

A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito Constitucional Brasileiro

Ingo Wolfgang Sarlet*

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

1) Considerações introdutórias

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

Que também o direito à segurança (e isto vale mesmo limitando-nos à segurança jurídica) é marcado pela multifuncionalidade e complexidade inerente aos direitos fundamentais de um modo geral, assume feições de obviedade. No entanto, são justamente estas características, somadas aos inúmeros problemas e perplexidades registrados no âmbito doutrinário e jurisprudencial, por sua vez retroalimentados pelas grandes dificuldades e

repercussões na esfera da aplicação aos casos concretos, que seguem imprimindo permanente atualidade e relevância ao tema. Ainda que nos limitássemos a apontar a discussão em torno de um conceito constitucionalmente adequado de direitos adquiridos (e não de um conceito calcado predominantemente – se não exclusivamente - em postulados do direito privado) e do alcance da proteção assegurada pela Constituição a estas posições jurídicas (o que envolve a tormentosa discussão a respeito da oponibilidade do direito adquirido contra a Constituição e as suas emendas, bem como a possibilidade de sua eventual relativização) já teríamos farto material para o debate e de plano já restaria plenamente justificada a presente coletânea, que ora tenho a honra e o privilégio de integrar, sob a regência sempre talentosa e competente da Professora Doutora Cármen Lúcia Antunes Rocha.

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

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

Cuida-se, aliás, de temática reveladora da genética vinculação entre o direito à segurança social (aqui considerado como direito a um conjunto de direitos sociais [simultaneamente positivos e negativos] garantidores de uma vida com dignidade) e do direito à segurança jurídica. Que a análise da problemática relativa à proibição de retrocesso no âmbito dos direitos sociais não dispensa uma prévia, embora necessariamente rápida incursão pelo significado e conteúdo do direito à segurança jurídica, bem como uma compreensão

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

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

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

De outra parte, constata-se que para além da menção genérica a um direito à segurança, algumas de suas dimensões mais concretas (em particular as já referidas) igualmente acabaram sendo objeto de previsão expressa nos diversos pactos internacionais e Constituições. Assim, apenas para tomarmos alguns exemplos que nos são próximos, verifica-se que tanto a Constituição da República Portuguesa (1976) quanto a Constituição Espanhola (1978) asseguram a todos um direito à liberdade pessoal e segurança (respectivamente, artigo 27/1 e 17.1), destacando-se que este direito à segurança, além de ter sido consagrado juntamente com o direito geral de liberdade, encontra-se associado diretamente aos dispositivos sobre os limites da restrição da liberdade pessoal. Ambas as Constituições voltam a referir-se à segurança no âmbito das disposições que versam sobre a ordem social, já que a Constituição Portuguesa reconhece, além de um direito à segurança no emprego (artigo 53), que todos têm um direito à segurança social (artigo 63/1) e a Espanhola, no âmbito dos seus princípios rectores de la política social y económica dispõe, entre outras referências à segurança, que os poderes públicos devem assegurar a protecção social, económica e jurídica da família (artigo 39.1). O Constituinte Espanhol, diversamente do que ocorreu no caso de Portugal, chegou a referir expressamente a segurança jurídica no mesmo dispositivo que assegura a irretroatividade das disposições sancionadoras desfavoráveis ou restritivas de direitos individuais (artigo 9.3).

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

Certo é que havendo, ou não, menção expressa a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a idéia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e num certo sentido - um Estado da segurança jurídica, já que, do contrário, também o “governo das leis” (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea, de há muito e sem maior controvérsia no que diz com este ponto, tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito . Assim, para além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, a segurança jurídica constitui simultaneamente princípio fundamental da ordem jurídica estatal e, para além desta, da própria ordem jurídica internacional.

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

devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, incisos LIV e LV), apenas para referir algumas das mais relevantes, limitando-nos aqui aos exemplos extraídos do artigo 5º, que, num sentido amplo, também guardam conexão com a noção de segurança jurídica.

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

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

Da mesma forma, inquestionável a conexão direta entre a segurança jurídica (nas suas diversas manifestações) e as demais dimensões referidas, notadamente da segurança social e pessoal, tal qual sumariamente delineadas, já que segurança social – aqui destacada pela sua relevância para o presente ensaio - também envolve necessariamente um certo grau de proteção dos direitos sociais (acima de tudo no âmbito dos benefícios de cunho existencial) contra ingerências dos órgãos estatais, assim como contra violações providas de outros particulares. Aliás, tal circunstância já seria suficiente para demonstrar o quanto mesmo a segurança jurídica jamais será estritamente “jurídica”, já que se cuida de condição precípua da própria segurança pessoal e da ordem comunitária como um todo, temática que, a despeito de seu fascínio e relevância, aqui não iremos desenvolver de modo autônomo.

Portanto, mesmo cientes da correção e atualidade da lição de Heráclito e ainda que

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

3- Segurança jurídica e proibição de Retrocesso

3.1 – Considerações de ordem geral

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

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

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

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

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

Como bem destaca Gomes Canotilho, em lição que aqui recolhemos como pressuposto da nossa análise, o princípio da segurança jurídica (aqui também tomado em sentido amplo como abrangendo a proteção da confiança) exige tanto a confiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder público, quanto a segurança do cidadão no que diz com as suas disposições pessoais e efeitos jurídicos de seus próprios atos, de tal sorte que tanto a segurança jurídica quanto a proteção da confiança incidem em face de qualquer ato de qualquer órgão estatal. A segurança jurídica, na sua dimensão objetiva, exige um patamar mínimo de continuidade do (e, no nosso sentir, também no) Direito, ao passo que, na perspectiva subjetiva, significa a proteção da confiança do cidadão nesta continuidade da ordem jurídica no sentido de uma segurança individual das suas próprias posições jurídicas. Que ambos os princípios implicam a proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, constitui aspecto que, além de encontrar sustentação na doutrina, na jurisprudência e no direito constitucional positivo contemporâneo (ainda que em muitos casos de modo implícito) assume ares de obviedade e não tem merecido maior controvérsia, pelo menos em se tratando de Constituições de um Estado de Direito. O mesmo, todavia, não se pode afirmar em relação ao alcance desta proteção, onde a controvérsia principia já no plano conceitual, visto que até hoje sequer existe consenso no concernente ao conceito e conteúdo da noção de direitos adquiridos. De resto, considerando os objetivos propostos e o fato de que expressiva parte dos ensaios que integram a presente coletânea discorrem sobre tal temática, renunciamos desde logo a qualquer desenvolvimento da matéria.

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

Ainda neste contexto, convém não olvidar (muito embora seja comum a falta de lembrança) que o princípio da proteção da confiança guarda estreita relação com o princípio da boa-fé (no sentido de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais da boa-fé), que, apesar de estar sendo intensamente versado na esfera do direito privado (pelo menos de algum tempo para cá), ainda se ressurte – pelo menos no direito pátrio - de um maior desenvolvimento no âmbito do direito público (especialmente no campo do direito constitucional, administrativo e tributário), em que pese alguns importantes progressos já efetuados. Importa lembrar aqui o fato de que a proteção da confiança constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, tendo por corolário – notadamente no âmbito das relações negociais - o dever da parte de não fraudar as legítimas expectativas criadas pelos próprios atos, o que evidencia a conexão direta da boa-fé com a proteção da confiança no sentido de uma certa auto-vinculação dos atos e, portanto, de uma inequívoca relação com a noção de proibição de retrocesso.

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

3.2 – O problema da proibição de retrocesso e suas manifestações

Se tomarmos a idéia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, constata-se, desde logo, que a nossa ordem jurídica, ainda que não sob este rótulo, também já consagrou a noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. Com efeito, desde logo se verifica que a já mencionada garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais limitações constitucionais de atos retroativos ou mesmo as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais, constituem uma decisão clara do Constituinte em prol de uma vedação do retrocesso pelo menos nestas hipóteses. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente aos limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, notadamente de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuprimíveis (inclusive tendencialmente), pelo nosso Constituinte. Ambas as constelações referidas, todavia, em que pese a sua relevância e a despeito de abarcarem

expressiva parcela das situações envolvendo a problemática de medidas retrocessivas do poder público (especialmente, mas não exclusivamente na esfera legislativa), não esgotam o espectro de situações carentes de uma proteção em face de um retrocesso, notadamente a que aqui iremos desenvolver, tal como já anunciado.

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

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

Desde logo, à vista do que foi colocado, nos parece dispensar maiores considerações, o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (embora também) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua

individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. Para além disso, percebe-se nitidamente a amplitude e complexidade da temática relativa a uma proibição de retrocesso especialmente (embora não exclusivamente) no âmbito daquilo que, em outra oportunidade, designei de uma „eficácia protetiva“ dos direitos fundamentais . Que não estamos diante de um fenômeno que se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais (o que, considerando uma aceção ampla da proibição de retrocesso, já deflui da proteção outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas assim denominadas „cláusulas pétreas“ da Constituição) igualmente merece destaque. Todavia, também há que reconhecer – até mesmo em face dos exemplos citados em caráter especulativo no parágrafo anterior - que é na seara das normas que estabelecem objetivos na seara da justiça social e, acima de tudo, dos direitos fundamentais sociais , que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão e onde também nós – tal como anunciado – iremos centrar a nossa atenção, notadamente naquilo em que estão em causa as noções de segurança jurídica, proteção da confiança e a dignidade da pessoa, no âmbito de uma proibição do retrocesso. Antes, contudo, de enveredarmos de vez por todas por este caminho, pelo menos algumas palavras sobre a efetiva possibilidade de se admitir, à luz do direito constitucional positivo pátrio, uma proteção contra o retrocesso na aceção mais limitada aqui enfocada e que, para efeitos de uma delimitação em relação às demais dimensões referidas, designaremos de proibição de retrocesso em sentido estrito e que, da mesma forma como recentemente foi proposto por José Vicente Mendonça, será analisada pelo prisma da dogmática jurídico-constitucional .

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

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

O ponto de partida de uma fundamentação constitucional (embora não exclusivamente dogmático-jurídica) de uma proibição de retrocesso encontra-se diretamente conectado às contradições inerentes ao próprio Estado social e democrático de Direito , especialmente no âmbito da crise de efetividade e identidade pela qual passam tanto o Estado, a Constituição e os direitos fundamentais, a tal ponto que – e neste sentido com razão – já se sustentou que estamos a vivenciar um verdadeiro mal-estar constitucional e um pessimismo pós-moderno . Com efeito, seja em virtude do incremento dos níveis de exclusão sócio-econômica e da implantação, em maior ou menor escala, daquilo que Boaventura Santos designou de „fascismo societal“ em todo o Planeta (já que também nos países desenvolvidos tem aumentado gradativamente o número de pessoas que vivem abaixo da linha de pobreza), seja como consequência da fragilização das instituições estatais e do fortalecimento correspondente das esferas de poder econômico no contexto da globalização , certo é que hoje, mais do que nunca, constata-se que a problemática da sobrevivência do assim denominado Estado social e democrático de Direito – e, conseqüentemente, da efetiva implementação de padrões mínimos de justiça social - constitui um dos temas centrais da nossa época. A já corriqueira afirmativa de que o “Welfare State” ou Estado-Providência se encontra gravemente enfermo , além de constantemente submetido à prova, não perdeu, portanto, sua atualidade, não sendo à toa que já se fala até mesmo na formação de um Estado pós-social, impregnado dos contrastes e da complexidade da pós-modernidade . Que

as discussões de longe já não se restringem mais à esfera da análise política, sócio-econômica e jurídica, mas se transformaram na preocupação de larga parcela da humanidade pela manutenção de seu padrão de vida e até mesmo pela sua sobrevivência resulta mais do que evidente.

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

De outra parte, a crescente insegurança no âmbito da seguridade social decorre, neste contexto, de uma demanda cada vez maior por prestações sociais (ainda mais em sociedades marcadas pelo incremento da exclusão social) e de um paralelo decréscimo da capacidade prestacional do Estado e da sociedade. O quadro delineado remete-nos, por outro lado, ao angustiante questionamento de o quanto as conquistas sociais podem e devem ser preservadas e, portanto, dizem diretamente com a pergunta de o quão segura é, afinal de contas, a segurança social . Que tal questionamento, como já anunciado, diz de perto com a problemática da segurança jurídica e com a garantia (e garantia é segurança) de uma existência digna para todos, igualmente dispensa aqui maiores comentários. Ainda que o entendimento dominante pareça ser mesmo o de que uma supressão pura e simples dos sistemas de seguridade social, sem qualquer tipo de compensação, não é, em princípio, admissível, não tendo sequer sido seriamente defendida (pelo menos não abertamente e salvo exceções), a problemática relativa à proteção constitucional das conquistas na esfera da justiça social permanece no centro das atenções. Em outras palavras, cuida-se de investigar se, como e em que medida os direitos fundamentais sociais e, de modo geral, os sistemas de proteção social no âmbito da concretização dos direitos sociais e do princípio fundamental da justiça social, podem ser assegurados contra uma supressão e/ou restrições .

Convém lembrar o leitor de que, ao mesmo tempo em que a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte completo) do Estado social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que abrangem, de modo especial, a intensidade da proteção outorgada por estes aos sistemas de seguridade social, o que, à evidência, não poderá deixar de ser considerado nas linhas que se seguem, de tal sorte que também a temática da proibição de retrocesso

reclama um tratamento constitucionalmente adequado. Tal enfoque – necessariamente diferenciado e contextualizado – assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que a Constituição Brasileira insere-se num ambiente significativamente diverso do constitucionalismo europeu, onde estamos vivenciando inclusive o surgimento de uma Constituição Européia, além de ter (ainda) um caráter marcadamente compromissário e dirigente, o que, somado ao fato – bem lembrado por Lenio Streck – de que as promessas da modernidade entre nós sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito brasileiro, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro, torna a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais absolutamente obrigatória e inadiável.

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

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

Esta mesma concepção encontrou acolhida também na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que, já há algum tempo (Acórdão nº 39, de 1984), declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP), posição esta que, em linhas gerais, restou reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei - das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária. Neste contexto, impõe-se uma referência ao fato de que uma declaração de inconstitucionalidade no âmbito da proibição de retrocesso social não se faz necessária tão-somente quando se cuida da revogação, mas também quando estamos diante de uma afronta legislativa ao

conteúdo do direito fundamental social concretizado pelo legislador. Também na Alemanha, onde, de resto, a doutrina e jurisprudência lusitana encontrou forte inspiração, de há muito existe um elevado grau de consenso a respeito do reconhecimento de algumas manifestações da proibição de retrocesso na esfera da segurança social, destacando-se a expressiva produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, pelo menos desde o incremento dos ajustes levados a efeito no âmbito da já referida crise do Estado Social .

Muito embora não seja o caso de aqui retomar, em toda a sua amplitude, a discussão a respeito da proibição de retrocesso social na Alemanha, vale destacar que lá, a despeito da ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre chancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade), dimensões que, como já demonstrado, integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Além disso, no âmbito de uma jurisprudência tida como referencial, especialmente no que concerne à criatividade da solução, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu, em uma série de decisões, que a garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social legislativamente concretizados), existindo atualmente, a despeito de uma série de críticas, um determinado grau de consenso nesta esfera.

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

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

Todavia, cumpre frisar que nem todos os direitos patrimoniais de natureza pública (inclusive nem todos os direitos sociais) foram considerados protegidos pela garantia da propriedade, já que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, aqui apresentada em apertadíssima síntese, devem estar satisfeitos alguns requisitos: a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular, que necessariamente não pode ser irrelevante, de tal sorte que uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não tem sido considerada indispensável, sendo tido como suficiente que a pretensão do particular não se encontre embasada única e exclusivamente numa

prestação unilateral do Estado ; b) deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular, o que ocorre quando o titular do direito pode partir da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte de seu titular ; c) A prestação deve servir à garantia da existência de seu titular, já que a propriedade também protege as condições necessárias para uma vida autônoma e responsável, especialmente considerando que a maior parte dos cidadãos alcança a sua segurança existencial menos por meio do patrimônio privado imobiliário e/ou mobiliário, do que pelo resultado de seu trabalho e, portanto, por meio de suas posições jurídico-subjetivas patrimoniais .

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

A despeito das diversas e relevantes críticas formuladas em relação à solução preconizada pelo Tribunal Constitucional Federal, que aqui não poderão ser rastreadas e discutidas na sua integralidade (destacando-se a objeção de que a proteção por meio da garantia da propriedade é insuficiente, por não abranger uma série de posições jurídicas relevantes na esfera da proteção social, sendo, ademais, demasiado relativa, já que ampla a possibilidade de intervenções na propriedade), bem como considerando a existência de outras formas de proteção contra o retrocesso reconhecidas e desenvolvidas na doutrina e jurisprudência constitucional germânica (como é o caso das alternativas embasadas na proteção de confiança, no princípio da isonomia e na dignidade da pessoa humana) , o que importa, nesta quadra da exposição, é a constatação da importância que tem sido atribuída à proibição de retrocesso, mesmo bem além da proteção dos direitos adquiridos, em ordens constitucionais onde inexistente uma expressa previsão de tal proibição e onde – convém frisar este aspecto - os níveis de proteção social são muito superiores aos nossos. Que também na Alemanha (e, de resto, na esfera européia) tal proteção não é absoluta e em que medida - e sob que pressupostos - algum tipo de retrocesso é considerado constitucionalmente legítimo, voltará ser referido mais adiante, ainda que sem maior aprofundamento.

Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma esgrimir-se especialmente o argumento de que esta esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontra, de regra, definido ao nível da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de tal sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar

atrás no que diz com as próprias decisões, liberdade esta que, no entanto, se encontra limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas.

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

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

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

Sem que aqui se pretenda rastrear todas as dimensões da questão, procedendo a uma exaustiva análise de toda a doutrina e jurisprudência disponível , importa, contudo, cimentar minimamente a possibilidade de se reconhecer um princípio de proibição de retrocesso também na ordem jurídico-constitucional brasileira. No plano doutrinário, valemo-nos da lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem – cada vez mais – dominado o nosso cenário jurídico. Para o notável constitucionalista carioca, “por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido” . Em linhas gerais, o que se percebe é que a noção de proibição de retrocesso tem sido por muitos reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo

de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador. Em suma, reiterando aqui a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele.”

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

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

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

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

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

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

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

quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

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

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

Se em favor do reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais não parecem subsistir maiores dúvidas, já que cada vez mais isoladas as vozes que se posicionam contrariamente ao instituto (ainda mais em face do elenco – não exaustivo - de argumentos colacionados), também é verdade que há, ainda, considerável espaço para controvérsia no que concerne à amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição de retrocesso social. Com efeito, se é correto apontar a existência de elevado grau de consenso (pelo menos na doutrina e jurisprudência nacional

e, de modo geral, no espaço europeu) quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

exercício dos direitos fundamentais. Além disso, não se poderá olvidar jamais que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional .

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

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

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

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

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

Com efeito, ainda que a doutrina e jurisprudência constitucional tenham aplicado a proteção da confiança usualmente no contexto da proteção dos direitos adquiridos e em situações onde estavam em causa medidas de cunho retroativo (como transparece inclusive

do Acórdão do Tribunal Constitucional de Portugal), também é verdade que por força da proteção de confiança e do princípio da proporcionalidade (ambos deduzidos do Estado de Direito), o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em reiterada jurisprudência, reconhece um certo grau de proteção até mesmo para as expectativas de direitos, exigindo, nesta hipótese, pelo menos a adoção de razoáveis regras de transição (ainda que mediante a concessão de ampla liberdade para o legislador), pena de inconstitucionalidade . Como concretização do princípio da segurança jurídica, o princípio da proteção da confiança serve como fundamento para limitação de leis retroativas que agridem situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria), ou que atingem situações fáticas atuais, acabando, contudo, por restringir posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria), já que a idéia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual . Com base no princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade .

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

De todo o exposto, recolhe-se, ainda, na esteira da lição de Hartmut Maurer (muito embora este não tenha explorado com maior ênfase a questão da proibição de retrocesso no sentido aqui proposto), que segurança jurídica acaba por significar igualmente uma certa garantia de continuidade da ordem jurídica, que evidentemente não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas . Que o princípio da proibição do

retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade do ordenamento jurídico nos parece, portanto, mais um dado elementar a ser levado em conta.

4 – Considerações finais:

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

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

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

Importa lembrar, nesta quadra, a oportuna lembrança de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que, ao sufragar o princípio da proibição de retrocesso, afirmou que “as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares”. Tal assertiva merece ser levada ainda mais a sério quando estiver em causa o núcleo essencial dos direitos

fundamentais sociais, especialmente no que diz com a salvaguarda do mínimo existencial, em outras palavras, do conjunto de condições para uma vida saudável e, portanto, para uma vida com dignidade, tal qual sustentado ao longo do presente ensaio.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível na Internet:
http://www.mundojuridico.adv.br/sis_artigos/artigos.asp?codigo=54. Acesso em 16 de AGOSTO de 2006.