

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO
RETROCESSO SOCIAL E
SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS:
ANÁLISE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA
DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

*THE PRINCIPLE OF THE RETROCESSION OF
SOCIAL RIGHTS AND THE SUSTAINABILITY OF SOCIAL
RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE LEGAL DOCTRINE AND OF
THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT*

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS: ANÁLISE DA DOCTRINA E DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS¹

*THE PRINCIPLE OF THE RETROCESSION OF SOCIAL RIGHTS AND
THE SUSTAINABILITY OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE LEGAL
DOCTRINE AND OF THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT*

*Biltis Diniz Paiano²
Harley Sousa de Carvalho³*

RESUMO

Esta investigação versa sobre o “Princípio da Proibição do Retrocesso Social” e pretende analisar os principais aspectos acerca deste princípio, discorrendo sobre suas abordagens doutrinárias e jurisprudências, colocando em confronto os que afirmam e os que negam o aludido princípio. Em acréscimo, pretende mapear como a doutrina e jurisprudência lusitana abordaram o princípio quando considerado período de crise financeira-econômica, sobretudo na primeira metade da década de 2010, a fim de demonstrar quais os seus reflexos na sustentabilidade dos direitos sociais. A pergunta de partida é: como o direito português, em especial a sua produção doutrinária e jurisprudencial, compreendem o princípio da vedação do retrocesso social? Para responder o referido questionamento, empreende-se pesquisa qualitativa, adotando-se os procedimentos de pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: proibição do retrocesso social; crise econômico-financeira; direitos sociais; sustentabilidade.

1 Data de Recebimento: 22/02/2023. Data de Aceite: 07/08/2023.

2 Docente na Faculdade Terra Nordeste. Mestre e estudante de doutoramento em Direito Público pela Universidade de Coimbra (Portugal). Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-9204-3443>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5807106014644367>. E-mail: biltisdiniz@gmail.com

3 Docente na Faculdade Terra Nordeste e no Centro Universitário Christus. Mestre e estudante de doutoramento em Direito pela Universidade Federal do Ceará. Advogado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7522-2933>. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3462781371291668>. E-mail: harleyjus@gmail.com

1 NOTAS INTRODUTÓRIAS

O princípio da vedação do retrocesso social é objeto de controvérsias na doutrina portuguesa entre doutrinadores, que o afirmam e o negam, bem como entre os que admitem sua existência, porém, com interpretação relativa⁴. Por uma razão de metodologia iremos demonstrar ao longo do trabalho os distintos argumentos doutrinários, que se adequam em determinadas problemáticas desenvolvidas nos tópicos para, em seguida, apresentar a incorporação das teses doutrinárias na jurisprudência constitucional.

Assim, o tópico 2 tem como objetivo demonstrar ao leitor os aspectos gerais do princípio, devendo ser explicado o que é a tese do não retrocesso social e sua relação com a maior ou menor liberdade de conformação do legislador. Isto significa compreender – caso o legislador já tenha concretizado um direito fundamental social – se ele pode alterar, diminuir e, até mesmo, extinguir esse direito?

No tópico 3, nos dedicaremos a relacionar o princípio em discussão no contexto de crise econômica. Para responder essa questão à luz do caso específico português, iremos apresentar os argumentos doutrinários⁵ e, posteriormente, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, com foco nos casos emblemáticos sobre a questão. O tópico se resume na interrogação: como o Estado pode continuar garantindo os direitos sociais em períodos de crise e falência financeira? Ou, em outras palavras, como preservar o “Princípio da Proibição do Retrocesso Social” em um contexto de crise?

A situação de crise econômica será investigada, uma vez que no âmbito jurídico se faz imprescindível entender como garantir direitos em tempos de “escassez de recursos”, pois, ao refletir a história do homem, é que percebemos o porquê que a crise e o direito são tão conflitantes (URBANO, 2013).

Por fim, iremos tratar das seguintes questões: qual o parâmetro jurídico para proibir o retrocesso social sem causar danos na sustentabilidade dos direitos sociais? Quais soluções para a sustentabilidade dos direitos sociais?

4 A doutrina portuguesa encontra-se dividida na existência de um princípio da proibição do retrocesso social. Entre os doutrinadores que afirmam sua existência estão Gomes Canotilho, Vital Moreira, David Duarte, Cristina Queiroz e Jorge Miranda. Entre os que negam a existência do princípio podem ser elencados Manuel Afonso Vaz e José de Melo Alexandrino. Por fim, há os que, apesar de não afirmarem a existência do princípio, aceitam que possa ocorrer uma proteção com relação à concretização das normas de direitos sociais. Nesse terceiro grupo encontram-se Jorge Reis Novais, Joao Cupers, Vasco Pereira da Silva, Rui Medeiros, Vieira de Andrade, Tiago de Freitas, Paulo Otero. Como não é o foco do trabalho fazer uma análise detalhada da doutrina, citamos os autores; porém, para maiores aprofundamentos acerca de um estudo de doutrinas comparadas cf. SOUSA, 2007.

5 A análise doutrinária não compreende, aqui, um mero trabalho de doxografia. A escolha desse material de análise é justificada em razão da autoridade e prestígio com a qual a atividade doutrinária é considerada em Portugal, sendo importante material de consulta e influência para os órgãos judicantes.

2 NOÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Este tópico pode ser resumido em uma pergunta: é possível que os direitos sociais “sofram” um retrocesso, embora já tenham sido concretizados? De maneira breve, é possível resumir que o Princípio da Proibição do Retrocesso Social busca proteger a sociedade para que o Estado (legislador) não altere de forma autoritária as prestações de direitos sociais já garantidas/concretizadas para a sociedade. Se o fundamento da administração pública é o interesse público, o princípio em questão pretende proteger tal interesse.

Em síntese, enumeramos as situações que foram identificadas como sendo as que mais caracterizam o retrocesso social trazidas pela doutrina portuguesa: a) a supressão completa da norma que efetivava o direito social, ou seja, um retrocesso *absoluto*; b) a diminuição da efetivação da norma ou alteração da prestação, no que toca os retrocessos que atingem o mínimo existencial dos direitos, sendo desproporcional a ponto de ofenderem aos princípios da igualdade, proteção da confiança e da dignidade da pessoa humana, consistindo, de tal modo, um retrocesso *relativo*⁶. Para exemplificar algumas atitudes do Estado que são vistas como retrocesso social, podemos citar os casos das taxas para a utilização do sistema de saúde, o aumento do tempo de trabalho necessário para a aposentadoria, diminuição nas prestações a título de subsídio de desemprego, entre outros.

O tema suscita controvérsias na doutrina portuguesa e, para a construção da noção do princípio em questão, vamos pontuar primeiramente as bases gerais da razão de ser do princípio do não retrocesso social com base no ordenamento e na doutrina lusitana.

Em primeiro lugar, um dos alicerces do Estado que garante a ordem, a sustentação e a sobrevivência deste é a “segurança jurídica”, princípio basilar que avaliza a proteção da confiança, sendo consagrada na Constituição Portuguesa através da legalidade, da estabilidade, da razoabilidade, do direito adquirido, entre outros. Assim, para uma ideia de *estabilidade*, a segurança jurídica possibilita um controle nos atos do governante, do legislador e até dos sujeitos particulares⁷. Nessa linha de compreensão, o ordenamento jurídico necessita dessa figura da segurança jurídica, pois tem como base a estabilidade das relações para que haja continuidade no sistema de normas jurídicas.

Assim, podemos dizer que o Princípio da Vedação do Retrocesso Social se relaciona intimamente com a segurança das relações jurídicas e da proteção da confiança (MO-

⁶ Nesse sentido cf. SARLET (2008; 2006), MIRANDA (2013) e SILVA (2003).

⁷ Detalhando o conteúdo da segurança jurídica, Sarlet (2006, p.434) expõe que “(...) a segurança jurídica tem o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental do Estado de Direito na medida em que, sem a segurança jurídica, mesmo um governo de lei pode se tornar despótico e controverso”.

NIZ, 2015). Ingo Wolfgang Sarlet demonstra a importância de um direito à segurança e o divide entre os conceitos de segurança social (*lato sensu*) e segurança pessoal (*stricto sensu*). A segurança social se refere ao conceito de proteção aos direitos sociais e tem ligação com o princípio da vedação do retrocesso social. Por outro lado, a segurança pessoal se relaciona com os conceitos de coisa julgada, direito adquirido e ato jurídico perfeito⁸.

Sobre o tema, destaca-se que o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social não tem previsão explícita na Constituição portuguesa. Porém, de forma implícita, a doutrina o considera por estar vinculado ao conceito de segurança jurídica, que – conforme já foi demonstrado – está consagrado na ordem jurídica. Outra vertente desse princípio é com relação à efetivação dos direitos sociais e a autonomia do legislador.

Para Joaquim Gomes Canotilho (2003), o Princípio da Vedação do Retrocesso Social tem como base o princípio da proteção da confiança, no qual o legislador – após concretizar um direito fundamental social – não pode retroceder (suprimir, suspender ou restringir) sob pena da norma ser declarada inconstitucional nos pontos que alterem as prestações concretizadas.

Em uma obra mais antiga⁹, Canotilho e Vital Moreira (1991) conectaram a fundamentação do Princípio do Retrocesso Social ao princípio da socialidade, o qual busca concretizar os direitos sociais previstos na Constituição. Assim, se uma prestação foi concretizada, ela atinge um novo *status* de direitos e o Estado (e legislador) não poderá retroceder (CANOTILHO; VITAL MOREIRA, 1991).

Seguindo a mesma leitura doutrinária, Cristina Queiroz (2006) apresenta o referido princípio como parâmetro de vinculação à ação concretizadora do legislador, estando impossibilitado de eliminá-lo sem alternativas ou compensações. Em resumo, o dever de legislar transmuta-se em dever de não revogar a lei.

Em razão, portanto, da força normativa das normas instituidoras de direitos fundamentais, Joaquim Gomes Canotilho (2001) entende que o legislador é vinculado a concretizações legais. Ou seja, a vinculação do legislador não retira o direito de alterar as normas já concretizadas, mas sim de retroceder, fazendo com que as prestações sociais deixem de existir ou tornem onerosas aos seus beneficiários. Assim, as ações concretizadoras de direitos sociais vinculam o legislador com objetivo de proteção ao direito já certo, consistindo em um limite para as ações do Poder Público, garantindo que não haja violação arbitrária nas prestações.

⁸ Cf. SARLET (2008, p.3; 2006, p. 437).

⁹ Veremos a seguir que o autor (Gomes Canotilho) em outras obras pondera tal pensamento, relativizando tal princípio em circunstâncias de crise.

Em sentido similar, o constitucionalista Jorge Miranda (2001) entende que o legislador, ao concretizar uma norma de um direito decorrido da Constituição, institui um parâmetro normativo que limitará eventuais alterações que possam implicar em retrocessos sociais.

Adotando raciocínio semelhante, o Tribunal Constitucional se pronunciou no Acórdão nº39/84 favorável ao entendimento de que o legislador está vinculado às suas normas concretizadoras de prestações sociais. Tal acórdão se constitui como uma decisão paradigmática (*leading case*) para a jurisprudência nos casos de vedação ao retrocesso social¹⁰, a qual declarou a inconstitucionalidade de norma que alterava a lei geral do Serviço Nacional de Saúde, mas não previa substituição dos dispositivos alterados, demonstrando que a Corte aceita o princípio e que a liberdade de conformação do legislador tem um caráter mais restritivo nas hipóteses de alterações de normas que devolvam uma situação de inconstitucionalidade por omissão (MONIZ, 2015).

Para Ana Raquel Moniz (2015), a interpretação do acórdão deve ser realizada de forma a entender que o cumprimento do dever de legislar não compreende um esgotamento do dever estatal, mas na modificação de um dever de não eliminar. Não eliminar, contudo, não compreende imutabilidade, dado que a própria proteção social pode exigir adaptações.

Contudo, não há unanimidade.

Em visão mais moderada que os autores expostos, Vieira de Andrade (2012) entende que, com relação aos direitos sociais, a vinculação ao legislador não é absoluta, pois persiste a liberdade para definir forma, medida e grau de concretização de direito. Interpretação diversa, para o autor, consiste em convolar a função legislativa em mera função executiva da Constituição. Porém, Vieira de Andrade não nega a existência de uma vedação ao retrocesso social. O ponto central é sua discordância com a vertente absoluta, devendo ocorrer proibição nos casos que as alterações normativas afetem o núcleo essencial dos direitos sociais¹¹.

No sentido de noção ampla do Princípio da Vedação do Retrocesso Social, Luís Verde (2007) entende que tal proibição garante a estabilidade da efetividade de uma norma produzida pelo legislador, além de conduzir para o princípio da proteção da confiança quando um direito passa a “valer” na sociedade, gera um entendimento geral para os cidadãos que tal prestação existe e, assim, as pessoas já contam com aquele determinado direito.

10 “Não se ignora a perigosidade desta formulação, pois que foi a partir dela que aquela Alta Jurisdição acabou por formular o princípio (mais restritivo para a liberdade de conformação legislativa) da proibição do retrocesso social – a que o citado aresto acaba por, em certa medida, aderir”. (MONIZ, 2015, p. 68).

11 Apesar de não ter apresentado nesse tópico, mas outros doutrinadores não concordam com a vinculação do legislador aos direitos sociais. No próximo tópico iremos tratar disso.

Desta forma, o Princípio da Vedação do Retrocesso Social conjuga as ideias de segurança jurídica, de direitos adquiridos, de proteção da confiança e de vinculação do legislador para garantir ao interesse da sociedade para as prestações sociais. O problema que surge é: essa proibição é absoluta? Uma vez concretizado, o não poder retroceder no direito já se encontra garantido?

Após essa noção do que seria o princípio da vedação do retrocesso social, vamos agora analisá-lo sob os argumentos contrários ao princípio, principalmente, frente aos períodos de crise ou tempos de exceção econômica.

3 PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DE CRISE

O presente tópico tem como fundamento analisar o impacto da crise nos direitos sociais e até que medida o Princípio da Vedação do Retrocesso Social pode servir de auxílio essencial para o Estado ou se o aludido princípio não se justifica em tempos de escassez, sendo admissível retroceder. Como se demonstrará, as crises financeiras do Estado português vão impactar a produção doutrinária e jurisprudencial daquele país.

Antes mesmo de tratar do Princípio da Vedação do Retrocesso Social no contexto de crise, é importante fixar a compreensão de Estado Social que será trabalhada para, posteriormente, compreendermos a problemática da crise nas prestações sociais.

Em síntese, podemos definir o *Welfare State* como a configuração política, jurídica e econômica onde liberdade e direitos sociais andam juntos. Nesse cenário, o Estado assume a figura de prestador de serviços e interveniente, regulando a economia, realizador da justiça social, assegurado da dignidade humana e promotor do desenvolvimento dos direitos fundamentais sociais mais básicos. Em face de tais deveres, há a configuração de políticas públicas, procedimentos e instituições que objetivam concretizar as determinações constitucionais, tais como a estruturação e a execução de políticas de assistência social.

Por alguns anos, tais ideias de desenvolvimento através do Estado prestador conseguiram êxito¹², irradiando nos ordenamentos jurídicos ocidentais e também no direito internacional. Contudo, a “época de ouro” – conforme as palavras de Jorge Miranda (2012, p. 184) – de prestações sociais chegou ao fim e o Estado português se tornou insustentável¹³.

12 Cf. Esping-Andersen e Palier (2009, p.14.), Esping-Andersen (2002). Com ênfase no contexto de crise cf. Martins (2012) e Niez (2012).

13 “O Estado social é vítima, em alguns países, do seu próprio sucesso. As constituições «socialmente amigas» sofrem as críticas amargas da «crise de governabilidade», do «flagelo do bem», do «fim da igualdade», da «bancarota do Estado». Noutros países, que não resolveram ainda o problema do poder, confrontando-se com a *paradoxia* da necessidade de mais poder porque há pouco poder, países esses que estão longe de entrar nos limites mínimos do Estado social, o catálogo generoso de direitos econômicos, sociais e culturais é apenas uma narrativa emancipatória ilusória ou uma seqüela de

Na medida em que os direitos sociais detêm força de um princípio jurídico-constitucional e sua efetivação depende do Estado (legislador) – e, para isso ocorrer, o Estado precisa ter recursos financeiros –, o modelo de Estado Social passa a ter a sustentabilidade orçamentária e social questionada.

É nesse contexto que o Estado social recebeu críticas na produção doutrinária portuguesa, pois suas constituições induzem a ideia de direitos sociais garantidos pelo Estado, ainda que esse passe por instabilidade financeira¹⁴. Com isto, surgiram algumas interrogações: como o Estado pode continuar garantindo os direitos sociais em períodos de crise e falência financeira? Como preservar o “princípio da proibição do retrocesso social” em contextos de crise?

A partir de um cenário de crise, a interpretação do Princípio da Vedação do Retrocesso Social foi sendo relativizada na ordem jurídica portuguesa, uma vez que a leitura do fenômeno foi de que direitos sociais são custosos e o Estado não consegue sustentar financeiramente direitos que dependem de suas prestações. Passa-se a ventilar, então, a possibilidade de um “retrocesso condicionado” (ANDRADE, 2015, p. 38).

O período de crise é um momento em que a dinâmica normal do Estado se altera e põe em causa a manutenção deste e, por isso, a norma constitucional considera e regula esses períodos excepcionais, prevendo que alguns dos direitos protegidos sofram restrições para que o bem geral (o interesse público no geral) seja protegido, tal qual ocorre no Estado de Sítio. Embora as Constituições sejam projetadas para tempos de normalidade econômica e institucional, a existência de regras específicas para crises compreende uma flexibilidade essencial para a sobrevivência do pacto constitucional.

A Constituição Portuguesa prevê o “estado de emergência”¹⁵ para situações de anormalidade. Porém, para Benedita Urbano (2013) deveria existir uma previsão que consagrasse um estado de crise econômico-financeira. Assim, para a autora, tal previsão se justificaria para que em alguns períodos se admitisse medidas “legitimadas pela excepcionalidade das circunstâncias” (URBANO, 2013, p. 9). Assim, em situação de crise econômico-financeira, seria vantajoso admitir um *direito à crise* ou um *estado de crise* sendo fundamentada na “ruptura, suspensão ou descontinuidade do direito, inclusive do

determinada leitura socialista dos direitos, hoje reconhecida e experimentalmente falhada. A «cidadania social» conquista-se não através da *estatização da socialidade*, na esteira de Bismarck ou de Beveridge, mas sim através da *civilização da política*. Já não o Estado-Providência que tenta resolver os problemas ligados à distribuição dos recursos; é o *Estado-activo* tutelar, ou supervisor, que tem, só ele, a responsabilidade pela produção de bens colectivos indispensáveis à sociedade, quando se trata da segurança de bens essenciais no seu núcleo básico. A estratégia é a do «Estado preceptor», que deve substituir as ideias rectoras da intervenção estatal por ideias estimuladoras da mudança numa sociedade heterárquica e contextualizada”. (CANOTILHO, 2008, p. 122 e 123).

14 “Na verdade, algumas críticas mais persistentes contra o Estado Social e a constituição dos direitos sociais reconduzem-se a esta ideia básica: eles alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir”. (CANOTILHO, 2008, p. 255).

15 Cf. Art. 19 da Constituição da República Portuguesa.

direito constitucional, em nome da proteção de um bem maior que é o próprio Estado, a sua sobrevivência” (URBANO, 2013, p. 9). Portanto, nas conclusões da autora, faz-se necessário que as crises econômicas sejam específica e diretamente tratadas e não apenas quando resultantes de crises políticas, armadas ou naturais (URBANO, 2013). Desse modo, se as crises econômicas têm a capacidade de causar prejuízos, com consequências semelhantes a uma guerra ou um desastre natural, por que a ordem jurídica não a trataria como um estado de excepcionalidade, admitindo diminuição ou até mesmo eliminação de alguns direitos fundamentais sociais?

Benedita Urbano (2013) trata como legítimo a visão global do Estado contra a crise para assegurar o bem-estar do todo e para a sua manutenção. Nesse sentido, João Loureiro (2010, p. 56) afirma que em momentos de crise financeira o Estado é obrigado “a pensar seriamente não apenas a racionalização, mas o racionamento” das prestações e que, apesar da importância de os direitos sociais serem assegurados, não tem como o estado ignorar os custos destes.

É neste contexto que o princípio da proibição do retrocesso social se distancia da visão tradicional, apresentada no capítulo anterior, pois apesar de um propósito positivo em sua ideia basilar, a doutrina passou a considerar que, em momentos nos quais as decisões do Estado são imprescindíveis, condicionar a um princípio absoluto seria um caminho para a falência do Estado.

Dessa forma, a doutrina se mostra mais receptiva ao princípio relativizado, em que a proibição em retroceder não seja a vinculação do legislador de maneira absoluta e sim nos casos que ponha em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais ou ao mínimo para uma existência condigna (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002).

No caso de Canotilho (2008, p. 110), este passou a defender uma visão relativizada para o princípio da proibição do retrocesso social, reconhecendo mudança de posicionamentos anteriores em face da “insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social”. Partindo da premissa que o princípio não pode ser absoluto perante a vinculação do legislador as prestações sociais já concretizadas, a relativização do princípio deve obedecer aos limites da proteção da confiança e do núcleo essencial dos direitos, devendo ter em consequência alguma compensação do direito extinto (CANOTILHO, 2003).

Para fins de um paralelo com a doutrina brasileira, Ingo Sarlet (2008) defende a proibição do retrocesso social de forma relativa, nos casos em que ocorra o retrocesso com reflexos no núcleo essencial dos direitos sociais, pois a liberdade de conformação do legislador não pode ser disposta de maneira indeterminada que compreenda riscos ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais.

Como interpreta José Carlos Vieira de Andrade somente em casos excepcionais pode ser limitada a liberdade de conformação do legislador, podendo ser aceito a proibição

de um retrocesso no caso de uma norma redutora de direito social violar o princípio da proteção da confiança, da igualdade e no caso de não haver um regime protetivo alternativo¹⁶. Além disso, o autor compreende que na atualidade está cada vez mais difícil ou ultrapassado defender um princípio absoluto de não retrocesso, pois em um contexto de escassez seria até utópico pensar em progresso constante. Assim, José Carlos Vieira de Andrade (2012) entende que em tempos de crise deve-se aceitar o retrocesso condicionado quando de crises mais agudas, ausência de crescimento ou escassez de recursos.

Jorge Reis Novais segue o mesmo pensamento: que a aceitação de um princípio absoluto de vedação a um retrocesso social se mostraria ineficaz, uma vez que em um contexto de crise “não existe uma via única e progressiva para atingir a sociedade justa” (NOVAIS, 2010, p. 82).

Portanto, a doutrina portuguesa passou a entender que a partir de alguns critérios a autonomia do legislador pode ser limitada sob o fundamento de garantir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, e que, além disso, o princípio do retrocesso assume um espaço no direito constitucional, principalmente quando estudado sob a perspectiva de uma crise, que tanto necessita em certos momentos reduzir direitos (com objetivo de combater à crise), mas que, também, deve respeitar a essência dos direitos fundamentais.

3.1 Breve referência do princípio da vedação do retrocesso social no Tribunal Constitucional português

Dando continuidade na investigação orem empreendida, o estudo da jurisprudência constitucional é essencial para a compreensão dos direitos fundamentais sociais. Nesse contexto, O Tribunal Constitucional português tem reconhecido o princípio da vedação do retrocesso social em diversos acórdãos, afirmando que os cidadãos não podem ser privados de direitos já concretizados. Porém, esse reconhecimento vem sendo *relativizado*.

Em tempos de crise, o Poder Judiciário tem a função de busca de um equilíbrio entre as decisões do poder público e o interesse fundamentado nos princípios constitucionais. Benedita Urbano afirma que o “direito da crise” admite uma interpretação diferenciada dos juízes do Tribunal Constitucional, fundamentada na necessidade do momento e na legalidade, uma vez que “o principal papel dos juízes será o de acomodar a Constituição

16 “[...] julgamos que é de aceitar, obviamente, a proibição da pura e simples revogação sem substituição das normas conformadoras dos direitos sociais – que mais não é (na medida em que mais não seja) que a garantia da realização do conteúdo mínimo imperativo do preceito constitucional -, bem como o limite da proteção da confiança, embora, pelas razões aduzidas, apenas na medida em que proíbe o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do «retrocesso»”. (ANDRADE, 2012, p. 381, destaques no original).

às situações de crise e de emergência” (URBANO, 2013, p. 23).

Todavia, as decisões devem ser pautadas pela razoabilidade, com o objetivo que a interpretação que envolva direitos sociais seja ampla, de forma a reduzir ao máximo os possíveis danos. Entretanto, em tempos de crise, o papel da jurisprudência muda, devendo decidir de forma distinta do habitual, onde o direito pode ser reduzido, devendo ocorrer uma tolerância para retroceder no controle de constitucionalidade das normas (URBANO, 2013). Em outras palavras, podemos afirmar que além do dever de estabilidade, a jurisprudência é pressionada a conduzir mudanças graduais que permitam a continuidade da ordem jurídica.

No acórdão n.º 39/84, de relatoria do então conselheiro Vital Moreira,¹⁷ o qual versava sobre o serviço nacional de saúde, surgiu uma concordância do tema do não retrocesso social pelo Tribunal Constitucional¹⁸, pois na decisão ficou consignado que, após atendimento ao comando normativo dos direitos sociais, o “Estado, que estava obrigado a actuar (sic) para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”¹⁹. Para Jorge Reis Novais o acórdão sugere uma aceitação do princípio, tendo como parâmetro de validade que “a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão [...]” (NOVAIS, 2010, p. 83).

No acórdão n.º 509/02²⁰ (relativo à revogação do rendimento mínimo garantido, transformando em rendimento social de inserção e alterando a idade dos beneficiários de 18 anos para 25 anos), o Tribunal adotou uma postura mais moderada e o princípio da vedação do retrocesso só incidiria nos casos que a norma revogadora atingisse: a) O núcleo essencial do direito fundamental social, atingindo o mínimo para uma existência condigna próprio da garantia a dignidade humana²¹ e sem a criação de outro direito compensatório; b) a supressão de um direito social, que viole o princípio da igualdade ou do princípio da proteção da confiança; c) “ou, então, quando se atinja o conteúdo de um direito social cujos contornos se hajam iniludivelmente enraizado ou sedimentado no seio da sociedade”²².

Deste modo, os acórdãos (n.º 39/84 e n.º 509/02) demonstram que apesar da jurisprudência portuguesa não adotar o Princípio da Vedação do Retrocesso Social autonomamente, em síntese, admite nos casos: i) que os direitos sociais sejam violados

17 Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 21 fev. 2023.

18 Segundo boa parte da doutrina entende que o aludido acórdão tem o condão de ser um primeiro acolhimento do Tribunal Constitucional em matéria de proibição do retrocesso. Nesse sentido cf. CANOTILHO, 2003, p.469; SILVA, 2003, p. 258; MIRANDA, 2012, p. 194; MAC CROIRE, 2013, p. 36.

19 Acórdão n.º 39/84 - Tópico 2.3.3.

20 Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 21 fev. 2023

21 Acórdão n.º 509/02 – declaração de voto Maria dos Prazeres Pizarro Beleza.

22 Acórdão n.º 509/02 – tópico 9.

quando o legislador cria uma norma redutora que remete a uma inconstitucionalidade por omissão, devendo nesse momento ser limitada sua liberdade de conformação, a fim de que, dessa forma, não viole o princípio da Separação dos Poderes, uma vez que tal princípio se fundamenta em dar limitações aos Poderes entre si e para nenhum dos três Poderes pode ser conferido plena liberdade nas suas ações; ii) admite um retrocesso nos casos de violação ao princípio da proteção da confiança e quando o conteúdo essencial do direito a um mínimo de existência condigna esteja ameaçada.

Neste contexto de crise percebe-se que o Tribunal vai decidindo cada vez mais no sentido reservado, ou numa “acepção restritiva valendo, por conseguinte, apenas quando a alteração redutora do conteúdo do direito social se faça com violação de outros princípios constitucionais”²³.

Em decisões mais recentes o Tribunal vem se posicionando no sentido da valorização da alternância democrática – a qual se baseia na possibilidade de alteração das posições do legislador –, decidindo sob o aspecto de não considerar um retrocesso nos casos que, razoavelmente, perceba-se que não foram violados os limites do conteúdo mínimo dos direitos sociais (ZENKER, 2012).

No acórdão n.º 188/09 (relativo à questão das pensões), a Corte Constitucional admite mais uma vez a proibição do retrocesso apenas quando a alteração do conteúdo de direito social sugerir o “arbitrio ou desrazoabilidade manifesta do retrocesso, a violação do protecção da confiança”²⁴.

4 SUSTENTABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DO RETROCESSO SOCIAL

Em paralelo à admissão de restrições ao Princípio da Vedação do Retrocesso Social, a doutrina portuguesa passou a discutir a sustentabilidade dos direitos sociais. Utilizando as palavras de João Loureiro (2010, p. 109) “[...] o anúncio da crise e do fim do Estado social prende-se, desde logo, com questões de sustentabilidade”.

Em períodos de crise, tanto a doutrina como a jurisprudência dominantes em Portugal passaram a defender que a proibição do retrocesso dever ser relativizada, em razão de que “mais do que obstar às alterações da concretização legislativa dos direitos sociais, o problema consiste hoje em equacionar quais os limites da sustentabilidade no/do Estado social” (MONIZ, 2015, p. 69). E, uma vez que os direitos sociais dependem

23 Acórdão n.º 3/10 – Tópico 3. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100003.html>. Acesso em: 30 dez. 2015.

24 Acórdão n.º 188/09 – tópico 6. Disponível em: <https://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090188.html>. Acesso em: 21 fev. 2023.

de financiamentos sustentáveis, até que medida se pode proibir o retrocesso social sem causar danos na sustentabilidade dos Direitos Sociais?

Antes de apresentar as respostas doutrinárias para tal questão, vamos primeiramente entender o que seria essa “sustentabilidade” dentro do contexto ora debatido. O pressuposto assumido é que, em período de escassez de recursos, o conceito de direitos sociais sustentáveis segue para um balanceamento imprescindível entre princípios e valores, buscando o princípio da concordância prática para uma razoabilidade nas prestações sociais. Isto significa que os direitos sociais “sofrem” um embate, pois dependem das condições que o Estado se encontra, devendo o Estado decidir a melhor forma para que a maioria se encontre resguardada, apesar da crise, em nome da sustentabilidade do Estado. Contudo, ao mesmo tempo em que o legislador tem que observar a questão financeira e o interesse geral, ele tem que respeitar o conteúdo essencial dos direitos sociais, pois são inerentes a dignidade da pessoa humana. Assim, encontrando um equilíbrio entre essas duas vertentes, a sustentabilidade social seria alcançada (MONIZ, 2015).

Sobre a questão, Jorge Miranda (2012, p. 195) entende que para ser sustentável e ocorrer à proibição do retrocesso, deve-se sempre fazer relação entre normatividade e a materialidade das relações sociais, culminando na seguinte formulação. “Por isso, deve concluir-se: 1º) Somente é obrigatório o que seja possível; 2º) mas tudo quanto seja possível torna-se obrigatório”. Ou seja, se o Estado não tem condições de sustentar algumas prestações sociais em períodos de crise, que haja o retrocesso de tais prestações; porém, se ocorrer o contrário e o Estado suportar manter os auxílios já concretizados pelo legislador, então ele está obrigado a mantê-los.

Para José Carlos Vieira de Andrade (2015), em épocas de crise a proibição do retrocesso deve ser encarada, seguindo a ideia de razoabilidade das prestações sociais indispensáveis, de forma que a reversibilidade de tais prestações no período de escassez possa garantir a sustentabilidade dos direitos sociais.

As questões de sustentabilidade vêm ocupando a preocupação dos doutrinadores do Direito Público português, sendo um dos questionamentos mais recorrentes: será que há alguma solução para que os direitos sociais se tornem sustentáveis? Ou chegamos ao fim do Estado social?

Joaquim Gomes Canotilho (2008) traz um olhar positivo ao estudo da sustentabilidade do Estado Social como um processo de encontrar soluções constitucionais para os desafios concretos impostos a esse ramo. Acompanhando a linha argumentativa de Canotilho, os doutrinadores ora estudados caminham para a discussão da sustentabilidade dos direitos sociais na busca de soluções eficazes.

Neste quadro, Jorge Miranda (2012) afirma que uma saída para o Estado Social seria diminuir o excessivo peso das prestações que atualmente o Estado sustenta, devendo

sustentar os direitos mais básicos, como a educação básica e a secundária, os serviços de saúde, assistência materna, auxílio ao trabalhador desempregado, inclusão de deficientes e marginalizados, além de auxílio no caso de calamidades naturais. O restante poderia ser compartilhado os custos.

Para João Loureiro (2010) o clássico modelo de estado social como Estado garantidor e realizador de prestações deveria ser esquecido, necessitando ocorrer uma divisão com mercado e terceiro setor, sobretudo com relação à serviços e infraestrutura. O Estado atuaria apenas nas falhas ou insuficiências do mercado.

Tal concepção passaria a ser associada a uma ideia de solidariedade, a qual deve ser exercida por todos, buscando uma harmonia entre os direitos e deveres dos cidadãos e do Estado. Com a solidariedades, os problemas sociais passam a ser “simultaneamente de cada um dos cidadãos, da sociedade e da sua forma mais organizada o Estado” (NABAI, 1999, p. 174).

Dessa forma, identifica-se na doutrina lusitana passa a se orientar para uma “cultura de deveres” (LOUREIRO, 2010, p. 22) em que a sociedade é protagonista junto com o Estado para arcar com as prestações sociais, assumindo assim os custos dos seus gastos, na medida em que os suportem, assumindo um papel ativo na sustentabilidade dos direitos sociais para todos os que necessitam.

Na tentativa de oferecer razões jurídicas e políticas para fundamentar a relativização do Princípio da Vedação do Retrocesso Social, Vieira de Andrade (2015), ao seu turno, irá associar a gratuidade da prestação universal a um igualitarismo ideológico, devendo-se admitir contribuições dos que podem pagar quando serviços não sejam acessíveis a todos ou os beneficiários não sejam igualmente atendidos.

Isto significa que a concretização da solidariedade também pode ser desenvolvida pela sociedade, como o exercício das atividades do terceiro setor. Assim, o papel de bem-estar social – atribuído unicamente ao Estado no passado – passa a ser assumido pela sociedade. Nessa linha de defesa, afirma-se que para a sustentabilidade do Estado social é necessária uma cooperação mútua entre “o Estado, as entidades públicas e os cidadãos” (MONIZ, 2015, p. 79 e 80).

5 CONCLUSÃO

Os direitos fundamentais formam o núcleo essencial do Estado de Direito, uma vez que integram o objetivo constitucional de garantir aos cidadãos uma vida digna. Esses direitos geram ao Estado obrigações positivas (prestacionais) e negativas (assegurar a não violação de direitos). Portanto, para que os direitos fundamentais sociais prestacionais sejam concretizados, estes necessitam de uma ação do Estado com prestações de

serviços públicos e políticas públicas que busquem diminuir a exclusão social e auxílios para que haja condição de ter um mínimo existencial inerente à dignidade da pessoa.

Assim, surge a proibição de um retrocesso para as condições sociais já realizadas, operando com um limite a autonomia do legislador, pois os direitos sociais não podem ser garantidos somente pela visão econômica de uma reserva financeiramente possível, mas também social.

Apesar de em um primeiro momento a doutrina seguir por uma interpretação mais protetiva do princípio da proibição do retrocesso – deixando o legislador vinculado a suas concretizações –, com o passar o tempo foi-se percebendo que essa visão forte – quiçá absoluta – foi considerada insustentável. Assim, o princípio da vedação do retrocesso social passou a ser reinterpretado, na doutrina majoritária das últimas duas décadas e na jurisprudência portuguesa, como passível de relativização à luz da ponderação e razoabilidade, principalmente no contexto de crise.

Desta forma, o Tribunal Constitucional passou a definir que retroceder significa violação constitucional nos casos: i) autonomia mínima do legislador: situações de direitos já concretizados o legislador só pode alterar a norma na medida em que não venha como consequência uma inconstitucionalidade por omissão (Ac. TC 509/02); ii) autonomia ampla do legislador: nesse caso as alterações só serão proibidas se o retrocesso violar um princípio fundamental, através do arbítrio ou desrazoabilidade e sem criar alternativas para a sua revogação (Ac. TC 3/10); iii) será proibido retroceder quando o conteúdo essencial dos direitos e mínimo para uma existência condigna estiverem em causa (Ac. TC 188/09).

Ato contínuo, identificou-se outros elementos argumentativos: a sustentabilidade e a corresponsabilidade. Através de um olhar direcionado a sociedade como e responsável por garantir juntamente com o Estado uma vida pautada na dignidade humana de todos e na solidariedade, entre os que podem pagar e os que não podem. Todavia, foi identificado que não é uma tarefa fácil determinar aquilo que se deve pagar ou não, uma vez que a barreira entre o básico e outras necessidades é pequena, dependendo de cada sociedade e de cada momento histórico.

Por fim, cabe aqui algumas ponderações sobre os resultados desta pesquisa. Como verificado pela metodologia e pelo objeto estudado, o foco de análise considerou a produção doutrinária e a atividade jurisprudencial portuguesas antes e depois do contexto de crise econômica e financeira que alcançou Portugal em 2008. Logo, constata-se a influência da conjuntura política e econômica do país na reflexão jurídica de modo que, em primeiro lugar, não se pode descartar a possibilidade de que em novos contextos a vedação ao retrocesso social possa fortalecida e, em segundo lugar, o transplante de tal reflexão para o Brasil deve ser feito com cuidados e ressalvas, uma vez que, no país

européu, se debateu expressamente a relativização de direitos já assegurados, enquanto no país sul-americano se considera a restrição de muitos direitos que sequer foram adequadamente implementados.

THE PRINCIPLE OF THE RETROCESSION OF SOCIAL RIGHTS AND THE SUSTAINABILITY OF SOCIAL RIGHTS: AN ANALYSIS OF THE LEGAL DOCTRINE AND OF THE PORTUGUESE CONSTITUTIONAL COURT

ABSTRACT

This research deals with the “The Principle of the Prohibition of the Retrocession of Social Rights” and aims to analyze the main aspects about this principle, discussing its doctrinal aspects and jurisprudence, putting in confrontation those who affirm and those who deny the aforementioned principle. In addition, it intends to map how the Portuguese doctrine and jurisprudence addressed the principle when considered a period of financial-economic crisis, in order to demonstrate its reflections on the sustainability of social rights. The research question is: how does Portuguese law, particularly its doctrinal and jurisprudential production, comprehend the principle of prohibition of social retrogression? To address this inquiry, a qualitative research approach is undertaken, employing the methods of bibliographic and documentary research.

Keywords: prohibition of the retrocession of social rights. economic and financial crisis. social rights. sustainability.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Editorial Trotta, 2002.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 5ªed. Coimbra: Almedina, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O Papel do Estado na Sociedade e na Socialidade. *In*: LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.). **A economia social e civil**: estudos. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. [p.23-42].

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5ªed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação ao legisla-**

dor: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7ªed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. “*BYPASS*” Social e o Núcleo Essencial de Prestações Sociais. *In: Estudos sobre Direitos Fundamentais*. 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008, pp. 253.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Tom e o Dom na Teoria Jurídico-Constitucional dos Direitos Fundamentais. *In: Estudos Sobre Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

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

ESPING-ANDERSEN, Gosta; PALIER, Bruno. **Três lições sobre o estado-providência**. Lisboa: Campo da Comunicação, 2009.

ESPING-ANDERSEN, Gosta. Towards the Good Society, Once Again? *In: Why we need a New Welfare State/* Gosta Esping-Andersen with Ducan Callie [*et al.*], New York: OXFORD University Press, 2002.

GONÇALVES, Pedro *et. al* (Coord). **A Crise e o Direito Público**. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, 2013.

LOUREIRO, João Carlos. **Adeus ao Estado Social?** a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana (Coord.). **A economia social e civil: estudos**. Coimbra: Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015.

MAC CROIRE, Benedita. Os direitos sociais em crise? *In: GONÇALVES, Pedro et al.* (coord). **A Crise e o Direito Público**. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, 2013. [p.33-45].

MARTINS, Afonso D’Oliveira. A Constituição e a Crise. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. I, Lisboa: Coimbra Editora, 2012. [p. 85-95].

MONIZ, Ana Raquel Gonçalves. Socialidade, Solidariedade e Sustentabilidade: Esboços de um Retrato Jurisprudencial. *In: LOUREIRO, João Carlos; TAVARES DA SILVA, Suzana* (Coord.). **A economia social e civil: estudos**. Coimbra: Instituto Jurídico da

- Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2015. [p.61-104].
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 7ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Vol. II: Tomo IV: Direitos Fundamentais, 5ªed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.
- MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado Social. *In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*. 2012. [p.181-198].
- NABAIS, José Casalta. Algumas considerações sobre a solidariedade e a cidadania. *In: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra*, vol. LXXV, 1999.
- NICZ, Alvacir Alfredo. A Superação das Crises de Governabilidade para o alcance da Concretização dos Direitos Fundamentais Sociais. *In: Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. I, Lisboa: Coimbra Editora, 2012. [p. 165-183].
- NOVAIS, Jorge Reis. **Os Direitos Sociais (Teoria Jurídica dos Direitos Sociais Enquanto Direitos Fundamentais)**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 6ªed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de Retrocesso. Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. *In: Revista eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/codrevista.asp?cod=319>. Acesso em: 21 fev. 2023.
- SILVA, Jorge Pereira da. **Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**. Lisboa: Univ. Católica Ed., 2003.
- SOUSA, Luís Verde de. Acerca do princípio da proibição do retrocesso social. *In: Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 83, 2007.
- URBANO, Maria Benedita. Estado de necessidade económica e financeira e o papel do Tribunal Constitucional. *In: GONÇALVES, Pedro e outros (coord). A Crise e o Direito Público*. VI Encontro de Professores Portugueses de Direito Público. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas. Faculdade de Direito – Universidade de Lisboa, 2013. [p.7-31].
- ZENKER, Marcelo. A tutela dos direitos fundamentais sociais pelo Tribunal Constitucional Português e pelo STF. *In: THEMIS*. Revista da Faculdade de Direito UNL. Ano 12, n°22/23, 2012. [p.219-259].