

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO, ANO V, Nº IX, 2º SEM. 2019



Europa – Rua General Torres, 1.220 – Lojas 15 e 16 – Tel: +351 223 710 600
Centro Comercial D’Ouro – 4400-096 – Vila Nova de Gaia/Porto – Portugal

Home page: revistaconsinter.com

E-mail: internacional@jurua.net

ISSN: 2183-6396

Depósito Legal: 398849/15

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.00

Editor:

David Vallespín Pérez

Catedrático de Derecho Procesal de la Universitat de Barcelona. Su actividad docente abarca tanto los estudios de Grado como los de Doctorado. Ha realizado enriquecedoras estancias de investigación en prestigiosas Universidades Europeas (Milán, Bolonia, Florencia, Gante y Bruselas).

Diretores da Revista:

Germán Barreiro González

Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Colaborador Honorífico en el Departamento de Derecho Privado y de la Empresa – Universidad de León (España).

Gonçalo S. de Melo Bandeira

Professor Adjunto e Coordenador das Ciências Jurídico-Fundamentais na ESG/IPCA, Minho, Portugal. Professor Convidado do Mestrado na Universidade do Minho. Investigador do CEDU – Centro de Estudos em Direito da União Europeia. Doutor e Licenciado pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Mestre pela Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa.

María Yolanda Sánchez-Urán Azaña

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho, UCM, de la que ha sido Vicedecana de Estudios, Espacio Europeo de Educación Superior y de Innovación Educativa y Convergencia Europea.

A presente obra foi aprovada pelo Conselho Editorial Científico da Juruá Editora, adotando-se o sistema *blind view* (avaliação às cegas). A avaliação inominada garante a isenção e imparcialidade do corpo de pareceristas e a autonomia do Conselho Editorial, consoante as exigências das agências e instituições de avaliação, atestando a excelência do material que ora publicamos e apresentamos à sociedade.

REVISTA INTERNACIONAL
CONSINTER
DE DIREITO

Publicação Semestral Oficial do
Conselho Internacional de Estudos
Contemporâneos em Pós-Graduação

ANO V – NÚMERO IX

2º SEMESTRE 2019

ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS

Porto
Editorial Juruá
2019

Instruções aos Autores

Revista Internacional CONSINTER de Direito

1. DAS PUBLICAÇÕES

Para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria.

O enquadramento dos textos avaliados e aprovados para fins de publicação na Europa pelo Editorial Juruá Lda., e no Brasil pela Juruá Editora Ltda., obedecerão aos seguintes critérios:

REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO

Conforme as exigências das agências e instituições nacionais e internacionais de investigação e docência que avaliam a atividade acadêmica e investigadora das Pós-Graduações, a Coordenação Executiva do CONSINTER, ao seu melhor juízo, selecionará uma determinada quantidade de artigos aprovados que serão agraciados com a Publicação no Periódico “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, com ISSN de Portugal. Ainda:

- a) Para cada artigo selecionado para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, será atribuído um número de registro específico e único no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*);
- b) Também será atribuído um registro no Sistema DOI (*Digital Object Identifier*) para a “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

OBS. 1: Em face das normas técnicas, para fins de qualificação do periódico, somente poderão ser selecionados para a Revista Internacional CONSINTER de Direito os artigos aprovados nos quais pelo menos um dos autores e/ou autor tenha a titulação de Doutor.

OBS. 2: Ficará a critério do Comitê Organizador a indicação e o número da Revista em que o artigo aprovado será liberado para publicação.

2. PERIODICIDADE

Semestral.

3. CONDIÇÕES

- a) A submissão do trabalho científico para análise está condicionada à confirmação da inscrição de todos os autores e coautores;
- b) Somente serão publicados os artigos aprovados pelo Corpo de Pareceristas/Conselho Editorial do CONSINTER.

4. DOCUMENTOS OBRIGATÓRIOS PARA SUBMISSÃO

- a) Inscrição;
- b) Comprovante de pagamento da submissão/inscrição;
- c) Cessão de direitos autorais assinada;
- d) Artigo completo seguindo as orientações do item 5;
- e) O artigo deverá ser encaminhado por um dos autores ao e-mail contato@consinter.org.

5. NORMAS — OS ARTIGOS ENVIADOS DEVEM CUMPRIR OS SEGUINTE CRITÉRIOS:

- a) Ser inédito (não publicado em livros, revistas especializadas ou na imprensa em geral) e apresentar propriedade técnico-jurídica; relevância nacional e internacional do tema abordado, fluência redacional, correção gramatical e respeito a aspectos éticos e científicos;
Obs.: Textos inseridos em documentos de circulação restrita nas universidades serão considerados inéditos.
- b) Ter sido produzido por Estudantes e/ou Professores de Pós-graduação *Lato Sensu* e/ou *Stricto Sensu* ou por Mestres, Doutores e Pós-Doutores;
- c) Serão aceitos trabalhos em coautoria, com limitação máxima de 03 (três) participantes devidamente inscritos;
- d) O artigo deverá estar identificado com um dos critérios de classificação conforme edital;
- e) O(s) autor(es) que submeter(em) o mesmo artigo científico (com o mesmo título e conteúdo ou apenas mudando o título) para mais de um dos ramos do Direito acima indicados terão ambos os artigos científicos automaticamente eliminados da avaliação;
- f) Conter no mínimo 15 páginas, e no máximo 25 páginas;
- g) Ser redigido em formato Word em dois arquivos distintos, um com e outro sem identificação, ambos completos, contendo: Título em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa; Sumário; Resumo e Palavras-chave em língua portuguesa ou espanhola e inglesa, respeitando as normas técnicas;
- h) Para o arquivo sem identificação é importante o autor certificar-se que no conteúdo do artigo a ser avaliado não conste nenhuma informação que possibilite a identificação do autor ou o Instituto ao qual esteja vinculado direta ou indiretamente;
- i) O artigo poderá ser apresentado em língua portuguesa, espanhola, inglesa, italiana ou francesa, observando que o título, resumo e palavras-chave precisam, obrigatoriamente, estar indicados em dois idiomas, sendo peremptoriamente uma indicação no idioma inglês;
- j) O texto deve estar salvo em arquivo Word, em versão recente, com as seguintes características: fonte Times New Roman; corpo 12; alinhamento justificado, sem separação de sílabas; espaço de 1,5 entrelinhas; parágrafo de 1,5 cm; não colocar espaçamentos especiais antes ou após cada parágrafo; margens superior e esquerda com 3 cm, inferior e direita com 2 cm; em papel tamanho A4; notas de rodapé explicativas na mesma página em que for citada a referência, sendo que as Referências deverão seguir as Normas Técnicas;
- k) As páginas deverão estar numeradas;
- l) Para cada título, subtítulos, todos alinhados à esquerda, deverá haver um texto correspondente;
- m) Devem ser escritos de forma clara e objetiva, evitando-se parágrafos prolixos ou extenuantes e privilegiando as orações na ordem direta como: sujeito – predicado – complemento;
- n) Não serão aceitos textos com figuras, ilustrações e/ou fotografias, à exceção de gráficos e tabelas que sejam imprescindíveis para a compreensão do trabalho e compatíveis com a impressão em preto e branco, sendo vedada a utilização de gráficos e tabelas se originarem de terceiros;

- o) Conter Resumo (entre 100 e 250 palavras) em língua portuguesa ou espanhola e em inglês, assim como a indicação de Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras) também em português ou espanhol e inglês;
- p) Conter: Sumário a ser indicado na sequência da apresentação do Título, Resumo (entre 100 e 250 palavras – peremptoriamente com 02 idiomas), sendo um em Língua portuguesa ou espanhola e outro necessariamente em inglês, assim como a indicação das Palavras-chave (entre 3 e 10 palavras), obedecendo o mesmo critério de apresentação do Resumo;
- q) O texto deve obrigatoriamente vir acompanhado do termo de autorização para publicação – cessão de Direitos Autorais/Patrimoniais – conforme modelo anexo e/ou disponível no *site*;
- r) A qualificação do autor deverá ter no máximo 4 linhas, em nota especial de rodapé, indicando obrigatoriamente a formação acadêmica e citando a Instituição de Ensino Superior à qual esteja vinculado, quando for o caso;
- s) A taxa de inscrição é individual e única para cada autor. Assim, cada autor deverá efetuar a sua inscrição e o pagamento da respectiva taxa;
- t) Um autor poderá enviar quantos artigos desejar, no entanto, para cada artigo submetido deve haver o pagamento da taxa de inscrição/submissão;
- u) Observando as normas de qualificação, somente poderá ser liberado para publicação na Revista Internacional CONSINTER de Direito um artigo por autor. Em caso de aprovação de dois ou mais artigos do mesmo autor para a Revista, ao melhor juízo da comissão avaliadora, os demais artigos serão direcionados para publicação no Livro Direito e Justiça ou para o(s) próximo(s) número(s) da Revista.

6. DOS SISTEMAS PARA A INDICAÇÃO DAS FONTES DAS CITAÇÕES

Para a indicação das fontes das citações, os artigos deverão adotar os sistemas:

I) Trabalhos Estrangeiros:

Trabalhos estrangeiros poderão utilizar as normas técnicas compatíveis com o seu país de origem, respeitando as normas de publicação dispostas nesse edital, inclusive o Estilo Chicago se assim o autor entender cabível e adequado.

Estilo Chicago:

Último nome do autor, primeiro nome, título do livro. (Cidade: editora, ano), versão. Por exemplo: Ninguém, José, Livro Exemplo. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) Trabalhos Brasileiros:

Para artigos brasileiros recomenda-se seguir as Regras da ABNT (NBR 10.520/2002) para as citações, as quais podem ser diretas ou indiretas.

Para a indicação da fonte das citações, o autor poderá optar pelo sistema numérico (notas de rodapé) ou pelo sistema autor-data, não podendo, portanto, utilizar os dois sistemas concomitantemente.

A – Sistema Autor-Data

As Referências deverão seguir a NBR 6.023/2002.

No sistema autor-data, a fonte da citação é indicada junto à mesma e de forma sucinta. Devem ser evidenciados apenas: a autoria, o ano de publicação e a página do trecho citado.

Obs.: Se a opção for pelo sistema Autor-Data, pode-se utilizar o rodapé para as notas explicativas, conforme assim autoriza a NBR 6.022/2003.

B – Sistema em Notas de Rodapé

Ainda, adotando o sistema brasileiro de referênciação, se a opção de citação das referências for pelo sistema numérico, ou seja, **em notas de rodapé**, estas deverão seguir a NBR 10.520/2002.

7. DA AVALIAÇÃO DOS ARTIGOS

Os artigos científicos serão analisados pelo Corpo de Pareceristas do CONSINTER, formado somente por renomados juristas Doutores e Pós-Doutores, nacionais e estrangeiros especialmente convidados.

Os artigos científicos serão avaliados pelo sistema *double blind review*, no qual dois Pareceristas do CONSINTER avaliarão os trabalhos sem nenhuma identificação de autoria. A apreciação inominada dos artigos científicos afiança a imparcialidade do seu julgamento, diminui a subjetividade e as preferências ideológicas. Dessa forma, o autor deverá evitar referências diretas a si mesmo e citações que possibilitem extrair da leitura do texto a sua autoria.

Em caso de admissão do artigo científico por um dos Pareceristas do CONSINTER e reprovação por outro, o texto, ao melhor alvitre do conselho diretivo, poderá ser submetido à apreciação de um terceiro Parecerista.

- a) O conteúdo dos artigos científicos é de inteira responsabilidade dos autores e após submetido para avaliação não poderá sofrer qualquer substituição ou alteração, salvo solicitação do Corpo de Pareceristas;
- b) Não é permitido plágio ou inserção de cópias literais.

CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Coordenação Executiva contato@consinter.org

www.consinter.org

INDEXADORES DA REVISTA:

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

Instructions To Authors

1. ABOUT THE PUBLICATIONS

For publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito, the scientific articles shall be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER Referees shall evaluate the papers without any author identification.

The framework of the evaluated and accepted articles for the purpose of publication in Europe by the Editorial Juruá Lda., and in Brazil by Juruá Ltda, will follow the following criteria:

1. FOR THE JOURNAL “REVISTA INTERNACIONAL CONSINTER DE DIREITO”

According to the requirements of national and international agencies of investigation and teaching that evaluate the investigative and academic activity of Post-Graduation, the CONSINTER Executive Coordination, at the best of their judgment, will select a certain amount of articles approved that will be awarded with the Publication in the Journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, with ISSN from Portugal. Also:

- a) For each article selected for the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”, a number of the specific and unique register in the DOI (Digital Object Identifier) system will be assigned;
- b) A register in the DOI (Digital Object Identifier) system will also be assigned to the journal “Revista Internacional do CONSINTER de Direito”.

NOTE 1: In the face of the technical rules, for the purpose of qualification of the journal, only the articles approved in which a least one of the authors and/or author has a doctorate degree will be selected for the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito”. The articles properly approved that do not fulfill this requirement will be published in the Book of CONSINTER.

NOTE 2: The Organizing Committee will be in charge of the nomination and the issue of the journal “Revista Internacional CONSINTER de Direito” in which the approved article will be authorized for publication.

2. PERIODICITY

Half-yearly

3. REQUIREMENTS

- a) The submission of the scientific work for analysis is conditioned to the confirmation of subscriptions of all authors and co-authors;
- b) Only articles approved by CONSINTER Referees Board/Editorial Board will be published.

4. REQUIRED DOCUMENTS FOR SUBMISSION

- a) Registration;
- b) Proof of payment of the Submission/registration;
- c) Assignment of copyrights signed;
- d) Full Article following the guidelines of item 5;
- e) The articles must be forwarded by one of the authors by e-mail contato@consinter.org

5. RULES — THE ARTICLES SENT MUST FULFILL THE FOLLOWING CRITERIA:

- a) Be original (not published in books, specialized journals or in the press in general) and present technical-legal property; national and international relevance of the theme approached, wording fluency, grammar correction, and respect to the ethical and scientific aspects;

Note: The texts inserted in documents of restrict circulation at universities will be considered original.

- b) Have been produced by students and/or professors of Lato Sensu and/or Stricto Sensu Post Graduation courses, or by Masters, Doctors, and Post-Doctors;
- c) Works in co-authorship will be accepted, up to the maximum of 3 participants properly registered;
- d) Be identified with one of the criteria of classification to be informed in public notice;
- e) The author (s) that submit the same scientific article (with the same title and content or only having the title changed) for more than one of the fields of Law above mentioned, will have both scientific articles automatically eliminated from the evaluation;
- f) Have a minimum of 15 pages, and a maximum of 25 pages;
- g) Be submitted in Word format in two distinct files, one with and the other without identification, both complete, containing: Title, Summary, Abstract and Keywords in Portuguese, Spanish, English, Italian or French; in Portuguese or Spanish and in English, respecting the technical rules;
- h) For the file without identification it is important for the author to make sure that, in the content of the article to be evaluated, there is no information that makes it possible to identify the author or the Institution they are directly or indirectly bound to;
- i) The article can be presented in Portuguese, Spanish, English, Italian, or French, observing that the title, abstract and keywords have to be written in two languages compulsorily, being one of them, peremptorily, English;
- j) The text must be saved in a word file, in a recent version, with the following characteristics: Times New Roman font, size 12; justified alignment, without hyphenation; 1.5 spacing between lines; 1.5 cm paragraph spacing; do not insert special spacing before or after each paragraph; top and left margins with 3 cm, bottom and right margins with 2 cm; A4 size document; explanatory footnotes on the same page the reference is cited, and the references must follow the technical rules;
- k) The pages must be numbered;
- l) For every title, subtitle, all of them aligned on the left, there must be a corresponding text;
- m) The text must be written in a clear and objective way, avoiding long-winded and strenuous paragraphs, giving priority to sentences in the direct order, such as subject-predicate – complement;
- n) Texts with figures, illustrations and/or photographs will not be accepted, except for graphs and tables which are indispensable for the understanding of the work, and compatible with black and white printing, being prohibited the use of graphs and tables if originated from a third party;

- o) It must contain an Abstract (between 100 and 250 words in Portuguese or Spanish and in English, as well as the Keywords (between 3 and 10 words), also in Portuguese or Spanish and in English;
- p) It must contain: a Summary to be indicated in the sequence of the presentation of the title, Abstract (between 100 and 250 words, peremptorily in 02 languages, being one of them in Portuguese or Spanish and the other in English, just as the Keywords (between 3 and 10 words), in accordance with the same criterion of the presentation of the Abstract;
- q) The text must be accompanied by the copyright form – according to the model attachment and/or available on the site;
- r) The author's qualification must have a maximum of 4 lines, in a special footnote, indicating their academic background and citing the Higher Education Institution which they are bound to if that is the case;
- s) Observing that CONSINTER is a non-profit organization, the submission/registration rate subsidize the articles' publication in the Revista Internacional CONSINTER de Direito. Submission/registration fee is individual and unique to each author. Therefore, each author must achieve the registration and make the payment of the respective fee. For example: For article submission in co-authorship with 02 authors – it will be mandatory the registration of the two authors and payment of 02 submission fees;
- t) An author may submit as many articles as he pleases, however, for each submitted article there must be made the respective submission/registration fee payment;
- u) Observing the qualification standards, only one article per author will be authorized for publication on the Revista Internacional CONSINTER de Direito. In case of one or more articles of the same author have been approved for publication on the Journal, to the better judgment of the evaluation commission, the other papers will be guided for publication on the Book Direito e Justiça or for future edition(s) of the Journal.

6. ABOUT THE SYSTEMS TO INDICATE THE SOURCES OF CITATIONS

To indicate the sources of citations, the articles must adopt the systems:

I) For Foreign Work:

Foreign works can use the same technical rules compatible with their country of origin, respecting the publication rules displayed in this notice, including the Chicago style, if the author finds it applicable and appropriate.

Chicago Style:

Author's last name, first name, title of the book. (City: Publisher, year), version. Example: Someone, José, book example. (São Paulo: Universidade de São Paulo, 1992), edição Juruá e-Books.

II) For Brazilian Works

For Brazilian articles, it is recommended to follow the ABNT rules (NBR 10520/2002) for the citations, which can be direct or indirect, by Author-Date or in Footnotes.

For citation source's indication, the author may choose the number system (footnotes) or by the author-date system, therefore he/she cannot choose to use both concomitantly.

A – Author-Date System

The references must follow NBR 6023/2002.

In the author-date system, the source of citations is indicated alongside with it and in summary form; Point out, only: authorship, publication year and page of the piece cited.

Note: If the choice is the Author-Date system, explanatory notes can be used as footnotes, as authorized by NBR 6022/2003.

B – Number System (Footnotes)

Still, adopting the Brazilian System of references, if the choice of citation of references is by the number system, or else, in footnotes, they should follow NBR 10520 /2002.

7. ABOUT THE ARTICLE REVIEW

The scientific articles are analyzed by the CONSINTER Referees Board/Editorial Board, formed only by renowned Doctors and Post-Doctors, jurists, Brazilian and foreigners, especially invited. The scientific articles will be evaluated by the double-blind review system, in which two CONSINTER members of the board will evaluate the works without any authorship identification. The assessment of scientific articles by anonymous authors guarantees the impartiality of judgment and decreases subjectivity and ideological preferences. This way, authors must avoid direct references to themselves and citations that make it possible to extract its authorship from the reading of the text.

If the scientific article is accepted by one of the CONSINTER members and failed by another, the text, at the suggestion by the Director Council, can be subjected to the assessment by a third party.

- a) The content of the scientific articles is the authors' full responsibility, and after subjected to assessment cannot go through any changes or replacements, except if requested by the Referees Board/Editorial Board;
- b) Plagiarism or the insertion of verbatim copies are not allowed.

INTERNATIONAL COUNCIL OF CONTEMPORARY IN POST-GRADUATE STUDIES CONSINTER – CONSELHO INTERNACIONAL DE ESTUDOS CONTEMPORÂNEOS EM PÓS-GRADUAÇÃO

Executive Coordination contato@consinter.org

INDEXERS

- Latindex
- Diadorim
- Sumários.org
- REDIB
- CAPES
- DOAJ
- LivRe
- Google Scholar
- Cite Factor
- Tribunal Superior Eleitoral
- RVBI

COLABORADORES

Adelgício de Barros Correia Sobrinho
Adriano Fábio Cordeiro da Silva
Adriano Fernandes Ferreira
Alcir Gursen de Miranda
Alessandra Balestieri
Alexandre de Albuquerque Sá
Almir Santos Reis Junior
Ana Claudia Brandão de Barros Correia Ferraz
Ana Lúcia Seifriz Badia
Andrei de Oliveira Rech
Bruno Miragem
Carlos Francisco Molina del Pozo
Carlos José Cordeiro
Carlos Roberto Bacila
Claudio Carneiro Bezerra Pinto Coelho
Daniel Blume Pereira de Almeida
Daniela Carvalho Almeida da Costa
Edimur Ferreira de Faria
Edna Raquel Hogemann
Eugênio Facchini Neto
Euvaldo Leal de Melo Neto
Fabiana Oliveira Bastos de Castro
Fabiana Ricardo Molina
Fábio Lins de Lessa Carvalho
Felipe Azzi Assis de Melo
Felipe Dutra Asensi
Fernanda Alves Vieira
Fernando Massardo
Fernando Rodrigues Martins
Glauca Maria de Araújo Ribeiro
Gonçalo S. de Melo Bandeira
Inês da Trindade Chaves de Melo
Isaac Sabbá Guimarães
Jaume Martí Miravalls

José María Lombardero Martín
José María Tovillas Morán
Josiane Becker
Judith Morales Barceló
Karina A. Denicol
Karine Silva Demoliner
Laís Alves Camargos
Leonardo David Quintiliano
Luciana Kellen Santos Pereira Guedes
Luis Bahamonde Falcón
Luiz Carlos Figueira de Melo
Marcus Elidius Michelli de Almeida
María Ángeles Pérez Marín
María Soledad Racet Morciego
Mário Luiz Ramidoff
Mayrinkellison Peres Wanderley
Miguel Horvath Júnior
Nancy Carina Vernengo Pellejero
Nancy de la C. Ojeda Rodríguez
Nicola Frascati Junior
Nilton Cesar da Silva Flores
Patrícia Fortes Attademo Ferreira
Paulo J. S. Bittencourt
Raphael Corrêa
Renata Martins de Carvalho
Renato Lopes Becho
Roberta Soares da Silva
Rogério Medeiros Garcia de Lima
Themis Eloana Barrio Alves G. de Miranda
Theodoro Vicente Agostinho
Thiago Serrano Pinheiro de Souza
Vânia Maria do P. S. Marques Marinho
Vitor Hugo Mota de Menezes
Wagner Balera

Integrantes do Conselho Editorial do



Alexandre Libório Dias Pereira

Doutor em Direito; Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Antonio García-Pablos de Molina

Catedrático de Direito Penal da Universidad Complutense de Madrid.

Carlos Francisco Molina del Pozo

Doutor em Direito; Professor Titular de Direito Administrativo e Diretor do Centro de Documentação Europeia na Universidade de Alcalá de Henares; Professor da Escola Diplomática e do Instituto Nacional de Administração Pública.

Fernando Santa-Cecilia García

Profesor Titular de Direito Penal e Criminologia da Universidad Complutense de Madrid.

Ignacio Berdugo Gómez de la Torre

Catedrático de Derecho Penal en la Universidad de Salamanca.

Joan J. Queralt

Catedrático de Direito Penal da Universitat Barcelona.

Jordi García Viña

Catedrático de Direito do Trabalho e Seguridad Social da Universitat de Barcelona.

Manuel Martínez Neira

Doutor em Direito; Professor Titular da Faculdade de Ciências Sociais e Direito da Universidade Carlos III de Madrid.

María Amparo Grau Ruiz

Catedrática Acreditada de Derecho Financiero y Tributario – Universidad Complutense de Madrid.

María del Carmen Gete-Alonso y Calera

Catedrática de Direito Civil da Universitat Autònoma de Barcelona.

Mário João Ferreira Monte

Doutor em Ciências Jurídico-Criminais; Professor Associado com nomeação definitiva na Escola de Direito da Universidade do Minho; membro integrado do Centro de Investigação de Direitos Humanos da Universidade do Minho e Presidente do Instituto Lusófono de Justiça Criminal (JUSTICRIM).

Paulo Ferreira da Cunha

Doutor em Direito; Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

ESSA OBRA É LICENCIADA POR UMA LICENÇA *CREATIVE COMMONS*

**Atribuição – Uso Não Comercial – Compartilhamento pela mesma
licença 3.0 Brasil.**

É permitido:

- copiar, distribuir, exibir e executar a obra
- criar obras derivadas

Sob as seguintes condições:



ATRIBUIÇÃO

Você deve dar crédito ao autor original, da forma especificada pelo autor ou licenciante.



USO NÃO COMERCIAL

Você não pode utilizar esta obra com finalidades comerciais.



COMPARTILHAMENTO PELA MESMA LICENÇA

Se você alterar, transformar ou criar outra obra com base nesta, você somente poderá distribuir a obra resultante sob uma licença idêntica a esta.

– Para cada novo uso ou distribuição, você deve deixar claro para outro, os termos da licença desta obra.

- Licença Jurídica (licença integral):
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/3.0/br/legalcode>

Esta revista proporciona acesso público livre e imediato a todo seu conteúdo em ambiente virtual.

APRESENTAÇÃO

A **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é uma publicação de cariz periódico do **CONSINTER – Conselho Internacional de Estudos Contemporâneos em Pós-Graduação** que tem por objetivo constituir-se num espaço exigente para a divulgação da produção científica de qualidade, inovadora e com profundidade, características que consideramos essenciais para o bom desenvolvimento da ciência jurídica no âmbito internacional.

Outra característica dos trabalhos selecionados para a **Revista Internacional CONSINTER de Direito** é a multiplicidade de pontos de vista e temas através dos quais o Direito é analisado. Uma revista que se pretende internacional tem o dever de abrir horizontes para temas, abordagens e enfoques os mais diversos e, através deste espaço, colaborar com um melhor diálogo académico.

Resultado de um trabalho criterioso de seleção, este volume que agora se apresenta destina-se a todos aqueles que pretendem pensar o Direito, ir além da sua aplicação quotidiana, mas sem deixar de lado o aspecto prático, tão característico das ciências.

A AUTOVINCULAÇÃO DO LEGISLADOR AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NA DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA E PORTUGUESA

THE SELF-LINKING OF THE LEGISLATOR TO THE STANDSTILL PRINCIPLE IN BRAZILIAN AND PORTUGUESE LEGAL DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

DOI: 10.19135/revista.consinter.00009.14

Recebido 30.04.2019 / Aprovado 24.07.2019

*Leonardo David Quintiliano*¹ – <https://orcid.org/0000-0002-1469-4926>

E-mail: leodaqui@gmail.com

Resumo: O presente artigo pretende discutir a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social (*standstill*) na autovinculação do legislador aos direitos sociais, especialmente em tempos de crise.

Embora tenha sido desconsiderado por parte da doutrina, a tese da vedação de retrocesso ressurgiu nos tempos de crise do Estado Social e de Direito, especialmente diante de reformas estruturais, como as reformas previdenciárias no Brasil e em Portugal, para citar alguns exemplos.

Uma análise lógica da argumentação contida na jurisprudência brasileira e na portuguesa, bem assim dos fundamentos doutrinários que as sustentam, permite concluir que ainda remanescem três hipóteses que justificam a incidência de uma vedação do retrocesso social em Estados onde se verifica – em maior ou menor grau – o dirigismo constitucional.

Palavras-chave: Proibição do retrocesso social. Estado Social. Autovinculação do legislador.

Abstract: This article seeks to revisit the application of the standstill principle as a way of self-linking the legislator to social rights, especially in times of crisis.

Although this self-linking has been disregarded by the doctrine, the standstill principle reappears in times of crisis of the Welfare State, especially when there are structural reforms, such as the social security reforms in Brazil and Portugal, to mention a few examples.

A logical analysis of the arguments contained in Brazilian and Portuguese jurisprudence, as well as the doctrinal foundations that support them, allows us to conclude that there are still three situations that can justify the incidence of a standstill principle in states with greater or lesser constitutional dirigisme.

Keywords: Standstill principle. Welfare State. Self-linking of the legislator.

¹ Especialista e Mestre em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutor em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Professor Titular de Direito Constitucional e Administrativo da Universidade Ibirapuera e Professor Doutor da Escola Paulista de Direito.

INTRODUÇÃO

O presente artigo analisa criticamente a incidência da tese da autovinculação do legislador ao “princípio da proibição do retrocesso social”, a partir da construção doutrinária e jurisprudencial comparada entre Brasil e Portugal.

Embora, para alguns, o *princípio da proibição do retrocesso* já tenha sido superado², a prática jurisprudencial e a doutrina o mantêm vigente. No Brasil, o Supremo Tribunal Federal (STF), especialmente a partir de 2011³, passa a invocar esse *efeito catraca* dos direitos sociais como princípio implícito autovinculante do legislador, baseando-se fortemente na doutrina portuguesa, especialmente de Canotilho, e no Acórdão 39/1984 do Tribunal Constitucional de Portugal (TCP).

A questão liga-se à concepção de Estado Social e à sua conformação em cada Constituição.

Com efeito, é cediço que, com o desenvolvimento do Estado Social, a discricionariedade legislativa conheceu restrições inexistentes no Estado Liberal, provocadas pela adoção, por parte do poder constituinte originário, de normas de conteúdo programático ou dirigente, especialmente em matéria de prestações sociais, mediante as chamadas imposições ou ordens de legislar.

Tais imposições consistem em comandos dirigidos ao legislador para regulamentar normas constitucionais que apresentam uma estrutura diversa dos chamados “direitos fundamentais de primeira geração”, por indicarem tão somente um núcleo essencial do direito, cuja aplicabilidade depende da densificação desse conteúdo por parte do legislador, que, nesse mister, tem ampla discricionariedade.

Há situações, porém, em que o poder constituinte originário limitou tal liberdade legislativa, explícita ou implicitamente, justamente para proteger direitos considerados mais fundamentais da conveniência do jogo político democrático, em que, por questões de ordem social, política e econômica, muitas vezes a maioria representada se torna refém da minoria representante⁴.

Ditas imposições constitucionais geram dois efeitos: a) os poderes constituídos não podem eliminar ou reduzir o conteúdo essencial desses direitos; e b) o poder legislativo tem o dever de criar as condições necessárias para a efetivação desses direitos⁵.

² Cf. MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia*. Lisboa: Fadul, 2010. v. 1, p. 668.

³ Com o julgamento do ARE 639337 AgR/SP – 2ª T. – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 23.08.2011 – Publicado em 15.09.2011.

⁴ Com efeito, se houvesse recursos infinitos, certamente o legislador não teria limites, pois o anseio de qualquer mandatário político é agradar seus eleitores. Como isso não ocorre, e diversos são os interesses em jogo, o governante deve fazer escolhas e, algumas vezes, modificá-las. Ademais, inerente ao princípio republicano está a alternância do poder e nada mais natural que os grupos que sucedem o exercício dos poderes constituídos alterem as opções político-legislativas anteriormente adotadas. Cf. SILVA, Jorge Pereira da. **O dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas**: contributo para uma teoria de inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p. 281.

⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 112.

Na primeira hipótese, haverá inconstitucionalidade por ação do ato estatal que violar o conteúdo essencial dos direitos ou restringi-los⁶.

No segundo caso, há que se distinguir a situação em que o legislador atuou, daquela em que se manteve inerte. Neste caso, haverá uma inconstitucionalidade por omissão, a ser resolvida de acordo com os instrumentos previstos em cada ordenamento jurídico, ao passo que naquela o dever de legislar é cumprido.

Resta saber se, uma vez executado tal dever, pode o legislador retroceder e, se sim, se deve observar algum limite. A par dos demais limites aos limites dos direitos fundamentais⁷, como a proteção da confiança, a igualdade e o respeito ao núcleo essencial, a proibição de retrocesso assume, para alguns, certa autonomia normativa, enquanto, para outros, tratar-se-ia de mera retórica⁸.

Assim, diante do mencionado objetivo, será analisada comparativamente a aplicação dessa teoria pela jurisprudência brasileira e portuguesa, verificando-se sua consistência dogmática à luz dos respectivos ordenamentos jurídicos e da própria concepção histórico-evolutiva dos institutos envolvidos.

A pesquisa se deu sob o influxo da linha de pesquisa dos direitos fundamentais, empregando-se os métodos zetético⁹ e dogmático, com aplicação, neste, da lógica silogística tradicional e, naquele, do método dialético, especialmente do critério histórico-conceitual, sempre que a vagueza e indeterminação dos preceitos o exijam.

1 CONCEITO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E SUA ORIGEM NO DIREITO COMPARADO

A teoria da *proibição de retrocesso social*, em sentido amplo, fundamenta-se na concepção de que o grau atingido de conquistas em direitos fundamentais não pode recuar. Num sentido mais estrito, ela diz respeito à eventual impossibilidade de o legislador regredir na concretização de direitos sociais¹⁰.

A doutrina utiliza vários termos para se referir a tal proibição, encontrando-se, dentre outros, os seguintes: *vedação de retrocesso*, *irreversibilidade*, *não revisibilidade*, *não retorno* e *efeito catraca*¹¹, em português; em inglês, o termo *stands-*

⁶ Cf., nesse sentido, decisão do Conselho Constitucional francês. CC. Décision 84-181, DC du 11 octobre 1984 (11.10.1984). ECLI:FR:CC:1984:84.181.DC

⁷ Cf. NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010. p. 246; SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 7. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 460.

⁸ Cf. NOVAIS, Reis. **Direitos sociais**..., *cit.*, p. 249.

⁹ Cf. FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994. p. 39-51.

¹⁰ Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. v. IV, t. IV, p. 397.

¹¹ Cf. QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 5. Canotilho fala em *proibição de contra-revolução social* ou *evolução reaccionária*. Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. Rui Medeiros fala ainda em tom irônico em *princípio da proibição da evolução reaccionária*. MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. In: MIRAN-

*till*¹², com o sentido de bloqueio, paralisação, muito usado na Bélgica, ou *ratchet effect*¹³, em francês, *effet cliquet*¹⁴ (efeito trava) ou *cliquet anti-retour*¹⁵ (trava anti-retorno), *non-retour* (não retorno)¹⁶, *clause cliquet* (cláusula catraca), *clause plancher* (cláusula chão)¹⁷, *non-régression* (não regressão)¹⁸; em espanhol, *prohibición de regresividad o de retroceso*, ou *no-regresividad*¹⁹; em italiano, *non regresso*²⁰ e, em alemão, *nichtumkehrbarkeitstheorie*²¹ ou *rückschrittsverbot*²².

A proibição de retrocesso social, embora seja sempre tratada sob o prisma dos direitos sociais, teve seu desenvolvimento na Alemanha ligado à proteção dos direitos de liberdade. Não obstante, sua formulação teórica original teria sido invocada na doutrina italiana para tratar da “vedação de geração de uma omissão inconstitucional”.

Com efeito, atribui-se o pioneirismo no emprego do princípio a *Balladore Pallieri*. Na sua obra *Diritto Costituzionale*²³, o constitucionalista italiano, ao se

DA, Jorge (Coord.). *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Lisboa: Fadul, 2010. v. 1, p. 668. MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional...*, *cit.*, p. 397.

¹² HACHEZ, Isabelle. *Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative*. Athènes – Bruxelles – Baden-Baden: Editions Ant. N. Sakkoulas – Bruylant – Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.

¹³ Cf. SAJÓ, András. Social rights as middle-class entitlements in Hungary: the role of constitutional court. In: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. *Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?* Burlington: Ashgate, 2006. p. 86.

¹⁴ Cf. FAVOREU, Louis; PHILIPPE, Loïc. *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*. 10. ed. Paris: Dalloz-Sirey, 1999. p. 581 ss.

¹⁵ MOLLION, Grégory. Les garanties légales des exigences constitutionnelles. *Revue française de droit constitutionnel*, n. 62, v. 2, p. 232, 2005.

¹⁶ HACHEZ, Isabelle. *Le principe de standstill...*, *cit.*, p. 485.

¹⁷ ARAUJO, Cassandra Pinhel. La protection des droits fondamentaux dans l’union européenne à la lumière de charte des droits fondamentaux – Mémoire de master 2 recherche droit international, européen et compare, 2013. *Les Mémoires de l’Équipe de Droit International, Européen et Comparé*, n. 4, p. 26. Disponível em: <<http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>>. Acesso em: 18 jul. 2017

¹⁸ Cf. BRAIBANT, G. *La charte des droits fondamentaux de l’union européenne. Témoignage et commentaires*. Paris: Editions du Seil, 2001. p. 267.

¹⁹ Cf. COURTIS, Christian. *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006. p. 18.

²⁰ Cf. DELFINO, Massimiliano. Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2002. Disponível em: <https://www.francoangeli.it/Riviste/Scheda_Rivista.aspx?idArticolo=19442>. Acesso em: 23 maio 2017. Convém salientar que na Itália, a despeito do atribuído pioneirismo doutrinário da proibição do retrocesso social, o recurso a tal princípio é raro na doutrina e jurisprudência, em face de sua configuração constitucional, que se assenta em outros princípios, como a igualdade, a proporcionalidade e a razoabilidade para defesa de direitos em face de leis retroativas. Assim, os termos *regressività* e *regressione* também são encontrados, embora refiram-se a traduções literais do princípio da proibição do retrocesso contido em outros instrumentos não italianos.

²¹ Cf. HESSE, Konrad. *Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland*. Heidelberg: C. F. Müller, 197, p. 86.

²² Cf. SCHLENKER, Rolf-Ulrich. *Soziales rückschrittsverbot und grundgesetz: Aspekte verfassungsrechtlicher einwirkung auf die stabilität sozialer rechtslagen*. Berlin: Duncker & Humblot, 1986.

²³ Não tivemos acesso à 1ª edição, datada de 1949, mas apenas à segunda edição da obra, datada de 1950. PALLIERI, Giorgio Balladore. *Diritto costituzionale*. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950. p. 280.

deparar com as normas constitucionais não autoaplicáveis que veiculam *imposições constitucionais*²⁴, afirma que elas

(...) *produzem um efeito, ao menos indireto, notável. Elas prescrevem um caminho a ser seguido pela legislação ordinária; não obrigam o legislador a seguir esse caminho, mas o obriga a não seguir o caminho oposto. Seria mesmo inconstitucional a lei que dispusesse em contrário ao que a Constituição prescreve. Além disso, se por exemplo, em execução do art. 44º da Constituição, a reforma agrária atualmente em elaboração for regulamentada, poder-se-á, depois de emanada a lei, realizarem-se as oportunas modificações e retoques que se considerar necessárias, mas não se poderá voltar atrás, desnaturando ou anulando a reforma*²⁵.

O que Pallieri enuncia, na verdade, é a “proibição de gerar uma omissão inconstitucional”. Parte, assim, o jurista italiano, da pré-compreensão de que a não densificação normativa de uma norma programática, tal como a contida no art. 32 da Constituição italiana, que garante o direito fundamental à saúde e a gratuidade de atendimento aos indigentes, bem como de qualquer outra norma regulamentável, é inconstitucional. Tal inconstitucionalidade, no entanto, não geraria qualquer direito subjetivo aos destinatários da norma constitucional carecedora de densificação, e não criaria qualquer direito de ação ou meio de tutela para constranger o Estado a concretizá-la²⁶.

Diversamente da concepção italiana, na Alemanha, a ideia de *proibição do retrocesso* não decorreu diretamente dos *direitos* sociais, destacando-se que a Lei Fundamental de Bona não traz um catálogo desses direitos²⁷. Ali a ideia de *retrocesso* ou *não reversibilidade* foi ligada ao direito de propriedade e assim desenvolvida pelo *BVerfG* (Tribunal Federal Alemão).

O *BVerfG*, entendendo que o cidadão teria uma liberdade de exercer sua propriedade conquistada por direitos sociais, que não poderia ser frustrada pelo legislador, adotou o posicionamento de que o Estado não poderia restringir direitos que já tinham sido objeto de concretização, quando: a) na atribuição ao titular de posição jurídico-subjetiva de natureza pública, caracterizada por ser patrimonial, pessoal, própria e exclusiva do titular; b) à posição jurídica individual deve corresponder uma contraprestação pessoal relevante do titular; c) a prestação deve servir à garantia da existência de seu titular²⁸.

Percebe-se que, na construção alemã, a *proibição de retrocesso* aproxima-se da ideia de *proteção da confiança*, tida como um instrumento oferecido pela ordem jurídica para garantir a segurança patrimonial do cidadão²⁹.

²⁴ Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente**..., *cit.*, p. 293.

²⁵ PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto costituzionale**..., *cit.*, p. 280. (Tradução nossa).

²⁶ PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto costituzionale**..., *cit.*, p. 280.

²⁷ Cf. arts. 1º a 19º da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha.

²⁸ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012. p. 450-1.

²⁹ Cf. DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. (Coords.). **Direitos Sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 345.

Há que se frisar, contudo, que as peculiaridades do sistema alemão, especialmente o fato de que os direitos sociais ali não gozam de um *status* de direitos fundamentais, limitam a importação de seus fundamentos doutrinários e jurisprudenciais aos sistemas portugueses³⁰ e brasileiro³¹.

2 ANÁLISE CRÍTICA DOS FUNDAMENTOS DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A tese da *proibição do retrocesso social* não encontra consenso na doutrina³² e assenta-se especialmente na ideia de que tal princípio decorreria de um dever de progressividade dos direitos sociais, inerente à concepção de Estado Social e Democrático de Direito³³, da dignidade da pessoa humana³⁴, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, da vinculatividade estatal às normas de direitos sociais, ou de uma vedação de criação de omissões inconstitucionais³⁵.

A seguir, analisam-se individualmente cada um desses fundamentos.

2.1 O Dever de Progressividade dos Direitos Sociais

Parte da doutrina e jurisprudência entende que a existência de uma vedação de retrocesso decorreria de um dever de progressividade dos direitos sociais (*efeito catraca*). A ideia é a de que, assim como se dá na alegoria da *catraca*, uma vez que se a ultrapasse, não é mais possível retornar. No caso do legislador, uma vez cumprido o dever de legislar imposto constitucionalmente, para densificar o conteúdo de um direito fundamental, estaria ele impedido de retornar, quer para revogar totalmente, quer para diminuir o conteúdo densificado. Tal dever poderia ser expresso ou tácito.

³⁰ Cf. NOVAIS, Reis. **Direitos sociais...**, *cit.*, p. 249.

³¹ Uma outra incoerência dessa tese de criar uma conexão entre direito de propriedade e direito social é seu aspecto se poder sustentar, *a contrario sensu*, a desapropriação dos direitos sociais, mediante indenização. DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 345.

³² A tese de existência de uma *proibição do retrocesso* que possa vincular o legislador não é consensual na doutrina. Sobre a divergência doutrinária, Cf. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. t. IV, p. 485 ss.

³³ BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993. p. 158.

³⁴ OTERO, Paulo. **Instituições políticas...**, *cit.*, p. 578-92.

³⁵ Cf., dentre outros, MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. Coimbra: Coimbra, 2000. v. IV, t. IV, p. 397-8; MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérgio Correia**. Lisboa: Fadul, 2010. v. 1, p. 676; SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos...**, *cit.*, p. 455-7. Ana Paula de Barcelos justifica a tese da *proibição do retrocesso* como uma espécie de eficácia jurídica vedativa, segundo a qual se deve proteger a parcela do direito concretizado legislativamente, quando não for acompanhada de “política substitutiva”. BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 85 ss; OTERO, Paulo. **Instituições políticas...**, *cit.*, p. 578-92; HACHEZ, Isabelle. **Le principe...**, *cit.*, p. 17.

A previsão de progressividade poderia se encontrar expressamente prevista na Constituição ou em normas internacionais. Nesse sentido, é importante destacar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, em diversos dos seus artigos, previa o compromisso dos Estados em assegurar, *progressivamente*, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no tratado³⁶.

O segundo – e, talvez, mais discutível – é a concepção de existência de um *dever tácito de progressividade* inerente ao Estado Social de Direito ou à concepção de *dignidade da pessoa humana*.

2.1.1 Dever de progressividade insito à concepção de Estado Social de Direito

Estado de Direito é um valor político, um conceito indeterminado, porém determinável, que encerra um ideal de *Estado*. Em decorrência, sua densificação axiológica e normativa é construída com o auxílio de ciências afins. No plano jurídico e sociológico, a expressão aparece como ideia-força, donde emergem formulações teóricas que pretendem conferir normatividade a valores morais e ideológicos que se acredite decorrer diretamente de sua concepção³⁷.

Uma dessas formulações pretende extrair da ideia de *Estado de Direito*, especialmente de sua variante – o *Estado Social de Direito* – um princípio da *máxima efetividade das normas de direitos fundamentais sociais*, do que resultaria um dever de *progressividade dos direitos sociais* vinculante do legislador³⁸.

Segundo uma das formas de compreensão do Estado Social de Direito, sua finalidade seria a de garantir a máxima efetividade dos direitos sociais, o que conduziria à noção de *realização progressiva* de tal categoria de direitos. *A contrario sensu*, seria vedada sua realização *regressiva*³⁹.

³⁶ Cf. art. 2º, n. 1; art. 13, n. 2, “b” e “c”; art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O referido tratado entrou em vigor em 31.10.1988. Cf. art. 27, n. 2, do **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Versão original em inglês disponível no site da Organização das Nações Unidas. A versão em português, bem como os documentos de ratificação e comunicação do depósito da ratificação estão disponíveis, em Portugal, no site do Diário da República Eletrônico: <<https://dre.pt/application/file/297973>>.

³⁷ Como defende Ingo Sarlet. Cf. SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos...**, cit., p. 455-7. O autor invocou ainda o Estado de direito, através dos princípios concretizadores e regras constitucionais dele decorrente.

³⁸ Explica Sérgio Resende de Barros que “*O Estado social e o Estado liberal se converterão um no outro, na medida em que se transformem um ao outro no terceiro em que serão um só: o Estado Democrático de Direito. (...) Um é tese, o outro é antítese e, pela própria força da contradição, ambos tendem a evoluir para sua síntese*”. BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**. Campinas: Millennium, 2008. p. 261 (grifo no original). No mesmo sentido, acerca da Constituição espanhola, que adota a fórmula **Estado social y democrático de Derecho**, Manuel García-Pelayo defende que a referida noção não “*constitui uma simples agregação ou justaposição dos termos componentes, mas sua articulação em uma totalidade conceitual*”. GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo**. 2. ed. Madrid: Alianza, 1985. p. 92-104. Sobre os conceitos de Estado de Direito, Estado Social e Estado Democrático, cf. ALEXANDRINO, José Melo. **Lições de direito constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2015. v. 1, p. 82 ss.

³⁹ Jorge Miranda explica o Estado Social de Direito a partir de como devem ser suportadas as despesas para a satisfação das necessidades coletivas. No Estado *mínimo*, tais despesas deveriam ser suportadas pelos privados; no Estado *marxista*, pelo Estado; e, no Estado *social*, este “*assume os custos de satisfação de necessidades básicas, embora não os das demais necessidades a não ser na medida do indispensável para assegurar aos que não possam pagar as prestações os mesmos direitos a que têm*”

Todavia, consistindo a liberdade de conformação do legislador um dos princípios estruturantes do mesmo Estado de Direito, qualquer limitação a esse princípio deve encontrar fundamento em uma previsão constitucional expressa ou em um princípio implícito, porém mediante um raciocínio lógico-jurídico inequívoco.

Nesse sentido, uma breve análise histórico-evolutiva do conceito de Estado de Direito parece infirmar qualquer pretensão de dedução de um princípio autônomo de progressividade dos direitos sociais vinculante do legislador⁴⁰.

Há diversos elementos a se considerar. Em primeiro lugar, a ideia de progressividade deve ser interpretada de forma sistemática, à luz dos demais princípios constitucionais, como a proporcionalidade, a liberdade de conformação do legislador, bem como pelos limites impostos pela reserva do possível. Em segundo lugar, a própria concepção do que seja uma medida *progressiva* ou *regressiva* deve considerar pelo menos três aspectos: um, de caráter *subjetivo*; outro, de caráter *sinalagmático*; e, finalmente, um de caráter *temporal*.

O primeiro aspecto liga-se à própria avaliação individual ou de um grupo de interesse acerca da natureza da medida. A mesma medida pode ser considerada progressiva para uns e regressiva para outros. A flexibilização da legislação trabalhista pode ser considerada, para alguns, um *regresso* em termos de garantias sociais, por diminuir uma certa proteção aos trabalhadores. No entanto, para outro grupo, a mesma medida pode ser considerada um avanço, por considerar o aumento das contratações por prazo indeterminado, ou mesmo o aumento do emprego.

Uma medida legislativa também pode implicar um progresso social em um campo e, ao mesmo tempo, um regresso social em outro. É o que pode ocorrer, por exemplo, com a convergência de pensões entre os sistemas público e privado, feita mediante a diminuição das vantagens conferidas às pensões públicas, em atendimento ao princípio da igualdade entre os pensionistas de ambos os sistemas. Tal convergência pode ser feita, também, com a concessão de vantagens aos pensionistas de um sistema e a retirada de vantagens dos pensionistas do outro sistema, hipótese em que haverá um progresso para o primeiro grupo e um regresso para o segundo grupo.

Finalmente, o aspecto temporal evidencia que a natureza progressiva ou regressiva da medida pode apenas se verificar no longo prazo. É o que ocorre, especialmente, no campo econômico. Uma medida de contenção de despesas do Estado pode retirar direitos sociais num primeiro momento, para evitar uma maior constrição no futuro.

Assim, ainda quando o Estado estiver diretamente vinculado a uma cláusula expressa de compromisso de progressividade dos direitos sociais, todos esses aspectos devem ser objeto de uma ponderação que sopesa os argumentos envolvidos e, diante de um conflito relevante de interesses, deve prevalecer a medida estatal, que já resultou do processo democrático de balanceamento dos interesses sociais em

acesso aqueles que as podem pagar". Cf. MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do estado social. Texto da conferência proferida em 28.09.2011, em Belo Horizonte, no **XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado**. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/si tes/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.

⁴⁰ Cf. em sentido contrário, SARLET, Ingo. **A eficácia dos direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 455-7.

jogo. Apenas em casos discrepantes pode ter lugar uma intervenção judicial para aferição de eventual violação a uma cláusula de *standstill*⁴¹.

2.1.2 Dever de progressividade expresso ou implícito no texto constitucional

Diversa é a hipótese de o dever de progressividade estar implícita ou explicitamente prevista em texto constitucional ou normas internacionais vinculantes do legislador.

Nesse sentido, é importante destacar o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que, em diversos dos seus artigos, previa o compromisso dos Estados em assegurar, *progressivamente*, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no tratado⁴². Tal dever apresenta duas implicações: que os Estados tomarão medidas para viabilizar tais direitos e que não deverão tomar medidas regressivas⁴³.

Esta também apresenta os mesmos reflexos nos ordenamentos português e brasileiro. Com efeito, em Portugal, em razão do disposto no art. 8º, n. 2, da CRP, a cláusula de *progressividade* dos direitos sociais deve ser observada como princípio infraconstitucional e suprallegal que determina um *standstill* na máxima medida possível. Em decorrência, a concretização de um *direito social* pelo legislador gera-lhe uma autovinculação, atraindo-lhe o ônus de demonstrar o interesse público que justifica a medida⁴⁴.

Alguns autores defendem, ainda, a existência de uma *progressividade* implícita na Carta Social Europeia e na Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia⁴⁵.

No caso brasileiro, a par do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, há que se ressaltar a previsão do art. 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos⁴⁶. Diante de tais normas, duas situações seriam possíveis para o Estado brasileiro. A aprovação do tratado por maioria qualificada de três quintos na Câmara dos Deputados e no Senado, em dois turnos de votação, nos termos do art. 5º, § 3º, da CRFB, imprimiria ao referido Pacto *status* constitucional. Como sua aprovação, no entanto, não observou tais requisitos, o tratado adquire um *status* suprallegal, porém *infraconstitucional*, tal como se dá em Portugal.

⁴¹ Nesse sentido, entendeu o Supremo Tribunal Federal no Brasil, na Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade 2213/DF – Tribunal Pleno – Rel. Min. Celso de Mello – Publicado em 23.04.2004.

⁴² Cf. art. 2º, n. 1; art. 13, n. 2, “b” e “c”; art. 14 do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. O referido tratado entrou em vigor em 31.10.1988. Cf. art. 27, n. 2, do **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Versão original em inglês disponível no *site* da Organização das Nações Unidas. A versão em português, bem como os documentos de ratificação e comunicação do depósito da ratificação estão disponíveis, em Portugal, no *site* do Diário da República Eletrônico: <<https://dre.pt/application/file/297973>>.

⁴³ HACHEZ, Isabelle. **Le principe de standstill...**, *cit.*, p. 26. No mesmo sentido: COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás...**, *cit.*, p. 8.

⁴⁴ Segundo Flávia Piovesan, os direitos e garantias previstos em tratados e convenções criam obrigações jurídicas, não consistindo em meros preceitos de ordem moral e programática. Cf. PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002. p. 70-1.

⁴⁵ HACHEZ, Isabelle. **Le principe de standstill...**, *cit.*, p. 54 ss.

⁴⁶ Cf. COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás...**, *cit.*, p. 12 ss.

Há, ainda, quem encontre um dever de progressividade implícita em alguns dispositivos como o art. 3º, I e III⁴⁷, art. 7º, *caput*⁴⁸, e art. 170, *caput* e incs. VII e VIII da CRFB⁴⁹.

2.1.3 Dever de progressividade como garantia da eficácia ou efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais

Outro argumento invocado é o de que o dever de progressividade seria uma decorrência natural da eficácia jurídica das normas constitucionais, as quais, ao serem objeto de concretização legal, não poderiam ser suprimidas pelo legislador, sob pena de retirar a própria eficácia constitucional⁵⁰.

A referida tese funda-se na pré-compreensão de que a jusfundamentalidade das normas de direitos sociais e sua conseqüente força jurídica implicariam tal dever.

Não se nega – à evidência – que tais normas gozem de tais características. Mas a força jurídica vinculante de uma norma social depende de sua própria estrutura normativa⁵¹.

Com efeito, como reconhece Carlos Blanco de Moraes, fundamentalidade e subjetividade são características diversas. Esta diz respeito ao nível de determinabilidade e efetividade da norma, ao passo que aquela deriva da previsão constitucional de um direito⁵².

Nesse sentido, a *fundamentalidade* da norma não lhe confere *per se* eficácia. Daí porque José Afonso da Silva classifica, no Brasil, como de *eficácia limitada*, aquelas normas cuja eficácia depende de conformação legislativa⁵³.

Tal eficácia pode se encontrar *condicionada* pela ausência de dois elementos que, em virtude de sua natureza, só podem ser preenchidos pelo legislador: o elemento *criativo* e o elemento *financeiro*.

O elemento criativo repousa na positivação de uma decisão política legítima-democraticamente, que dará um conteúdo exigível por seu destinatário. A medida da eficácia dessa norma será diretamente proporcional ao direito criado. Já o ele-

⁴⁷ Dispõe o referido artigo: “**Art. 3º.** *Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:*

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; (...); III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; (...).”

⁴⁸ Dispõe o “**Art. 7º.** *São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social*” (grifamos).

⁴⁹ Dispõe o “**Art. 170.** *A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I – soberania nacional; (...); III – função social da propriedade (...).”* Cf. DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso...**, *cit.*, p. 382.

⁵⁰ Nesse sentido, cf. MENDONÇA, João Vicente Santos de. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. **Revista de Direito da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro.** Direitos Fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. v. XII, p. 223-4.

⁵¹ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional:** teoria da constituição em tempo de crise do estado social. Coimbra: Coimbra, 2014. t. II, v. 2, p. 589-90.

⁵² MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso...**, *cit.*, p. 577.

⁵³ SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998. p. 86.

mento *financeiro* implica uma decisão política de alocação de recursos escassos. Embora todos os direitos – mesmo os de liberdade – envolvam custos⁵⁴, o fato é que direitos prestacionais envolvem custos diretos, individualizáveis e maiores que os custos dos direitos de garantias, muitos dos quais são absorvidos pelos custos inerentes à manutenção do aparato estatal⁵⁵.

Por outro lado, a efetividade de uma norma sem qualquer densificação constitucional, como a que simplesmente impõe ao legislador o dever de garantir a proteção à saúde, é obtida com a legislação. Esta pode conferir qualquer *grau* de efetividade ao direito e ser alterada de modo a equacionar, diante da dinâmica política, social e econômica, os elementos *criativo* e *financeiro*, sem qualquer comprometimento a uma efetividade de tal direito.

2.2 Direito Subjetivo à Ação Estatal

Outro fundamento utilizado pela doutrina é o de que as leis concretizadoras de direitos sociais não poderiam ser objeto de revogação ou alteração pelo legislador, pois as normas de direitos sociais seriam mandamentos constitucionais dirigidos ao Estado e, conseqüentemente, ao lhe determinarem a tomada de medidas como meios para se atingirem os fins previstos nas normas-programa, tais mandamentos imporiam deveres jurídicos objetivos de realizarem o fim (ou programa) contido em tais normas, mediante as medidas apropriadas⁵⁶.

Canotilho, por sua vez, reconhece a possibilidade das normas de direitos sociais gerarem *direitos subjetivos*⁵⁷ à reclamação judicial para manutenção do nível de realização do direito constitucional e proibição de qualquer “*tentativa de retrocesso social*”⁵⁸. O autor é contrário à tese de total correlação entre dever-objetivo e direito-subjetivo proposto por Kelsen⁵⁹. Nesse sentido, reconhece que

direito subjectivo social, economico e cultural – imposições legiferantes e prestações não devem confundir-se. O reconhecimento, por exemplo, do direito à saúde, é dife-

⁵⁴ Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes**. New York, London: W. W. Norton & Company, 1999. p. 35 ss.

⁵⁵ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional**..., *cit.*, p. 556 ss.

⁵⁶ O principal expoente dessa tese é Böckenförde. Cf. BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estudios sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés e Ignacio Villaverde Menéndez. Baden Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993. p. 80 ss.

⁵⁷ O *direito subjetivo*, adaptando a conceituação proposta por Léon Duguit, pode ser definido como o poder do indivíduo de pleitear o reconhecimento jurisdicional de algo que se pretende, desde que seu objetivo e motivo sejam legítimos. Cf. DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'état – le droit et l'état – les libertés publiques – l'organisation politique de la France**. 4. ed. Paris: E. de Boccard, 1923. p. 1.

⁵⁸ Segundo Canotilho, tais imposições constituiriam os direitos originários a prestações e sua concretização por atos normativos infraconstitucionais corresponderiam a direitos derivados a prestações. Reconhece o autor que para a maior parte dos juristas, os direitos a prestações seriam normas programáticas, e não imposições constitucionais e, portanto, não gerariam direitos subjetivos. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982. p. 366; 374.

⁵⁹ KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito**. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 140-1.

*rente da imposição constitucional que exige a criação do Serviço Nacional de Saúde, destinado a fornecer prestações existenciais iminentes àquele direito*⁶⁰.

Nessa mesma linha, Canotilho, analisando especificamente a CRP, a partir de uma pretensa interpretação teleológica do art. 3º da CRP e do art. 9º da CRP, reconhece que o referido dispositivo revelaria uma imposição constitucional de realização de uma *democracia econômica, social e cultural*⁶¹. Tal imposição constitucional geraria uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*⁶². Em decorrência, o autor desloca a tese da *proibição do retrocesso* para a *segurança jurídica*, ao limitar o retrocesso ao respeito aos direitos (subjetivos) adquiridos.

Não se nega por completo essa tese, mas a criação de direitos subjetivos a partir das normas de direitos sociais depende da satisfação de alguns requisitos.

Em primeiro lugar, só excepcionalmente pode-se admitir que as normas constitucionais de direitos sociais sejam convalidadas em *direitos subjetivos*⁶³. De fato, reclamando estes uma “determinabilidade normativa”, com objeto, destinatário e conteúdo delimitados, determinados ou determináveis, sua *judicialização*, característica dos *direitos subjetivos*, não é possível, porquanto normas de caráter programático, como as que preveem o direito à saúde, à educação e à habitação, dentre outras, não alcançam um grau suficiente para sua dedução em juízo⁶⁴.

Além disso, como afirma Alexy, as normas de direitos fundamentais apresentam uma tríplice estrutura, envolvendo o titular do direito, o destinatário do direito e o objeto. As normas sociais implicariam, assim, direitos a prestações em sentido amplo, os quais possuiriam como espécie os direitos a prestações em sentido estrito, os direitos à proteção, à organização e ao procedimento⁶⁵.

Os direitos subjetivos a uma reivindicação da ação estatal seriam possíveis nos termos do ordenamento jurídico-constitucional. Ocorre que em grande parte dos ordenamentos, como se dá no Brasil e em Portugal, não há um meio constitucionalmente previsto para compelir o legislador a fazê-lo. De qualquer modo, desde que respeitado o núcleo essencial do direito social, qualquer ação estatal que dê alguma efetividade ao direito social desconfigura a condição de inadimplência do legislador.

Finalmente, os fins da República Portuguesa previstos nos arts. 2º e 9º da CRP, de realização de uma *democracia econômica, social e cultural*, são princípios de conteúdo genérico que servem de parâmetros para orientação do legislador e de limitações contra a tentativa de adoção por parte do mesmo legislador ou do constituinte derivado de medidas contrárias a tais fins. Desse modo, não é possível deduzir

⁶⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente...**, *cit.*, p. 368.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...**, *cit.*, p. 337.

⁶² *Ibidem*, p. 338-9.

⁶³ Adota-se aqui a definição trazida por Carlos Blanco de Moraes, segundo o qual os *direitos subjetivos* são “*posições jurídicas ativas consagradas em norma jurídica portadora de um elevado grau de determinabilidade ou decidibilidade que permite ao seu titular desfrutá-la em termos imediatos ou exigir judicialmente que seja assegurado esse mesmo desfrute*”. Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso...**, *cit.*, p. 574.

⁶⁴ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso...**, *cit.*, p. 574.

⁶⁵ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. V. A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 43, 195-6, 202-3.

de tais princípios uma *imposição constitucional* criadora de *direitos subjetivos*, como afirma Canotilho⁶⁶.

2.3 Direito Subjetivo a Prestações Sociais

Já os direitos a uma prestação determinada só podem ser exercitados se presentes os três elementos essenciais já enunciados de acordo com Alexy, especialmente o destinatário e objeto determinado⁶⁷. Ocorre que as normas de direitos sociais raramente determinam tais elementos, o que depende de uma densificação legislativa, sem a qual não há que se falar em direitos subjetivos.

Tais direitos prestacionais, ou de *créditos* dos indivíduos perante a coletividade, como prefere chamar Celso Lafer⁶⁸, podem consistir, portanto, em *direitos subjetivos* a prestações sociais, na medida em que a lei preveja um direito líquido e certo a certa prestação estatal. É o caso, *v.g.*, da lei que regulamenta os benefícios assistenciais. Uma vez determinado que todo cidadão, ao atingir certa idade ou tempo de serviço, fará *jus* à percepção de uma pensão mensal, tal prestação torna um direito subjetivo – porquanto possui um valor e natureza certa determinada e exigível do Estado. No caso, porém, de determinada lei instituir as bases gerais que devem informar determinada prestação social, sem definir seu *quantum* e requisitos para concessão, não há um direito subjetivo a tais prestações, mas igualmente um direito subjetivo de exigir uma ação estatal.

Ainda no primeiro caso, pode-se discutir se há um direito adquirido ao valor da pensão, como entende Jorge Reis Novais⁶⁹ e o TCP⁷⁰, mas isso não implica uma vedação ao retrocesso por parte do legislador fundado exclusivamente na concessão de que há um direito subjetivo à prestação e à manutenção do *status quo*.

Na mesma linha, Jorge Reis Novais argumenta que se os direitos de liberdade podem ser restringidos, também podem os direitos sociais, sobretudo porque neste caso deve-se observar a reserva do financeiramente possível⁷¹.

2.4 Vedação de Criação de uma Omissão Inconstitucional

Parte da doutrina apenas admite a tese da proibição do retrocesso social, tal como se verifica com os direitos de liberdade, se uma norma infraconstitucional concretizadora de uma imposição constitucional de legislar for revogada, sem ser substituída por outra⁷².

Também com algum dissenso, reconhece a doutrina que tal vedação ocorrerá se houver revogação sem substituição da concretização legal, quando: a) for violada

⁶⁶ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...**, *cit.*, p. 338-9.

⁶⁷ Cf. ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos ...**, *cit.*, p. 43, 195-6, 202-3.

⁶⁸ LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos**: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127 e 130-131.

⁶⁹ NOVAIS, Jorge Reis. O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira. **E-pública – Revista Eletrônica de Direito Público**, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://e-publica.pt/pdf/artigos/odireitofundamentalpensao.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018, p. 7.

⁷⁰ Cf. TCP. Processo 1260/2013. Acórdão 862/2013, § 45.

⁷¹ NOVAIS, Jorge Reis. **Princípios constitucionais...**, *cit.*, p. 304-6.

⁷² Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983. p. 369, nt. 37.

a *dignidade da pessoa humana*; b) violar os princípios da proteção da confiança, da igualdade, da proibição do arbítrio e da razoabilidade; c) as concretizações deverem ser consideradas materialmente constitucionais⁷³; e, ou, d) afetarem o conteúdo essencial do direito⁷⁴.

2.4.1 Revogação violadora da dignidade da pessoa humana

Alguns autores reconhecem que a revogação de uma lei concretizadora de um direito social será inconstitucional se violar a *dignidade da pessoa humana*⁷⁵.

Essa tese esbarra na dificuldade de densificação de um princípio da *dignidade da pessoa humana*. Não se nega a importância do conceito⁷⁶, tampouco que o termo reflete todas as aspirações representadas especialmente pelos filósofos políticos a partir do século XVII, muitas das quais consagradas nas declarações de direitos⁷⁷, mas o fato é que tal princípio apenas pode ser invocado de modo autônomo se houver um consenso radicado na consciência geral acerca de seu conteúdo, e não apenas mediante uma formulação retórica doutrinária ou jurisprudencial, sob pena de banalização do princípio, como advertiu o STF:

*Creio ser indispensável enaltecer a circunstância da desnecessidade da invocação da dignidade humana como fundamento decisório da causa. Tenho refletido bastante sobre essa questão, e considero haver certo abuso retórico em sua invocação nas decisões pretorianas, o que influencia certa doutrina, especialmente de Direito Privado, transformando a conspícua dignidade humana, esse conceito tão tributário das Encíclicas papais e do Concílio Vaticano II, em verdadeira panacéia de todos os males. Dito de outro modo, se para tudo se há de fazer emprego desse princípio, em última análise, ele para nada servirá. [...]*⁷⁸.

Assim, o conceito de *dignidade da pessoa humana* só pode ser utilizado autonomamente contra o legislador, fora das demais garantias e direitos fundamentais expressamente previstas que lhe delimitam um conteúdo de acordo com a ordem jurídico-constitucional, se mediante uma argumentação lógico-jurídica, for demonstrado de modo inequívoco que certo conteúdo inerente a tal princípio se encontra implícito no texto constitucional.

Na ordem constitucional brasileira, assim como na portuguesa, o princípio da dignidade humana não possui um conteúdo autônomo; seu conteúdo encontra-se delimitado pelas demais normas constitucionalmente previstas, que aclaram seu

⁷³ *Ibidem*, p. 378.

⁷⁴ OTERO, Paulo. **Instituições políticas...**, *cit.*, p. 578-92.

⁷⁵ Cf. OTERO, Paulo. **Instituições políticas...**, *cit.*, p. 578-92; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 369, nota 37.

⁷⁶ Cf. HÄBERLE, Peter. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In*: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Dimensões da dignidade, ensaios de filosofia do direito e direito constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 75.

⁷⁷ Cf. LÉON, Luis Fleitas de. A propósito del concepto de “estado de derecho”: un estudio y una propuesta para volver a su matriz genética. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo**, a. X, n. 20, p. 24, 2011.

⁷⁸ Cf. STF – RE 363889 – Pleno – Rel. Min. Dias Toffoli – Publicado em 16.12.2011.

conteúdo. Nesse sentido, a *autonomização* do princípio na Lei Fundamental de Bona e as soluções jurisprudenciais e doutrinárias adotadas devem ser interpretadas e recepcionadas com ressalva na ordem jurídica constitucional brasileira e portuguesa.

2.4.2 Observância dos princípios da proteção da confiança, da igualdade, da proibição do arbítrio e da razoabilidade

Outros autores, porém, defendem a vedação do retrocesso social, sem recorrer à estrutura das normas de direitos sociais, mas ao fundamento de vedação de arbitrariedade legislativa, ou de afetação a outros princípios constitucionais, como o da igualdade, da proibição do arbítrio e da razoabilidade. Nesse sentido, a supressão de medidas legislativas concretizadoras de direitos sociais deveria se submeter a um teste de proporcionalidade⁷⁹.

Segundo Vieira de Andrade, as normas de direitos sociais implicam uma “*certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas*”. Tal garantia pode assumir três graus: um grau mínimo, que impede que simplesmente sejam destruídas tais posições; um grau máximo, quando tais garantias possam ser consideradas materialmente constitucionais e um grau médio, que exige a observância do princípio da proteção da confiança e vedação do arbítrio legislativo⁸⁰.

A referida tese, no entanto, ao fazer depender o *princípio da proibição do retrocesso* de outros princípios constitucionais, infirma, *a contrario sensu*, sua autonomia normativa, transformando o termo em vocábulo retórico que serve para indicar uma situação específica de aplicação daqueles princípios⁸¹.

2.4.3 Afetação do conteúdo essencial do direito

Finalmente, outro fundamento bastante utilizado é o de que a revogação de lei concretizadora de um direito social apenas seria possível se não diminuísse o núcleo essencial dos direitos⁸².

O mesmo faz Canotilho, que reconhece a “anulação, revogação ou aniquilação pura e simples” do **núcleo essencial** do direito social como limite à liberdade de conformação do legislador⁸³.

Embora o TC, por exemplo, faça referências ao núcleo essencial, na esteira da linha teórica proposta por Vieira de Andrade⁸⁴, não define o que seria esse núcleo essencial⁸⁵.

⁷⁹ Nesse sentido, OTERO, Paulo. *Instituições...*, cit., p. 596; PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 161. QUEIROZ, Cristina. **O princípio...**, cit., p. 70.

⁸⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, cit., p. 378.

⁸¹ Cf. NOVAIS, Reis. **Direitos sociais...**, cit., p. 249.

⁸² Cf. HESSE, Konrad. **Grünzüge des verfassungsrechts...**, cit., p. 86-7. MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional...**, cit., p. 393. Paulo Otero, porém, admite tal retrocesso se houver fundamentação por parte do legislador. Cf. OTERO, Paulo. **Instituições políticas...**, cit., p. 578-92.

⁸³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional...**, cit., p. 340.

Alegam alguns autores que nem sempre é possível aferir um conteúdo essencial de tais direitos⁸⁶. Isso não obsta que se avalie, em cada caso, se o conteúdo essencial é ou não preservado. Nesse ponto, abstrações teóricas podem dificultar a compreensão do fenômeno. O fato é que, diante de casos concretos como pensões, remunerações, matrículas em universidades, escolas e creches, é muito mais fácil avaliar a preservação ou não de um conteúdo essencial, que em formulações com pretensões de universalidade.

Também não parece, como defende Felipe Derbli, que a proteção do conteúdo essencial de um direito social não possa ser objeto de proteção pelo princípio da proibição do retrocesso, ao fundamento de que outros princípios podem atuar em sua defesa⁸⁷. A concorrência de normas não é argumento para se desconsiderar a aplicação de uma delas, até mesmo porque decorrem de fundamentos diversos que não se excluem, mas se somam.

2.4.4 Natureza constitucional da lei concretizadora de direitos sociais

Segundo Jorge Miranda, a revogação de uma lei que concretiza uma imposição constitucional pode implicar uma inconstitucionalidade material⁸⁸. O fundamento da sua tese é a aquisição de uma certa força constitucional por tais leis devido à unidade sistemática que integram⁸⁹.

Rui Medeiros também admite a possibilidade de direitos sociais concretizados pelo legislador integrarem o *bloco de fundamentalidade* constitucional e, em decorrência, não poderem ser modificados pelo legislador⁹⁰.

José Carlos Vieira de Andrade, porém, é contrário. Este autor chama à atenção duas contradições que decorreriam da adoção dessa tese. Em primeiro lugar, se for conferida aos direitos sociais tal força, esta poderá ser mais forte que a dos próprios direitos de liberdade, que igualmente comportam restrição, desde que respeitado seu *conteúdo essencial*. Em segundo lugar, tal vinculação do legislador corresponderia a dar-lhe inicialmente poderes constituintes, para depois retirar sua própria liberdade de conformação⁹¹. Ou seja, segundo essa tese, o legislador seria um Poder

⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 381.

⁸⁵ Cf. Processo 768/2002. Acórdão 509, de 19.12.2002.

⁸⁶ Cf. ALEXADRINO, José de Melo. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Principia, 2007. p. 145. Segundo o autor, a existência de um conteúdo essencial é incompatível com a sistemática do art. 18º, n. 3, combinada com o art. 17º da CRP.

⁸⁷ DERBLI, Felipe. **A aplicabilidade...**, *cit.*, p. 364.

⁸⁸ MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**, *cit.*, 1981. p. 670.

⁸⁹ “*Não se visa com isso revestir as normas legais concretizadoras da força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias constitucionais. Essas normas continuam modificáveis como quaisquer outras normas ordinárias, sujeitas a controle da constitucionalidade e passíveis de caducidade em caso de revisão constitucional (sem prejuízo de limites materiais). Nem sequer vêm a prevalecer sobre outras normas ordinárias; como tais, nenhuma consistência específica adquirem. O que se pretende é, na vigência de certas normas constitucionais, impedir a abrogação pura e simples das normas legais que com elas formam uma unidade de sistema*”. MIRANDA, Jorge. **Os novos paradigmas...**, *cit.*

⁹⁰ MEDEIROS, Rui. **Direitos...**, *cit.*, p. 676.

⁹¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 377. Também Carlos Blanco de Moraes entende que o princípio da proibição do retrocesso não impede que sejam extintos direitos

de uma única oportunidade, comparável a um atirador que dispõe de apenas uma bala: se não acertar o alvo (equacionar o direito social à realidade do financeiramente possível e relativamente aos demais direitos sociais) com aquela única bala (lei concretizadora), não poderia voltar atrás (efeito catraca).

Com efeito, a par das contradições apontadas por Vieira de Andrade, a única forma de se aceitar a tese da constitucionalização do direito criado pelo legislador seria pressupor uma mutação constitucional provocada pela densificação legislativa.

2.4.5 Mutação constitucional provocada pela concretização de direitos sociais

Canotilho sustenta a possibilidade de as normas que concretizam direitos sociais adquirirem força constitucional, por um processo de mutação, provocado pela existência de um “consenso básico presente na consciência jurídica geral”, limitando, assim, a edição de leis que violem imposições ou programa constitucional⁹².

Tal entendimento foi seguido pelo juiz do Tribunal Constitucional Messias Bento, em declaração de voto no Acórdão 39/1984, segundo o qual tal concretização material já radique na “*consciência jurídica dominante, formando-se uma espécie de **communis opinio** a respeito da sua essencialidade*”⁹³.

Também Cristina Queiroz e Vieira de Andrade aceitam a tese da mutação constitucional. Ambos, porém, divergem quanto às condições para que tal mutação se verifique. Para Cristina Queiroz, não é a lei que gera a mutação, mas sua atuação⁹⁴. Já, para Vieira de Andrade, a constitucionalização da concretização legislativa deve ocorrer excepcionalmente, desde que haja um “consenso profundo e alargado construído ao longo do tempo” e se limite a aspectos gerais da concretização, não a todos os pormenores⁹⁵.

Jorge Reis Novais acrescenta, ainda, que a consagração constitucional de um direito fundamental não pode ser apartada da concretização legislativa, como se a norma de direito fundamental fosse apenas o que o enunciado constitucional diz, e não a norma que se extrai a partir da interpretação do texto constitucional pelo enunciado contido na lei concretizadora⁹⁶.

Com efeito, tal teoria não encontra suporte no direito constitucional português, que se funda, como em grande parte dos demais Estados Democráticos de Direito numa permanente possibilidade de revisão das escolhas legislativas. Daí porque é inerente a esse regime a alternância no Poder. No mesmo sentido, há que destacar a declaração de voto de Messias Bento, para quem

a Lei Fundamental (...) não se pode confundir com um mero programa de governo; há-de ser antes — e sempre — um quadro normativo, aberto à criatividade e à inven-

criados por lei ordinária. A aplicação do mesmo regime previsto no art. 18º da CRP não impede que tais direitos sejam extintos. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional...**, *cit.*, p. 52.

⁹² Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente...**, p. 414.

⁹³ Cf. Processo 6/83. Acórdão 39/1984. Declaração de Voto.

⁹⁴ QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade...**, *cit.*, p. 70.

⁹⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 378-80.

⁹⁶ NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais...**, *cit.*, p. 155 ss.

*tiva do poder democrático. Há-de permitir a este que – empenhado na criação de condições de justiça social, capazes de possibilitar a cada homem uma cada vez mais completa realização da sua personalidade – rasgue caminhos vários que cada um, atento às exigências do bem comum, possa livremente percorrer em busca do seu próprio modelo de bem-estar*⁹⁷.

Também não parece que seja possível falar em constitucionalização do direito social densificado por lei, em virtude de uma mutação constitucional presumida⁹⁸.

Ora, a *mutação constitucional* se refere à alteração de sentido da Constituição, sem modificação do seu texto escrito⁹⁹. A densificação de normas constitucionais não pode se confundir com esse processo. Uma *mutação constitucional* só se torna possível, porque a norma não se confunde com o texto da constituição. Ela é a interpretação do texto de acordo com a realidade¹⁰⁰. As hipóteses de densificação do texto são acréscimos pretendidos por um legislador democrático, em determinada conjuntura política e econômica. A realidade que condiciona uma mutação constitucional deve ser tida por inevitável. Assim pode se dar com a interpretação do casamento, diante da aceitação da união entre pessoas do mesmo sexo, do adultério, do termo livro (impresso) diante do surgimento dos livros eletrônicos, entre outros. Em tais casos, a modificação de sentido da norma se deve a uma alteração de sentido da própria realidade, não a uma intervenção do legislador. Já no caso de uma norma que prevê o direito a uma pensão de cinco mil euros, após trinta e cinco anos de trabalho, ou o direito de se matricular no curso de Direito das Universidades Públicas, após o devido processo seletivo, sem o pagamento de propinas, não se pode aceitar que se está diante de uma *mutação constitucional*. Assim, nem nos termos mais rígidos admitido por Vieira de Andrade, como a verificação de “consenso profundo e alargado construído ao longo do tempo”, poderia se falar em uma *mutação constitucional* propriamente dita¹⁰¹. Para Bockenförde, tal “constitucionalização” tratar-se-ia de uma *interpretação evolutiva* por parte do poder jurisdicional, muito assemelhada a uma *mutação constitucional*¹⁰². No entanto, ela mais se assemelharia a uma sentença intermédia¹⁰³, decorrente de manifestação *ativista* por parte do Poder Judiciário¹⁰⁴.

⁹⁷ Cf. Processo 6/83. Acórdão 39/1984. Declaração de Voto Messias Bento.

⁹⁸ Como admitem, com algumas variações, QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade...**, *cit.*, p. 70; ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 378-80.

⁹⁹ Cf. FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais**. São Paulo: Max Limonad, 1986, p. 10. Para uma definição mais ampla, conceito e histórico, cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Curso de direito constitucional: teoria da constituição...**, *cit.*, p. 242 ss.; e, do mesmo autor: *As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso*. **Jurismat – Revista Jurídica do Ismat**, Portimão, n. 3, p. 55, 2013. Disponível em: <<http://www.ismat.pt/images/PDF/jurismat3.compressed.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2017, p. 61 ss.

¹⁰⁰ Cf. GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 31.

¹⁰¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 378-80.

¹⁰² Cf. BOCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. **Estudios sobre el estado de derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000. p. 185 ss.

¹⁰³ As sentenças ou decisões *intermédias* ou *aditivas* são as decisões que “*declaram que ao preceito impugnado lhe falta algo para ser conforme à Constituição, devendo, assim, o preceito ser aplicado incluindo*

Não obstante, como garantia institucional, a omissão do legislador pode dar ensejo a uma declaração de omissão. Tal declaração, se por um lado não tem o condão de autorizar o judiciário a suprir a omissão normativa do legislador, tal como ocorre com o mandado de injunção, segundo a prática recente do Supremo Tribunal Federal brasileiro, declara um *estado inconstitucional* que vincula negativamente o legislador. Em decorrência, não pode o legislador, por qualquer ato, em especial um ato revocatório, incorrer em tal *inconstitucionalidade*.

3 CONCLUSÃO

A ideia de que um dever de progressividade dos atos estatais em matéria de direitos sociais decorreria da *dignidade da pessoa humana* ou da noção *histórico-conceitual* do *Estado Social* ou do *Estado de Direito* parte de duas pré-compreensões. A primeira é a de que seria possível encontrar racionalmente um conteúdo jurídico de tais conceitos. A segunda é a de que o legislador existe para garantir cada vez mais prestações sociais. É a figura do legislador-amigo de que fala Haberle¹⁰⁵.

Fora dos argumentos *neoconstitucionais* e de manifestações *ativistas*, porém, não é possível deduzir tal dever da concepção de *Estado de Direito*, de *Estado Social*, de *dignidade da pessoa humana*, pois o caráter aberto, dinâmico e relativo de tais conceitos reclamam, para seu emprego, uma legitimação democrática, que pode ser obtida de dois modos: socialmente, quando houver um consenso mínimo radicado na sociedade acerca das características antropológicas, sociais, morais e históricas mínimas em torno de seu conteúdo, ou legalmente, quando o legislador define tal conteúdo¹⁰⁶.

Nesse sentido, as teses que defendem um princípio geral de proibição do retrocesso social a partir dessas concepções carecem de fundamento jurídico plausível, esbarrando em duas limitações que decorrem do mesmo princípio do Estado de Direito da qual pretendem extrair tais teses.

A primeira delas reside na reserva do financeiramente possível, considerando que os direitos têm custos e sua proteção implica a diminuição de outros direitos¹⁰⁷.

aquilo que lhe faltava". Cf. SÁ, Fátima de. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. In: MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 428-9.

¹⁰⁴ O *ativismo judicial* pode ser definido como o "exercício da função jurisdicional para além dos limites impostos pelo próprio ordenamento que incumbe, institucionalmente, ao Poder Judiciário fazer atuar, resolvendo litígios de feições subjetivas (conflitos de interesse) e controvérsias jurídicas de natureza objetiva (conflitos normativos). Há, como visto, uma sinalização claramente negativa no tocante à práticas *ativistas*, por importarem na *desnaturação da atividade típica do Poder Judiciário*, em detrimento dos demais Poderes". Cf. RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial**: parâmetros dogmáticos. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 129.

¹⁰⁵ HÄBERLE, Peter. *Dignità Dell'Uomo e Diritti Sociali nelle Costituzioni degli Stati di Diritto*. In: BORGHI, Marco. **Costituzione e diritti sociali**. Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990. p. 99 ss.

¹⁰⁶ Por isso pondera Alexandrino que a aceitação dessa tese consagraria a impossibilidade de o Direito se adaptar à realidade. Cf. ALEXANDRINO, José de Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa**: a construção dogmática. Coimbra: Almedina: 2006. v. II, p. 291.

¹⁰⁷ Cf. HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights**: why liberty depends on taxes. New York, London: W. W. Norton & Company, 1999. p. 113-8.

A segunda diz respeito ao próprio princípio democrático. De fato, a cláusula democrática implica alternância de poder e tal regime só faz sentido se aqueles que alternam o poder podem ter visões diferentes sobre a alocação de recursos¹⁰⁸. O Estado contemporâneo prescinde cada vez mais de decisões políticas fundamentais, consistindo a boa governança na arte de distribuir os recursos de modo a otimizar o bem-estar social.

Tanto o sistema jurídico português, quanto o sistema jurídico brasileiro não referendam tal teoria. No entanto, um dever de progressividade em ambos os ordenamentos decorre expressa ou implicitamente de previsões contidas em suas Constituições ou Tratados ou Convenções de que sejam signatários, especialmente o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que vincula ambos.

Não houvesse esse dever de *progressividade*, a revogação de tais direitos poderia encontrar limites em outros princípios constitucionais, mas não em um *princípio de não retrocesso*.

Tal dever de progressividade, porém, não pode ser considerado uma regra que se imponha de modo *tudo-ou-nada*, a qualquer custo, indicando, antes, um princípio que deverá ser cotejado com outros princípios constitucionais, no caso de conflitos, especialmente o da proibição do excesso e o da segurança jurídica.

Os direitos subjetivos a uma reivindicação da ação estatal seriam possíveis nos termos do ordenamento jurídico-constitucional. Ocorre que em grande parte dos ordenamentos, como se dá no Brasil e em Portugal, não há um meio constitucionalmente previsto para compelir o legislador a fazê-lo. De qualquer modo, desde que respeitado o núcleo essencial do direito social, qualquer ação estatal que dê alguma efetividade ao direito social desconfigura a condição de inadimplência do legislador.

Por outro lado, há que se reconhecer que, uma vez cumprida a imposição constitucional de legislar a fim de garantir a efetividade de um direito social, a omissão inconstitucional que veio a ser suprida com essa lei não pode ser restabelecida¹⁰⁹. O fundamento, porém, não é a *mutação constitucional*, mas o fato de que criar uma omissão é um ato inconstitucional, o que é vedado implicitamente em qualquer ordenamento. Se a omissão inconstitucional não pode ser suprida sem o exercício de um poder legislativo (pois, ainda que se admitam sentenças aditivas, tais sentenças consistirão em manifesto ato legislativo editado pelo Poder Judiciário), uma vez que dependem de ato criativo, o ato que cria a omissão inconstitucional pode ser infirmado, porquanto a atividade criadora não constitui mais um óbice, e todos os elementos caracterizadores da norma estão presentes.

Isso não quer dizer, por outro lado, que a concretização não possa ser modificada. O que não pode ocorrer é uma regulamentação que elimine o núcleo do direito concretizado.

A abertura de uma omissão constitucional, porém, pressupõe que a referida omissão possa ser objeto de um controle de constitucionalidade¹¹⁰.

¹⁰⁸ Cf. MEDEIROS, Rui. **Direitos...**, *cit.*, p. 679.

¹⁰⁹ Cf. SILVA, Jorge Pereira da. **O dever de legislar...**, *cit.*, p. 284.

¹¹⁰ Cf. MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional**: o direito do contencioso constitucional. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. t. II, p. 497 ss.

Ademais, a vedação de retrocesso imposta ao legislador não decorre de todas as normas concretizadoras de direitos fundamentais, mas apenas de normas que possam ser consideradas *jusfundamentais*¹¹¹.

A *jusfundamentalidade* da norma, por sua vez, requer a verificação de dois pressupostos: a existência de uma cláusula constitucional aberta que abrigue a referida norma e a sua *materialidade* constitucional¹¹².

A *materialidade* constitucional deve ser entendida como uma equivalência estrutural às demais normas de direitos fundamentais constitucionalmente previstas, embora alguns entendam que a norma deva ser considerada *fundamental* em outro plano, como que para a “*consciência jurídica coletiva*”¹¹³.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, José Melo. **A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na constituição portuguesa**: a construção dogmática. Coimbra: Almedina: 2006. v. II.
- _____. **Direitos fundamentais**: introdução geral. Estoril: Principia, 2007.
- _____. **Lições de direito constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2015. v. 1.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. V. A. Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983.
- ARAUJO, Cassandra Pinhel. La protection des droits fondamentaux dans l’union européenne à la lumière de charte des droits fondamentaux – Mémoire de master 2 recherche droit international, européen et compare, 2013. **Les Mémoires de l’Équipe de Droit International, Européen et Comparé**, n. 4. Disponível em: <<http://ediec.univ-lyon3.fr/publications>>. Acesso em: 18 jul. 2017.
- BARROS, Sérgio Resende de. **Contribuição dialética para o constitucionalismo**: Campinas: Millennium, 2008.
- BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.
- BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais**: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Estúdios sobre el estado de derecho y la democracia**. Trad. de Rafael de Agapito Serrano. Madrid: Trotta, 2000.
- BRAIBANT, G. **La charte des droits fondamentaux de l’union européenne. Témoignage et commentaires**. Paris: Editions du Seil, 2001.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Coimbra, 1982.
- _____. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- COURTIS, Christian. **Ni un paso atrás**: la prohibición de regresividad en materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- DELFINO, Massimiliano. Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale. **Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali**, 2002. Disponível em: <https://www.francoan.geli.it/Riviste/Scheda_Rivista.aspx?idArticolo=19442>. Acesso em: 23 mai. 2017.
- DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição do retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007.

¹¹¹ Cf. MEDEIROS, Rui. **Direitos...**, *cit.*, p. 673-5. FREITAS, Tiago Fidalgo de. O princípio da proibição do retrocesso social. *In: Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*. Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 830.

¹¹² Cf. ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais...**, *cit.*, p. 409.

¹¹³ É o que entendeu o Tribunal Constitucional português no Acórdão 150/1985.

- _____. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro. *In: SARMENTO, D.; SOUZA NETO, C. P. (Coords.). Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 343-382.
- DUGUIT, Léon. **Manuel de droit constitutionnel: théorie générale de l'état – le droit et l'état – les libertés publiques – l'organisation politique de la France.** 4. ed. Paris: E. de Boccard, 1923.
- FAVOREU, Louis; PHILIPPE, Loïc. **Les grandes décisions du conseil constitutionnel.** 10. ed. Paris: Dalloz-Sirey, 1999.
- FERRAZ, Anna Cândida da Cunha. **Processos informais de mudança da constituição: mutações constitucionais e mutações inconstitucionais.** São Paulo: Max Limonad, 1986.
- FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito.** 2. ed. São Paulo: Atlas, 1994.
- FREITAS, Tiago Fidalgo de. O princípio da proibição do retrocesso social. *In: Separata de Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento.* Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: coimbra, p. 783-850, 2006.
- GARCÍA-PELAYO, Manuel. **Las transformaciones del estado contemporáneo.** 2. ed. Madrid: Alianza, 1985.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito.** 5. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2009.
- HÄBERLE, Peter. Dignita'Dell'Uomo e Diritti Sociali nelle Costituzioni degli Stati di Diritto. *In: BORGI, Marco. Costituzione e diritti sociali.* Fribourg: Éditions Universitaires Fribourg, 1990. p. 99 ss.
- _____. A dignidade humana como fundamento da comunidade estatal. *In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Dimensões da dignidade, ensaios de filosofia do direito e direito constitucional.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- HACHEZ, Isabelle. **Le principe de standstill dans le droit des droits fondamentaux: une irréversibilité relative.** Athènes – Bruxelles – Baden-Baden: Editions Ant. N. Sakkoulas – Bruylant – Nomos Verlagsgesellschaft, 2008.
- HESSE, Konrad. **Grundzüge des verfassungsrechts der bundesrepublik deutschland.** Heidelberg: C. F. Müller, 1978.
- HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. **The cost of rights: why liberty depends on taxes.** New York, London: W. W. Norton & Company, 1999.
- KELSEN, Hans. **Teoria pura do direito.** Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.
- LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de hannah Arendt.** São Paulo: Companhia das Letras, 1988.
- LÉON, Luis Fleitas de. A propósito del concepto de “estado de derecho”: un estudio y una propuesta para volver a su matriz genética. **Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo,** a. X, n. 20, p. 23-40, 2011.
- MEDEIROS, Rui. Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade. *In: Jorge Miranda (Coord.). Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia.* Lisboa: FADUL, 2010. v. 2, p. 657-683.
- MENDONÇA, João Vicente Santos de. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. **Revista de Direito da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro – Direitos Fundamentais,** Rio de Janeiro: Lumen Juris, v. XII 2003.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra, 1981. v. I, t. II.
- _____. **Manual de direito constitucional.** 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. v. IV. t. IV.
- _____. **Os novos paradigmas do estado social.** Texto da conferência proferida em 28.09.2011, em Belo Horizonte, no XXXVII Congresso Nacional de Procuradores de Estado. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em: 24 jul. 2017.
- MOLLION, Grégory. Les garanties légales des exigences constitutionnelles. **Revue française de droit constitutionnel,** n. 62, v. 2, p. 257-89, 2005.
- MORAIS, Carlos Blanco de. **Justiça constitucional: o direito do contencioso constitucional.** 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2011. t. II.
- _____. **Curso de direito constitucional: teoria da constituição em tempo de crise do estado social.** Coimbra: Coimbra, 2014. v. 2. t. 2.
- _____. As mutações constitucionais implícitas e os seus limites jurídicos: autópsia de um acórdão controverso. **Jurismat – Revista Jurídica do Ismat,** Portimão, n. 3, 2013, p. 55. Disponível em: <<http://www.ismat.pt/images/PDF/jurismat3.compressed.pdf>>. Acesso em: 03 ago. 2017.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. O direito fundamental à pensão de reforma em situação de emergência financeira. **E-pública – Revista Eletrônica de Direito Público**, n. 1, 2014. Disponível em: <<http://e-publica.pt/pdf/artigos/odi-reitofundamentalpensao.pdf>>. Acesso em: 15 jan. 2018.

OTERO, Paulo. **Instituições políticas e constitucionais**. Coimbra: Almedina, 2007.

PALLIERI, Giorgio Balladore. **Diritto costituzionale**. 2. ed. Milão: Dott. A. Giuffrè, 1950.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos, globalização econômica e integração regional**. São Paulo: Max Limonad, 2002.

PULIDO, Carlos Bernal. Fundamento, conceito e estrutura dos direitos sociais: uma crítica a “existem direitos sociais?” de Fernando Atria. *In*: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 137-174.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, Elival da Silva. **Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos**. São Paulo: Saraiva, 2010.

SÁ, Fátima de. Omissões inconstitucionais e sentenças aditivas. *In*: MORAIS, Carlos Blanco de (Org.). **As sentenças intermédias da justiça constitucional**. Lisboa: AAFDL, 2009. p. 423-9.

SAJÓ, András. Social rights as middle-class entitlements in hungary: the role of constitutional court. *In*: GARGARELLA, Roberto; DOMINGO, Pilar; ROUX, Theunis. **Courts and social transformation in new democracies: an institutional voice for the poor?** Burlington: Ashgate, 2006. p. 83-106.

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

SCHLENKER, Rolf-Ulrich. **Soziales rückschrittsverbot und grundgesetz: Aspekte verfassungsrechtlicher einwirkung auf die stabilität sozialer rechtslagen**. Berlim: Duncker & Humblot, 1986.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

ACÓRDÃOS CITADOS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal

(Todos os acórdãos do Supremo Tribunal Federal brasileiro podem ser encontrados no sítio do STF na internet. A pesquisa pode ser feita pelo número do processo no seguinte endereço: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/pesquisarJurisprudencia.asp>>).

ADI 2213 MC/DF – Pleno – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 04.04.2002 – Publicado em 23.04.2004.

RE 363889/DF – Pleno, Rel. Min. Dias Toffoli – j. em 02.06.2011. Publicado em 16.12.2011.

ARE 639337 AgR/SP – 2ªT. – Rel. Min. Celso de Mello – j. em 23.08.2011 – Publicado em 15.09.2011.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional

(Todos os acórdãos do Tribunal Constitucional de Portugal foram consultados no sítio do TC na internet. A pesquisa pode ser feita pelo número do acórdão no seguinte endereço: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/>>).

Processo 6/83. Acórdão 39, de 11.04.1984.

Processo 126/84. Acórdão 150, de 31.07.1985.

Processo 768/02. Acórdão 509, de 19.12.2002.

Processo 1.260/13. Acórdão 862, de 19.12.2013.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel

(Consultado no sítio do referido órgão na internet. A pesquisa pode ser feita pelo número do acórdão no seguinte endereço: <<http://recherche.conseil-constitutionnel.fr/?expert>>)

Décision 83-165, DC du 20 janvier 1984 (20.01.1984).

ECLI:FR:CC:1984:83.165.DC