isso eles se sujeitam a um processo de ponderação à luz de um caso concreto que precede o reconhecimento desses direitos sociais como direitos definitivos. Sem dúvida, a ponderação será instrumentalizada pela regra (princípio, máxima ou postulado) da proporcionalidade e por suas sub-regras. Assim teríamos, um direito social exigível que entraria em uma ponderação com outro ou outros direitos (incluindo aí princípios como o da democracia ou mesmo o da separação de poderes). [...].⁹⁷

Indubitavelmente, a efetivação e concretização de direitos sociais fundamentais perpassa pela temática da ponderação de princípios constitucionais. “Portanto, esse direito social seria um direito subjetivo exigível sempre *prima facie* que poderia se tornar um direito definitivo no caso concreto. A defesa dessa perspectiva é atrelada à teoria de Robert Alexy”.⁹⁸

Assim, cumpre estabelecer os contornos dessa teoria para os fins colimados pela presente pesquisa.

2.1 Conceito de Princípio

⁹⁷ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspudivium. 2015. p. 591.

⁹⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspudivium. 2015. p. 591.

A tarefa de conceituar os princípios é árdua, pois não existe uma definição unívoca do termo, sua conceituação sofre muitas variações em cada campo da ciência, seja na filosofia, política, sociologia ou no direito, tornando difícil uma definição uniforme do termo.

Mesmo dentro da Ciência do Direito o termo princípio recebe abordagens as mais variadas, este é o entendimento de Ruy Samuel Espíndola que designa as várias formas pelas quais os princípios são abordados na Ciência Jurídica mostrando que:

[...] tem-se usado o termo princípio ora para designar a formulação dogmática de conceitos estruturados por sobre o direito positivo, ora para designar determinado tipo de normas jurídicas e ora para estabelecer os postulados teóricos, as proposições jurídicas construídas independentemente de uma ordem jurídica concreta ou de institutos de direito ou normas legais vigentes⁹⁹.

E, prossegue o mesmo autor:

Essa polissemia não é benéfica neste campo do saber, em que a confusão de conceitos e idéias pode levar a frustração da práxis jurídica ou à sonegação, por uma prática equívoca, de direitos ou de situações protegíveis pelo sistema jurídico posto¹⁰⁰.

Do exposto acima, nota-se a importância de ter-se bem definida a noção de princípios dentro do ordenamento jurídico, pois se na aplicação do direito a definição do papel exercido pelos princípios não está clara, notória será a dificuldade para a resolução de conflitos entre os mesmos.

Ante a dificuldade em se ter uma definição única de princípios, mister se faz analisar a evolução histórica do termo no campo jurídico, para poder-se ter em mente como se deu o desenvolvimento do seu conceito atual.

O professor Paulo Bonavides faz uma explanação detalhada desta evolução, mostrando como os princípios adquiriram com o passar do tempo juridicidade. Assim, “a juridicidade dos princípios passa por três distintas fases: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista”¹⁰¹.

Na fase jusnaturalista a ideia era de que:

⁹⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 49.

¹⁰⁰ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 49.

¹⁰¹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 259.

[...] os princípios habitam ainda esfera por inteiro abstrata e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça. Nessa fase tinha-se a ideia de que os princípios, extraídos do ordenamento jurídico positivado, eram insuficientes para complementar as lacunas da lei, daí a necessidade de se recorrer ao Direito Natural, o ideal de justiça¹⁰².

Já na segunda fase, a chamada fase positivista, os princípios entram nos Códigos como fonte normativa subsidiária, citado por Bonavides, Gordillo Cañas afirma que:

[...] os princípios entram nos Códigos unicamente como válvula de segurança, e não como algo que se sobrepusesse à lei, ou lhe fosse anterior, senão que, extraídos da mesma, foram ali introduzidos para estender sua eficácia de modo a impedir o vazio normativo.¹⁰³

Nota-se que a diferença entre o primeiro período, jusnaturalista, e o segundo período, juspositivista, está na inserção dos princípios dentro do ordenamento, estando no mesmo nível da lei, e não como algo acima ou anterior à lei como apregoavam no primeiro período, tendo que recorrer a ideais abstratos de justiça, todavia tinha um caráter subsidiário, de colmatação de lacunas normativas e não de aplicabilidade imediata.

Nesse sentido, o professor Paulo Bonavides assevera que o positivismo jurídico, “ao fazer dos princípios na ordem jurídica constitucional meras pautas programáticas supraleais, tem assinalado, via de regra, a sua carência de normatividade, estabelecendo, portanto, a sua irrelevância jurídica”.¹⁰⁴

Ainda na mesma senda, Ruy Samuel Espindola afirma que:

[...] o valor dos princípios estando derivado da lei ainda torna precaríssima a normatividade dos mesmos, dado o papel meramente subsidiário que essa corrente lhes empresta e o lugar teórico que lhes coloca – são fontes de integração do direito, quando ocorrerem vazios legais¹⁰⁵.

Arrematando a evolução histórica chega-se a terceira fase, a chamada era pós-positivista, na qual “as novas Constituições promulgadas acentuam a

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 259.

¹⁰³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 262.

¹⁰⁴ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 263.

¹⁰⁵ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 58.

hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais”.¹⁰⁶

Daniel Sarmento, sintetiza a evolução dos princípios até se tornarem normas jurídicas:

Na primeira, correspondente ao predomínio do jusnaturalismo, os princípios eram encarecidos no plano moral, concebidos como postulados de justiça, mas não se lhes reconhecia natureza propriamente normativa. Na segunda fase, de domínio do positivismo jurídico, os princípios não eram concebidos como normas, mas sim como meios de integração do Direito. Naquele período, os princípios eram considerados como imanentes ao ordenamento, e não transcendentais a ele, e a sua construção dava-se por meio de um processo de abstração que extraía do próprio sistema jurídico as suas principais orientações. Já a fase atual, equivalente ao pós-positivismo, teria como característica central a valorização dos princípios, não só na dimensão ético-moral, como também no plano jurídico propriamente dito¹⁰⁷.

A atual quadra da concepção dos princípios se deu em virtude dos traumas da segunda guerra mundial, no qual o Direito precisava se reinventar para fazer frente a proteção efetiva dos Direitos Humanos, reaproximando-se da moral, dos valores e não servindo como forma para qualquer conteúdo.

Nos dizeres de Luís Roberto Barroso:

O Direito, a partir da segunda metade do século XX, já não cabia mais no positivismo jurídico. A aproximação quase absoluta entre Direito e norma e sua rígida separação da ética não correspondiam ao estágio do processo civilizatório e às ambições dos que patrocinavam a causa da humanidade. Por outro lado, o discurso científico impregnara o Direito. Seus operadores não desejavam o retorno puro e simples ao jusnaturalismo, aos fundamentos vagos, abstratos ou metafísicos de uma razão subjetiva. Nesse contexto, o pós-positivismo não surge com o ímpeto da desconstrução, mas como uma superação do conhecimento convencional. Ele inicia sua trajetória guardando deferência relativa ao ordenamento positivo, mas nele reintroduzindo as idéias de justiça e legitimidade¹⁰⁸.

Vale destacar, ainda, o papel crítico de Dworkin para a consolidação dessa nova aceção dos princípios, o qual é demonstrado pelo professor Paulo Bonavides, no sentido de que o pós-positivismo consegue superar as bases do Direito Natural. O mesmo autor faz também uma crítica ao denominado positivismo

¹⁰⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 264.

¹⁰⁷ SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016. p. 379.

¹⁰⁸ BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. 1, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018. p. 19.

ortodoxo. “Sua obra tem valiosamente contribuído para traçar e caracterizar o ângulo novo da normatividade definitiva reconhecida aos princípios”.¹⁰⁹

Portanto, os princípios passam, ao menos em linha de entendimento majoritário, ao lado das regras, a ter normatividade e aplicabilidade imediata e direta, sem a necessidade da interposição legislativa na regulamentação do conteúdo principiológico da Constituição.

Passando-se por essas considerações acerca da evolução histórica dos princípios, será demonstrado o que a doutrina moderna vem entendendo sobre o conceito de princípios.

Buscando firmar a diferença entre princípios e valores, Orlando Luiz Zanon Júnior afirma:

Os princípios jurídicos, por sua vez, são os valores aos quais se atribui força de determinação na produção normativa, tanto na fase de positivação como de aplicação, mediante construção argumentativamente vinculada ao Ordenamento Jurídico. Com efeito, a única diferença entre valores e vetores principiológicos reside no fato de que é possível justificar discursivamente a pertença deste à ordem jurídica, como critérios de julgamento já devidamente incorporados pela cultura de determinada Sociedade, seja de forma expressa na legislação ou de maneira tácita, consoante apontamentos jurisprudenciais ou doutrinários produzidos ao longo da história institucional de determinada comunidade. Outrossim, valores podem ou não estar incorporados à ordem jurídica como fatores de determinação na atividade jurígena, sendo que, em caso positivo, recebem designação de Princípios Jurídicos, justamente em razão da assunção de caráter deontológico¹¹⁰.

Bernardo Gonçalves Fernandes afirma o caráter normativo dos princípios ao apregoar que, com o surgimento do pós-positivismo, os princípios ganham status de norma, ao lado das regras. Em outras, palavras ganham força normativa plena com juridicidade equivalente às das regras jurídicas. Os princípios, nesta nova vertente, deixam ter papel de colmatação de lacunas e mero caráter interpretativo passando a terem papel principal ao lado das regras em sua efetiva aplicação”.¹¹¹

Traz-se também o conceito pós-positivista acerca dos princípios formulado por Humberto Ávila:

Os princípios são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade,

¹⁰⁹ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 265.

¹¹⁰ ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2ª ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015. p. 170.

¹¹¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspudivum. 2015. p. 283.

para cuja aplicação se demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção¹¹².

Segundo Dworkin, princípio é “um padrão que deve ser observado, não porque vá promover ou assegurar uma situação econômica, política ou social considerada desejável, mas porque é uma exigência de justiça ou equidade ou alguma outra dimensão da moralidade¹¹³.

Desta maneira distingue princípio de política, que segundo o mesmo autor, é “aquele tipo de padrão que estabelece um objetivo a ser alcançado, em geral uma melhoria em algum aspecto econômico, político ou social da comunidade”¹¹⁴.

Após os esclarecimentos acerca do conceito de princípios, passa-se a análise das diferenciações entre os princípios e as regras, pois para uma completa noção do conceito de princípio, necessário se faz analisar tais diferenciações.

A doutrina com um viés neoconstitucional¹¹⁵ vem distinguindo princípios e regras, classificando-os como espécies do gênero norma jurídica, todavia merecendo espaços distintos, em razão de sua distinção. Distinção esta que será estudada nesta parte do trabalho, demonstrando uma determinação exata das distinções entre as noções de princípios e regras.

Paulo Bonavides dispõe que, “tanto as regras como os princípios também são normas, (...) porquanto ambos se formulam com a ajuda de expressões deônticas fundamentais, como mandamento, permissão e proibição”¹¹⁶.

As primeiras teorias sobre as diferenciações entre princípios e regras usavam o critério da generalidade, porém ainda utilizado como forma de distingui-los, tal critério também é trazido à baila por Valeschka Braga, denominando-o de:

[...] critério estrutural, quando afirma que “as regras têm um descritor mais detalhado, enquanto os princípios necessitam de “mediações concretizadoras” e aí se encontra a diferença estrutural existente entre

¹¹² AVILA, Humberto. **Teorias dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 70.

¹¹³ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

¹¹⁴ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 36.

¹¹⁵ Sobre a transição do positivismo jurídico para o neoconstitucionalismo consultar: BERNDT, Rafael Espíndola. SANTIN JÚNIOR, Walter. **Do positivismo Jurídico ao Pós-positivismo**. In Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Santa Catarina. v. 24, n. 30, 2017. p.p 39-59.

¹¹⁶ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 277.

esses tipos de normas jurídicas. E arremata: “além disso, os princípios possuem importante função argumentativa, permitindo que se apreenda o porquê de determinada disposição¹¹⁷.”

Humberto Ávila denomina de hipotético-condicional, pois “regras possuem uma hipótese e uma consequência que predeterminam a decisão, sendo aplicadas ao modo se, então, os princípios apenas indicam o fundamento a ser utilizado pelo aplicador para, futuramente, encontrar a regra aplicável ao caso concreto¹¹⁸.”

Esse critério condicional sofre críticas do autor, pois “embora seja correta a afirmação de que os princípios indicam um primeiro passo direcionador de outros passos para a obtenção ulterior da regra, essa distinção não fornece fundamentos que indiquem o que significa dar um primeiro passo para encontrar a regra”.¹¹⁹

O autor supra citado encerra sua crítica a esse critério, alertando que a diferença não está na falta de consequências jurídicas, “mas o tipo de prescrição de comportamentos e de consequências, o que é algo diverso”¹²⁰.

Com o passar dos tempos, Ronald Dworkin estabelece mais dois critérios de distinção:

A diferença entre princípios jurídicos e regras jurídicas é de natureza lógica. Os dois conjuntos de padrões apontam para decisões particulares acerca da obrigação jurídica em circunstâncias específicas, mas distinguem-se quanto à natureza da orientação que oferecem. As regras são aplicáveis à maneira do tudo-ou-nada. Dados os fatos que uma regra estipula, então ou a regra é válida, e neste caso a resposta que ela oferece deve ser aceita, ou não é válida, e neste caso em nada contribui para a decisão. [...] Mas não é assim que funcionam os princípios apresentados como exemplos nas citações. Mesmo aqueles que mais se assemelham a regras não apresentam consequências jurídicas que se seguem automaticamente quando as condições são dadas¹²¹.

Já o segundo critério, afirma Ruy Samuel Espíndola, que é decorrente do primeiro, pois “os princípios possuem uma dimensão que não é própria das regras jurídicas: a dimensão do peso ou importância. Assim, quando se entrecruzam vários princípios, quem há de resolver o conflito deve levar em conta o peso relativo de cada um deles”. As regras não possuem este aspecto, não se pode estabelecer,

¹¹⁷ BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 29.

¹¹⁸ AVILA, Humberto. **Teorias dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 31.

¹¹⁹ AVILA, Humberto. **Teorias dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 32.

¹²⁰ AVILA, Humberto. **Teorias dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2005. p. 35.

dentro do ordenamento jurídico, uma ordem de importância entre regras. Deste modo, em caso de conflitos entre regras não há como sopesá-las, se uma das regras está em conflito com outra, uma delas não será válida.¹²²

Paulo Bonavides complementa afirmando que, “a dimensão de peso [...] só os princípios a possuem, as regras não, sendo este, talvez, o mais seguro critério com que distinguir tais normas¹²³.”

Nesse mesmo sentido Eros Grau identificou que as regras devem ser aplicadas por completo ou não, não comportando exceções, enquanto os princípios não se excluem, comportando exceções no âmbito de sua aplicação.

Note-se o posicionamento do autor quanto à questão:

[...] as regras jurídicas não comportam exceções. Isso é afirmado no seguinte sentido; se há circunstâncias que excepcionem uma regra jurídica, a enunciação dela, sem que todas essas exceções sejam também enunciadas, será inexata e incompleta. No nível teórico, ao menos, não há nenhuma razão que impeça a enunciação da totalidade dessas exceções e quanto mais extensa seja essa mesma enunciação (de exceções), mais completo será o enunciado da regra¹²⁴.

Versando sobre a diferenciação entre os princípios e as regras, Valeschka Braga aponta dois critérios de distinção, além do critério estrutural, já citado, o critério qualitativo, indo na mesma vertente dos ensinamentos de Robert Alexy, expondo nesse sentido que a solução dos conflitos entre regras e princípios deve ser “obtida através da validade, e a colisão de princípios se resolve pela dimensão de peso, através da qual cada um deles sofre precedência contingencial, ou seja, um cede diante de outro”.¹²⁵

Ainda nos dizeres da autora, em termos de efeitos, em caso de conflitos, as regras excluem-se mutuamente, estabelecendo uma cláusula de exceção, alternativamente podem, ainda, serem invalidadas. Já os princípios “são sopesados,

¹²¹ DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério**. 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010. p. 39-40.

¹²² ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 64-65.

¹²³ BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 282.

¹²⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica**. 4ªEd.ver.atua. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 89-90.

¹²⁵ BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 30-31.

havendo a primazia do que tiver maior importância no caso concreto, sem que qualquer deles seja excluído do ordenamento jurídico”.¹²⁶

Estudando detalhadamente estes dois institutos, o professor Gomes Canotilho discorre sobre diversas fórmulas que têm sido elaboradas como critério de diferenciação para regras e princípios:

- a) Grau de abstração: os princípios são normas com um grau de abstração relativamente elevado; de modo diverso, as regras possuem uma abstração relativamente reduzida.
- b) Grau de determinabilidade na aplicação do caso concreto: os princípios, por serem vagos e indeterminados, carecem de mediações concretizadoras (do legislador? do juiz?), enquanto as regras são suscetíveis de aplicação directa.
- c) Caráter de fundamentalidade no sistema das fontes de direito: os princípios são normas de natureza ou com um papel fundamental no ordenamento jurídico devido à sua posição hierárquica no sistema das fontes (ex: princípios constitucionais) ou à sua importância estruturante dentro do sistema jurídico (ex: princípio do Estado de Direito). [...]
- e) Natureza normogenética: os princípios são fundamentos das regras, isto é, são normas que estão na base ou constituem a ratio de regras jurídicas, desempenhando, por isso, uma função normogenética fundamentante.¹²⁷

Enunciando mais uma vez, de forma esclarecedora, as diferenças entre regras e princípios, Gomes Canotilho afirma que os princípios são normas que impõem uma otimização compatível com inúmeros graus de concretização, conforme variantes fácticas e jurídicas. As regras prescrevem imperativamente uma exigência, permitindo ou proibindo, sendo cumprida ou não (Dworkin: applicable in all-or-nothing fashion); “a convivência dos princípios é conflitual (Zagrebelsky), a convivência de regras é antinômica; os princípios coexistem, as regras antinômicas excluem-se”.¹²⁸

Em decorrência dessas distinções, a forma como os conflitos entre princípios constitucionais e os conflitos entre regras possuem nuances diferenciadoras, uma vez que os princípios, por serem mandados de otimização, autorizam um balanceamento entre os valores e interesses em conflito, (diversamente do que ocorre na lógica do tudo ou nada das regras), consoante o seu peso e a ponderação de outros princípios eventualmente conflitantes. De outra

¹²⁶ BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 31.

¹²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1.163.

¹²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1.161.

senda, as regras não deixam espaço para qualquer outra solução, pois se uma regra vale deve ser cumprida na exata medida das suas prescrições, nem mais nem menos.¹²⁹

Em caso de conflito entre princípios, estes podem ser objeto de ponderação, pois eles devem ser realizados na maior medida possível, em contraposição ao que se tem nos conflitos de regras, pois estas contêm mandados imperativos, sendo insuscetíveis de tornar válidas duas regras contraditórias. “Realça-se também que os princípios suscitam problemas de validade e peso (importância, ponderação, valia); as regras colocam apenas questões de validade (se elas não são correctas devem ser alteradas) ”.¹³⁰

Viu-se que existem diversos critérios utilizados para se distinguir princípios e regras, far-se-á na sequência uma exposição das diferenças estudadas com base em Robert Alexy.

O critério adotado pela maioria da doutrina acima citada traz ínsito ao conceito de princípio a sua fundamentalidade, em contraposição a este conceito Robert Aléxy afirma que princípio nada tem a ver com fundamentalidade da norma, uma vez que um princípio assim o é em função da sua estrutura normativa e não em face da sua fundamentalidade.

Virgílio Afonso da Silva afirma que Robert Alexy adota o critério de uma separação qualitativa entre princípios e regras, sendo esta distinção uma distinção de carácter lógico, uma alternativa às teorias que afirmam a diferença entre princípios e regras seja de grau, seja de generalidade, abstração ou fundamentalidade¹³¹.

Prossegue Virgílio Afonso da Silva ao explicitar o pensamento de Robert Alexy que:

Alexy divide as normas jurídicas em duas categorias, as regras e os princípios. Essa divisão não se baseia em critérios como generalidade e especialidade da norma, mas em sua estrutura e forma de aplicação. Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio de subsunção. Princípios expressam deveres *prima facie*, cujo conteúdo definitivo somente é fixado após sopesamento com princípios colidentes.

¹²⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1.161.

¹³⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 1.161.

¹³¹ SILVA, Virgílio Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 613.

Princípios são, portanto, ‘normas que obrigam que algo seja realizado na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas’; são, por conseguinte, mandamentos de otimização¹³².

Ponto de curial importância nesta distinção são as consequências de se considerar um princípio como um mandado de otimização, pois, segundo Cademartori e Duarte, uma vez que ele tem por característica o fato de que podem ser cumpridos ou não, em graus diferentes, sendo a medida do seu cumprimento dependente, não somente das possibilidades fáticas (determinadas no caso concreto a partir do qual são invocados princípios opostos pelas partes), mas também jurídicas (relacionadas com os princípios mesmos que se encontram em colisão e necessitam ser ponderados)¹³³.

Na mesma toada, Virgílio Afonso da Silva dispõe sobre esta consequência:

Importante, nesse ponto, é a ideia de que a realização completa de um determinado princípio pode ser – e frequentemente é – obstada pela realização de outro princípio. Essa ideia é traduzida pela metáfora da colisão entre princípios, que deve ser resolvida por meio de um sopesamento, para que se possa chegar a um resultado ótimo. Esse resultado ótimo vai sempre depender das variáveis do caso concreto e é por isso que não se pode falar que um princípio P1 sempre prevalecerá sobre o princípio P2 – (P1 P P2) –, devendo-se sempre falar em prevalência do princípio P1 sobre o princípio P2 diante das condições C - (P1 P P2) C¹³⁴.

E, conclui o próprio Virgílio Afonso da Silva que, para a obtenção de um resultado atinente com a máxima da proporcionalidade faz-se necessário limitar a aplicação de um ou de ambos os princípios envolvidos, diz-se que os princípios denotam deveres e direitos *prima facie*, os quais poderão ter a sua amplitude reduzida após o sopesamento. Assim, a distinção entre princípios e regras fica mais evidente, pois as regras expressam direito e deveres definitivos, ou seja, se uma regra é válida, “então deve se realizar exatamente aquilo que ela prescreve, nem mais, nem menos. No caso dos princípios, o grau de realização pode, como visto, variar”.¹³⁵

¹³²SILVA, Virgílio Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 25.

¹³³CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. Editora: Atlas, 2009. p. 126-127.

¹³⁴SILVA, Virgílio Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 611.

¹³⁵SILVA, Virgílio Afonso. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais 1 (2003). p. 613.

Denota-se que o critério de resolução de conflitos entre princípios é o mais relevante para estabelecer a diferença entre princípios e regras para a teoria de Robert Alexy.

Diante do conceito e das funções que desempenham os princípios na ordem jurídica, é natural que advenham indagações sobre a ideia de conflito/colisão entre eles, bem como a respeito do funcionamento da técnica da ponderação de princípios.

2.2 A colisão de Princípios e o Método de Resolução de Conflitos entre Princípios

A fim de subsidiar a análise acerca da aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social a ser perquirido no capítulo derradeiro da presente pesquisa, cumpre, neste tópico, expor o fenômeno da colisão entre princípios em determinadas hipóteses e como, ao menos para a grande maioria da comunidade jurídica, dá-se a solução de demandas que envolvem tais conflitos.

Como já ressaltado antes no presente trabalho, um dos fatores que servem para distinguir os princípios das regras é o dos métodos de resolução de conflitos entre os mesmos.

Com relação ao conflito entre regras, expõe Robert Alexy que:

À teoria das regras dos direitos fundamentais estão abertos três caminhos para a solução de colisão de direito fundamentais: primeiro, a declaração, pelo menos, de uma das normas colidentes como inválida ou juridicamente não vinculativa, segundo, a declaração, pelo menos, de uma das normas como não aplicável ou correspondente e, terceiro, o encaixe, livre de ponderação, de uma exceção em uma de ambas as normas¹³⁶.

Assim, assevera Ruy Samuel Espíndola, acerca dos tradicionais critérios de resolução de conflitos entre regras, os quais se resolvem na dimensão da validade. “Essa decisão de afastar a regra incompatível dá-se por critérios afixados em cada ordem jurídica ([...] critério hierárquico, [...] critério da especialidade, [...] critério cronológico) ”.¹³⁷

¹³⁶ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 65.

¹³⁷ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de Princípios Constitucionais**. 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999. p. 69.

Tal fato se dá por um simples motivo de coerência interna do sistema jurídico, como bem demonstra Robert Alexy:

A possibilidade de manter ambas as regras como partes efetivas do ordenamento jurídico e decidir, em um caso concreto, de acordo com o peso, está excluída. Um juiz não pode considerar simultaneamente válidas e nem pode simultaneamente aplicar duas regras cujas hipóteses de incidência ocorrem em um caso, regras essas que possuem consequências jurídicas contraditórias. O fato de uma regra ser válida e aplicável a um caso significa que sua consequência vale. Se ambas as regras devessem ser simultaneamente consideradas válidas e aplicáveis, deveriam então ser proferidos, em uma decisão, dois juízos concretos de dever ser jurídico que se contradizem. Essa possibilidade, do modo específico como fundamentada, deve ser excluída¹³⁸.

Segundo Flávio Martins, o conflito entre princípios constitucionais acontece com mais frequência que o conflito entre regras. Tal constatação se dá devido ao caráter vago, amplo, impreciso, que leva um princípio a invadir a órbita de outros princípios, como por exemplo o conflito entre liberdade de expressão e a intimidade ou honra. O conflito entre princípios não se resolve aprioristicamente, em abstrato, estabelecendo-se uma possível hierarquia entre os princípios constitucionais. O conflito é resolvido no caso concreto, ponderando os princípios em conflito, através de um estabelecimento de peso, ou seja, a importância de cada princípio. Faz-se, no caso concreto, um juízo de proporcionalidade entre os princípios em conflito para verificar qual princípio deve prevalecer¹³⁹.

Portanto, a colisão entre princípios constitucionais não se resolve no campo da validade, mas no campo do valor. “Em caso de colisão de princípios, o princípio que tem o maior peso no caso concreto prevalece, sem que isso signifique que o princípio que cedeu seja inválido”.¹⁴⁰

Segundo Pedrollo na colisão de princípios:

[...] um princípio deve ceder ao outro, mas não é declarado inválido nem eliminado do ordenamento jurídico. Sob certas circunstâncias, um princípio precede a outro; sob outras, a solução pode ser inversa¹⁴¹.

Paulo Bonavides traz os ensinamentos de Robert Alexy, ao afirmar que “com isso – afirma Alexy, cujos conceitos estamos literalmente reproduzindo – se

¹³⁸ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*.

¹³⁹ NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 365.

¹⁴⁰ ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*.

¹⁴¹ PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Proporcionalidade e Sistema Jurídico em Robert Alexy**. In *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 169.

quer dizer que os princípios têm um peso diferente nos casos concretos, e que o princípio de maior peso é o que prepondera”.¹⁴²

Esta dimensão valorativa própria dos princípios, qualidade não afeta às regras jurídicas, é entendida por Eros Grau da seguinte forma, quando se entrecruzam vários princípios, a resolução se dá com o estabelecimento de pesos a cada um deles. Tal valoração não é exata, acarretando, com frequência, discussões acerca de qual deve prevalecer. Tais discussões fazem parte do próprio conceito de princípio.¹⁴³

Nas palavras de Robert Alexy:

Quando dois princípios entram em colisão [...] um dos dois tem que ceder diante do outro. Porém isto não significa declarar inválido o princípio desprezado, nem que neste haja que se introduzir uma cláusula de exceção. Na verdade, o que sucede é que sobre certas circunstâncias um dos princípios precede ao outro. Sobre outras circunstâncias, a questão da precedência pode ser solucionada de maneira inversa. Isto é o que se quer dizer quando se afirma que nos casos concretos os princípios têm diferente peso e que prevalece aquele com maior peso. Os conflitos de regras se solucionam na dimensão da validade; a colisão de princípios [...] tem lugar mais adiante: na dimensão do peso¹⁴⁴.

A tensão entre princípios constitucionais, como visto, não é eliminada pela invalidação de um deles, nem, tampouco, pela introdução de uma cláusula de exceção em um dos princípios, de modo a limitar sua aplicação em casos futuros.

Nos dizeres de Robert Alexy “as condições sob as quais um princípio precede a outro constituem o suposto fato de uma regra que expressa a consequência jurídica precedente”.¹⁴⁵

Equivale dizer que, tomando em conta o caso, determinam-se às condições sob as quais um princípio constitucional precede ao outro. Havendo modificação nas condições, a questão da precedência pode ser resolvida inversamente.

¹⁴² BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004. p. 280.

¹⁴³ GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – os princípios da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública**. Revista Trimestral de Direito Público. nº 02. São Paulo: Malheiros, 1993. p. 139.

¹⁴⁴ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 89 (tradução livre).

¹⁴⁵ ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 94 (tradução livre).

Segundo Cláudia Bohn, “a colisão de princípios somente ocorre nos casos concretos, quando um princípio limita a possibilidade jurídica de outro. Ocorrendo colisão, utiliza-se a ponderação”.¹⁴⁶

Na mesma vertente, José Cristóvam assevera que na resolução da colisão entre princípios constitucionais “deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado”.¹⁴⁷

Nota-se a importância do caso fático para a solução do conflito, pois é ele que irá determinar qual princípio deve prevalecer.

Esta ponderação, segundo Cláudia Bohn, “é composta por três máximas parciais: a adequação, a necessidade [...] e a proporcionalidade em sentido estrito”.¹⁴⁸ Nota-se aqui a grande importância, na resolução das colisões entre princípios, desempenhada pela máxima da proporcionalidade.

Gustavo Pedrollo também afirma nesse sentido:

Na colisão de princípios o que importa, portanto, é saber sob quais condições qual princípio tem precedência, ou tem maior peso relativo. Tais condições, ou seja, a relação de precedência condicionada constitui, ademais, a hipótese de fato de uma norma. Nas palavras do autor, [...] las condiciones bajo las cuales un principio precede a outro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente.¹⁴⁹

Na opinião de José Cristóvam “a tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto”.¹⁵⁰

Segundo Cláudia Bohn, ao se atribuir o peso, se emite um juízo de valoração baseados em critérios diversos. “Alexy admite que os valores têm um

¹⁴⁶ BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. **A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. In A Constituição no Mundo Globalizado. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 140.

¹⁴⁷ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. Florianópolis: UFSC: 2005. 233 p. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. p. 180.

¹⁴⁸ BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. **A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. In A Constituição no Mundo Globalizado. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 140-141.

¹⁴⁹ PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Proporcionalidade e Sistema Jurídico em Robert Alexy**. In A Constituição no Mundo Globalizado. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 169.

¹⁵⁰ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. Florianópolis: UFSC: 2005. 233 p. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2005. p. 181.

caráter intersubjetivo, mas entende que a interpretação de teses axiológicas pode ser feita através de uma teoria dos valores menos vulnerável”.¹⁵¹

A partir desta atribuição de peso dada ao princípio que preponderará é estabelecida o que jurista Robert Alexy denomina de:

"lei de colisão" a solução da tensão de mandamentos de otimização com base na relação de precedência condicionada. Não existem relações absolutas de precedência, pois que sempre serão determinadas pelas circunstâncias do caso concreto. Não existe um princípio que, invariavelmente, prepondere sobre os demais, sem que devam ser levadas em consideração as situações específicas do caso. Em última análise, não existem princípios constitucionais absolutos ou um princípio constitucional absoluto que, em colisão com outros princípios, precederá independentemente da situação posta¹⁵².

Seguindo os ensinamentos de Robert Alexy, Cláudia Bohn afirma que, após a ponderação ter-se-á a dita lei de colisão, que é a regra que emana a consequência jurídica do princípio que prevaleceu. Toda ponderação, que obedece aos ditames constitucionais, resulta na formulação da lei de colisão, que, por sua vez, passará a ter caracteres de regra, sendo definitiva para determinado caso concreto.¹⁵³

Importante destacar que, uma vez estabelecida a lei de colisão, esta assume o caráter de uma regra, ou seja, é definitiva perante determinado caso concreto.

Na opinião de Cláudia Bohn:

Em sua teoria dos valores, Alexy não admite uma hierarquia abstrata de valores de direito fundamental, pois entende que esta aceção implicaria numa tirania de valores. Não há, assim, a possibilidade de se estabelecer uma ordem de valores/princípios a priori, que vinculasse a decisão jusfundamental em todos os casos de maneira intersubjetiva obrigatória e que se determina para cada caso uma única resposta¹⁵⁴.

Porém, não se pode negar, por outro lado, a existência de mandamentos de otimização relativamente fortes, capazes de preceder aos outros em praticamente todas as situações de colisão.

¹⁵¹ BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. **A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. In A Constituição no Mundo Globalizado. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 143.

¹⁵² ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 94 (tradução livre).

¹⁵³ BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. **A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. In A Constituição no Mundo Globalizado. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 143.

¹⁵⁴ BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. **A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. In A Constituição no Mundo Globalizado. Florianópolis: Diploma Legal, 2000. p. 144.

Na opinião de José Cristóvam

As condições de precedência desempenham uma dupla função, tanto enquanto condição de uma relação de precedência, conforme representação $(P^1 \ P \ P^2) \ C$, como enquanto pressuposto de fato de uma norma. Ocorrendo as circunstâncias (C) significa que valem as consequências jurídicas (R) dispostas em P^1 , ou seja: se $(P^1 \ P \ P^2) \ C$, então $(C \rightarrow R)$ ¹⁵⁵.

Assim, após a demonstração de como se dá o método de Robert Alexy, sobre as colisões entre princípios constitucionais passa-se à análise, específica, da técnica utilizada pelo autor para resolução dos conflitos entre princípios.

Note-se, inicialmente, que o princípio da proporcionalidade não foi previsto expressamente na Constituição Federal de 1988. No entanto, apesar da não positivação, ele foi acolhido abertamente pela doutrina e pela jurisprudência brasileira.

De outro vértice, em alguns países, como Portugal, fizeram constar em seus textos constitucionais o postulado da proporcionalidade, com destaque para o art. 18º, 2 da Constituição Portuguesa.

O princípio da proporcionalidade, em sentido amplo, apresenta três subprincípios, quais sejam: o da adequação, o da necessidade e o da proporcionalidade em sentido estrito.

A adequação remete à ideia de que o meio escolhido deve ser apropriado para se chegar ao fim colimado, possibilitar o alcance do fim pretendido por meio do ato estatal. Paulo Buechele entende que a adequação consiste que “o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, isto é, que seja apto, capaz de lograr o desiderato pretendido”.¹⁵⁶

Segundo Valeschka Braga o meio adequado é “aquele que é apropriado para a obtenção do fim desejado, ou pelo menos fomenta a realização de um objetivo, devendo existir, portanto, congruência entre a medida adotada e a finalidade da norma”.¹⁵⁷

¹⁵⁵ CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy**. Ob. cit. p. 181.

¹⁵⁶ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 126.

¹⁵⁷ BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 86.

A mesma autora, em outras palavras, define que há uma relação de causalidade entre o meio empregado e o desiderato. Exige-se certo grau de eficácia na medida para o alcance da finalidade. “Avalia-se através desse elemento, a idoneidade da medida para, pelo menos em tese, atingir a finalidade”.¹⁵⁸

Neste pensar, Mirian Torres assevera que se deve levar em consideração “o grau de eficácia do suposto meio e de sua contribuição ou aptidão para a satisfação do fim desejado”.¹⁵⁹

Na hipótese de se verificar que o ato não é adequado para a consecução do fim esperado, será anulado.

Ademais, há de se ressaltar que, diferentemente do subprincípio da exigibilidade, para a anulação de um ato com fulcro no subprincípio da adequação, não há necessidade de se apontar que há outro meio que possibilite o alcance do fim pretendido. Assim, para que um ato seja anulado por inadequação, deve-se verificar a pertinência de um meio para levar a cabo uma finalidade pública. Ou seja, basta demonstrar que não é possível vislumbrar o fim almejado para que o ato seja anulado.

No que se refere a este subprincípio, Gilmar Ferreira Mendes elucida:

Em outros termos, o meio não será necessário se o objetivo almejado puder ser alcançado com a adoção de medida que se revele a um só tempo adequada e menos onerosa. Ressalte-se que, na prática, adequação e necessidade não tem o mesmo peso ou relevância no juízo de ponderação. Assim, apenas o que é inadequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Pieroth e Schlink ressaltam que a prova da necessidade tem maior relevância do que o teste de adequação. Por outro lado, se o teste quanto à necessidade revelar-se negativo, o resultado positivo do teste de adequação não mais poderá afetar o resultado definitivo ou final¹⁶⁰.

Diferentemente do subprincípio da adequação, o subprincípio da necessidade pressupõe a existência de ao menos duas maneiras dentre as quais pode optar o Estado para buscar o fim pretendido.

¹⁵⁸ BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 86.

¹⁵⁹ TORRES, Mirian Cavalcanti de Gusmão Sampaio. **A proibição do excesso legislativo no Brasil**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. V, 2000. p. 188.

¹⁶⁰ MENDES, Gilmar Ferreira. **Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade**. 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 50.

Entende Suzana Barros que “a medida restritiva seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa”.¹⁶¹

Verifica-se aqui a possibilidade de opção pelo Estado, pelo meio que menos gravames trouxer aos direitos e garantias dos cidadãos. Valeschka Braga assim afirma que a opção pelo meio menos gravoso ao que se está a tutelar constitucionalmente, ancora-se na máxima ‘dos males, o menor’, pois, através desse elemento, se busca a menor ingerência nos direitos fundamentais. Assim, havendo uma gama de opções, deve-se optar pela menos nociva.¹⁶²

Apoiando-se em Grabitz, Suzana Barros assevera que o subprincípio da necessidade é “obtido a partir de uma relação: examina-se se o meio eleito para a consecução do fim proposto era aconselhável e não se, em si mesmo, era exigível[...]”¹⁶³.

Atenta-se ao fato de que, quando em razão de seu confronto com o caso concreto verificar-se que determinado ato estatal é inexigível, deve-se, de pronto, indicar qual ato poderia trazer menos gravames, conforme ensina Suzana Barros, ao se entender que uma medida é inexigível ou desnecessária e, portanto, violadora do princípio da proporcionalidade, “é importante se possa indicar outra medida menos gravosa – menor restrição – e concomitantemente apta para lograr o mesmo ou um melhor resultado – meio mais idôneo”.¹⁶⁴

Robert Alexy caracteriza bem o subprincípio da necessidade com o seguinte exemplo, trazido por Virgílio Afonso da Silva:

[...] Suponha-se que, para promover o objetivo O, o Estado adote a medida M1, que limita o direito fundamental D. Se houver uma medida M2 que, tanto quanto M1, seja adequada para promover com igual eficiência o objetivo O, mas limite o direito fundamental D em menor intensidade, então a medida M1, utilizada pelo Estado, não é necessária¹⁶⁵.

¹⁶¹ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 81.

¹⁶² BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 87.

¹⁶³ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 81.

¹⁶⁴ BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 82.

¹⁶⁵ SILVA, Virgílio Afonso da. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais 798 (2002). p. 38.

Lenio Luiz Streck destaca duas características essenciais desse subprincípio:

[...] b) da necessidade, em outras palavras, a opção pelo meio restritivo menos gravoso para o direito objeto da restrição, exame que envolve duas etapas de investigação: o exame da igualdade de adequação dos meios (para verificar se os meios alternativos promovem igualmente o fim) e, em segundo lugar, o exame do meio menos restritivo (com vista a constatar se os meios alternativos restringem em menor medida os direitos fundamentais afetados)¹⁶⁶.

Desta forma, o subprincípio da necessidade se caracteriza por identificar o meio menos nocivo ao Direito.

Por fim, tem-se o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito trazendo a ideia de custo-benefício. Entende Alexy que a proporcionalidade em sentido estrito corresponde ao mandamento da ponderação de interesses.

Afirma o autor que “Quanto maior o grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio, maior deve ser a importância do cumprimento do outro princípio”.¹⁶⁷

Consoante o dito, assevera Robert Alexy:

A lei da ponderação mostra que a ponderação pode ser dividida em três passos ou níveis. No primeiro nível trata-se do grau de descumprimento de ou de interferência em um princípio. A ele se segue, no próximo nível, a identificação da importância do cumprimento do princípio oposto. Finalmente, no terceiro nível, identifica-se se a importância do cumprimento do princípio oposto justifica o descumprimento do outro princípio ou a interferência nele.¹⁶⁸

De acordo com Paulo Buechele, o cerne é a ponderação, a relação custo-benefício, “ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas à obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional”.¹⁶⁹

Luís Roberto Barroso segue a mesma linha de raciocínio, ao destacar a relação de custo-benefício:

¹⁶⁶ In CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013. *E-book*.

¹⁶⁷ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 133.

¹⁶⁸ ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 133.

¹⁶⁹ BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 132.

Cuida-se aqui, de uma verificação da relação custo-benefício da medida, isto é, da ponderação entre os danos causados e os resultados a serem obtidos. Em palavras de Canotilho, trata-se 'de uma questão de medida ou desmedida para se alcançar um fim: pesar as desvantagens dos meios em relação às vantagens do fim'.¹⁷⁰

Nas palavras de Daniel Sarmento “de um lado da balança, devem ser postos os interesses protegidos com a medida, e, do outro, os bens jurídicos que serão restringidos ou sacrificados por ela”.¹⁷¹

Destaca-se o pensamento de Valeschka Braga quando afirma que “a proporcionalidade em sentido estrito implica o máximo benefício com o mínimo sacrifício”¹⁷².

A referida autora representa a proporcionalidade em sentido estrito da seguinte forma: “sendo M1 o meio adequado e necessário à concretização do direito D1, é possível que imponha ônus a outro direito D2. Nesse caso, deve-se ponderar as vantagens obtidas por D1 e a excessiva carga imposta a D2”.¹⁷³

Há de se ter em mente que o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito diz respeito ao equilíbrio entre os possíveis desgastes a outros direitos em razão da edição de determinado ato estatal, em relação aos benefícios advindos da edição deste mesmo ato.

2.3 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Ordem Jurídica Nacional e Estrangeira

A fim de se estabelecer a adoção de uma nomenclatura uniforme na presente pesquisa, adotar-se-á a expressão “Princípio da Proibição do Retrocesso Social”. Isto porque, há uma miríade de expressões diversas para significar o mesmo princípio.

Relevante ressaltar, porque mencionada a variedade de nomenclaturas, que do próprio Princípio da Proibição do Retrocesso Social, decorre o que se vem entendendo por princípio da proibição do retrocesso socioambiental, encontrando

¹⁷⁰ BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2004. p. 208-209.

¹⁷¹ SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. p. 89.

¹⁷² BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 89.

guarida, inclusive, no repertório de julgados do Supremo Tribunal Federal. Todavia, tal vertente não será explorada no presente trabalho.

O jurista Flávio Martins assim dispõe sobre os múltiplos termos empregados para designar o princípio ora estudado:

O fenômeno pode ser chamado de “proibição do retrocesso”, “vedação do retrocesso”, “ratchet effect” (no inglês) ou “efeito cliquet” (no francês). Estas últimas expressões, que na tradução literal, são “efeito catraca” (expressão que, decorrente do alpinismo, significa o movimento que só permite o alpinista ir para cima, ou seja, subir, já que os pinos de sustentação estão sempre acima do alpinista). A expressão foi usada na jurisprudência do Conselho Constitucional francês (cliquet effet) para fornecer proteção especial para certas liberdades, declarando inconstitucional a lei que, em vez de torna-los mais eficazes, restringem-nos excessivamente. [...] ¹⁷⁴

O Princípio da Proibição do Retrocesso Social possui íntima relação com o princípio da segurança jurídica, com previsão expressa no art. 5º, *caput* da Constituição Federal Brasileira, essenciais à própria existência do Estado Democrático de Direito.

Ingo Wolfgang Sarlet traz tal noção como premissa para o estudo e compreensão do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, uma vez que afirma, “não há como deixar de consignar que, em termos gerais, também no presente contexto importa ter sempre presente a premissa de que a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação como a noção de segurança jurídica”. ¹⁷⁵

Na mesma senda, todavia em âmbito estrangeiro, a autora portuguesa Luísa Neto também afirma ser o princípio da proibição do retrocesso decorrência do princípio da segurança jurídica lecionando que a garantia da segurança jurídica inerente ao Estado de Direito corresponde a uma ideia de proteção da confiança dos particulares relativamente à continuidade da ordem jurídica. Nesse sentido, o princípio da segurança jurídica vale em todas as áreas de atuação estatal, traduzindo-se em exigências que são dirigidas à Administração, ao poder judicial e, especialmente, ao legislador. ¹⁷⁶

¹⁷³ BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004. p. 89.

¹⁷⁴ NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1.117.

¹⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 442.

¹⁷⁶ NETO, Luísa. **O Princípio da Confiança em Tempos de Crise**. Revista do Centro de Estudos Judiciários. p. 69-106. Ago/2014. p. 78.

Volvendo mirada ao aspecto de seu surgimento histórico, que bem se coaduna com a imbricação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social com a noção de segurança jurídica e garantia do próprio Estado de Direito, Jorge Reis Novais elucida:

a) Na Alemanha dos anos setenta do século passado, quando a crise económica punha em causa a possibilidade de progredir indefinidamente nos benefícios sociais proporcionados pelo Estado Social e/ou a ascensão da ideologia neoliberal pressionava, simplesmente, no sentido da sua redução, desenvolveu-se uma discussão doutrinária e jurisprudencial acerca dos limites que o princípio constitucional do Estado social colocaria a uma intervenção legislativa que afectasse os benefícios sociais outrora concedidos.¹⁷⁷

Em que pese se trate de um princípio implícito no ordenamento jurídico brasileiro, há alguns aspectos do Princípio da Proibição do Retrocesso Social que se encontram positivados na Constituição Federal Brasileira, em especial o art. 5º, XXXVI, ao dispor que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada” e o art. 60, § 4º, IV ao dispor acerca da vedação de edição de projeto de Emenda Constitucional tendente abolir direitos e garantias individuais.

Nada obstante, o cerne das discussões doutrinária e jurisprudencial diz respeito à possibilidade de adoção de atos estatais prospectivos, mas que venham a interferir/suprimir direitos outrora tutelados juridicamente.

Ingo Wolfgang Sarlet pontua a questão, o essencial é se pontuar até que ponto pode o legislador infraconstitucional ou demais órgãos estatais em suas esferas de competência, retroceder no que tange à implementação dos direitos sociais fundamentais, dos objetivos estabelecidos na Constituição, no âmbito das normas programáticas, ainda que não se faça menção a efeitos retroativos ou uma alteração do texto constitucional.¹⁷⁸

A título exemplificativo das múltiplas possibilidades de redução de posições jurídicas sociais conquistadas, mormente em tempos de constantes crises económicas, explana o mesmo autor:

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

¹⁷⁷ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 254.

¹⁷⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 445.

assistência social e os serviços e prestações assegurados no âmbito do nosso precário 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 demonstra o quanto tal problemática nos é próxima e está constantemente na ordem do dia.¹⁷⁹

De se ressaltar que, de fato, perspectivando a atual quadra pela qual passa o Brasil, em termos de reformas legislativas, o tema está na ordem do dia, tendo inclusive o Poder Judiciário sido chamado constantemente a se manifestar acerca das reformas pretendidas, demonstrando que fixação de balizas acerca do princípio ora estudado é de curial importância.

Feitas estas digressões acerca das premissas que fundamentam o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, urge delinear o conceito dado a este princípio, iniciando por terras e autores brasileiros.

Perquirindo acerca da temática, Ingo Wolfgang Sarlet entende que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social representa uma espécie de limite aos limites dos direitos fundamentais, materializando-se em barreiras à restrição destes direitos. Nos seus dizeres:

O controle da constitucionalidade formal e material dos limites aos direitos fundamentais implica, no plano formal, a investigação da competência, do procedimento e da forma adotados pela autoridade estatal. Já o controle material diz essencialmente com a observância da proteção do núcleo (ou conteúdo) essencial destes direitos, bem como com o atendimento das exigências da proporcionalidade e razoabilidade, mas também do que se tem convencionado designar de proibição do retrocesso, categorias que, neste sentido, assumem a função de limites aos limites dos direitos fundamentais.¹⁸⁰

Mister, nesta altura, realizar uma breve explanação dos entendimentos que norteiam o âmbito de aplicação do princípio ora estudado, se aplicável a qualquer restrição de direitos fundamentais ou, em contrário, se possui incidência restrita no âmbito do direito fundamentais sociais.

Não sendo o objeto principal a ser explorado neste espaço, uma vez que o enfoque são os direitos sociais, far-se-á uma síntese das teses, ancorando-se nos ensinamentos de Bernardo Gonçalves Fernandes que explicita a divergência doutrinária:

¹⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 446.

Aqui também temos divergência, pois para alguns autores: (1) entendem que só seriam garantidos pela Vedação do Retrocesso os direitos fundamentais que envolvessem o núcleo essencial (conteúdo essencial) dos direitos fundamentais. Adotando esse posicionamento, temos: Felipe Derbi (2010) e Rodrigo Brandão (2010) (2) Outros entendem que seriam garantidos pela Vedação do Retrocesso todos os direitos fundamentais incluindo até mesmo os direitos ambientais. Essa posição ampliada, é a atualmente adotada pelo professor Ingo Sarlet, in: *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, 8ª edição, p. 454, 2007. (3) Outros entendem (extremamente minoritária) que a garantia da Vedação do Retrocesso incluiria todas as normas constitucionais. In: MENDONÇA, José Vicente dos Santos, *Vedação do Retrocesso o que é como perder o medo*, 2003.¹⁸¹

Ainda acerca do conceito do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, Luís Roberto Barroso expõe que se trata de um princípio implícito, que decorre do sistema jurídico constitucional e que é entendido no sentido de que, se uma lei, a concretizar um mandamento constitucional, conceder direitos, tais direitos se incorporam ao patrimônio da cidadania, vedando-se a sua supressão. Portanto, não pode uma lei posterior vir por extinguir um direito ou uma garantia, mormente se for de cunho social, sob pena de violar o princípio. Atente-se para o fato de que é vedado o ataque à efetividade da norma que foi atingida a partir de sua regulamentação. Nessa ordem de ideias, se o legislador concretizou uma norma programática ou tornou viável o exercício de determinado direito, não será dado a ele a possibilidade de revogar este mesmo ato, pois acarretará a um retorno ao estado de omissão legislativa anterior.¹⁸²

Com amparo em uma noção bipartite, na linha tradicionalmente defendida pelo professor Gomes Canotilho, como abaixo se demonstrará, Bernardo Gonçalves Fernandes assim delinea o Princípio da Proibição do Retrocesso Social:

Certo é que, para boa parte da doutrina estrangeira e nacional, o princípio da proibição do retrocesso ou da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais deve ser entendido na atualidade como limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativa adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão. Nesses termos, certo é

¹⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 404.

¹⁸¹ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspodium, 2015. p. 600 (nota de rodapé).

¹⁸² BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 158-159.

que o princípio da proibição do retrocesso (em uma versão ampla) possui conteúdo negativo e positivo.¹⁸³

Os autores brasileiros também destacam que a observância do Princípio da Proibição do Retrocesso Social deve ser aferida não apenas pelo legislador, mas também à própria Administração Pública, merecendo, a intervenção do Poder Judiciário em caso de não observância.

Sobre o tema, Ingo Wolfgang Sarlet leciona que uma possível adaptação dos sistemas de prestações sociais ao que acontece na realidade fática não pode servir de fundamento para instituir um descompasso entre os níveis de direitos a prestações já alcançados e que compõem um mínimo existencial e uma legislação superveniente que venha a comprometer, “suprimindo ou reduzindo posições sociais existentes, pois, em sendo este o caso, poderá ser considerada inconstitucional, vindo a ser declarada pelo Poder Judiciário.”¹⁸⁴

No que se refere ao entendimento do Princípio da Proibição do Retrocesso Social na ordem jurídica estrangeira, em especial a portuguesa, por tanto influenciar a doutrina brasileira, o professor Gomes Canotilho despontou como um dos maiores defensores da aplicação desse princípio, entendendo-o como um verdadeiro mandato constitucional juridicamente vinculado da discricionariedade conferida ao Legislador, nas suas palavras:

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 alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema «fático» da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de 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 (cfr. infra, Parte IV, Padrão II).¹⁸⁵

Entende Gomes Canotilho que o reconhecimento pela Constituição de “direitos prestacionais de propriedade”, já subjetivamente adquiridos, passa a ter um

¹⁸³ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7ª ed. Salvador: Juspodium, 2015. p. 600.

¹⁸⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed.. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014. p. 583.

papel de limitar a atividade do legislador, mas não só isso, ao mesmo tempo, impõe a implementação de uma política que tenha relação com os direitos adquiridos e expectativas com lastro razoável. Não havendo a observância dessas imposições, estará sujeita a declaração de inconstitucionalidade em relação “a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social»”.¹⁸⁶

Como já destacado anteriormente, Gomes Canotilho entende haver uma dupla conotação do referido princípio, tornando-se uma obrigação de implementação por parte dos Poderes Públicos e de outro verdadeiro direito de defesa.

Sobre este conteúdo negativo do princípio da proibição do retrocesso social, Gomes Canotilho e Vital Moreira assim dispõem:

[...] 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. A ser admissível qualquer restrição a este princípio (v.g estado de incapacidade financeira do Estado), então ela deve ficar sujeita, na parte aplicável, às regras constitucionalmente estabelecidas para as restrições dos direitos, liberdades e garantias nomeadamente a necessidade e a proporcionalidade, devendo salvaguardar sempre o conteúdo mínimo necessário de satisfação desse direito.¹⁸⁷

Sobre a temática, Cristina Queiroz advoga a tese de impossibilidade de o legislador infraconstitucional suprimir direitos sociais concretizados, afirmando a dinâmica de aplicação do princípio ora em análise, ao dispor que concretamente, o princípio estudado impõe por um lado que, uma vez efetivados legalmente prestações sociais, o legislador não pode eliminar tais prestações, sem medidas compensatórias. A partir do momento em que o Estado emana uma legislação concretizadora de um direito social, esta legislação transforma-se em lei de proteção. Ação do Estado transmuda-se de um dever de legislar, já alcançado, em um dever de não eliminar ou revogar tal legislação.¹⁸⁸

Jorge Miranda, por sua vez, propugna que:

[...] o legislador não tem plena autonomia para revogar as normas infraconstitucionais que concretizaram os direitos sociais prestacionais

¹⁸⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 468-469.

¹⁸⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000. p. 468-469.

¹⁸⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 131.

¹⁸⁸ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 116.

previstos na Constituição, pois, se assim fosse possível, estaria o legislador, na verdade, subtraindo a eficácia jurídica de tais preceitos constitucionais.¹⁸⁹

Assim, nos dizeres do mestre português, a concretização do direito social pela norma legal implicaria uma proibição ao legislador de extinguir um direito já contemplado.

Já Luísa Neto traz percuciente manifestação acerca de como se tem atendido o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, através da observância da confiança nos direitos sociais e a segurança jurídica, dispondo que:

[...] necessário (1) em primeiro lugar, que o Estado (mormente o legislador) tenha encetado comportamentos capazes de gerar nos privados expectativas de continuidade; (2) depois, devem tais expectativas ser legítimas, justificadas e fundadas em boas razões; (3) em terceiro lugar, devem os privados ter feito planos de vida tendo em conta a perspectiva de continuidade do comportamento estadual; (4) por último, ainda é necessário que não ocorram razões de interesse público que justifiquem, em ponderação, a não continuidade do comportamento que gerou a situação de expectativa.¹⁹⁰

Após esta exposição do que seja, tradicionalmente, entendido pelo conceito do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, sua origem ínsita aos próprios ditames da segurança jurídica, norteadoras inclusive da noção de Estado de Direito, faz-se mister investigar, na atual quadra histórica e na esteira do disposto no primeiro capítulo do presente trabalho, se ainda persiste a rigidez de entendimento doutrinário acerca dos caracteres do referido princípio, mormente em tempo de crises, principalmente, econômicas e também políticas que assolam o mundo globalizado.

A questão é demonstrada por Flavio Martins ao indagar como compatibilizar o princípio da proibição do retrocesso e as crises econômicas. Na sua opinião é decorrência lógica a impossibilidade de se manter o número de políticas públicas, com o mesmo vigor e amplitude, no caso de uma redução relevante do orçamento, por conta de uma queda de arrecadação. “Reduzindo-se a arrecadação, como manter o investimento do FIES, PROUNI, Bolsa Família e outros programas que atingiram seu ápice quando da pujança econômica”?¹⁹¹

¹⁸⁹ MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993. p. 351.

¹⁹⁰ NETO, Luísa. **O Princípio da Confiança em Tempos de Crise**. Revista do Centro de Estudos Judiciários. p. 69-106. Ago/2014. p. 81.

¹⁹¹ NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018. p. 1.119.

Na doutrina portuguesa, Jorge Reis Novais é crítico, inclusive, acerca da existência, mormente em países nos quais a Constituição dispõe de catálogo de direitos fundamentais sociais, do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, fazendo os seguintes questionamentos:

Ora, de onde se retiraria a ideia de que os recursos disponíveis serão mais amanhã e mais ainda depois de amanhã e assim sucessivamente até o fim da história? E mesmo que, considerando o longo prazo, essa ideia fosse sustentável, porque razão não poderia haver situações momentâneas ou intercalares de crise econômica, de dificuldades financeiras extremas ou até de penúria? Porque razão, nessas alturas, e ao abrigo da referida reserva do financeiramente possível, não seria necessário e admissível retroceder no nível de realização objetivo anteriormente proporcionado?¹⁹²

O mesmo Flávio Martins afirma que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social deve, de tempos em tempos, ser revisitado, especialmente em tempos de crise econômica, nos dizeres do autor “como vimos anteriormente, os direitos têm custos e eles são impactados pelo orçamento exequível. Dessa maneira, no nosso entender, o princípio da proibição do retrocesso deve ser revisitado em tempos de crise”.¹⁹³

Apesar de originalmente, o professor Gomes Canotilho já fazer advertência a título de previsão da problemática fática, acerca das crises, dificuldades e recessões econômicas¹⁹⁴, na senda da evolução do pensamento do autor esposado na primeira parte do trabalho, em obras recentes houve um repensar da questão, na linha de uma maior permeabilidade das normas constitucionais aos ditames fáticos, oriundos da sociedade.

Nas palavras do próprio professor Gomes Canotilho, em sua concepção original, de caráter rígido, o “princípio da não reversibilidade” tinha como base o progresso numa direção e uma meta emancipatória única, qual seja, o aumento ininterrupto de prestações sociais. Tal ideia deve ser relativizada, como mencionado em outros trabalhos do autor. “A dramática aceitação de menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos, o desafio da bancarrota da previdência

¹⁹² NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Ob. Cit. p. 257.

¹⁹³ NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. Ob. Cit. p. 1.119.

¹⁹⁴ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Ob. Cit. p. 468-469.

social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade da não reversibilidade social”.¹⁹⁵

No mesmo sentido, Jorge Reis Novais ao tratar do tema das crises em relação à possível aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social:

e) Em segundo lugar, como temos repetidamente afirmado, num quadro geral de escassez moderada de recursos, a respectiva alocação, seja numa situação económica de progresso e desenvolvimento, seja, sobretudo, numa situação de crise e dificuldades, está intrinsicamente dependente e condicionada por definições de prioridades e decisões políticas de afectação de recurso que, em Estado democrático, cabem primária e decisivamente ao legislador democrático e ao poder pública instituído.

Logo, um aparente retrocesso pontual nos níveis de realização de um dado direito social pode perfeitamente ser justificado pela necessidade de prossecução de um outro direito social; a diminuição dos níveis de acesso de um determinado grupo ou camada da população a um certo benefício pode ser justificada pelo aumento dos níveis de acesso de um outro grupo ou camada social ao mesmo ou a um outro direito social.¹⁹⁶

No Brasil ainda há um grande prestígio acerca da efetiva aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, no sentido de ser a salvação mágica dos direitos sociais, ignorando a atual quadra fática mundial, ao que se demonstrou ainda apegada ao Constitucionalismo Dirigente clássico instituído pelo professor Gomes Canotilho.

A doutrina, em terras brasileiras, entende, ainda, pela aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, conjugando com outro princípio muito estudado quando se fala em limites aos direitos fundamentais sociais, qual seja o princípio do mínimo existencial.

Ingo Wolfgang Sarlet assinala a questão aqui posta:

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.¹⁹⁷

¹⁹⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004. p. 111.

¹⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. Ob. Cit. p. 257-258.

¹⁹⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 463.

Em outros termos, o mesmo autor entende que uma medida de cariz retrocessivo deve contar com uma fundamentação de porte constitucional, além de não poder atingir o núcleo essencial dos direitos sociais, especialmente na vertente que corresponde às prestações materiais, que garantem uma vida digna a todos.¹⁹⁸

Em contraposição a uma possibilidade de relativização do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, Jorge Reis Novais ensina:

No entanto, como facilmente se percebe numa análise mais rigorosa, se o princípio é dogmaticamente implausível e insustentável numa versão absoluta, ele não apresenta também, nesta sua nova perspetivação relativa, autonomia dogmática relativamente àqueles outros princípios em que se pretende sustentar conjunta ou separadamente, como ainda terá o inevitável efeito de obscurecer, na sombra de uma referência vaga, imprecisa, mas sempre controversa, ao retrocesso social, os efeitos autónomos ou combinados que alguns daqueles outros princípios podem desenvolver num outro contexto de justificação.¹⁹⁹

Em arremate e para bem ilustrar o contexto europeu acerca da, ainda, aplicabilidade do princípio ora estudado, os dizeres, por assim dizer, contundentes de Catarina Santos Botelho ao afirmar que “Paulo Otero alude à passagem da hipervalorização doutrinária à arqueologia argumentativa, no sentido de que o princípio da proibição do retrocesso se ter tornado, hoje, numa peça retórica de arqueologia jurídica”. Na mesma senda, na França, Dominique Chagnollaud aduz que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social está para ser extinto, havendo perda de relevância desde que o Conselho Constitucional passou a relativizar a aplicação do referido princípio.²⁰⁰

Feitas estas digressões acerca das bases instrumentais de aplicação de colisão de princípios, bem como o atual estado da arte, em sede doutrinária, do Princípio da Proibição do Retrocesso Social em terras brasileiras e na doutrina estrangeiras, mormente a portuguesa, passa-se a investigar como os tribunais, em especial o Supremo Tribunal Federal brasileiro, os tribunais portugueses e o Tribunal de Justiça da União Europeia, vêm aplicando referido princípio.

¹⁹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11ª ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012. p. 464.

¹⁹⁹ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016. p. 257-260.

²⁰⁰ BOTELHO. Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015, p. 446.

CAPÍTULO 3

APLICAÇÃO PELO PODER JUDICIÁRIO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: PERSPECTIVA BRASILEIRA E EUROPEIA

O presente capítulo tem por escopo a realização de uma análise jurisprudencial do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Brasil, com enfoque na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, utilizando-se, ainda, como contraponto comparativo a realidade vivenciada no continente europeu, especialmente, Portugal e o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia.

Assim, é analisada a possibilidade de aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no direito brasileiro, o alcance normativo do referido princípio e exposto quais os limites de sua aplicação, bem como a possibilidade de mitigação deste princípio em controle de constitucionalidade pelos Tribunais.

Isto porque, como se viu anteriormente, num contexto de crises, especialmente econômicas, estas são uma variável constante a influenciar as políticas públicas e, por conseguinte, as legislações, mormente as que digam respeito a direitos sociais. Diante de quadro, o presente capítulo visa a lançar luzes ao enfrentamento destes problemas pelos tribunais brasileiros e pelos tribunais europeus, incluindo-se o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE), pois, como bem destacam Alessandra Silveira e Sophie Perez Fernandes:

[...] o desafio (...) é tentar desvendar, à luz da jurisprudência recente do TJUE, em que direção avançam os tribunais europeus em tempo de crise: «Continuarão as jurisdições, em particular as da União Europeia, a aceitar o mandato do legislador de integrarem, com sentido de progresso, um direito pouco entretecido, por insuficiência de consenso ou por confiança na via pretoriana? Ou serão sensíveis ao ar do tempo, fazendo reverter o sentido da jurisprudência, nomeadamente por meio de cláusulas de emergência ou da suspensão do princípio de não retrocesso social, de resto afirmado, em algumas latitudes, quando já pairavam no ar nuvens ameaçadoras?»²⁰¹

Para tanto, cumpre primeiramente demonstrar como se dá a aplicação, por parte dos tribunais brasileiros, mais especificamente, o Supremo Tribunal Federal, do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

²⁰¹ SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. **Justiça em tempo de crise: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia.** Revista UNIO. Braga: Jul/2014. Disponível em: <http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Alessandra%20Silveira_Sophie%20Fernandes_pt.pdf> acesso em: 11/11/2018.

3.1 A Experiência Brasileira

Neste capítulo, buscar-se-á demonstrar como o Supremo Tribunal Federal vem considerando, interpretando e aplicando o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Para tanto, serão analisados alguns julgados do Supremo Tribunal Federal que, se pode dizer, formam uma jurisprudência em relação à aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, na vertente de estarem em jogo diretamente Direitos Sociais, como benefícios previdenciários, fornecimento de medicamentos (saúde), proteção à maternidade (saúde e infância), pinçando, ainda, uma decisão monocrática, em sede de medida cautelar, num tema sensível da matéria, qual seja, a Emenda Constitucional n. 86/2015, a qual veio por limitar os gastos orçamentários do governo com saúde, sendo este um ponto de contato comum com o cenário pelo qual viveu a União Europeia, cenário este que deu origem à denominada jurisprudência da crise.

O primeiro caso de grande repercussão pelo qual o Supremo Tribunal Federal tenha enfrentado a temática da proibição do retrocesso social deu-se com o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) n. 3.105, no qual restou decidido pela constitucionalidade da contribuição de inativos e pensionistas instituída no artigo 4º da Emenda Constitucional (EC) n. 41/03.

Nesse sentido, um dos argumentos debatidos, o qual restou rechaçado pelo Supremo Tribunal Federal, é o de ofensa a direito adquirido no ato da aposentadoria, como se constata da ementa do julgado, aqui transcrita:

1. Inconstitucionalidade. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária. Ofensa a direito adquirido no ato de aposentadoria. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Emenda Constitucional nº 41/2003 (art. 4º, caput). Regra não retroativa. Incidência sobre fatos geradores ocorridos depois do início de sua vigência. Precedentes da Corte. Inteligência dos arts. 5º, XXXVI, 146, III, 149, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, da CF, e art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. No ordenamento jurídico vigente, não há norma, expressa nem sistemática, que atribua à condição jurídico-subjetiva da aposentadoria de servidor público o efeito de lhe gerar direito subjetivo como poder de subtrair ad aeternum a percepção dos respectivos proventos e pensões à incidência de lei tributária que, anterior ou ulterior, os submeta à incidência de contribuição previdencial. Noutras palavras, não há, em nosso ordenamento, nenhuma norma jurídica válida que, como efeito específico do fato jurídico da aposentadoria, lhe imunize os proventos e as pensões, de

modo absoluto, à tributação de ordem constitucional, qualquer que seja a modalidade do tributo eleito, donde não haver, a respeito, direito adquirido com o aposentamento. 2. Inconstitucionalidade. Ação direta. Seguridade social. Servidor público. Vencimentos. Proventos de aposentadoria e pensões. Sujeição à incidência de contribuição previdenciária, por força de Emenda Constitucional. Ofensa a outros direitos e garantias individuais. Não ocorrência. Contribuição social. Exigência patrimonial de natureza tributária. Inexistência de norma de imunidade tributária absoluta. Regra não retroativa. Instrumento de atuação do Estado na área da previdência social. Obediência aos princípios da solidariedade e do equilíbrio financeiro e atuarial, bem como aos objetivos constitucionais de universalidade, equidade na forma de participação no custeio e diversidade da base de financiamento. Ação julgada improcedente em relação ao art. 4º, caput, da EC nº 41/2003. Votos vencidos. Aplicação dos arts. 149, caput, 150, I e III, 194, 195, caput, II e § 6º, e 201, caput, da CF. Não é inconstitucional o art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que instituiu contribuição previdenciária sobre os proventos de aposentadoria e as pensões dos servidores públicos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, incluídas suas autarquias e fundações. [...]. (ADI 3105, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Relator(a) p/ Acórdão: Min. CEZAR PELUSO, Tribunal Pleno, julgado em 18/08/2004, DJ 18-02-2005 PP-00004 EMENT VOL-02180-02 PP-00123 RTJ VOL-00193-01 PP-00137 RDDT n. 140, 2007, p. 202-203)²⁰²

A decisão pela constitucionalidade do art. 4º da Emenda Constitucional n. 41/03, que teve voto favorável de sete dos onze Ministros do STF, teve como fundamento o voto do Ministro Cezar Peluso, que referiu:

[...] o regime previdenciário público tem por escopo garantir condições de subsistência, independência e dignidade pessoais ao servidor idoso, mediante o pagamento de proventos de aposentadoria durante a velhice, e, conforme o artigo 195 da Constituição, deve ser custeado por toda a sociedade, de forma direta e indireta, o que bem poderia chamar-se de princípio estrutural da solidariedade.²⁰³

Depreende-se dos votos vencedores um argumento recorrente e que interessa ao estudo aqui realizado: a necessidade de aumento de arrecadação em razão da crise financeira pela qual passa o orçamento da Seguridade Social. Todavia, como já destacado houve votos divergentes minoritários, nos quais o Princípio da Proibição do Retrocesso Social foi utilizado como fundamento.

O Ministro Celso de Mello, que votou pela inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional, afastou o principal argumento, que, inclusive, deu ensejo à edição da Emenda Constitucional questionada no julgado acima transcrito, ao aduzir que as razões de Estado – crise financeira – geralmente sustentam-se

²⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3105.** Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091866&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02/12/2018.

²⁰³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3105.** Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091866&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02/12/2018.

com o intuito de tornar aceitáveis normas que, ao fim e ao cabo, desrespeitam o ordenamento constitucional:

É por essa razão que se tem proclamado – em face dos postulados da confiança do cidadão no Estado e da segurança jurídica, que a edição de resolução estatal superveniente e gravosa, ainda que impregnada de retroatividade em seu grau mínimo, traduz situação de inconstitucionalidade, eis que, tal como reconhecido na paradigmática decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Português (Acórdão 173/2001), em julgamento que guarda pertinência com a espécie ora em exame, não se revela possível ao Estado (...) violar princípios ou disposições constitucionais autônoma, que é o que sucede quando ela afeta, de forma inadmissível, arbitrária e demasiado onerosa, direitos ou expectativas legitimamente fundadas dos cidadãos.²⁰⁴

Especificamente, acerca do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, afirma o Ministro Celso de Mello:

Refiro-me, nesse passo, ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC 41/2003, aos inativos e aos pensionistas) impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social que ele vive (...) Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócorrentes na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.²⁰⁵

Nota-se, da posição minoritária deste julgamento, a menção à noção inicial do princípio defendida pelo professor Gomes Canotilho, conforme já demonstrado no capítulo primeiro deste trabalho.

Acabou prevalecendo, no Supremo Tribunal Federal, o voto proferido pelo Ministro Cezar Peluso, no qual entende que a contribuição previdenciária dos servidores inativos tem caráter tributário e de que, uma vez que é entendimento assente no próprio tribunal de que não incide direito adquirido a um determinado regime jurídico, não haveria de se falar de qualquer inconstitucionalidade na referida contribuição.

As conclusões apresentadas pelo Ministro Cezar Peluso vão nessa direção:

²⁰⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3105**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091866&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02/12/2018

Em síntese, tampouco deste segundo ângulo depara-se ofensa à garantia constitucional do direito adquirido, pois se cuida de tributo que, na modalidade de contribuição previdenciária, é só exigível em relação a fatos geradores ocorridos após a data da publicação da EC 41/2003, observados os princípios constitucionais da irretroatividade e da anterioridade (art. 150, III, a e art. 195, § 6º). E não custa tornar a advertir: uma coisa é a aposentadoria em si, enquanto fonte e conjunto de direitos subjetivos intangíveis; outra, a tributação sobre valores recebidos a título de proventos de aposentadoria.²⁰⁶

O que se pode deduzir é que, diante de um contexto de crise calcado no alto déficit pelo qual passava o orçamento da seguridade social, o Tribunal foi sensível ao argumento da necessidade de instituição de um novo tributo, no caso, uma contribuição previdenciária, prestigiando, ainda, as escolhas feitas pelo legislador.

Um primeiro aspecto que pode se destacar em comparação com o julgado acima analisado é o tratamento diverso que dá a Corte Constitucional brasileira em matéria de obrigação do Estado pelo fornecimento de medicamentos e tratamentos médicos, uma vez que os critérios de reserva orçamentária – reserva do possível – não vêm prevalecendo quando ponderado com o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, numa vertente de impor condutas ao Estado, diante da omissão em fornecer tratamentos médicos os mais diversos ou mesmo implementação de políticas públicas.

Nesse sentido, tem-se a decisão do Supremo Tribunal Federal, no Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada n. 223, ao realizar uma ponderação entre princípios constitucionais, bem como assentar a prevalência do Princípio da Proibição do Retrocesso Social:

[...] - DIREITO À VIDA E À SAÚDE - DEVER ESTATAL DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE RESULTANTE DE NORMA CONSTITUCIONAL (CF, arts. 196 e 197) - OBRIGAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL QUE SE IMPÕE AO PODER PÚBLICO, INCLUSIVE AOS ESTADOS-MEMBROS DA FEDERAÇÃO - CONFIGURAÇÃO, NO CASO, DE TÍPICA HIPÓTESE DE OMISSÃO INCONSTITUCIONAL IMPUTÁVEL AO ESTADO DE PERNAMBUCO - DESRESPEITO À CONSTITUIÇÃO PROVOCADO POR INÉRCIA ESTATAL (RTJ 183/818-819) - COMPORTAMENTO QUE TRANSGRIDE A AUTORIDADE DA LEI FUNDAMENTAL DA REPÚBLICA (RTJ 185/794-796) - A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer o NÚCLEO

²⁰⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3105**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091866&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02/12/2018.

²⁰⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3105**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091866&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02/12/2018.

BÁSICO QUE QUALIFICA O MÍNIMO EXISTENCIAL (RTJ 200/191-197) - O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO - A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO PODER PÚBLICO - A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) - CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 6º, 196 E 197) - A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” - A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO - CONTROLE JURISDICIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO PODER PÚBLICO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) - DOCTRINA - PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 - RTJ 175/1212-1213 - RTJ 199/1219-1220) - RECURSO DE AGRAVO PROVIDO. (STA 223 AgR, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE (Presidente), Relator(a) p/ Acórdão: Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 14/04/2008, DJe-070 DIVULG 08-04-2014 PUBLIC 09-04-2014 EMENT VOL-02726-01 PP-00001)²⁰⁷

Um ponto que merece destaque neste julgamento e que está contido no voto divergente e vencedor do Ministro Celso de Mello, diz respeito à resolução de colisão de princípios constitucionais, como demonstrado no capítulo anterior, donde se extrai do voto do Ministro Celso de Mello que entre proteger a inviolabilidade do direito à vida e à saúde – que se qualifica como direito subjetivo inalienável a todos assegurado pela própria Constituição da República (art. 5º, “caput”, e art. 196) – ou fazer prevalecer, contra essa prerrogativa fundamental, um interesse financeiro e secundário do Estado, entendeu o Ministro que, “uma vez configurado esse dilema, que razões de ordem ético-jurídica impõem, ao julgador, uma só e possível opção: aquela que privilegia o respeito indeclinável à vida e à saúde humanas”.²⁰⁸

Ao menos nesta matéria, direito à saúde, o Supremo Tribunal Federal parece ter consolidado o entendimento de que fatores orçamentários não podem ser

²⁰⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 02/12/2018.

²⁰⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **STA 223 AgR**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 02/12/2018.

impeditivos de que a população tenha acesso a tratamentos de saúde, fazendo prevalecer no juízo de ponderação a vedação do retrocesso social.

Na mesma toada do precedente acima exposto, tem-se, a título ilustrativo:

[...] – A QUESTÃO DA RESERVA DO POSSÍVEL: RECONHECIMENTO DE SUA INAPLICABILIDADE, SEMPRE QUE A INVOCAÇÃO DESSA CLÁUSULA PUDE comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial (RTJ 200/191-197) – O PAPEL DO PODER JUDICIÁRIO NA IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS INSTITUÍDAS PELA CONSTITUIÇÃO E NÃO EFETIVADAS PELO PODER PÚBLICO – A FÓRMULA DA RESERVA DO POSSÍVEL NA PERSPECTIVA DA TEORIA DOS CUSTOS DOS DIREITOS: IMPOSSIBILIDADE DE SUA INVOCAÇÃO PARA LEGITIMAR O INJUSTO INADIMPLEMENTO DE DEVERES ESTATAIS DE PRESTAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE IMPOSTOS AO ESTADO – A TEORIA DA “RESTRIÇÃO DAS RESTRIÇÕES” (OU DA “LIMITAÇÃO DAS LIMITAÇÕES”) – CARÁTER COGENTE E VINCULANTE DAS NORMAS CONSTITUCIONAIS, INCLUSIVE DAQUELAS DE CONTEÚDO PROGRAMÁTICO, QUE VEICULAM DIRETRIZES DE POLÍTICAS PÚBLICAS, ESPECIALMENTE NA ÁREA DA SAÚDE (CF, ARTS. 196, 197 E 227) – A QUESTÃO DAS “ESCOLHAS TRÁGICAS” – A COLMATAÇÃO DE OMISSÕES INCONSTITUCIONAIS COMO NECESSIDADE INSTITUCIONAL FUNDADA EM COMPORTAMENTO AFIRMATIVO DOS JUÍZES E TRIBUNAIS E DE QUE RESULTA UMA POSITIVA CRIAÇÃO JURISPRUDENCIAL DO DIREITO – CONTROLE JURISDICCIONAL DE LEGITIMIDADE DA OMISSÃO DO ESTADO: ATIVIDADE DE FISCALIZAÇÃO JUDICIAL QUE SE JUSTIFICA PELA NECESSIDADE DE OBSERVÂNCIA DE CERTOS PARÂMETROS CONSTITUCIONAIS (PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, PROTEÇÃO AO MÍNIMO EXISTENCIAL, VEDAÇÃO DA PROTEÇÃO INSUFICIENTE E PROIBIÇÃO DE EXCESSO) – DOCTRINA – PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL EM TEMA DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DELINEADAS NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (RTJ 174/687 – RTJ 175/1212-1213 – RTJ 199/1219-1220) [...] – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.²⁰⁹

A lide trata, na origem, de uma ação civil pública, promovida pelo Ministério Público, na qual obrigava o ente estatal a aumentar o atendimento a gestantes nas maternidades estaduais, impondo, concretamente, a realização de obras e contratação de médicos especializados. Após o Tribunal de Justiça do Estado do Amazonas entender que não cabe ao Poder Judiciário e ao Ministério Público impor a realização de políticas públicas de saúde por parte do Poder executivo, o Ministério Público aviou Recurso Extraordinário, que fora provido pelo STF, sendo, agora, objeto de questionamento em Agravo Regimental.

²⁰⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 581352** **AgR.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000195464&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 03/12/2018.

Prevaleceu o voto do Ministro Celso de Mello na linha dos votos que vinha proferindo nos julgados antes citados, fazendo valer a aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, ainda que decorrente de uma possível inércia do ente estatal em implementar uma melhor política pública de atendimento à saúde, no caso saúde de gestantes.

O Ministro Celso de Mello, em seu voto vencedor, afirma que, a cláusula que veda o retrocesso social é exigível, inclusive, na sua dimensão negativa, quando se está a tratar de direitos sociais de natureza prestacional, tal qual o direito à saúde versado, não podendo ser atingidos por medidas que venham a reduzir ou suprimir tais direitos, sem as necessárias medidas compensatórias, inexistente na espécie.²¹⁰

Como corolário, o não cumprimento do Princípio da Proibição do Retrocesso Social implica na instabilidade da ordem jurídica, trazendo principalmente a insustentabilidade de um Estado Social, como fica evidente no julgado analisado, pondo em risco a normatividade da Constituição.

Novamente, da análise do julgado, percebe-se estampada a concepção inicial do que se entendia tanto do Constitucionalismo Dirigente, como também da aplicação sem temperamento do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Uma outra observação que se extrai da própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, diz respeito à adoção da técnica de se considerar os direitos sociais como princípios, sendo o limite de sua ponderação/limitação o denominado núcleo essencial do direito fundamental.

Novamente no tocante à matéria relativa à saúde, tem-se no voto no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 745.745²¹¹, oriundo do Estado de Minas Gerais, interposto no Supremo Tribunal Federal, julgado em 12 de dezembro de 2014, o relator ministro Celso de Mello aplicou o princípio da Proibição do Retrocesso Social ao caso em que o município de Belo Horizonte tentava se esquivar da obrigação de manter uma política pública de assistência à saúde da criança e do adolescente, utilizando como parâmetro o primeiro acórdão português

²¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 581352 AgR.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000195464&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 03/12/2018.

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 745.745 AgR.** Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 14/01/2019.

que tratou do assunto (Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional Português). Portanto, ancorando-se em precedente que não mais demonstra a realidade jurisprudencial em Portugal, como se verá adiante.

Por outro lado, na ADI n. 4350, o Supremo Tribunal Federal (STF) entendeu que as alterações legislativas trazidas em matéria de seguro obrigatório para veículos automotores (DPVAT) não violaram o Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Não houve previsão, no texto da novel norma editada pelo Poder Legislativo, de uma fórmula que conferisse correção monetária aos valores (prêmios) a serem pagos em caso de sinistros cobertos pelo seguro. Tal omissão, na visão dos autores da Ação Direta de Inconstitucionalidade, levaria, com o passar dos anos e os efeitos da inflação, a uma perda substancial para os segurados que viessem a necessitar do seguro.

Segue a ementa do referido julgado, para uma melhor compreensão do que decidido:

[...] 4) A COMPATIBILIDADE DAS NORMAS LEGAIS COM O TEXTO DA LC nº 95/98 ENCERRA CONTROVÉRSIA DE ÍNDOLE INFRACONSTITUCIONAL INSINDICÁVEL EM SEDE DE CONTROLE CONCENTRADO DE CONSTITUCIONALIDADE. 5) O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE E OS ARTIGOS 196, 197 E 199 DA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA RESTAM IMACULADOS NA ALTERAÇÃO DA SISTEMÁTICA DO PAGAMENTO DO DPVAT QUE ENGENDROU COM O NOVEL SISTEMA SECURITÁRIO, POSTO HARMÔNICO COM AS NORMAS CONSTITUCIONAIS. 6) OS PRINCÍPIOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DA PROPORCIONALIDADE E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL, MÁXIME DIANTE DOS MECANISMOS COMPENSATÓRIOS ENCARTADOS NA ORDEM NORMATIVA SUB JUDICE, RESTAM PRESERVADOS NA TABELA LEGAL PARA O CÁLCULO DA INDENIZAÇÃO DO SEGURO DPVAT. 7) O DIRIGISMO CONTRATUAL É CONSECUTÁRIO DA NOVA DOGMÁTICA DO DIREITO CIVIL GRAVITANTE EM TORNO DO TEXTO CONSTITUCIONAL E LEGITIMADORA DA PROIBIÇÃO LEGAL DE CESSÃO DO CRÉDITO DO DPVAT. 8) O NOVEL REGRAMENTO DO SEGURO DPVAT NÃO IMPEDE AS VÍTIMAS DE ACIDENTES DE TRÂNSITO DE ELEGEREM OS HOSPITAIS PARTICULARES PARA O SEU ATENDIMENTO. 9) DIREITO À INCLUSÃO LEGAL DO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA DO VALOR DA INDENIZAÇÃO DEVIDA A TÍTULO DE SEGURO DPVAT. NECESSIDADE DE INICIATIVA DO PODER COMPETENTE. 10) IMPROCEDÊNCIA DAS AÇÕES DIRETAS DE INCONSTITUCIONALIDADE Nº 4.350 E 4.627. IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO DE DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 8º DA LEI Nº 11.482/07 E DOS ARTS. 30 A 32 DA LEI Nº 11.945/09. (ADI 4350, Relator(a): Min. LUIZ FUX,

Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2014, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-237 DIVULG 02-12-2014 PUBLIC 03-12-2014)²¹²

Note-se a palavra o Ministro Relator da referida ação, Luiz Fux, ao afastar a aplicação do princípio ora estudado, afirma o Ministro que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social não pode ser um embaraço à atividade precípua do Poder Legislativo, com mais vigor quando, como no caso analisado, não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais. Prossegue o relator afirmando que as alterações legislativas objeto da ação em análise destinaram-se à racionalização das políticas sociais já estabelecidas e tocante ao seguro DPVAT e “não afetaram desfavoravelmente o núcleo essencial de direitos sociais prestados pelo Estado, porquanto modificaram apenas marginalmente os contornos do seguro DPVAT para viabilizar a sua subsistência”.²¹³

Denota-se que, mesmo diante de uma modificação legislativa que resultou em um valor menor a ser recebido pelos segurados, por não terem, as alterações, afetado o núcleo essencial o direito fundamental envolvido, não ensejaram a intervenção da Corte Constitucional brasileira com o fito de declarar a inconstitucionalidade da norma.

Neste Acórdão, o Supremo Tribunal Federal, tal como o fizera em matéria de contribuição previdenciária no julgado antes analisado, optou por uma deferência à escolha do legislador, entendendo que um valor não sujeito a correções monetárias, imposto pela lei que modificou o regime do seguro DPVAT, não implicou em afronta ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social, por entender não atingido o núcleo essencial de norma fundamental.

Demonstrado com este julgado, explicitamente, a possibilidade de o Supremo Tribunal Federal relativizar o conteúdo do Princípio da Proibição do Retrocesso Social para dá lugar a medidas legislativas que concretamente trazem uma diminuição em direitos de cunho social.

Tendo feito estas digressões a alguns julgados do Supremo Tribunal Federal acerca do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, cumpre trazer

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4350**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000218590&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 08/01/2019.

²¹³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4350**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393783>>. Acesso em: 08/01/2019.

decisão monocrática em uma matéria que veio por impor percentuais mínimos obrigatórios na lei orçamentária da União a serem aplicados na área de saúde.

Está-se a falar da Ação Direta de Inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, proposta pelo Procurador-Geral da República (PGR), contra os arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional n. 86/2015, artigos estes que dizem respeito a um orçamento impositivo por parte do Estado, na área da Saúde, ou seja, a União, os Estados e Municípios estariam vinculados a uma aplicação mínima de recursos na área da Saúde, todavia, em verdade, segundo os autores da ADI, estar-se-ia diminuindo os valores do orçamento em saúde, em virtude da forma de cálculo desses percentuais.

Traz-se, em resumo, os principais argumentos esgrimidos da petição inicial:

1. Ofende cláusulas pétreas da Constituição da República a redução drástica no orçamento público para ações e serviços em saúde, promovida pelos arts. 2º e 3º da Emenda Constitucional 86/2015, por violar, a um só tempo, os direitos à vida e à saúde (CR, arts. 5º, caput, 6º e 196 a 198, caput e § 1º); o princípio da vedação de retrocesso social (art. 1º, caput e III); o princípio da proporcionalidade, derivado do postulado do devido processo legal (art. 5º, LIV), em sua acepção substantiva, na faceta de proibição de proteção deficiente; e o dever de progressividade na concretização de direitos sociais, assumido pelo Brasil no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (promulgado pelo Decreto 591/1992) e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador, promulgado pelo Decreto 3.321/1999).²¹⁴

O Ministro Relator Ricardo Lewandowski deferiu a medida cautelar e suspendeu a eficácia dos dispositivos constitucionais modificados pelo legislador derivado, por meio da Emenda Constitucional n. 86/2015. Passa-se, assim, a expor os fundamentos trazidos pelo Min. Relator numa ação na qual o Supremo Tribunal Federal terá a oportunidade de se manifestar acerca do Princípio da Proibição do Retrocesso Social em matéria orçamentária.

Um primeiro argumento é de que há de se ter, pelo Estado, um dever de efetivação progressiva do direito fundamental à saúde, não sendo possível políticas que venham a reduzir o patamar já alcançado por determinado direito social, nas palavras do Ministro Relator é imperativa, pois, a conclusão de que, ao direito

²¹⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5595**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>>. Acesso em: 09/01/2019.

fundamental à saúde, correspondem garantias fundamentais de organização sistêmica (Sistema Único de Saúde) e de financiamento suficiente e progressivo, conforme a disponibilidade das receitas da seguridade social e o piso de custeio no setor. Tal arranjo protetivo visa à máxima proteção do direito à saúde, na medida em que seu dever de realização progressiva decorre da lógica do próprio art. 5º, § 1º da Constituição, segundo a qual “a todas as normas de direitos fundamentais há de se outorgar a máxima eficácia e efetividade possível, no âmbito de um processo em que se deve levar em conta a necessária otimização do conjunto de princípios (e direitos) fundamentais, sempre à luz das circunstâncias do caso concreto”.²¹⁵

Importante destacar que o Ministro Ricardo Lewandowski traz como fundamento doutrinário as ideias de Ingo Wolfgang Sarlet, Fernando Scaff e, inclusive, do professor Gomes Canotilho, todavia este último quando da concepção primeira do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Em outra passagem, a título de reforço argumentativo, afirma que a nova forma de cálculo a ser operada no orçamento impositivo da saúde configura retrocesso social vedado pela Constituição Federal:

Em tal confluência de restrições ao regime de custeio mínimo das ações e serviços públicos pela União é que se verifica severo risco de retrocesso, suficientemente capaz de indicar a fumaça do bom direito na impugnação em apreço.

No caso em exame, observa-se a falta de justificativa hábil acerca da existência de eventuais medidas compensatórias, bem como a ausência de comprovação expressa que indique a proporcionalidade e a obediência ao princípio da segurança jurídica na imposição de subpisos, marcados pelo risco da regressividade em face do regime anterior dado pela EC 29/2000, e da perda do caráter de fonte adicional de receitas para os recursos oriundos da exploração do petróleo e gás. Esta a razão pela qual cabe reconhecer a desconformidade dos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 com o núcleo de identidade protetivo do direito à saúde na Constituição de 1988.²¹⁶

Na mesma decisão monocrática, ainda sujeita a deliberação do tribunal pleno da Corte Constitucional Brasileira, o Min. Relator afirma que a mudança constitucional questionada na ação atinge a segurança jurídica, um dos fundamentos do Princípio da Proibição do Retrocesso Social e o que denomina de caráter progressivo do custeio por parte do Estado, na área de saúde, as alterações

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5595**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>>. Acesso em: 09/01/2019.

²¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5595**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>>. Acesso em: 09/01/2019.

empreendidas pelos arts. 2º e 3º da EC 86/2015 no financiamento mínimo do direito à saúde inegavelmente constroem a estabilidade jurídica e o caráter progressivo do custeio federal das ações e serviços públicos de saúde.²¹⁷

Pode-se extrair da decisão que haveria uma imposição ao Estado em estabelecer um patamar mínimo de alocação de recursos financeiros na área da saúde, não podendo o legislador, pouco importando a realidade econômica pela qual passa o país, adotar medidas que reduzam um patamar anteriormente já alcançado.

Nesta decisão monocrática, o argumento acerca do Princípio da Proibição do Retrocesso Social voltou a prevalecer em detrimento das reformas constitucionais levada à cabo pelo Poder Legislativo, ainda que não se tenha feito referência expressa a uma violação ao núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais objeto da Ação.

Por fim, cumpre trazer à balia uma menção a outra Emenda Constitucional, a de número 95/2016, a qual revogou o art. 2º da EC n. 86/2015 e contemplou aquilo que ficou conhecido como emenda constitucional do “congelamento” dos gastos públicos em áreas sociais, inclusive a saúde. Tal emenda constitucional estabeleceu um não aumento com gastos públicos pelo período de 20 anos.

A Emenda Constitucional estabelece limites para o crescimento dos gastos públicos obrigatórios não financeiros, tais como despesas com pessoal e seus encargos, além de outros gastos correntes como, luz, água, dentre outros. O cerne das medidas está na limitação dos gastos.

Contra a Emenda Constitucional n. 95/2016 já foram ajuizadas 4 ações diretas de inconstitucionalidade, no Supremo Tribunal Federal, três partidos políticos com representações no Congresso, ajuizaram as Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADI) de ns. 5.658, 5.680 e 5.715, respectivamente), a relatoria é da Ministra Rosa Weber.

Da análise dos julgados apresentados no presente capítulo percebe-se que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social é um princípio de plena

²¹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5595**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>>. Acesso em: 09/01/2019.

aplicabilidade no Brasil, em especial, pelo Supremo Tribunal Federal, na linha do que se desenvolveu em terras europeias, especialmente no Direito Português.

As decisões demonstram, via de regra, não ser possível sufragar medidas legislativas que venham a reduzir direitos sociais fundamentais, todavia já há precedentes na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal que permitem uma relativização deste entendimento, atrelando os limites de mitigação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social a que se convencionou de núcleo essencial do direito fundamental envolvido.

Além disso, há uma tendência a uma não mitigação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, quando estão em jogo causas que dizem respeito a direitos sociais, todavia individualizados, como no caso de fornecimento de medicamentos não disponibilizados pelo Poder Público. Havendo uma modificação de panorama quando diz respeito, à exceção da decisão monocrática na ADI n. 5.595, a medidas legislativas com um, por assim dizer, caráter mais abrangente, como no caso da lei que modificou o sistema de pagamento do DPVAT, no qual houve uma mitigação do princípio ou mesmo no caso da contribuição previdenciária dos aposentados.

A tarefa do julgador é árdua, mormente quando envolvem questões de grande repercussão econômica e social. Nesses casos, nas palavras de Andrea Magalhães:

[...] a influência do contexto da crise econômica na jurisdição constitucional é recíproca. Por um lado, as questões submetidas às cortes constitucionais tornam-se casos difíceis em razão da escassez de recursos públicos e privados, das sequelas sociais da crise e da pluralidade de medidas de austeridade. Por outro lado, a própria atuação ordinária da corte constitucional, por sua relevância política e jurídica, traduz-se em alocação de recursos públicos escassos, com possíveis reflexos sistêmicos na própria crise.²¹⁸

Tal perspectiva e impactos econômicos podem ser extremamente relevantes, em sede de prognóstico, do que pode vir a ser decidido pelo Supremo Tribunal Federal nas Ações Diretas de Inconstitucionalidade, as quais questionam a Emenda Constitucional que limita os gastos orçamentários dos entes federativos pelo prazo de 20 anos. As consequências, seja em caso de procedência ou de

²¹⁸ MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise: uma perspectiva pragmática**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017. p. 269.

improcedência das ações terão grandes repercussões nas finanças públicas e este deve ser um parâmetro muito explorado no julgamento das ações.

Assim, o cenário que se mostra perante o Supremo Tribunal Federal será importante para definir os contornos que serão dados ao Princípio da Proibição do Retrocesso Social e, neste sentido, a experiência europeia pode ser eloquente para nortear o pensamento em terras brasileiras. Portanto, cumpre analisar como tal princípio é aplicado em terras europeias, em especial Portugal e também no Tribunal de Justiça da União Europeia, tema que será abordado no seguinte tópico.

3.2 A Experiência Portuguesa e da União Europeia

Esta parte da pesquisa tem como objetivo demonstrar como a Corte Constitucional Portuguesa, inicialmente, tratou do tema da aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, principalmente nos acórdãos ns. 39/84²¹⁹ e 509/02²²⁰, partindo-se para a análise da jurisprudência da crise, plasmada no acórdão n. 353/2012, para ao final traçar o entendimento, também, do Tribunal de Justiça da União Europeia acerca da matéria.

O professor Gomes Canotilho bem coloca a problemática com que os Tribunais constantemente têm de enfrentar, qual seja, quais são os contornos dos direitos sociais fundamentais, como se efetivam tais direitos, quais os limites para o legislador em termos de direitos sociais, com a agravante das constantes crises econômicas mundiais, que dão contornos de dramaticidade à questão. Nas palavras do autor:

A linha ideológica de fundo poderia ser resumida da seguinte forma: o carácter dirigente da constituição social não significa a optimização directa e já dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização destes direitos. Graduabilidade não significa, porém, reversibilidade social. O problema desta posição é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada “crise do estado Social” e pelo triunfo esmagador do globalismo neoliberal. Em causa está não apenas a graduabilidade, mas também a reversibilidade das posições sociais.²²¹

²¹⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 39/1984**, Relator(a): Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²²⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²²¹ CANOTILHO. José Joaquim Gomes. In **Direitos fundamentais sociais**, 2ª edição. Saraiva, 7/2015. p. 13.

A trajetória interpretativa do conceito do Princípio da Proibição do Retrocesso Social em terras portuguesas inicia-se com o processo n. 6/83 que veio a gerar o acórdão n. 39/84 e que disse respeito a um pedido de declaração de inconstitucionalidade do art. 17 do Decreto-Lei n. 254/82, artigo este que revogou artigos da Lei n. 56/79, o qual versava sobre o Serviço Nacional de Saúde. O argumento, inicialmente exposto, pela inconstitucionalidade referia-se ao aspecto formal da lei, pois teria sido invadida competência legislativa privativa da Assembleia Legislativa, nos moldes da Constituição Portuguesa.

A Lei n. 56/79 disciplinou o Serviço Nacional de Saúde e necessitava de regulamentação, através de Decreto-Lei do Governo, para que a lei passasse a ostentar plena eficácia. Em que pese a determinação de regulação, o Governo veio por revogar grande parte de seus dispositivos, tonando, praticamente, extinto o Serviço Nacional de Saúde. Claramente, a regulamentação não passava pela revogação de dispositivos, havendo uma extrapolação da competência.

Nesses termos, o Tribunal Constitucional Português entendeu que o direito à saúde comporta duas vertentes, uma negativa – garantia de que ninguém agirá contrário ao direito – e outra positiva – direito de exigir do Poder Público as prestações necessárias para a garantia do direito à saúde. Portanto, uma conquista, a criação do Serviço Nacional de Saúde, não poderia ser alvo de medidas que viessem a extinguir a este mesmo serviço.

Esse entendimento, encontra-se estampado no seguinte excerto extraído do Acórdão n. 39/84, que teve como relator o Conselheiro Vital Moreira, o qual aduziu que:

É que aí a tarefa constitucional a que o Estado se acha obrigado é uma garantia do direito fundamental, constitui ela mesma objecto de um direito dos cidadãos. Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.²²²

²²² PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 39/1984**, Relator(a): Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 12/01/19.

O que fica assente no Acórdão ora analisado é que, a partir do momento em que o Estado dá contornos de aplicabilidade a um direito social fundamental, não mais estará autorizado a retirar do ordenamento jurídico sem medidas ou soluções de alternatividade a esta supressão/mitigação, sob pena de se estar a infringir o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Este entendimento vem ao encontro das ideias iniciais do Constitucionalismo Dirigente defendidas pelo professor Gomes Canotilho à época, como já demonstrado do decorrer da presente pesquisa, de uma maior rigidez em relação às normas constitucionais e de sua aplicabilidade imediata, antes, portanto, da dita crise do Estado Social.

Na mesma senda interpretativa do Acórdão antes analisado tem-se o Acórdão n. 509/02²²³, proferido nos autos do processo n. 768/02, do Tribunal Constitucional Português. A lide versava sobre a revogação do chamado “rendimento mínimo garantido” com previsão na Lei n. 19-A/96, de 29 de junho, sendo a questão suscitada acerca da constitucionalidade inerente ao art. 4º, n. 1, a seguinte:

- a dúvida de constitucionalidade refere-se ao artigo 4º, nº 1, que regula a titularidade do direito ao rendimento social de inserção, na medida em que, enquanto que o artigo 4º, nº 1, da Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, que criou o rendimento mínimo garantido, reconhecia a titularidade do direito à prestação de rendimento mínimo aos indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos, o diploma que agora se pretende seja promulgado como lei, com ressalva das excepções também já previstas na lei anterior e das posições subjectivas dos actuais beneficiários, garante a titularidade do direito ao rendimento social de inserção apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos.²²⁴

O caso analisado dizia respeito à possibilidade de reduzir os direitos das pessoas com idade não superior a 25 anos, as quais deixariam de ser beneficiárias do já referido benefício social. A fim de dar cabo e responder à questão suscitada, os Conselheiros passaram a se debruçar sobre os limites à liberdade de conformação do legislador e questões acerca do princípio da reserva do possível e da observância ao mínimo existencial, ligados à própria ideia de Estado Democrático de Direito.

²²³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²²⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

Por primeiro, analisou-se o rendimento social de inserção como de consecução dos objetivos estatais, como se denota do Acórdão, ao afirmar que é obrigação do Estado organizar um sistema de seguridade social com vistas a tutelar “«os cidadãos na doença, velhice, invalidez, viuvez e orfandade, bem como no desemprego e em todas as outras situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho» (artigo 63.º, n.º 3, da CRP) ”.²²⁵

No que tange ao tema da delimitação da liberdade de conformação do legislador, o julgado leva em consideração que:

[...] sem perda do poder de conformação autónomo reconhecido ao legislador em Estado de direito democrático, a partir e à medida que, de acordo com as suas disponibilidades financeiras, o Estado vai realizando esses direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixa de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos.²²⁶

Novamente neste excerto do Acórdão percebe-se a concepção primeva do papel do legislador diante de uma Constituição Dirigente, uma vez que há exposto aqui uma rígida vinculação e realização dos direitos fundamentais, mesmo em se tratando de Direito Sociais prestacionais, como delineado nas ideias iniciais do professor Gomes Canotilho.

Na sequência, o Tribunal passa a cuidar a conformação do princípio da reserva do possível, princípio este também muito invocado quando o tema diz respeito aos Direitos Sociais. Sobre o referido princípio aduziram os julgadores que:

- mesmo quando - atendendo à natureza sob reserva do possível ou do financeiramente possível que os direitos sociais apresentam - não se sustente, como fazem, todavia, alguns Autores, a existência de um princípio constitucional de proibição do retrocesso nas prestações entretanto reconhecidas no domínio dos direitos sociais, é opinião doutrinária e jurisprudencialmente comum que o Estado só pode afectar o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados quando se sustente numa comprovada incapacidade material, designadamente financeira, para manter a medida entretanto reconhecida de realização daqueles direitos ou quando a tal se veja compelido por força da necessária realização de outros valores de natureza constitucional.²²⁷

²²⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²²⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²²⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

O Tribunal Constitucional de Portugal se socorre dos ensinamentos de José Carlos de Andrade, para consignar no Acórdão, sobre o Princípio da Segurança Jurídica e da Confiança, dois dos princípios base do próprio Princípio da Proibição do Retrocesso Social, que:

[...] é difícil aceitar um princípio geral do «acquis social» ou da «proibição do retrocesso», sob pena de se sacrificar a «liberdade constitutiva» do legislador, sobretudo numa época em que ficou demonstrado que não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa.

Todavia, pode-se admitir que existe uma certa garantia de estabilidade:

- o uma garantia mínima, no que se refere à proibição feita ao legislador de pura e simplesmente destruir o nível mínimo adquirido;
- o uma garantia média, quando se exige às leis «retrocedentes» o respeito pelo princípio da igualdade (como proibição do arbítrio) e do princípio da protecção da confiança ;
- o uma garantia máxima, apenas nos casos em que se deve concluir que o nível de concretização legislativa beneficia de uma tal «sedimentação» na consciência da comunidade que deve ser tido como «materialmente constitucional».²²⁸

E, complementam que este entendimento não implica a aceitação de um princípio geral de proibição do retrocesso, nem uma “eficácia irradiante” dos preceitos relativos aos direitos sociais, tidos como um “bloco constitucional dirigente”. Em verdade, a proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. “A liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão vastas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados”.²²⁹

Cumpram aqui, diante do acima exposto, considerar que, em que pese o fato do Tribunal já ter dado entendimento acerca do Princípio da Proibição do Retrocesso Social com conformação restrita, subsumindo-se sua proteção aos chamados “direitos adquiridos”, esta interpretação é revisitada e revista no presente caso analisado, pois a legislação declarada inconstitucional já fazia menção à

²²⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²²⁹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

salvaguarda aos Direitos Adquiridos, portanto em nada afetando o que exposto sobre a concepção inicial do Constitucionalismo Dirigente. Nas palavras do Conselheiro Relator Luís Nunes de Almeida:

Este Tribunal já teve, aliás, ocasião de se mostrar particularmente restritivo nesta matéria, pois que no Acórdão n.º 101/92 (Acórdãos do Tribunal Constitucional, 21.º vol., págs. 389-390), parece ter considerado que só ocorreria retrocesso social constitucionalmente proibido quando fossem diminuídos ou afectados «direitos adquiridos», e isto «em termos de se gerar violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural», tendo em conta uma prévia subjectivação desses mesmos direitos. Ora, no caso vertente, é inteiramente de excluir que se possa lobrigar uma alteração redutora do direito violadora do princípio da protecção da confiança, no sentido apontado por aquele aresto, porquanto o artigo 39.º do diploma em apreço procede a uma expressa ressalva dos direitos adquiridos.²³⁰

No sentido do acima exposto, o Tribunal descola a noção do Princípio da Proibição do Retrocesso Social da noção única de protecção ao Direito Adquirido para mais se aproximar aos Princípios da Segurança Jurídica e Confiança, como já dito, ínsitos à noção de Estado Democrático de Direito.

Por derradeiro, o Tribunal enfrenta a problemática interpretativa do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, dando uma conotação a ele como um garante do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais, entendendo-o como uma garantia constitucional a um mínimo existencial, com um viés duplo, como de dessume do Acórdão:

Esta afirmação de uma dimensão positiva de um direito ao mínimo de existência condigna, em paralelo com a sua dimensão negativa, parece ter sido igualmente recebida na fundamentação do Acórdão n.º 349/91 – e retomada no Acórdão n.º 318/99 –, tendo-se aí salientado:

[...] o artigo 63.º da Constituição reconhece a todos os cidadãos um direito à segurança social, determinando o n.º 4 do mesmo preceito [...]

Este preceito constitucional poderá, desde logo, ser interpretado como garantindo a todo o cidadão a percepção de uma prestação proveniente do sistema de segurança social que lhe possibilite uma subsistência condigna em todas as situações de doença, velhice ou outras semelhantes. Mas ainda que não possa ver-se garantido no artigo 63.º da Lei Fundamental um direito a um mínimo de sobrevivência, é seguro que este direito há-de extrair-se do princípio da dignidade da pessoa humana condensado no artigo 1.º da Constituição» (cf. Acórdão n.º 232/91(...)).²³¹

²³⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²³¹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

Tal noção, a um mínimo existencial, é derivada do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e que tem por escopo a proteção do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais em face de medidas legislativas que venham a retroceder direitos. Como destacado no julgado, se pode retirar que o princípio do respeito da dignidade humana, previsto no artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda consignado no artigo 63º, nºs 1 e 3, todos da Constituição, garante a todos o direito à segurança social e prevê ao sistema de segurança social a proteção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implicando o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência digna.²³²

Nada obstante, os Conselheiros julgadores fazem menção que não está tolhida a liberdade de conformação do legislador, no norte da escolha dos meios adequados para a obtenção da dignidade humana. Estando a entender que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, como princípio que é, deve ser ponderado com o fito de não invadir e evitar a atividade ínsita e livre do legislador.

Todavia, o legislador, «dada a diversidade dos meios possíveis para atingir esse fim» (cfr. Wolfgang Däubler, cit.), goza de uma larga margem de liberdade conformadora, podendo decidir «quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio», sem prejuízo de dever assegurar sempre o «mínimo indispensável». Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições.²³³

Volvendo olhos à ponderação específica realizada no Acórdão ora analisado, o Tribunal afirmou acerca do benefício assistencial rendimento mínimo garantido que:

[...] Assim, in casu, podia perfeitamente considerar que, no que se refere aos jovens, não deveria ser escolhida a via do subsídio – designadamente, a do alargamento do âmbito de aplicação do rendimento social de inserção – , mas antes a de outras prestações, pecuniárias ou em espécie, como bolsas de estudo, de estágio ou de formação profissional ou salários de aprendizagem (maxime, quando associadas a medidas de inserção social).

²³² PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²³³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: < <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

Pressuposto é, porém, que as suas escolhas assegurem, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna, para todos os casos.²³⁴

A conclusão do julgamento foi que o diploma legal questionado veio por “atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana”. Tal princípio é consagrado pelo art. 1º da Constituição Portuguesa e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda guarda raízes no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma Constituição Portuguesa.²³⁵

Como já destacado e demonstrado neste trabalho, em tempos de crise do Estado Social representada pela crise financeira, déficit orçamentário, invariavelmente os Tribunais são instados a examinar medidas legislativas restritivas, empurradas pelas circunstâncias fáticas.

O Tribunal Constitucional Português vem denominando estas análises de limites do sacrifício, consubstanciada num conjunto de decisões que ficou conhecida como jurisprudência da crise. Especificamente, far-se-á a análise de três casos enfrentados pelo Tribunal Constitucional de Portugal, que se referem, no particular, a temas ligados ao orçamento de Portugal dos anos de 2011, 2012 e 2013 e que resultaram nos Acórdãos ns. 396/2011²³⁶, 353/2012²³⁷ e 187/2013²³⁸.

Primeiramente, cumpre demonstrar o contexto fático no qual iniciou-se a discussão acerca dos orçamentos, nos exercícios financeiros acima expostos, a problemática inicia-se com a crise mundial no ano de 2008, na qual houve, por parte de diversos países europeus, uma corrida legislativa para reformar e contrarreformar legislações de cunho social, como no caso de Portugal.

Mariana Canotilho e outros, bem demonstram este contexto pelo qual passou Portugal:

²³⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²³⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

²³⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 396/2011**, Relator(a): Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²³⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 353/2012**, Relator(a): Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²³⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 187/2013**, Relator(a): Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em: 16/01/19.

Entre 2008 e 2013, a dívida pública subiu de 71,7% para 129% do PIB; durante o mesmo período, o investimento caiu quase 40% em termos nominais. Em um país com aproximadamente 10 milhões de pessoas, entre 2010 e 2013 quase 500.000 empregos foram destruídos. O desemprego aumentou de 7,6% em 2008 para 16,2% em 2013; a percentagem de jovens desempregados (15 a 24 anos) cresceu de 16,7% em 2008 para 38,1% em 2013. Mais de 100.000 pessoas (48% entre 20 e 40 anos) saíram do país, definitivamente ou temporariamente, em 2011 e mais 120.000 (57% entre 20 e 40 anos) em 2012. Depois de importantes mudanças nas regras de aplicação dos benefícios ao desempregado, o número de cidadãos desempregados que recebem ajuda pública caiu de 60% para pouco mais de 40% entre 2010 e 2013. Os números podem ser encontrados em: <www.ine.pt> e <www.pordata.pt> (tradução livre).²³⁹

Em consequência desse quadro económico, uma intervenção foi realizada em Portugal, por parte da União Europeia e outros organismos para elaboração de plano de recuperação financeira, como destaca Alessandra Silveira:

Como sabemos, em 7 de abril de 2011, estando sujeito a uma pressão crescente nos mercados financeiros, Portugal solicitou oficialmente assistência financeira à União Europeia, aos Estados-Membros cuja divisa é o euro e ao FMI. Em 3 de maio de 2011, o Governo português e a missão conjunta da Comissão, FMI e BCE chegaram a um acordo de ajustamento económico e financeiro (conhecido por Memorando de Entendimento) relativamente a um vasto programa de políticas para três anos (até meados de 2014). Foi então concedida assistência financeira da União a Portugal nos termos da decisão do Conselho 2011/344/UE, de 30 de maio de 2011, tendo em conta o artigo 122.^o, n.^o 2, do TFUE e o Regulamento 407/2010, de 11 de maio de 2010, que cria um mecanismo europeu de estabilização financeira, nomeadamente o seu artigo 3.^o, n.^o 2. Assim, a concessão de assistência financeira a Portugal foi regulada por atos jurídicos europeus, de entre os quais relevam a decisão de execução 2011/344/UE, de 30 de maio de 2011, e a decisão de execução 2012/409/UE, de 10 de julho de 2012, que altera a primeira.²⁴⁰

Diante desse quadro, a jurisprudência da crise baseia-se na adoção de medidas de austeridade, as quais geraram entre Portugal, Comissão Europeia, Banco Central Europeu e Fundo Monetário Internacional, a elaboração do Programa de Ajustamento Económico e Financeiro (PAEF) firmado em 2011. O mote do programa era a redução do déficit orçamentário.²⁴¹

No que diz respeito ao Acórdão n. 396/2011, o Tribunal teve de enfrentar a alegação de inconstitucionalidade de medidas legislativas que reduziram a remuneração de todos os servidores públicos portugueses que recebessem acima

²³⁹ CANOTILHO, Mariana. VIOLANTE, Teresa and LANCEIRO, Rui. **Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law**. European Constitutional Law Review, 11, 2015. p. 156.

²⁴⁰ SILVEIRA, Alessandra. **Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento**, in Elizabeth Rocha/Marli da Costa/Ricardo Hermany (coords.), “O alcance dos direitos humanos nos Estados lusófonos”, EDUNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

²⁴¹ CANOTILHO, Mariana. VIOLANTE, Teresa and LANCEIRO, Rui. **Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law**. European Constitutional Law Review, 11, 2015. p. 157.

de um mil e quinhentos euros brutos, variando as reduções em percentuais de 3,5% (três e meio por cento) à 10% (dez por cento)²⁴²

Alegou-se que a manutenção salarial estava assegurada através de qualidade da expectativa, ou seja, a expectativa de que o Governo teria um comportamento continuado de não redução salarial.

Em que pesem as alegações, o Tribunal fez prevalecer o interesse público em detrimento da proteção da confiança, que como já destacado, é um dos fundamentos do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, ocorrendo um giro hermenêutico no entendimento outrora aplicado pelo próprio Tribunal. Extrai-se do Acórdão:

[...] as medidas de redução remuneratória visam a salvaguarda de um interesse público que deve ser tido por prevalecente – e esta constitui a razão decisiva para rejeitar a alegação de que estamos perante uma desprotecção da confiança constitucionalmente desconforme.

Na verdade, à situação de desequilíbrio orçamental e à apreciação que ela suscitou nas instâncias e nos mercados financeiros internacionais são imputados generalizadamente riscos sérios de abalo dos alicerces (senão, mesmo, colapso) do sistema económico-financeiro nacional, o que teria também, a concretizar-se, consequências ainda mais gravosas, para o nível de vida dos cidadãos. As reduções remuneratórias integram-se num conjunto de medidas que o poder político, actuando em entendimento com organismos internacionais de que Portugal faz parte, resolveu tomar, para reequilíbrio das contas públicas, tido por absolutamente necessário à prevenção e sanção de consequências desastrosas, na esfera económica e social.²⁴³

O Tribunal, ainda, invocou o princípio da proporcionalidade, a fim de fazer prevalecer os compromissos internacionais assumidos por Portugal. Como se denota do julgado, não houve razões de evidência em sentido contrário e dentro de “limites do sacrifício”, que a transitoriedade e os montantes das reduções ainda salvaguardam, sendo de aceitar que essa seja uma forma legítima e necessária, dentro do contexto vigente, de reduzir o peso da despesa do Estado, com a finalidade de reequilíbrio do orçamento.²⁴⁴

Assim, a decisão do Tribunal Constitucional considerou as reduções remuneratórias adequadas frente ao déficit orçamentário, necessárias dentro do

²⁴² PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 396/2011**, Relator(a): Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²⁴³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 396/2011**, Relator(a): Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²⁴⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 396/2011**, Relator(a): Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em: 16/01/19.

contexto dos limites do sacrifício dos cidadãos e não excessivas, frente à indispensabilidade de reduzir o déficit e estabelecer um patamar mínimo de salários que receberiam cortes, no caso, um mil e quinhentos euros.

Ficou consignado, ainda, no Acórdão o entendimento de que não há direito adquirido a um “quantum” salarial, como bem destaca Mariana Canotilho e outros:

O Tribunal reconheceu então que o direito a pagar é um direito fundamental consagrado na Constituição portuguesa e goza da especial protecção conferida aos direitos de liberdade. No entanto, salientou que existe uma diferença importante entre o direito a ser pago e o direito de receber um específico montante de dinheiro, não redutível por lei, no entanto, as circunstâncias e as variáveis económicas e financeiras o influenciam.²⁴⁵ (tradução livre)

Constata-se desse Acórdão que, de fato, há uma grande guinada jurisprudencial acerca do entendimento sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, permitindo uma maior flexibilização de suas bases a autorizar a redução de conquistas sociais, baseados numa forte influência da realidade fática, de crise profunda e de modificação de parâmetros de análise das fontes normativas, havendo uma ampliação para além de Portugal, incluindo-se normas e compromissos assumidos junto à União Europeia, tudo isso a revelar fragmentos da nova teoria do professor Gomes Canotilho, qual seja, a interconstitucionalidade.

Com isso, passa-se a analisar o Acórdão n. 353/2012, no qual os limites do sacrifício foi novamente posto à prova, agora contra uma medida legislativa que suspendia o pagamento dos vencimentos de férias e de Natal aos servidores públicos. A análise se circunscreveu ao *quantum* do sacrifício e estabeleceu um critério de igualdade proporcional, no sentido de averiguar se a medida ora *sub judice* quando em confronto com a limitação sufragada no Acórdão n. 396/2011 seria considerada aceitável.

Neste caso, o Tribunal Constitucional veio por entender inconstitucional esse novo corte salarial ao considerar:

E para os que auferem remunerações ilíquidas superiores a €1500,00, a redução é também de 14,3% do seu rendimento anual. Ora, se o Tribunal Constitucional, no referido Acórdão n.º 396/11, neste mesmo universo, perante a redução salarial ocorrida no ano de 2011, determinada pelo artigo

²⁴⁵ CANOTILHO, Mariana. VIOLANTE, Teresa and LANCEIRO, Rui. **Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law**. European Constitutional Law Review, 11, 2015. p. 161.

19.^o, da Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezem-bro, que se situou entre 3,5% e 10% do rendimento anual, entendeu que a transitorie-dade e os montantes das reduções efetuadas nos rendimentos dos funcionários públicos se continham ainda dentro dos limites do sacrifício adicional exigível, o acréscimo de nova redução, agora de 14,3% do rendimento anual, mais do que triplicando, em média, o valor das reduções iniciais, atinge um valor percentual de tal modo elevado que o juízo sobre a ultrapassagem daquele limite se revela agora evidente.²⁴⁶

Esse entendimento surge porque a situação fática é diversa daquela analisada pelo mesmo Tribunal no ano de 2011, a qual era uma medida originária, uma vez que estes mesmos servidores públicos estão em outra posição, sob o pálio de medidas restritivas de redução salarial, estando os servidores já num modelo de desigualdade.

De acordo com o Tribunal Constitucional, há de fato uma “gravíssima situação económico-financeira”, e que as metas de redução do déficit público que foram estabelecidas nos “memorandos de entendimento” são importantes para garantir o próprio financiamento estatal. Tais metas “devem ser alcançadas através de medidas de diminuição de despesa e/ou de aumento da receita que não se traduzam numa repartição de sacrifícios excessivamente diferenciada”.²⁴⁷

Portanto, a Corte veio por entender que um novo corte nos salários seria desproporcional, uma vez que haveria outras medidas de política financeira para alcançar o mesmo desiderato:

A diferença de tratamento é de tal modo acentuada e significativa que as razões de eficácia da medida adotada na prossecução do objetivo da redução do défice público para os valores apontados nos memorandos de entendimento não tem uma valia suficiente para justificar a dimensão de tal diferença, tanto mais que poderia configurar-se o recurso a soluções alternativas para a diminuição do défice, quer pelo lado da despesa (v.g., as medidas que constam dos referidos memorandos de entendimento), quer pelo lado da receita (v.g. através de medidas de carácter mais abrangente e efeito equivalente à redução de rendimentos). As referidas soluções, podendo revelar-se suficientemente eficientes do ponto de vista da realização do interesse público, permitiriam um desagramento da situação daqueles outros contribuintes que auferem remunerações ou prestações sociais pagas por verbas públicas.²⁴⁸

²⁴⁶ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 353/2012**, Relator(a): Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²⁴⁷ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 353/2012**, Relator(a): Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²⁴⁸ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 353/2012**, Relator(a): Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em: 16/01/19.

Percebe-se deste fragmento do julgado que o Tribunal chega a adotar uma medida que se pode considerar de controle político, acerca das escolhas feitas pelo legislador.

Em conclusão do caso ora analisado, nas palavras de Mariana Canotilho e Outros, o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade dos cortes salariais adicionais (isto é, da suspensão parcial ou total do pagamento de Natal e férias), afirmando que a diferença de tratamento pela lei era que não se podiam encontrar motivos de urgência ou eficácia das medidas para perseguir certos interesses públicos, violando o princípio da igualdade.²⁴⁹

Em que pese a declaração de inconstitucionalidade da norma, a Corte decidiu suspender os efeitos de sua decisão. Isto implicou, na prática, que a suspensão do pagamento de Natal e de férias fosse efetivamente aplicada durante 2012, e somente proibida a partir de então. Também deve ser notado que os cortes salariais de 2011 foram mantidos e aplicados também em 2012. Aplicou-se a previsão constitucional portuguesa do art. 282, n. 4, para aplicar uma modulação dos efeitos da decisão.

Assim, ainda que tenha declarado a nova redução dos salários dos servidores públicos inconstitucional, por motivos de segurança jurídica, veio por autorizar a aplicação do corte, ainda que somente no exercício de 2012. Nos dizeres do Tribunal:

Ora, encontrando-se a execução orçamental de 2012 já em curso avançado, reconhece-se que as consequências da declaração de inconstitucionalidade acima anunciada, sem mais, poderiam determinar, inevitavelmente, esse incumprimento, pondo em perigo a manutenção do financiamento acordado e a consequente solvabilidade do Estado. Na verdade, o montante da poupança líquida da despesa pública que se obtém com a medida de suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal ou prestações equivalentes a quem auferir por verbas públicas, assume uma dimensão relevante nas contas públicas e no esforço financeiro para se atingir a meta traçada, pelo que dificilmente seria possível, no período que resta até ao final do ano, projetar e executar medidas alternativas que produzissem efeitos ainda em 2012, de modo a poder alcançar-se a meta orçamental fixada.²⁵⁰

²⁴⁹ CANOTILHO, Mariana. VIOLANTE, Teresa and LANCEIRO, Rui. **Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law**. European Constitutional Law Review, 11, 2015. p. 163. (tradução livre)

²⁵⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 353/2012**, Relator(a): Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em: 16/01/19.

Em linhas finais, entendeu o Tribunal estar perante uma situação em que um interesse público de excepcional relevo exige que o próprio Tribunal Constitucional restrinja os efeitos da declaração de inconstitucionalidade, nos termos permitidos pelo artigo 282.º, n.º 4, da Constituição, não os aplicando à suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de Natal, ou quaisquer prestações correspondentes aos 13.º e, ou, 14.º meses, relativos ao ano de 2012.²⁵¹

Vê-se que o Tribunal Constitucional de Portugal ainda se fez influenciar pelas razões da realidade fática de crise econômica, ao não dar efeitos *ex tunc* à decisão que declarou a norma inconstitucional.

O Acórdão n. 187/2013 do Tribunal Constitucional abordou a lei orçamentária do ano de 2013, sendo questionados os artigos que versaram sobre a manutenção da redução das remunerações dos servidores públicos, a suspensão dos salários de férias também para os servidores públicos, atingindo também os servidores reformados e aposentados, a criação de uma Contribuição Extraordinária de Solidariedades (CES) sobre as pensões situadas entre 1.350 euros e 3.750 euros, fixada entre as taxas de 3,5% e 10%, a redução de salários pela Caixa Geral de Aposentações (CGA), a alteração do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (CIRS) e introdução de uma sobretaxa em sede de Imposto de Renda.

Em relação à suspensão dos salários de férias o Tribunal manteve o entendimento de esposado no Acórdão n. 353/2012, pela inconstitucionalidade da norma, não por violar o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, nas palavras do Tribunal, proteção da confiança, mas sim pelo princípio da igualdade.

No caso vertente, embora se reconheça, em relação à suspensão do subsídio de férias, que possa ter ocorrido um acréscimo de expectativas decorrente da circunstância de o Tribunal Constitucional, no seu acórdão n.º 353/2012, ter julgado inconstitucionais as medidas de suspensão do subsídio de férias e de Natal introduzidas pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, não se afigura que a adoção de uma tal medida, ainda que subsequente à formulação desse juízo de inconstitucionalidade, mereça, na exclusiva perspetiva da tutela da confiança, uma ponderação substancialmente distinta daquela que suscitou a manutenção da redução salarial.²⁵²

²⁵¹ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 187/2013**, Relator(a): Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²⁵² PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 187/2013**, Relator(a): Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em: 16/01/19.

O argumento pela inconstitucionalidade foi assim exposto:

A igualdade proporcional só é aferível no contexto, pelo que há que atender ao conjunto diversificado de medidas, teleologicamente unificadas, que acompanham as de manutenção das reduções da remuneração mensal base e de suspensão total ou parcial de um dos dois subsídios. Para além da menor expressão quantitativa do sacrifício por estas imposto (em confronto com o resultante da Lei n.º 64-B/2011, de 30 de dezembro, tendo em conta que só é afetado o subsídio de férias), constata-se, nesta perspetiva alargada, que agora se prevê, em simultâneo (contrariamente ao que sucedera no âmbito daquele diploma), medidas de abrangência universal. Concebidas as intervenções redutoras do nível remuneratório como parte de um todo, só no que a elas diz respeito se pode apontar a repartição inigualitária de sacrifícios anteriormente sob apreciação.²⁵³

Contudo, em relação a Contribuição Extraordinária de Solidariedades, entendeu o Tribunal Constitucional Português que a contribuição se encontra dentro dos limites do sacrifício, julgando improcedente o pedido de inconstitucionalidade neste ponto:

Um aspeto que se torna evidente, por tudo o que já anteriormente se expôs, é que os pensionistas afetados pela medida não se encontram na mesma situação de qualquer outro cidadão, justamente porque são beneficiários de pensões de reforma ou de aposentação e de complementos de reforma, e é a sua distintiva situação estatutária que determina a incidência da CES, como medida conjuntural, com a finalidade específica de assegurar a sua participação no financiamento do sistema de segurança social, num contexto extraordinário de exigências de financiamento que, de outra forma, sobrecarregariam o Orçamento do Estado ou se transfeririam para as gerações futuras.

A Constituição não estabelece a proporção em que o financiamento da segurança social depende de qualquer uma das suas fontes, sendo essa matéria que está em grande medida à disposição do Estado no âmbito da sua liberdade de conformação política e legislativa.²⁵⁴

E, novamente, neste Acórdão a Corte Constitucional vem a se valer da ponderação de princípios, a fim de dar prevalência ao interesse público em detrimento do direito ao salário:

Em face do condicionalismo que rodeou a implementação da contribuição extraordinária de solidariedade, não só as expectativas de estabilidade na ordem jurídica surgem mais atenuadas, como são sobretudo atendíveis relevantes razões de interesse público que justificam, em ponderação, uma excecional e transitória descontinuidade do comportamento estadual.

Como já resulta da ponderação efetuada noutro local, a propósito deste princípio, o interesse público a salvaguardar, não só se encontra aqui perfeitamente identificado, como reveste uma importância fulcral e um caráter de premência que lhe confere uma manifesta prevalência, ainda que

²⁵³ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 187/2013**, Relator(a): Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²⁵⁴ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 187/2013**, Relator(a): Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em: 16/01/19.

não se ignore a intensidade do sacrifício causado às esferas particulares atingidas pela nova contribuição.²⁵⁵

Volvendo os olhos aos Acórdãos acima analisados, o que se pode concluir para além do uso do princípio da proporcionalidade como vetor interpretativo de colisão de princípios constitucionais, diz respeito ao papel que leis da União Europeia exerceram para o deslinde dos casos *sub judice*, no sentido de que a visão de interconstitucionalidade está a permear a visão do julgador, para além de um parâmetro restrito à Constituição de um país.

Como leciona Alessandra Silveira, a proteção jusfundamental no contexto da União Europeia depende da assimilação, sobretudo pelos operadores judiciais dos distintos Estados-Membros, de que num contexto de interconstitucionalidade não basta solucionar o problema de direitos fundamentais à luz da Constituição nacional, pois o problema agora diz respeito a todos os cidadãos da União – que podem beneficiar, por via do precedente vinculativo do TJUE, de uma proteção jusfundamental mais elevada, bastando invocar o acórdão em que tal proteção foi reconhecida e acolhida.²⁵⁶

Corroborando este entendimento, no que tange ao Acórdãos analisados, Mariana Canotilho e outros afirmam que as obrigações legais da União Europeia foram reconhecidas pelo Tribunal como um elemento relevante da interpretação constitucional.²⁵⁷

Na mesma senda entende Alessandra Silveira que, de modo transversal, também a jurisprudência da crise, no âmbito de um sistema de interconstitucionalidade, veio por influenciar o padrão de proteção aplicável nos restantes dos Estados-membros em situações similares.²⁵⁸

Cumprido, por fim, expor qual o papel do Direito da União Europeia na defesa dos Direitos Sociais Fundamentais no contexto de crise, objeto da presente

²⁵⁵ PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 187/2013**, Relator(a): Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em: 16/01/19.

²⁵⁶ SILVEIRA, Alessandra, **Interconstitucionalidade e não discriminação em razão da nacionalidade – análise crítica da recente jurisprudência do TC português**, in Patrícia Jerónimo (coord.), “Temas de investigação em direitos humanos para o século XXI”, Edição comemorativa do 10.º aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho, Gráficas, Braga, 2016. p. 3.

²⁵⁷ CANOTILHO, Mariana. VIOLANTE, Teresa and LANCEIRO, Rui. **Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law**. European Constitutional Law Review, 11, 2015. p. 183.

²⁵⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento**. Ob. Cit.

pesquisa, em especial, como o Tribunal de Justiça da União Europeia aborda a temática.

Primeiramente, no particular das demandas objeto dos Acórdãos antes analisados, quais sejam os questionamentos acerca dos orçamentos de Portugal para os anos de 2011, 2012 e 2013, o Tribunal de Justiça da União Europeia decidiu ser incompetente para análise das seguintes questões prejudiciais, que foram formuladas em sede de reenvio prejudicial. Seguem algumas das questões formuladas que mais se aproximam ao objeto do estudo do presente trabalho:

[...] 2) A imposição estatal de redução de salários através da referida Lei do Orçamento de Estado para 2011, aplicada apenas a trabalhadores que exercem as suas funções no setor estatal ou empresarial público, é contrária ao princípio da proibição da discriminação, configurando uma discriminação em razão da natureza pública do vínculo laboral?

3) O direito a condições de trabalho dignas previsto no referido artigo 31.º, n.º 1, da Carta [...] deve ser interpretado no sentido de que é proibida a diminuição da retribuição, sem o acordo do trabalhador, no caso do contrato se manter inalterado?

[...] 5) A redução do salário, não constituindo a única medida possível, necessária e fundamental para o esforço de consolidação das finanças públicas numa situação de grave crise económico-financeira do país, é contrária ao direito previsto no art. 31.º, n.º 1, da Carta [...] por colocar em risco o nível de vida e os compromissos de ordem financeira assumidos pelos trabalhadores e respetiva família, antes dessa redução?²⁵⁹ [...]

O Tribunal de Justiça da União Europeia se recusou a responder às questões levantadas, afirmando ser manifestamente incompetente para conhecer do pedido de reenvio prejudicial, nos seguintes termos:

[...] 10 É jurisprudência assente que as exigências que decorrem da proteção dos direitos fundamentais vinculam os Estados-Membros sempre que estes sejam chamados a aplicar o direito da União [...].

11 Todavia, importa recordar que, nos termos do artigo 51.º, n.º 1, da Carta, as disposições desta têm por destinatários «os Estados-Membros, apenas quando apliquem o direito da União», e que, por força do artigo 6.º, n.º 1, TUE, que atribui valor vinculativo à Carta, esta não cria nenhuma competência nova para a União e não altera as competências desta [...].

12 Ora, não obstante as dúvidas expressas pelo órgão jurisdicional de reenvio quanto à conformidade da Lei do Orçamento de Estado para 2011 com os princípios e os objetivos consagrados pelos Tratados, a decisão de reenvio não contém nenhum elemento concreto que permita considerar que a referida lei se destina a aplicar o direito da União.

²⁵⁹ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-128/12**. Julgamento em 7.03.2013. Disponível em <<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135145&pageIndex=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=608441>> Acesso em: 17-1-2019.

13 Não ficou assim demonstrada a competência do Tribunal de Justiça para responder ao presente pedido de decisão prejudicial.²⁶⁰[...]

A ideia principal foi a de que o Memorando de Entendimento corresponde a um acerto entre Portugal e os respectivos credores, sem qualquer conexão com o direito da União Europeia.

Tal decisão foi objeto de crítica, como a formulada por Catherine Banard no sentido de que uma vez que os direitos fundamentais garantidos pela Carta devem ser respeitados quando uma regulamentação nacional se enquadra no âmbito de aplicação do direito da União, não podem existir situações que estejam abrangidas pelo direito da União em que os referidos direitos fundamentais não sejam aplicados. A aplicabilidade do direito da União implica a aplicabilidade dos direitos fundamentais garantidos pela Carta.²⁶¹

No mesmo sentido de criticar a posição adotada pelo Tribunal de Justiça da União Europeia, Alessandra Silveira leciona:

Tal relutância do TJUE, em certa medida compreensível, pode ser atribuída aos riscos que o seu pronunciamento sobre a jusfundamentalidade das medidas de austeridade acarretaria: altas somas de dinheiro estão envolvidas e, em última análise, o próprio futuro da união económica e monetária.⁷ Todavia, o crescente volume de legislação em matéria de proteção social existente a nível europeu – assim como as respostas engendradas pelas instituições europeias e Estados-Membros no combate à crise – permitem-nos questionar a alegada incompetência jurisdicional do TJUE.²⁶²

Em que pese a não apreciação pelo TJUE das questões prejudiciais levantadas em decorrência da jurisprudência da crise, o mesmo Tribunal de Justiça da União Europeia desenvolveu ao longo de décadas uma jurisprudência em defesa dos direitos sociais fundamentais, em especial, no que tange à proibição de discriminação em função do sexo, à liberdade de circulação de pessoas, ao direito do trabalho, direitos de livre escolha de profissão e emprego, afastando a pecha de

²⁶⁰ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-128/12**. Ob. Cit.

²⁶¹ BARNARD, Catherine: **The silence of the Charter: social rights and the Court of Justice**. In: AA.VV. (Dir. DE VRIES, S./ BERNITZ, U./ WEATHERILL, S.): *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument – Five years old and growing*. Oxford, 2015, Hart Publishing. p. 175.

²⁶² SILVEIRA, Alessandra. **Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento**, in Elizabeth Rocha/Marli da Costa/Ricardo Hermany (coords.), “O alcance dos direitos humanos nos Estados lusófonos”, EDUNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

que estes direitos eram sempre secundados quando confrontados com as liberdades econômicas.²⁶³

Nada obstante o inquestionável papel que o TJUE tem na consolidação dos direitos da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia (CDFUE), sua jurisprudência não é imune a críticas quando da análise de efetivação de direitos sociais, inclusive na perspectiva do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Para ilustrar esta perspectiva, far-se-á a análise, em conjunto, de três Acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia, sobre o que se denominou de fantasma do turismo social, quais sejam: os Acórdãos Dano²⁶⁴, Alimanovic²⁶⁵ e Comissão Europeia contra Reino Unido²⁶⁶.

A questão na qual o TJUE foi chamado a resolver foi a seguinte, nas palavras de Alessandra Silveira:

[...] o TJUE foi confrontado com a questão de saber se é legítimo que um Estado-Membro tenha em conta a “legalidade da residência” (isto é, a exigência de recursos suficientes e um seguro de doença) no contexto da atribuição de prestações sociais a cidadãos da União que residem no seu território. Ou mais concretamente, no acórdão Comissão Europeia contra Reino Unido – último capítulo da saga do “turismo social” que antecedeu o referendo Brexit – o TJUE teve de decidir se a aplicabilidade do Regulamento 883/2004 (segundo o qual a residência habitual bastaria para a concessão de prestações sociais) deveria ou não preterir as disposições da Diretiva 2004/38 (segundo as quais a residência legal de um cidadão da União num Estado-Membro de acolhimento depende de recursos suficientes e um seguro de doença), o que excluiria de prestações sociais os cidadãos economicamente inativos que circulam pela União à procura de melhores condições de vida.²⁶⁷

O TJUE veio por entender legítima a exigência de cidadãos oriundos de outros Estados-Membros a fazer jus a prestações sociais, mediante recursos financeiros e seguro doença.

Como bem destaca Alessandra Silveira, o TJUE caminhou pela senda segundo a qual a ordem jurídica da União não pode ser composta por uma

²⁶³ BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015. p. 243.

²⁶⁴ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-333/13**. Julgamento em 11.11.2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>> Acesso em: 18-1-2019.

²⁶⁵ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-67/14**. Julgamento em 15.09.2015. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>> Acesso em: 18-1-2019.

²⁶⁶ UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-308/14**. Julgamento em 14.06.2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>> Acesso em: 18-1-2019.

²⁶⁷ SILVEIRA, Alessandra. **Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento**, in Elizabeth Rocha/Marli da Costa/Ricardo Hermany (coords.), “O alcance dos direitos humanos nos Estados lusófonos”, EDUNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

pluralidade de compartimentos estanques. Se o direito da União submete o exercício da livre circulação e residência a determinadas limitações e condições – contidas designadamente na Diretiva 2004/38 –, então as disposições do Regulamento 883/2004 não podem ser interpretadas de maneira a neutralizar as condições e limitações que acompanham o reconhecimento e a consagração da referida liberdade.²⁶⁸

Nesta perspectiva sistêmica, prossegue a mesma autora, um Estado-Membro só seria obrigado pelo Regulamento 883/2004 a conceder prestações sociais a um cidadão da União que esteja a exercer “legalmente” o seu direito de livre circulação e de permanência – ou seja, apenas àqueles que preencham os requisitos estabelecidos na Diretiva 2004/38. De acordo com tal interpretação, a diferença entre cidadãos britânicos e cidadãos de outros Estados-Membros situar-se-ia num estágio anterior ao da aplicabilidade do artigo 4.º do Regulamento 883/2004 – motivo pelo qual não o desvirtuaria.²⁶⁹

Chama a atenção o contexto fático que veio por resultar no caso mais rumoso dos acima citados, o Acórdão Comissão Europeia contra Reino Unido, isto porque a decisão pela improcedência da ação por incumprimento ocorreu justamente na semana que antecedeu a data agendada para o referendo do “Brexit”.

Novamente aqui, fatores que diziam respeito a uma crise política da União Europeia parecem ter influenciado a decisão do TJUE, fazendo com que se relativizasse o próprio Princípio da Proibição do Retrocesso Social e também relativo a princípios da própria União Europeia, como por exemplo, o princípio da não-discriminação entre cidadãos da União Europeia.

Tal fato é objeto de crítica da doutrina quanto ao próprio limite de intervenção dos tribunais em matéria de Direitos Sociais, como bem destaca Alessandra Silveira:

Até que ponto a retração de direitos fundamentais (sobretudo sociais) é democraticamente suportável? Quais os limites intransponíveis? E seriam, em essência, limites jurídico-constitucionais? E além disso, judicializáveis?

²⁶⁸ SILVEIRA, Alessandra. **Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento**, in Elizabeth Rocha/Marli da Costa/Ricardo Hermany (coords.), “O alcance dos direitos humanos nos Estados lusófonos”, EDUNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

²⁶⁹ SILVEIRA, Alessandra. **Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento**, in Elizabeth Rocha/Marli da Costa/Ricardo Hermany (coords.), “O alcance dos direitos humanos nos Estados lusófonos”, EDUNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

A proibição do retrocesso social, como vimos, não foi um critério operativo judicialmente útil para os tribunais europeus no tratamento da questão. Então, que oportunidades a teoria constitucional pode oferecer à gestão da crise? O que resta da constituição depois da globalização? Como explica Danilo Zolo, por décadas foi sustentado que a democracia permitia o desenvolvimento do welfare state. Mas o momento que estamos a atravessar nos leva a questionar se não seria o contrário. Ou seja, a democracia é a garantia da manutenção do estado de bem-estar social ou, ao contrário, somente se mantidas as dimensões básicas da socialidade a democracia mantém-se?²⁷⁰

Em suma, o que se viu neste capítulo foi que as crises, sejam a económica vivida por Portugal, sejam a política vivida pela União Europeia em face do “Brexit”, demonstram uma interface entre o direito e a economia, sobretudo e explicitamente em épocas de escassez de recursos, o que já se denominou de escolhas trágicas. Os processos interpretativos passam pela conjugação de texto e contexto, importando cada vez mais o contexto, quando o texto é mais aberto, como por exemplo na interpretação principiológica, considerando-se uma fase do raciocínio jurídico, tendo como norte interpretativo a máxima da proporcionalidade.

Nesse sentido, o contexto das decisões apresentadas demonstrou uma atuação dos Tribunais com maior autocontenção ou mesmo minimalista, privilegiando a escolhas legislativas – carácter democrático; a própria capacidade institucional dos Tribunais em avaliar as medidas adotadas no controle das crises, por aqueles órgãos especializados do Estado e próprio contexto da integração Europeia, naquilo que o professor Gomes Canotilho nomeou de interconstitucionalidade, uma vez que as discussões sobre o orçamento Português influenciam os demais Estados-Membros europeus, tanto assim que o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça da União Europeia valeram-se como fundamentos dos compromissos assumidos por Portugal, bem como a busca pela recuperação económica portuguesa.

À guisa de se proceder a uma síntese comparativa, na linha da presente pesquisa que se vale da técnica do direito comparado, urge expor que, da análise dos julgados apresentados nos subtítulos precedentes, os Tribunais europeus, em especial o Tribunal Constitucional Português, permite recorrentemente uma mitigação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, levando-se em

²⁷⁰ SILVEIRA, Alessandra. **Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento**, in Elizabeth Rocha/Marli da Costa/Ricardo Hermany (coords.), “O alcance dos direitos humanos nos Estados lusófonos”, EDUNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

consideração como um argumento de grande relevância os momentos de crise e as medidas de austeridade que os Governos vêm a implementar para fazer frente à crise.

Todavia, medidas outras, já num contexto de crise, fora entendido como violador, não diretamente do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, mas de princípios constitucionais da igualdade ou mesmo dos “limites do sacrifício”, fazendo com que o argumento da crise não prevalecesse no caso que gerou o Acórdão n. 353/2012.

O próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, também num contexto de crise, ainda que não diretamente econômico, mas de um cariz político latente, que era o referendo do “Brexit”, julgou uma ação de incumprimento na qual veio por limitar Direitos Sociais fundamentais europeus, ligados à cidadania. Tal julgamento também demonstra que, num juízo de ponderação, o Tribunal de Justiça da União Europeia cedeu ao contexto de crise, mesmo diante de um direito fundamental, demonstrando também a possibilidade de mitigação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Estas digressões demonstram que os Tribunais pendem aos argumentos e à própria evolução do pensamento do professor Gomes Canotilho, no que toca à sua teoria da Interconstitucionalidade, sendo fator de ampliação de fontes normativas a serem consideradas em juízo.

Comparativamente ao que se tem em terras brasileiras, percebeu-se um menor valor argumentativo ao contexto da crise econômica pela qual vive o Brasil nos julgados analisados junto ao Supremo Tribunal Federal, principalmente em temas ligados diretamente à saúde, diversamente ao que se passou no julgamento apresentado do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Nesse sentido, a aplicação direta do Princípio da Proibição do Retrocesso Social pelo Supremo Tribunal Federal demonstra a força normativa que tal princípio ainda tem no Brasil, diversamente ao que ocorre em terras europeias. E aqui, faz-se pertinente destacar que os julgados apresentados, em sua maioria, ainda seguem uma linha doutrinária diversa do que aceito em terras Portuguesas, no que tange à concepção do Constitucionalismo Dirigente, apegando-se mais à sua concepção original. Não se olvidando dos casos nos quais houve a mitigação do Princípio da

Proibição do Retrocesso Social, mas que diziam respeito a demandas que atingem indiretamente Direitos Sociais.

Reforçando este argumento, tem-se a decisão monocrática dada pelo Supremo Tribunal Federal, numa matéria de estrito caráter orçamentário, na qual, apesar de atingir indiretamente Direitos Sociais, utilizou-se como mote argumentativo o Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve a proposta de desenvolver algumas balizas dogmáticas constitucionalmente orientadas acerca do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, analisando a possibilidade de sua aplicabilidade no direito brasileiro, o alcance normativo deste princípio e os limites de sua aplicação. Além disso, buscou-se perscrutar se os direitos fundamentais, especialmente os de conteúdo social, encontram no referido Princípio da Proibição do Retrocesso Social uma proteção constitucional possível e se há a possibilidade de sua mitigação em controle de constitucionalidade pelos Tribunais, nas perspectivas do Supremo Tribunal Federal brasileiro, do Tribunal Constitucional Português e, ainda, do Tribunal de Justiça da União Europeia.

Para a pesquisa foram formuladas algumas hipóteses, no sentido de que o constitucionalismo dirigente e a própria normatividade e vinculação do legislador sofreram alterações em sua concepção original, não sendo tais alterações, ainda, totalmente consideradas no contexto brasileiro. A evolução do constitucionalismo dirigente exerceu e exerce forte influência na aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso em matéria de direitos sociais. Todavia, a busca por soluções aos graves problemas de concretização dos Direitos Fundamentais Sociais por parte do Poder Judiciário, tem levado em consideração as mudanças de concepção do constitucionalismo dirigente e de uma relativização do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

As hipóteses formuladas chegaram a bom termo, como se justificará a seguir. Desta feita, com o fito de concatenar e coerentemente apresentar as considerações finais, faz-se necessário perpassar, concisamente, pelo conteúdo produzido nesta dissertação.

No primeiro capítulo foram apresentados os contornos evolutivos pelo qual passou e passa o Constitucionalismo Dirigente, um dos conceitos operacionais eleitos, dando ênfase ao avanço do pensamento do professor Gomes Canotilho, principal artífice da teoria da Constituição Dirigente. Demonstrou-se que a linha de ideias originalmente concebida pelo professor Gomes Canotilho acerca da Constituição Dirigente, marcada por uma forte vinculação do legislador aos ditames constitucionais, inclusive, no que tange à realização de Direitos Sociais fundamentais

de cariz prestacional, foi sofrendo mudanças com o passar dos anos. E aqui, novamente, abre-se espaço para destacar que o professor Gomes Canotilho foi coerente com as premissas filosóficas que conduzem seu pensamento, no sentido de se filiar à noção de um Constitucionalismo histórico, em detrimento de verdades ontológicas e atemporais.

Este fator histórico foi fundamental na pesquisa, pois possibilitou compreender que o mundo no qual nasceu o Constitucionalismo Dirigente não mais existe, em virtude da consolidação do capitalismo, capitaneado pelo contexto de globalização, o qual trouxe, na esteira de seu desenvolvimento, novos atores como as entidades internacionais, empresas multinacionais, a formação de blocos econômicos, que desaguaram na consolidação da União Europeia e que, para além do Estado, passaram a influenciar a dinâmica estatal, na medida de terem papel preponderante em termos econômicos mundiais.

O fator União Europeia, deixou a pesquisa assente, foi decisivo para a nova concepção dos estudos realizados pelo professor Gomes Canotilho que veio por dar origem à Teoria da Interconstitucionalidade, teoria que é adotada como premissa teórica pelo próprio Tribunal de Justiça da União Europeia e que tem por base a noção de convivência harmônica de uma pluralidade de fontes constitucionais assentando-as num espaço jurídico-constitucional comum. Tal teoria provoca um alargamento de fontes a serem consideradas na resolução de casos envolvendo a relação dos entes estatais e os cidadãos europeus, fazendo com que, indubitavelmente, haja uma maior permeabilidade dos textos constitucionais a outras fontes normativas, permitindo uma maior maleabilidade hermenêutica por parte do intérprete.

Ao final deste capítulo expôs-se o atual estado da arte, em matéria doutrinária, do Constitucionalismo Dirigente no Brasil, demonstrando-se que, apesar de não estarem alheios ao que ocorre além-mar, acerca das mudanças operadas na concepção primeva do Constitucionalismo Dirigente, a doutrina nacional brasileira ainda resiste a entender possível o abandono rígido de aplicabilidade de uma Constituição Dirigente com forte vinculação do legislador. A pesquisa mostrou que muitos autores, calcados no baixo nível de desenvolvimento e consolidação de Direitos Sociais fundamentais no Brasil, não permitem uma outra visão.

Portanto, com isso, restou atendida a primeira hipótese formulada, na presente pesquisa.

No segundo capítulo foi elucidado o conceito de princípio, a fim de dar embasamento a outro conceito operacional desenvolvido no trabalho, qual seja o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, demonstrou-se que a doutrina moderna reconhece a normatividade dos princípios, sendo-lhes concedido o papel de fundamento axiológico dos sistemas constitucionais, o que acaba criando campo fértil ao desenvolvimento da teoria jurídica acerca do assunto. Esta mudança na concepção da ideia de princípio e seu papel no ordenamento ocorre, na esteira de uma nova concepção de Estado, que não vive mais sob a égide do positivismo/legalismo, mas sim na era do constitucionalismo, aonde o Estado visa garantir o respeito aos direitos fundamentais dos cidadãos.

Viu-se que a teoria de Robert Alexy é baseada na aplicação de um juízo de ponderação entre os princípios em colisão no caso concreto, devendo o aplicador do direito analisar qual princípio deve prevalecer no caso concreto, tendo como embasamento a aplicação do princípio da proporcionalidade. A partir dessa ponderação cria-se a lei de colisão, que passará a ser a regra na resolução específica do conflito no caso fático, restringindo-se, porém, somente ao caso analisado. Demonstrou-se que para Robert Alexy, não há a possibilidade de precedência absoluta entre os princípios, em outras palavras, não hierarquia entre os mesmos, o que justifica a restrição de uma decisão ao caso específico, podendo em outro caso concreto, envolvendo os mesmos princípios, haver uma decisão diversa.

Mais adiante, no mesmo capítulo, encerrou-se com a análise do Princípio da Proibição do Retrocesso Social que constituiu, quando do seu surgimento, uma forma de concretização da Constituição Dirigente, servindo a dar guarida com eficácia aos Direitos Sociais fundamentais. Estabeleceu-se um fundamento jurídico-constitucional ao referido princípio, uma vez que se trata de princípio implícito ao texto da Constituição, bem como um parâmetro com bases constitucionais, firmando o seu alcance normativo.

Neste sentido, demonstrou-se que, em sua concepção inicial, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social serviu a assegurar um certo grau de estabilidade jurídica ao Direitos Sociais já implementados, com bases hauridas na noção de

segurança jurídica e da proteção da confiança tendo, ainda, em última análise, fundamento no próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, estando a serviço do estabelecimento de limites às medidas estatais retrocessivas, no âmbito da legislação social. Concretamente, impede, de plano, medidas retrocessivas em matéria de Direitos Sociais.

Além disso, foi trazida doutrina – em especial, portuguesa – que passa a revisar o conteúdo normativo do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, existindo, inclusive, quem se insurja contra a própria existência deste princípio, hodiernamente. E aqui há um ponto de confluência com o próprio conceito de Interconstitucionalidade, pois as constituições não podem ser vistas de forma apartada do contexto em que se encontram, um mundo globalizado. Os períodos de recessão econômica forçam que se leve a forma de financiamento, a concessão de serviços públicos à necessidade de sua adequação ao momento e aos câmbios operados.

No terceiro capítulo, precedeu-se à uma análise de alguns julgados do Supremo Tribunal Federal brasileiro, de forma a perquirir como a Corte Constitucional brasileira vem aplicando o Princípio da Proibição do Retrocesso Social. Assim, observou-se, ainda, uma forte tendência à aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social em sua concepção primeira, sem possibilidade de mitigação, especialmente, em temas como a obrigação dos entes estatais em fornecer tratamentos e medicamentos a pessoas que procuram o serviço público de saúde.

Além disso, decisões que obrigam os entes estatais a formularem, concretamente, políticas públicas na área de saúde também foram analisadas, com a utilização do vetor do Princípio da Proibição do Retrocesso Social como base a obrigar o Estado a ampliar serviços de atendimento a gestantes, dentre outros, dando uma conotação de obrigatoriedade, inclusive, diante de omissões estatais.

Em que pese ainda ser dominante a aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, observou-se que, em determinados casos, houve uma mitigação na aplicação do Princípio pelo próprio Supremo Tribunal Federal, privilegiando a escolha legislativa feita, ainda que, concretamente, tenha acarretado uma diminuição de Direitos Sociais. Todavia, numa última decisão, ainda que monocrática, o Supremo Tribunal Federal voltou a aplicar o Princípio da Proibição do

Retrocesso Social em uma matéria de grande repercussão, que dizia respeito a uma reforma constitucional que impõe percentuais a serem aplicados na saúde, no orçamento da União. Apesar do momento atual de crise pelo qual passa o Brasil e a necessidade de reformas na linha de austeridade com gastos públicos, este contexto pareceu não influenciar o Supremo Tribunal Federal, uma vez que veio por suspender as disposições da Emenda Constitucional.

Noutra toada, buscou-se apresentar a aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no âmbito da União Europeia, em especial a Corte Constitucional Portuguesa e o Tribunal de Justiça da União Europeia, com ênfase no enfrentamento do que se convencionou chamar de jurisprudência da crise. Em Portugal, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social sucumbiu em sua aplicabilidade e nessa toada verifica-se não haver mais força a motivar decisões jurisdicionais. Em terras europeias, o contexto da crise e os compromissos assumidos pelo Estado Português com a União Europeia foram determinantes para o afastamento da aplicação do princípio estudado, tais constatações vão ao encontro da análise das decisões no âmbito da União Europeia, no sentido de considerar outras fontes normativas, nessa ambiência de cariz Interconstitucional.

Nesse sentido, o contexto das decisões apresentadas no âmbito da União Europeia demonstrou uma atuação dos Tribunais com maior autocontenção ou mesmo minimalista, privilegiando a escolhas legislativas, tendo um maior caráter democrático. A própria falta de capacidade institucional dos Tribunais em avaliar as medidas adotadas no controle das crises ficou latente nas decisões apresentadas, uma vez que os próprios órgãos especializados do Estado e próprio contexto da integração Europeia, naquilo que o Professor Gomes Canotilho nomeou de interconstitucionalidade, influenciaram as decisões tomadas.

Isto porque, as discussões sobre o orçamento Português acabam por influenciar os demais Estados-Membros europeus, tanto assim que o Tribunal Constitucional Português e o Tribunal de Justiça da União Europeia valeram-se como fundamentos de suas decisões, dos compromissos assumidos por Portugal, bem como a busca pela recuperação econômica portuguesa.

O contexto de crise, e aqui mais uma importante consideração, chega a influenciar o próprio Tribunal de Justiça da União Europeia, primeiramente, ao não aceitar o reenvio prejudicial das decisões oriundas da jurisprudência da crise,

realizada pelo Tribunal do Trabalho do Porto, privilegiando os compromissos de austeridade assumidos por Portugal e a União Europeia, ainda que pudesse com esta decisão deixar desprotegidos Direitos Sociais fundamentais. E também a crise do “Brexit” teve grande influência nas decisões sobre o dito “turismo social”, entendendo que medidas restritivas de exercício da cidadania por parte do governo britânico não violavam qualquer norma da União Europeia, fazendo, ainda que não expressamente, uma relativização do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Diante do exposto, pode-se afirmar que as demais duas hipóteses levantadas no trabalho também restaram atendidas, pois, das decisões expostas, percebe-se que a nova visão da Constituição, num contexto de Interconstitucionalidade, mostrou-se fator que permitiu a permeabilidade de uma realidade de crises econômicas e medidas de austeridade viessem a influenciar as decisões dos tribunais quando da aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, permitindo a mitigação do referido princípio.

As considerações alinhavadas demonstram que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social é de ampla aplicação em terras brasileiras, tendo este princípio, em que pese sua concepção diversa em terras europeias, grande alcance normativo no Supremo Tribunal Federal. Contudo, em certos casos, o Supremo Tribunal Federal começa a aventar a possibilidade de mitigação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, quando não venha a atingir o núcleo essencial dos direitos envolvidos no caso. O diálogo entre Brasil e União Europeia demonstrou que a Suprema Corte brasileira ainda não tem os momentos de crise como um fator determinante em suas decisões, no sentido de operar uma mitigação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, cenário que pode mudar ao se analisar a ADI n. 5525, que talvez seja a medida maior repercussão, ao menos especificamente em matéria orçamentária, com que já teve de enfrentar.

REFERÊNCIA DAS FONTES CITADAS

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. **Teoria Discursiva do Direito**. 1ª ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2014. *E-book*.

AVILA, Humberto. **Teorias dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4 ed., São Paulo: Malheiros, 2005.

BARNARD, Catherine: **The silence of the Charter: social rights and the Court of Justice**. In: AA.VV. (Dir. DE VRIES, S./ BERNITZ, U./ WEATHERILL, S.): *The EU Charter of Fundamental Rights as a binding instrument – Five years old and growing*. Oxford, 2015, Hart Publishing.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. 3 ed., Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. **A judicialização da vida e o papel do Supremo Tribunal Federal**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

BARROSO, Luís Roberto. **Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro (Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo)**. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 01 de novembro de 2018.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6 ed., São Paulo: Saraiva, 2004.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BERCOVICI, Gilberto. **A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro**. Revista de Informação Legislativa, n. 142, Brasília, Senado Federal, abr./jun., 1999.

BOHN, Cláudia Fernanda Rivera. **A teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy**. In *A Constituição no Mundo Globalizado*. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 15 ed., São Paulo: Malheiros, 2004.

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise**. Coimbra: Almedina, 2015.

BRAGA, Valeschka e Silva. **Princípios da proporcionalidade & da razoabilidade**. Curitiba: Juruá, 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3105**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000202302&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 3105**. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000091866&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 02/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 4350**. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7393783>>. Acesso em: 08/01/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI 5595**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/ADI5595MC003.pdf>>. Acesso em: 09/01/2019.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 581352 AgR**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000195464&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 03/12/2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **RE 745.745 AgR**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia>>. Acesso em: 14/01/2019.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavares. **O Princípio da Proporcionalidade e a Interpretação da Constituição**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

CADEMARTORI, Luiz Henrique Urquhart; DUARTE, Francisco Carlos. **Hermenêutica e Argumentação Neoconstitucional**. Editora: Atlas, 2009.

CAMPOS, João Mota e outros. **O Direito Processual da União Europeia: contencioso comunitário**. 2ª ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. In **Direitos fundamentais sociais**, 2ª edição. Saraiva, 7/2015.

CANOTILHO, J.J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (coords.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Brançosos e Interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional**. Coimbra: Almedina. 2ª ed. 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. Reimpressão, Coimbra: Coimbra Editora, 1994.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 4ª ed. Coimbra: Almedina. 2000.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

CANOTILHO, Mariana. VIOLANTE, Teresa and LANCEIRO, Rui. **Austerity measures under judicial scrutiny: the Portuguese constitutional case-law.** European Constitutional Law Review, 11, 2015. pp 155-183.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coord.). **Canotilho e a Constituição Dirigente.** 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **Colisões entre Princípios Constitucionais: uma abordagem a partir da teoria de Robert Alexy.** Florianópolis: UFSC: 2005. 233 p. Dissertação (Mestre em Direito) - Universidade Federal de Santa Catarina, 2005.

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade.** São Paulo: Saraiva, 2009.

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

DWORKIN, Ronald. **Levando os direitos a sério.** 3ª ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2010.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel, **Conceito de Princípios Constitucionais.** 1ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

FARIA, José Eduardo (org.). **Direito e Globalização Econômica: implicações e perspectivas.** São Paulo: Malheiros. 2015.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional.** 7ª ed. Salvador: Juspodium, 2015.

GOMES, José Luís Caramelo. **Lições de Direito da União Europeia.** Coimbra: Almedina, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem Econômica na Constituição de 1988: Interpretação e crítica.** 4ª Ed.ver.atua. São Paulo: Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. **Despesa pública – conflito entre princípios e eficácia das regras jurídicas – o princípio da sujeição da Administração às decisões do Poder Judiciário e o princípio da legalidade da despesa pública.** Revista Trimestral de Direito Público. nº 02. São Paulo: Malheiros, 1993.

IANNI, Octavio. **Teorias da Globalização.** 10º ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2002.

MACHADO, Diego Pereira. Col. Saberes Monográficos - **Direito da União Europeia,** 1ª Edição. São Pulo: Saraiva, 2013.

MAGALHÃES, Andréa. **Jurisprudência da Crise: uma perspectiva pragmática.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Direito Fundamentais e Controle de Constitucionalidade.** 3ª ed. rev. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2006.

MIRANDA, Jorge, **Manual de Direito Constitucional.** Tomo IV, 2ª ed. Coimbra: Coimbra, 1993.

MIRANDA, Jorge. **“Nos 40 anos da Constituição”**, AAFDL Editora, Universidade de Lisboa, Lisboa, 2017.

NASCIMENTO, Valéria Ribas do. **O tempo de reconfigurações do constitucionalismo: os desafios para cultura cosmopolita**. São Paulo: LTr, 2011.

NETO, Luísa. **O Princípio da Confiança em Tempos de Crise**. *Revista do Centro de Estudos Judiciários*. p. 69-106. Ago/2014.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais – Teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais**. 2ª ed. Lisboa: AAFDL, 2016.

NUNES JUNIOR, Flávio Martins Alves. **Curso de direito constitucional**. 2ª ed. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2018.

OLIVEIRA, Fábio de. **A Constituição Dirigente: Morte e Vida no Pensamento do Doutor Gomes Canotilho**. *Revista Brasileira de Direito Comparado*.

PAIS, Sofia Oliveira (coord.). **Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia**. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2017.

PASOLD, Cesar Luiz. **Metodologia da Pesquisa Jurídica. Metodologia da Pesquisa Jurídica: teoria e prática**. 13. ed. rev. São Paulo: Conceito Editorial, 2015.

PEDROLLO, Gustavo Fontana. **Proporcionalidade e Sistema Jurídico em Robert Alexy**. In **A Constituição no Mundo Globalizado**. Florianópolis: Diploma Legal, 2000.

PINTO, Hélio Pinheiro (Coords.), et al. **Constituição, direitos fundamentais e política: estudos em homenagem ao professor José Joaquim Gomes Canotilho**. Belo Horizonte: Fórum, 2017.

PORTO, Manuel Lopes; ANASTÁCIO, Gonçalo (coords.). **Tratado de Lisboa Anotado e Comentado**. Coimbra: Almedina. 2012.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 39/1984**, Relator(a): Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 12/01/19.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 509/2002**, Relator(a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 12/01/19.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 396/2011**, Relator(a): Conselheiro Joaquim de Sousa Ribeiro. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em: 16/01/19.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 353/2012**, Relator(a): Conselheiro João Cura Mariano. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>>. Acesso em: 16/01/19.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. **Acórdão n. 187/2013**, Relator(a): Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20130187.html>>. Acesso em: 16/01/19

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

SARLET, Ingo Wolfgang. MARINONI, Luiz Guilherme. MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 3ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os direitos fundamentais aos 30 anos da Constituição — do entusiasmo à frustração?**. Consultor Jurídico. Coluna Direitos Fundamentais. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2018-out-12/direitos-fundamentais-direitos-fundamentais-aos-30-anos-constituicao-federal>>. Acesso em: 2018-10-14.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na Constituição Federal**. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. **Direito Constitucional. Teoria, história e métodos de trabalho**. 2ª ed. Belo Horizonte: Fórum, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. *Revista dos Tribunais* 798 (2002): 23-50.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção**. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais* 1 (2003): 607-630.

SILVEIRA, Alessandra. **Da ativação judicial de direitos fundamentais sociais na União Europeia – desafios da democracia em tempos de austeridade e desalento**, in Elizabeth Rocha/Marli da Costa/Ricardo Hermany (coords.), “O alcance dos direitos humanos nos Estados lusófonos”, EDUNISC - Universidade de Santa Cruz do Sul, 2017.

SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade e não discriminação em razão da nacionalidade – análise crítica da recente jurisprudência do TC português**, in Patrícia Jerónimo (coord.), “Temas de investigação em direitos humanos para o século XXI”, Edição comemorativa do 10.º aniversário do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade do Minho, Graficamares, Braga, 2016.

SILVEIRA, Alessandra. **Interconstitucionalidade: normas constitucionais em rede e integração europeia na sociedade mundial**, in Alexandre Walmott Borges/Saulo Pinto Coelho (eds), “Interconstitucionalidade e interdisciplinaridade: desafios, âmbitos e níveis de interação no mundo global”, LAECC, Uberlândia/Brasil, 2015.

SILVEIRA, Alessandra. **Princípios de Direito da União Europeia**. 2ª ed. Lisboa: quid iuris. 2011.

SILVEIRA, Alessandra; CANOTILHO, Mariana (coords.). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada**. Coimbra: Almedina, 2013.

SILVEIRA, Alessandra; FERNANDES, Sophie Perez. **Justiça em tempo de crise: o papel dos tribunais europeus enquanto garantes da democracia**. *Revista UNIO*.

Braga: Jul/2014. Disponível em:

<http://www.unio.cedu.direito.uminho.pt/Uploads/UNIO%200%20-%20Alessandra%20Silveira_Sophie%20Fernandes_pt.pdf> acesso em: 11/11/2018.

STRECK, Lênio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica**. 4.ed. São Paulo: RT, 2013.

STRECK, Lênio Luiz; MORAIS, José Luiz Bolzan. **Ciência política e teoria do estado**. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

STRECK, Lênio Luiz. **Verdade e Consenso**. 4 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

TASSINARI, Clarissa. **Jurisdição e ativismo judicial: limites da atuação do judiciário**. Livraria do advogado, 2013.

TORRES, Mirian Cavalcanti de Gusmão Sampaio. **A proibição do excesso legislativo no Brasil**. Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro. Rio de Janeiro, v. V, 2000.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-128/12**.

Julgamento em 7.03.2013. Disponível em:

<<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135145&pageId=x=0&doclang=PT&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=608441>> Acesso em: 17-1-2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-333/13**.

Julgamento em 11.11.2014. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>> Acesso em: 18-1-2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-67/14**.

Julgamento em 15.09.2015. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>> Acesso em: 18-1-2019.

UNIÃO EUROPEIA. Tribunal de Justiça da União Europeia. **Processo C-308/14**.

Julgamento em 14.06.2016. Disponível em: <<http://curia.europa.eu>> Acesso em: 18-1-2019.

ZANON JUNIOR, Orlando Luiz. **Teoria Complexa do Direito**. 2ª ed. Curitiba: Editora Prismas, 2015.