



REFORMA DA PREVIDÊNCIA (EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019) E JURISPRUDÊNCIA DE CRISE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PERSPECTIVAS EM TORNO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

7

PENSION REFORM (CONSTITUTIONAL AMENDMENT 103/2019) AND JURISPRUDENCE OF CRISIS IN THE SUPREME FEDERAL COURT. PERSPECTIVES ABOUT THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF SOCIAL REGRESSION

Roberto Luis Luchi Demo

RESUMO

O artigo pretende investigar a probabilidade de o Supremo Tribunal Federal aplicar o princípio da vedação do retrocesso social no controle de constitucionalidade da Reforma da Previdência para glosar alguma norma da Emenda Constitucional 103/2019.

PALAVRAS-CHAVE

Direito Previdenciário; Reforma da Previdência; jurisprudência de crise; Supremo Tribunal Federal; princípio da vedação do retrocesso social.

ABSTRACT

This paper intends to investigate what could be the Federal Supreme Court decision concerning the application of the principle of prohibition of social regression in the constitutionality control of the Brazilian 2019 Pension Reform.

KEYWORDS

Social Security Law; Pension Reform; jurisprudence of crisis; Federal Supreme Court; principle of prohibition of social regression.

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, assim como é natural em todos os países, enfrenta crises de variadas ordens. Nesse sentido, pode-se mencionar a crise ocasionada pelo racionamento de energia elétrica em 2001¹, que se tratava de uma crise com uma única faceta. Mais recente, a crise oriunda da pandemia do novo coronavírus (Covid-19), que se trata de uma crise multifacetada, abrangendo, exemplificadamente, o sistema de saúde, o transporte intermunicipal e interestadual, a economia (comércio, serviços e indústria) e as funções típicas do Estado (como o processo legislativo, a administração, a jurisdição, execução penal etc.).

Analisando a jurisprudência do STF em uma perspectiva histórica, é possível inferir a existência de uma jurisprudência de crise, ou seja, uma forma de interpretação da Constituição em ambientes de crise, isto é, em ambientes de incerteza nos quais há uma ruptura das expectativas e convenções, com uma transformação, ainda que marginal e temporária, dos valores tidos como comuns². Nessa linha, vale mencionar a ADC 09 relacionada à crise do racionamento de energia elétrica³, bem assim diversas ações referentes à crise da pandemia do novo coronavírus, entre as quais podem ser citadas as ADIs 6586 e 6587, que tratam da vacinação compulsória⁴.

Por sua vez, as mudanças sociais e econômicas do Brasil trouxeram a insustentabilidade ou a crise do sistema previdenciário keynesiano/beveridgeano adotado pela Constituição Federal. Nesse ambiente de crise, houve a aprovação da Emenda Constitucional n. 103/2019, que reduziu diversos direitos previdenciários e, por isso mesmo, pode eventualmente configurar um retrocesso social.

8

[...] as mudanças sociais e econômicas do Brasil trouxeram a insustentabilidade [...] houve a aprovação da Emenda Constitucional n. 103/2019, que reduziu diversos direitos previdenciários e, por isso mesmo, pode eventualmente configurar um retrocesso social.

Assim, a Reforma da Previdência concretizada pela citada Emenda Constitucional merece uma análise na perspectiva do princípio da vedação do retrocesso social. Este artigo tem por objetivo, pois, investigar ou prever⁵ a probabilidade de o Supremo Tribunal Federal aplicar o princípio da vedação do retrocesso social, no controle de constitucionalidade da Reforma da Previdência, para glosar alguma norma da Emenda Constitucional n. 103/2019⁶.

Inicia-se, então, abordando-se o fenômeno da jurisprudência de crise. Em seguida, analisa-se a crise da previdência social. Depois, é analisado o princípio da vedação do retrocesso social na doutrina e na jurisprudência do STF. Finalmente, conclui-se fazendo um prognóstico no sentido de que, no âmbito da jurisprudência de crise, é pouco provável que o STF aplique, no controle de constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 103/2019, o princípio da vedação do retrocesso social como fundamento para reconhecer a inconstitucionalidade de algum dispositivo atacado. Para esse fim, a metodologia utilizada para a pesquisa é a análise dedutiva de dados obtidos mediante a

consulta, de forma qualitativa, à bibliografia e à jurisprudência.

2 O FENÔMENO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE EM PORTUGAL

O Estado Social, consoante José Afonso da Silva, caracteriza-se por compatibilizar dois elementos: *o capitalismo, como forma de produção, e a consecução do bem-estar social geral* (SILVA, 1996, p. 116). Para esse fim, incorpora os direitos sociais, que podem ser definidos como *direito dos enfraquecidos e dos despossuídos economicamente, fato que requer a intervenção do Estado* (CARVALHO; COSTA, 2008, p. 55), na sua Constituição, assumindo então um compromisso de concretizá-los progressivamente.

Sobre a progressividade, convém mencionar o art. 2º, item 1, do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil por meio do Decreto n. 591/1992:

ARTIGO 2º

1. *Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.*

Contudo, observa-se nas últimas décadas a crise do Estado Social (*Welfare State*), em virtude da escassez de recursos e do custo da implementação dos direitos sociais, o que provocou deficits orçamentários em diversos países, trazendo o fim das metanarrativas e do dirigismo constitucional.

Como salienta Gabriel Prado Leal, o crescimento econômico nos chamados “anos dourados do capitalismo” parecia anunciar que o progresso constituía uma curva ascendente e contínua, ou seja, cada vez “mais Estado”, “mais prestações sociais” e “melhores prestações sociais”. Entretanto, os anos 1970 trouxeram a primeira crise do Estado Social e uma retomada de políticas neoliberais, a exemplo dos governos Thatcher (Inglaterra) e Reagan (EUA). No âmbito da filosofia, em 1979, o francês Jean-François Lyotard anunciou a pós-modernidade como o período caracterizado pela morte das metanarrativas, isto é, dos discursos totalizantes que conferem à história um significado unívoco e predeterminado, a exemplo do dirigismo constitucional que, como reconhece o próprio José Joaquim Gomes Canotilho, fora efetivamente golpeado. (LEAL, 2016, p. 144)

Deveras, a progressividade não pode ser dissociada do custo dos direitos. Por essa razão, a progressividade é condicionada e limitada pela “reserva do possível”. Parte-se, pois, da constatação de que os direitos sociais têm um custo muito alto e sujeitam-se à capacidade financeira do Estado. Toda a problemática, então, pode ser resumida em uma palavra: escassez. Existem, afinal, recursos escassos e necessidades humanas ilimitadas. Daí, há necessidade de serem feitas escolhas alocativas (as escolhas trágicas de que fala a análise econômica do direito). Portanto, a escassez e as consequentes escolhas alocativas fazem parte da vida cotidiana de qualquer sociedade e, em tempos de crise, a dramaticidade das escolhas pode aumentar sig-

nificativamente. (LEAL, 2016, p. 152-153)

Essa crise do Estado Social é o contexto subjacente à origem da jurisprudência de crise. Mais especificamente, sua origem está ligada à política de adoção das designadas “medidas de austeridade” adotadas por Portugal e necessárias para reduzir o déficit orçamentário e fazer frente à crise financeira de 2007/2008. Com efeito, Portugal foi um dos países mais afetados pela referida crise, especialmente quando se considera que: *os efeitos da austeridade têm uma distribuição mais claramente regressiva, conduziu um relatório comunitário. Isto que deveria comportar um novo desafio para os serviços públicos, encontrou-se, porém, com uma redução dos mecanismos de intervenção, sejam eles os que resultam da redução dos benefícios, da eliminação de serviços, do aperto das elegibilidades, da diminuição de recursos, de lógicas de privatização ou de aligeiramento de procedimentos. Os problemas estruturais da pobreza e das desigualdades avolumam-se, visto que se sabe que, em Portugal, a sua redução depende criticamente da ação e das transferências públicas.* (REIS, 2014, e-book)

Daí, o fenômeno e o termo “jurisprudência de crise” surgiu no Tribunal Constitucional português e traduz, consoante Alexandre Sousa Pinheiro: *um “processo negocial” entre a interpretação normativa da Constituição e a necessidade de ceder perante as “exigências das circunstâncias”. O Tribunal Constitucional socorreu-se da “prosseção do interesse público” dentro de uma ordem “transitória” e “excepcional” para decidir no sentido da não inconstitucionalidade de medidas legislativas que conheceriam outro desfecho não fora o tempo de crise.* (PINHEIRO, 2014, p. 169-171)

Por sua vez, Daniel Vaqueiro Menezes Martins e Clara Cardoso Machado Jaborandy salientam que, em razão da crise financeira de Portugal, houve, além de uma mudança na jurisprudência, uma modificação na doutrina (MARTINS; JABORANDY, 2017, p. 97), o que se pode considerar, fazendo um paralelo com a jurisprudência de crise, uma doutrina de crise.

Esses dois fenômenos, a jurisdição de crise e a doutrina de crise, decorrem da crise contemporânea do Estado

Social e podem ser vistos, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, como caminhos possíveis para a estabilidade social nesse contexto de crise. A propósito, Bernardo Montalvão Varjão de Azevedo afirma que: *Se a sociedade é um sistema autorreferencial e autopoietico, e que se diferencia cada vez mais em subsistemas sociais no afã de lidar (ou gerenciar) com o aumento de complexidade social (quer quantitativamente, quer qualitativamente), então, forçoso será reconhecer que a evolução social pressupõe a estabilidade dinâmica do sistema social. E por estabilidade dinâmica leia-se: a capacidade do sistema social de preservar a sua estabilidade em meio à mudança. Em suma, estabilidade na mudança. Em outras palavras, a evolução social parte do pressuposto de que se há estabilização, ou re-estabilização, é porque houve inicialmente uma variação. Logo, é possível retirar disso uma primeira lição interessante em termos de evolução social: a evolução é a capacidade do sistema social de fazer do improvável algo possível.* (AZEVEDO, 2020, p. 17)

3 JURISPRUDÊNCIA DE CRISE OU A INTERPRETAÇÃO DA CONSTITUIÇÃO EM UM AMBIENTE DE CRISE

Gilmar Ferreira Mendes, com base na doutrina de Gustavo Zagrebelsky, salienta que a Constituição desempenha, em meio a sociedades dotadas de grande diversidade, a tarefa de realizar as condições de possibilidade, viabilizando diversas alternativas à questão que se pretende solucionar. (MENDES, 2020)

Nessa mesma linha, prossegue Gilmar Ferreira Mendes, com base na doutrina de Peter Häberle: Talvez seja Peter Häberle o mais expressivo defensor dessa forma de pensar o direito constitucional nos tempos hodiernos. Ao conceber o Direito Constitucional como disciplina diretamente vinculada à cultura, à filosofia e à realidade contemporânea a qual se vincula, entende que todas as situações relacionadas ao Texto Constitucional não podem ser interpretadas de modo isolado. Para o autor, “pensamento jurídico do possível” é expressão, consequência, pressuposto e limite para uma interpretação constitucional aberta. Trata-se de pensar a par-

tir e em novas perspectivas e realidades, questionando-se: que outra solução seria viável para uma determinada situação? Nessa medida, e essa parece ser uma das importantes consequências da orientação perfilhada por Häberle, “uma teoria constitucional das alternativas” pode converter-se numa “teoria constitucional da tolerância”. (MENDES, 2020)

Ou seja, para uma mesma questão fática existe mais de uma solução constitucional possível, cada qual mais adequada para uma determinada realidade. Em outras palavras, a solução constitucional mais adequada para uma determinada questão (geralmente relacionada à alocação de recursos escassos), em um ambiente de bonança econômica, pode não ser a mais adequada em um ambiente de crise econômica. Daí, a possibilidade de soluções alternativas a serem adotadas ou escolhidas pelo Poder Executivo ou pelo Poder Legislativo, no âmbito de suas atribuições para escolha de medidas de controle ou afrontamento da crise.

A legitimidade política dessas escolhas pode ser aferida, além de outros critérios⁷, também e principalmente pelo utilitarismo de Jeremy Bentham, no sentido de considerar os fatos da realidade para verificar se a escolha propicia o resultado ótimo em termos de maximização do bem ou utilidade naquele específico contexto, ainda que essa escolha prestigie, entre os direitos eventualmente conflitantes, outros direitos constitucionalmente assegurados em detrimento de certos direitos fundamentais, *in casu*, os direitos previdenciários⁸.

Daí se infere que os fatos têm relevância na interpretação da norma jurídica, evidenciando a importância da teoria estruturante de Friedrich Müller, segundo o qual a norma jurídica não é produzida pelo texto da norma: o caso submetido à decisão também é constitutivo da norma. Em outras palavras, o texto da norma é apenas um dado de entrada da interpretação e concretização da norma, que consideraria outros dados, inclusive fáticos, os quais, ao final do processo metodológico, comporiam a norma jurídica. (MÜLLER, 2013, p. 11)

E a importância dos fatos para a interpretação da norma não se limita à análise daqueles anteriores, abrangendo também a análise dos fatos posteriores, ou

seja, das consequências de uma específica interpretação⁹, conforme previsto expressamente em nosso ordenamento jurídico (art. 20 do Decreto n. 4.657/1942 - Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro¹⁰). A propósito, Luiz Fux, com base na doutrina de Richard Posner, salienta que *o magistrado tem o dever de examinar as consequências imediatas e sistêmicas que o seu pronunciamento irá produzir na realidade social, porquanto, ao exercer seu poder de decisão nos casos concretos com os quais se depara, os juízes alocam recursos escassos*¹¹.

Sobre essas consequências, Gabriel Prado Leal afirma que: *as consequências devem ser avaliadas com as “lentes” dos valores constitucionais. É assim que elas são introduzidas e incorporadas ao raciocínio jurídico, funcionando como argumento juridicamente válido. Na lição do juiz Stephen Breyer, da Suprema Corte norte-americana, os valores constitucionais, uma vez aplicados à análise consequencialista, limitam as possibilidades interpretativas e podem até recomendar a autocontenção. A prática da “virtude prudencial”, já referenciada supra, é, pois, uma atitude pragmática.* (LEAL, 2016a, p. 120)

[...] a jurisdição de crise e a doutrina de crise, decorrem da crise contemporânea do Estado Social e podem ser vistos, com base na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann, como caminhos possíveis para a estabilidade social nesse contexto de crise.

10

Vale referir, neste passo, que o STF já vem adotando essa postura estruturante e consequencialista em algumas decisões, a fim de conformar, na concretização da norma constitucional, a mudança experimentada na realidade econômica e social. Cite-se, como exemplo, a MC-ADI 6.363, em que o Plenário decidiu pela constitucionalidade da Medida Provisória n. 936/2020, no que autorizava, para enfrentamento do ambiente de crise decorrente da pandemia do novo coronavírus, a redução da jornada de trabalho e do salário ou a suspensão temporária do contrato de trabalho por meio de acordo individual, independentemente de negociação coletiva e da anuência dos sindicatos¹².

Na oportunidade, o STF entendeu pela inaplicabilidade da regra do art. 7º, incisos VI e XIII, da Constituição Federal (que impõe a negociação coletiva, com participação do sindicato, para redução de salário e da jornada de trabalho), em razão do momento excepcional de crise, pois a previsão de acordo individual é razoável, além do que a exigência de atuação do sindicato, instaurando a negociação coletiva ou não se manifestando no prazo previsto, geraria insegurança jurídica e aumento do risco de desemprego.

O precedente mencionado permite inferir também uma abertura hermenêutica da jurisdição constitucional à compreensão e conformação da realidade econômica e social experimentada em um ambiente de crise, a fim de encontrar caminhos possíveis para a estabilidade social nesse contexto. A propósito, Gilmar Ferreira Mendes salienta, especificamente em relação à crise da pandemia do novo coronavírus, o seguinte: *Em meio a esse complexo quadro, parece evidente que as normas jurídicas soam, em um ponto de vista estritamente pragmáti-*

co, um mero detalhe no debate sobre a aprovação de medidas essenciais ao combate a uma epidemia que se alastra em progressão geométrica e vem vitimando milhares de pessoas pelo mundo. Entretanto, mesmo nesses momentos, as normas jurídicas – em especial a Constituição – não podem ser encaradas como um obstáculo, mas como um caminho necessário e seguro para a solução da crise. É fundamental prezar pela compatibilização de aparentes contradições e abertura à busca por alternativas a uma leitura fria e seca da lei, distante de uma realidade que, muitas vezes, não poderia sequer ser imaginada pelo legislador ou pelo constituinte. (MENDES, 2020)

Por sua vez, Richard Posner afirma que *em tempos de crise, é natural olhar mais para os representantes oficiais eleitos do que para os juízes para escolher a resposta. Esta é a abordagem democrática, bem como a abordagem prática* (POSNER, 2010, p. 246). Vale dizer, ambientes de crise demandam uma postura judicial mais autocontida.

Isso porque, no contexto das disputas alocativas em que se decide como e com que prioridade serão alocados recursos para implementar os direitos, considerando o cenário de incerteza, a complexidade de avaliação das medidas adotadas para controlar a crise, bem assim a contingência de escolhas políticas alocativas mais difíceis e excludentes, é prudente respeitar a especialização das funções do Estado.

Por conseguinte, em um ambiente de crise, o Poder Judiciário e especialmente a Corte Constitucional, *in casu*, o STF, deve buscar, entre as diversas soluções constitucionais possíveis, aquela mais eficiente para a conformação da realidade econômica e social experimentada, prestigiando as medidas do Poder Executivo e do Poder Legislativo, sempre que se mostrarem razoáveis e proporcionais para controlar ou afrontar a crise.

Em outras palavras, sem olvidar a força normativa da Constituição¹³ e a importância do *judicial review*, um ambiente de crise demanda jurisprudência constitucional que se preocupe em distinguir o que é razoável do simplesmente racional no conflito entre direitos fundamentais e os imperativos da sociedade organizada ou, como enfatiza Richard Posner, demanda uma “abordagem prática” da Corte Constitucional ou, consoante Peter Häberle, uma “teoria constitucional da tolerância”.

4 A CRISE DA PREVIDÊNCIA SOCIAL NO BRASIL E A REFORMA DA PREVIDÊNCIA (EMENDA CONSTITUCIONAL 103/2019)

O processo de globalização econômica, com a implementação de novas tecnologias e a mudança do mercado de trabalho, trouxe o estigma do desemprego estrutural que, somado ao envelhecimento da população, representam um desafio à previdência social. Como salienta Elody Boulhosa Nassar: *Um dos maiores desafios da Previdência Social neste século XXI é o financiamento, tendo em vista o envelhecimento populacional e o seu impacto nos gastos sociais dos países. O desafio da questão está, atualmente, no centro das discussões e dos protestos no mundo e no Brasil. Muitos países estão revendo seus sistemas previdenciários, como foi o caso recente da França, da Itália, da Espanha e outros países do continente europeu, em plena recessão econômica e em efervescente mudança da legislação previdenciária. A diminuição considerável na relação entre população ativa (contribuintes) e a inativa (bene-*

ficiários) agrava-se aceleradamente, o que enseja maior necessidade de financiamento do sistema, para assegurar a manutenção do seu equilíbrio financeiro-atuarial. (NASSAR, 2014, e-book)

No Brasil, Alan da Costa Macedo registra que, já na época da Assembleia Nacional Constituinte, que promulgou o texto original da Constituição Federal de 1988, havia uma grande disputa entre antagônicos políticos (MACEDO, 2020, p. 32), saindo vencedores dessa disputa os que defendiam o sistema keynesiano/beveridgeano.

Sucedem que as mudanças sociais e econômicas trouxeram a insustentabilidade do sistema previdenciário keynesiano/beveridgeano, vencedor na Assembleia Nacional Constituinte, impondo-se a adequação do sistema à realidade socioeconômica brasileira, considerando, inclusive, a natureza contributiva e solidária, bem assim o equilíbrio financeiro e atuarial, previstos no art. 40, caput, e art. 201, caput, da Constituição Federal.

A propósito, como salienta Aldacy Rachid Coutinho, citando o saudoso Carlos Alberto Menezes Direito: *Ninguém discute mais hoje que o regime previdenciário tem natureza contributiva e solidária e, ao mesmo tempo, que deve levar em conta o equilíbrio financeiro e atuarial. Daí, endogenamente, pela própria regra, a possibilidade de alteração desse regime para que ele tenha a natureza contributiva e solidária e, ao mesmo tempo, leve em consideração o equilíbrio financeiro e atuarial, que lhe dá viabilidade.* (COUTINHO, 2017, p. 30)

Sobre esse desequilíbrio financeiro e atuarial que provoca o déficit da previdência, Carlos Luiz Strapazzon, comentando a auditoria do Tribunal de Contas da União sobre as contas da Previdência Social em 2017, enfatiza que: *Visto isso, podemos avançar para mais um componente extremamente importante desse Relatório da Auditoria do TCU, e que diz respeito ao desequilíbrio entre despesas e receitas do Orçamento da Seguridade Social. Está muito claro que nos 10 anos examinados pelo TCU (2007 a 2016) os gastos globais da Seguridade Social evoluíram acima das receitas e também acima da inflação. Isso indica, obviamente, a existência de desequilíbrios financeiros e, portanto, de*

deficit no orçamento da Seguridade Social. Contudo, há uma particularidade nesse déficit. Nem todas as fontes de despesas da Seguridade Social evoluíram de modo a ter seus gastos globais acima das receitas e também acima do índice de inflação. Nesse período, as despesas com a área da saúde e com a assistência social permaneceram estáveis em relação à evolução desses indicadores. Os gastos crescentes são de natureza previdenciária, e dentre os gastos previdenciários, 2/3 correspondem ao orçamento do RGPS e 1/3 à somatória de RPPS e EPU. Assim, não pode haver dúvidas quanto a um fato simples: há um desequilíbrio financeiro no Orçamento da Seguridade Social provocado, particularmente, pelas contas da Previdência. (STRAPAZZON, 2019, p. 154)

Daí, tem-se um desequilíbrio entre as receitas e as despesas correntes da previdência social, sem considerar, para esta constatação, os desvios de valores da previdência social realizados no passado nem as renúncias fiscais, os quais, se considerados, como sustentam alguns autores, demonstrariam que a previdência social não é deficitária (AGOSTINHO; SALVADOR; SILVA, 2019, p. 123-126).

Ademais, não se pode olvidar o superdimensionamento que a previdência social passou a ter ao longo dos anos. Conforme Myller Claudino de Freitas, *o sistema previdenciário do Brasil custa quase 12% do produto interno bruto (PIB), o que é alto* (FREITAS, 2019, p. 51)¹⁴.

Esse superdimensionamento da previdência social, além de impactar outros componentes da seguridade social, quais sejam, saúde e assistência social, prejudica também outras políticas públicas, como educação infantil, dificultando a alocação de recursos e reduzindo a abrangência dessas políticas públicas impactadas, o que impede uma distribuição igualitária dos recursos escassos entre os cidadãos e configura uma grande injustiça, na perspectiva da justiça distributiva¹⁵.

Esse ambiente de desequilíbrio, insustentabilidade e superdimensionamento da previdência social no Brasil caracteriza um ambiente de crise, com aumento da incerteza sobre a manutenção da própria previdência no futuro e no qual Erico Sanches Ferreira dos Santos e Marcos Augusto Maliska asseveram que a Reforma da Previdência é urgente,

não há como se negar. Como afirmam Tafner e Nery, a ausência de reforma leva a um cenário “ultra neoliberal”, com desmonte quase total do Estado. (SANTOS; MALISKA, 2019, p. 39)

Enfim, a crise da previdência é tema recorrente na agenda política do Brasil, de maneira que foram realizadas reformas mais tímidas no passado, como as veiculadas pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 47/2005, mas sem conseguir efetivamente solucionar o problema. Sobreveio, então, como medida para controlar essa crise, a Reforma da Previdência efetivada pela Emenda Constitucional n. 103/2019, que reduziu diversos direitos previdenciários, caracterizando-se como a reforma previdenciária mais ampla até então realizada.

5 O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: O CONCEITO DE JOSÉ JOAQUIM GOMES CANOTILHO E AS POSSÍVEIS INTERPRETAÇÕES

Os contornos do princípio da vedação do retrocesso social foram delineados de maneira seminal por José Joaquim Gomes Canotilho. Assim, não se pode falar desse princípio sem antes registrar o conceito trazido por ele, segundo o qual: *O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reacionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição de retrocesso social” nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de “direi-*

tos prestacionais de propriedade”, subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente aliçadas. A violação no núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente aniquiladoras da chamada justiça social. Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito a subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma [...]. De qualquer modo, mesmo que se afirme sem reservas a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais, as eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“lei da segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente autorreversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado. (CANOTILHO, 2007, p. 338-340)

Outrossim, Daniel Vaqueiro Menezes Martins e Clara Cardoso Machado Jaborandy salientam que, a propósito do princípio da vedação do retrocesso social, há quatro tendências de interpretação, a saber: a radical, a peremptória, a intermediária e, por fim, a mitigada.

12

[...] a crise da previdência é tema recorrente na agenda política do Brasil, de maneira que foram realizadas reformas mais tímidas no passado, como as veiculadas pelas Emendas Constitucionais 20/1998 e 47/2005, mas sem conseguir efetivamente solucionar o problema.

Consoante a interpretação radical, trata-se de um obstáculo suprapositivo ao constituinte originário, ou seja, determinados progressos reconhecidos em ordens constitucionais anteriores não poderiam ser reduzidos nem por atuação do poder constituinte originário.

Na interpretação peremptória, o princípio da vedação do retrocesso social, embora não vincule o constituinte originário, delimita a atuação do constituinte derivado, bem como do legislador infraconstitucional, de modo que esta tendência determina que direitos fundamentais não podem ser retirados do ordenamento jurídico sem que sejam substituídos de maneira equivalente.

A interpretação intermediária que, segundo os referidos autores, é predominante na doutrina, sustenta que esse princípio atua como um princípio geral constitucional, que deve ser interpretado em face de outros princípios, servindo como limite para que uma eventual involução ou um retrocesso, decorrente da liberdade conformação do legislador, preserve ao menos o

“núcleo essencial” do direito fundamental considerado e passe pelos testes da razoabilidade e da proporcionalidade. Nessa corrente se destaca José Joaquim Gomes Canotilho, consoante se infere do conceito já transcrito.

Por fim, a interpretação mitigada entende que a proibição do retrocesso não constitui um princípio, subsistindo apenas como uma espécie de regra excepcional de combate ao arbítrio do Estado. (MARTINS; JABORANDY, 2017, p. 94-96)

6 A INTERPRETAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NA DOUTRINA BRASILEIRA

Não se pretende, neste tópico, esgotar o assunto e fazer uma análise exauriente da doutrina, mas sim descrever a pesquisa bibliográfica efetuada, registrando a interpretação dos autores pesquisados, a fim de permitir uma visão panorâmica do estado de arte da doutrina brasileira sobre o assunto.

Como já salientado no tópico anterior, Daniel Vaqueiro Menezes Martins e Clara Cardoso Machado Jaborandy classificam quatro possíveis interpretações do princípio da vedação do retrocesso social: a radical, a peremptória, a intermediária e a mitigada. A descrição dos autores pesquisados será feita seguindo essa ordem de classificação.

6.1 INTERPRETAÇÃO RADICAL

Adotando a interpretação radical, Daniel Vaqueiro Menezes Martins e Clara Cardoso Machado Jaborandy registram o entendimento de Jorge Miranda, para quem os direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana *garantidos e instituídos por um poder constituinte anterior servem como “limites transcendentais” ao poder constituinte originário, limitando, inclusive, a forma de interpretação da Constituição posterior* (MARTINS; JABORANDY, 2017, p. 94).

6.2 INTERPRETAÇÃO PEREMPTÓRIA

Passa-se à descrição dos autores que adotam a interpretação peremptória.

Oswaldo Ferreira de Carvalho e Eliane Romeiro Costa sustentam que o princípio da vedação ou proibição do retrocesso social: *trata-se, em essência, de um limite à liberdade de conformação do legislador, retirando-lhe a possibilidade de revogar total ou parcialmente a regulamentação legal de direitos sociais fundamentais, salvo se houver o estabelecimento de disciplina substitutiva ou compensatória, e abrange também a proibição de supressão ou redução arbitrária do nível de concretização legislativa da referida categoria de direitos fundamentais.* (CARVALHO; COSTA, 2008, p. 47-48)

Tatiana Conceição Fiore de Almeida entende que: *os direitos sociais não podem ser simplesmente restringidos ou abolidos por medidas estatais retrocessivas, a não ser que estas venham escoltadas de uma cautela compensatória que sustente nível similar de proteção social. No entanto, a contrapartida exigida deve ser específica e real, não se esgotando nas meras promessas de criação de mais empregos ou programas de governo.* (ALMEIDA, 2016, p. 64)

Para Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, esse princípio *consiste na impossibilidade de redução das implementações de direitos fundamentais já realizados. Impõe-*

se, com ele, que o rol de direitos sociais não seja reduzido em seu alcance (pessoas abrangidas, eventos que geram amparo) e quantidade (valores concedidos). (CASTRO; LAZZARI, 2017, p. 86)

6.3 INTERPRETAÇÃO INTERMEDIÁRIA

Adotando a interpretação intermediária, pode-se citar, inicialmente, Felipe Derbli, que descreve o princípio da vedação ao retrocesso social como: *garantia contra a ação erosiva do grau de concretização infraconstitucional de um direito social fundamental definido em uma regra ou princípio constitucional, praticada diretamente pelo legislador, ou mesmo indiretamente pelo titular do Poder Constituinte Reformador, atribuindo-se a esse direito social o status negativo jusfundamental e, com isso, modalidades de eficácia jurídica geralmente atribuídas aos direitos de defesa. [...] Constitui o núcleo essencial do princípio da proibição de retrocesso social a vedação ao legislador de suprimir, pura e simplesmente, a concretização de norma constitucional que trate do núcleo essencial de um direito fundamental social, impedindo a sua fruição, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. É defeso o estabelecimento (ou restabelecimento, conforme o caso) de um vácuo normativo em sede legislativa. [...] Por óbvio, é permitido ao legislador rever as leis editadas, mas o fundamento para uma reformatio in pejus, de acordo com as circunstâncias fáticas em que se a realiza, deve ser, mediante um juízo de proporcionalidade, suficiente para prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico na sociedade.* (DERBLI, 2007, p. 86 e 298)

Para Ingo Wolfgang Sarlet, a proibição do retrocesso assume feições de princípio constitucional implícito que: *representa uma espécie de entrenchment (entrenchamento) dos direitos fundamentais, que, todavia, não inviabiliza ajustes e mesmo restrições, mas opera como blindagem que objetiva a manutenção de um mínimo em concretezade normativa, notadamente, do assim designado núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente, no caso dos direitos sociais, abarcando os níveis de concretização deste núcleo essencial*

por parte do legislador. (SARLET, 2008)

Por sua vez, George Marmelstein registra que: *o princípio do retrocesso social não deve ser visto como uma barreira intransponível para qualquer mudança no âmbito dos direitos fundamentais. O que ele exige é que a revogação de leis que regulamentem os direitos fundamentais seja justificada do ponto de vista do desenvolvimento humano.* (MARMELSTEIN, 2008, p. 268-269)

Marcus Gouveia dos Santos salienta, com base na doutrina de Jorge Reis Novais, que: *em vez da vedação do retrocesso, deveria ser aplicada a teoria das restrições aos direitos fundamentais. Assim sendo, a restrição ao direito social deveria ser justificada em uma expressão autorização constitucional ou através de uma reserva imanente da ponderação. Por esta última, a inexistência de recursos disponíveis aptos a sustentar as prestações antes deferidas, a adequação política sobre a melhor forma de concretização do direito e a necessidade de garantir outros bens ou valores seriam justificativas legítimas para a restrição ao direito social.* (SANTOS, 2017, p. 965-966)

Para Flaviano Lima e Luciano Martinez: *Ainda que não se chegue ao extremo de considerar absoluto o direito às prestações sociais já consignadas no ordenamento jurídico e, conseqüentemente, retirar do legislador infraconstitucional qualquer possibilidade de modificá-las, o reconhecimento da eficácia normativa do princípio da vedação ao retrocesso social permite a submissão à avaliação do poder judiciário de medidas (legislativas ou administrativas) alegadamente retrocessivas, a fim de que se avalie a compatibilidade das referidas medidas ao texto constitucional, o que impõe um exame à luz do princípio da proporcionalidade.* (LIMA; MARTINEZ, 2019, p. 265)

Miguel Horvath Júnior e Fernando Henrique Médici sustentam que a reforma constitucional efetivando restrição de direitos previdenciários não viola o princípio da vedação do retrocesso social, desde que amparada em critérios da sustentabilidade e proporcionalidade, respeite o mínimo existencial previdenciário e busque a satisfação de outros desígnios constitucionais (HORVATH JÚNIOR;

MÉDICI, 2019, p. 76).

Por sua vez, Gabriel Prado Leal afirma que: *O “princípio” da vedação do retrocesso social, em sua formulação forte, foi superado pela realidade e “sepultado” junto com um tipo idealizado de dirigismo constitucional. Tal princípio “sobrevive”, atualmente, em sua versão relativizada. Ainda assim, é redundante e dispensável, quer na teoria, quer na prática, razão pela qual a ele recusamos a condição de princípio constitucional autônomo. e) Por outro lado, revisibilidade não significa rever qualquer coisa, de qualquer modo, a qualquer tempo. Um horizonte de previsibilidade e calculabilidade é necessário para o ser humano, para o Direito e para as relações jurídicas em geral. Não está descartada, como dissemos, a revogação pura e simples de direitos sociais. Porém, tal revogação, assim como outras medidas ditas retrocessivas, precisam ser fundamentadas e proporcionais, além de não atingirem o “conteúdo essencial” de direitos concretizados vinculados ao mínimo existencial. São exigências decorrentes do princípio da segurança jurídica em sentido lato, que, se não torna absoluta a estabilidade, fornece parâmetros de controle para as mudanças.* (LEAL, 2016, p. 161-162)

Ou seja, apesar de não reconhecer a vedação do retrocesso social como um princípio autônomo, o que o aproxima num primeiro momento da interpretação mitigada, Gabriel Prado Leal extrai do sistema normativo os mesmos efeitos que a interpretação intermediária confere ao referido princípio, o que justifica sua classificação nesse tópico.

6.4 INTERPRETAÇÃO MITIGADA

Adotando a interpretação mitigada, Georgenor de Sousa Franco Neto sustenta: *uma releitura do princípio da vedação ao retrocesso social seria mais condizente com a teoria dos sistemas: o princípio da minimização dos retrocessos. Tal programa não impediria o retrocesso, apenas dificultaria alterações legais. Ele também funcionaria como elemento ideológico que reforçaria a expectativa normativa que a noção de direitos fundamentais carrega: de que estamos em um processo de história sempre em evolução (no sentido clássico); que sem-*

pre estamos melhores do que antes. Tal pensamento, por mais descolado da realidade, é importante componente ideológico para que o direito possa exercer sua função de manter expectativas normativas. (FRANCO NETO, 2018, p. 56)

Por sua vez, Daniel Vaqueiro Menezes Martins e Clara Cardoso Machado Jaborandy mencionam, como adepto da interpretação mitigada, José Carlos Vieira de Andrade, para quem a atividade legislativa só pode ser restringida *quando a disciplina anterior, se mais favorável, estiver enraizada na consciência jurídica geral* (MARTINS; JABORANDY, 2017, p. 96).

6.5 NÚCLEO ESSENCIAL OU MÍNIMO EXISTENCIAL DO DIREITO

A análise de todos os autores mencionados permite concluir que a maioria adota a interpretação intermediária do princípio da vedação do retrocesso social, segundo o qual as normas restritivas de direitos sociais devem se submeter a um controle de constitucionalidade para avaliar sua proporcionalidade¹⁶ e, além disso, respeitar o núcleo essencial desses direitos já efetivado por medidas legislativas anteriores. Daí a importância de compreender o conceito de núcleo essencial do direito.

Esse núcleo essencial ou mínimo existencial, que representa uma trincheira à atividade de conformação do legislador à realidade, está intimamente ligado ao princípio fundamental da dignidade da pessoa humana. Consoante Ana Paula de Barcellos: *O Mínimo Existencial corresponde ao conjunto de situações materiais indispensáveis à existência humana digna; existência aí considerada não apenas como experiência física – a sobrevivência e manutenção do corpo – mas também espiritual e intelectual, aspectos fundamentais em um Estado que se pretende, de um lado, democrático, demandando a participação dos indivíduos nas deliberações públicas, e, de outro, liberal, deixando a cargo de cada um seu próprio desenvolvimento.* (BARCELOS, 2002, p. 45)

14

[...] as mudanças sociais e econômicas trouxeram a insustentabilidade do sistema previdenciário keynesiano/beveridgeano, vencendo na Assembleia Nacional Constituinte, impondo-se a adequação do sistema à realidade socioeconômica brasileira [...]

Gabriel Prado Leal salienta a dificuldade de se estabelecer concretamente o alcance de mínimo existencial, registrando que a doutrina, em geral, inclui no mínimo existencial a renda mínima, saúde básica e educação fundamental. E continua o autor: *Mas não se pode dizer que haja consenso. Há, por exemplo, autores que defendem uma teoria absoluta do mínimo existencial, sustentando que ele tem conteúdo fixo, independentemente das circunstâncias. Outros propõem uma teoria relativa, que leva em consideração o contexto relacional e circunstancial, ponderando necessidades individuais e coletivas e disponibilidades financeiras. Em verdade, a teoria relativa, que nos parece mais adequada, apenas reafirma o princípio da reserva do possível, enunciando um núcleo essencial dos direitos sociais (sujeito à apreciação judicial) variável de acordo com a conjuntura da sociedade.* (LEAL, 2016, p. 153)

Nessa ordem de raciocínio, em matéria de direitos previdenciários, pode-se admitir aprioristicamente o conceito de Miguel Horvath Júnior e Fernando Henrique Médici, no sentido de que: *compõem o mínimo existencial previdenciário o dever de pagamento do salário mínimo em relação aos benefícios que substituem o salário de contribuição ou a renda do trabalhador (art. 201, § 2º, da CF/88), o direito de reajustamento dos benefícios, ainda que nominal, como expressão do direito adquirido e de propriedade (art. 201, § 4º) e a mínima correspondência (não necessariamente absoluta) entre contribuição e benefícios, em decorrência do caráter contributivo do sistema.* (HORVATH JÚNIOR; MÉDICI, 2019, p. 76)

De fato, embora se admita a relativização do alcance do mínimo existencial previdenciário, parece que o sobredito conceito é um referencial, um ponto de partida adequado.

7 O STF E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE

Daniel Vaqueiro Menezes Martins e Clara Cardoso Machado Jaborandy enfatizam que: *no que se refere à constatação da existência da cláusula de proibição do retrocesso social pela Suprema Corte brasileira, tem-se que não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal em algumas decisões, a exemplo do MS 24.875/DF e ADI 3.104/DF. Entretanto, em outros julgados houve reconhecimento, ainda que implícito, do status constitucional do princípio da proibição de retrocesso, a exemplo da ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADIn 4.578/AC.* (MARTINS; JABORANDY, 2017, p. 92)

Na verdade, nos precedentes anteriormente mencionados, o Plenário do STF não discutiu nem se manifestou expressamente sobre o princípio da vedação do retrocesso social, o que impede extrair qualquer entendimento da corte sobre essa questão.

Por sua vez, Flaviano Lima e Luciano Martinez aduzem que: *Embora não haja manifestação inequívoca do pleno do Supremo Tribunal Federal – STF acerca da aplicabilidade do princípio da vedação ao retrocesso, há precedente (ARE 639.337) no qual a 2ª Turma da suprema corte brasileira considera inconstitucional medida adotada pelo Município de São Paulo relativa à matrícula de crianças em creches municipais, sob a justificativa de ofensa ao princípio da vedação ao retrocesso social. Pela pertinência à discussão aqui empreendida, merece citação trecho do voto do Ministro Relator Celso de Mello.* (LIMA; MARTINEZ, 2019, p. 264-265)

No sobredito precedente citado pelos autores, há menção expressa ao princípio da vedação do retrocesso social, todavia este princípio é mencionado retoricamente e não constituiu o fundamento da decisão. Com efeito, o objeto do recurso extraordinário era sentença confirmada por acórdão que obrigava o município de São Paulo a matricular crianças em unidades de ensino infantil próximas de sua residência ou do endereço de trabalho de seus responsáveis legais, sob pena de multa diária por criança não atendida. E o que a 2ª Turma do STF decidiu foi a inconstitucionalidade da omissão do município em concretizar a política pública de educação infantil definida inequivocamente na Constituição Federal, o que violava o mínimo existencial do direito assegurado por aquela política pública¹⁷.

Portanto, os referidos precedentes não permitem extrair

um entendimento do STF sobre as leis supostamente restritivas de direitos sociais na perspectiva do princípio da vedação do retrocesso social. A mesma conclusão se chega após a leitura da análise criteriosa de diversos precedentes feita por Aldacy Rachid Coutinho. (COUTINHO, 2017, p. 17-58)

Assim, a primeira vez que o Plenário do STF se manifestou expressamente sobre o princípio da vedação do retrocesso social para analisar a constitucionalidade de lei supostamente restritiva de direito social, foi na ADI 4350¹⁸, a qual questionava a constitucionalidade das novas regras para o ressarcimento das vítimas de acidentes de trânsito por meio do seguro DPVAT.

Neste precedente, o Plenário do STF assentou o entendimento de que o princípio da vedação do retrocesso não impede a racionalização de políticas sociais já estabelecidas, especialmente quando os agentes públicos atuam para modificar a forma de prestação de assistência social ou serviços públicos já efetivados, sem que isso afete o núcleo essencial do direito assegurado por aquela política pública¹⁹.

Mais recentemente, o STF analisou normas restritivas de Direito Ambiental na ADC 42²⁰, em que realizou o controle de constitucionalidade de diversos dispositivos do novo Código Florestal (Lei n. 12.651/2012). Este precedente é emblemático, pois o referido princípio foi debatido de forma exauriente no Plenário do STF. Vejam-se as manifestações dos Ministros Luis Fux e Carmen Lúcia, que sintetizam o pensamento unânime dos demais ministros:

Do voto do Ministro Luis Fux: *Evidencia-se, à luz do exposto, que a revisão judicial das premissas empíricas que embasam determinada medida regulatória, quanto mais quando editada pelo legislador democrático, não pode ocorrer pela singela e arbitrária invocação de um suposto “retrocesso” na defesa do meio ambiente. Na realidade, os proponentes da denominada “teoria da vedação do retrocesso” entendem existente um estado de inconstitucionalidade quando eliminada determinada norma infraconstitucional ou estrutura material essencial para a concretização mínima de um comando explícito da Carta Magna. Assim, o que se qualifica como veda-*

da é a omissão do Estado quanto ao atendimento do núcleo essencial de uma ordem constitucional inequívoca a ele dirigida – assim decidiu esta Egrégia Corte, v. g., nos seguintes precedentes: ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 2/12/2014; ARE 727864 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 4/11/2014 [...]. Entender como “vedação ao retrocesso” qualquer tipo de reforma legislativa ou administrativa que possa causar decréscimo na satisfação de um dado valor constitucional seria ignorar um elemento básico da realidade: a escassez. Rememore-se que, frequentemente, legisladores e administradores somente poderão implementar avanços na concretização de determinados objetivos constitucionais por meio de medidas que causam efeitos negativos em outros objetivos igualmente caros ao constituinte. O engessamento das possibilidades de escolhas na formulação de políticas públicas, a impedir a redistribuição de recursos disponíveis entre as diversas finalidades carentes de satisfação na sociedade, em nome de uma suposta “vedação ao retrocesso” sem base no texto constitucional, viola o núcleo básico do princípio democrático e transfere indevidamente ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo. Não fosse o suficiente, ainda afasta arranjos mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. [...] Conforme alerta o professor português José Carlos Vieira de Andrade, não se pode admitir, sob a invocação de “retrocesso”, a arbitrária limitação da atividade legislativa no campo semanticamente compatível com o texto constitucional. Não é possível substituir as escolhas democraticamente realizadas no espaço institucional definido pela Carta Magna para tanto, o Congresso Nacional, pelas conveniências particulares dos que foram derrotados naquele debate. [...] Não compete ao Judiciário, repita-se, sobrepor-se arbitrariamente à função do Legislativo de formular políticas públicas mediante escolhas democráticas e não vedadas inequivocamente pelo texto constitucional. Consoante afir-

mei no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105, de minha relatoria, julgada por este Plenário em 1/10/2015, à jurisdição constitucional incumbe a tarefa de encontrar o ponto ótimo de equilíbrio entre estes dois pilares sobre os quais se erige o Estado Democrático de Direito – democracia e constitucionalismo. A depender da calibragem de suas decisões (i.e., atribuindo importância maior a qualquer desses ideais), os tribunais podem tolar a autonomia pública dos cidadãos, substituindo as escolhas políticas de seus representantes por preferências pessoais de magistrados não responsáveis à vontade popular. O alerta deve ser redobrado em situações nas quais o objeto da controvérsia atinge opções legislativas que tenham decorrido de amplo debate nas esferas sociais e parlamentares, sobretudo por impactar diretamente na liberdade de conformação do Legislativo. Os Tribunais não são a sede adequada para reverter o resultado do jogo democrático quando a vontade de certos grupos não for privilegiada pela lei, salvante as hipóteses de claro, específico e direto comando constitucional dirigido ao legislador ou administrador.

Do voto da Ministra Carmen Lúcia: *Em termos gerais, o princípio da proibição do retrocesso impede que o núcleo essencial dos direitos sociais efetivado por medidas legislativas seja simplesmente aniquilado por medidas estatais supervenientes. [...] medidas que restringem direitos sociais ou ecológicos devem ser submetidas a rigoroso controle de constitucionalidade para se avaliar sua proporcionalidade e sua razoabilidade e seu respeito ao núcleo essencial dos direitos socioambientais, sob pena de irreversibilidade dos prejuízos às presentes e futuras gerações.*

Daí é possível concluir que o Plenário do STF entende que o princípio da vedação do retrocesso social não impede a edição de normas restritivas de direitos sociais, desde que respeitem o núcleo essencial desses direitos já efetivado por medidas legislativas e se submetam à proporcionalidade e razoabilidade. Em outras palavras, o STF adota a interpretação intermediária do princípio da vedação

do retrocesso social, em consonância com a maioria da doutrina sobre o assunto.

7.1 O STF E A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA REFORMA DA PREVIDÊNCIA (EMENDA CONSTITUCIONAL N. 103/2019)

A Reforma da Previdência, efetivada pela Emenda Constitucional n. 103/2019, reduziu diversos direitos previdenciários, nivelando a cobertura previdenciária brasileira, em muitos aspectos, aos parâmetros internacionais. (LIMA; MARTINEZ, 2019, p. 279)

Pode-se dizer que essa situação configura aprioristicamente um retrocesso social. Todavia, é sabido que a noção de retrocesso não é inequívoca. A propósito, Gabriel Prado Leal afirma que: *Desse modo, a noção de progresso fica sem um sentido predeterminado. Assume-se abertamente como um reflexo de posições políticas e/ou ideológicas, devendo, por isso mesmo, ser continuamente debatida e submetida ao escrutínio público. Em um mundo plural e diversificado, o progresso é ele mesmo uma pluralidade. Não pode ser apropriado por uma única visão de como é ou deveria ser o mundo. Se a noção de progresso é equívoca, o seu reverso – o retrocesso – também o é. Alguns exemplos podem ajudar a compreender o nosso ponto de vista. Vejamos: (I) a supressão de direitos de servidores públicos é um retrocesso na visão da categoria, mas pode representar um tratamento menos desigual em relação aos trabalhadores da iniciativa privada – lembramos que, em muitos países, servidores públicos constituem um grupo privilegiado, com uma série de vantagens e um bom salário em termos comparativos; (II) a diminuição de benefícios sociais ou a adoção de regras mais rígidas para a sua concessão, em um contexto de escassez crescente, pode significar a transferência de prestações sociais de quem menos precisa para os verdadeiramente necessitados; (III) a instituição de cobrança por serviços públicos que anteriormente eram gratuitos (ou o aumento da taxa cobrada por alguns que já não são) é ruim para o usuário individualmente considerado, mas pode ser um avanço em termos de fonte de custeio; (IV) a flexibilização de regras trabalhistas é certamente um dos temas mais polêmicos dentro desse assunto; por um lado, é um retrocesso para quem está empregado; por outro, pode ser um progresso para uma massa de desempregados e jovens que buscam o primeiro emprego, se as medidas flexibilizadoras acarretarem maior competitividade e dinamismo da economia.* (LEAL, 2016, p. 155-156)

Dai, não é possível afirmar categoricamente que a Emenda Constitucional n. 103/2019 caracteriza um retrocesso social, ainda mais quando se considera o ambiente de crise em torno da previdência social, especialmente seu superdimensionamento no âmbito da seguridade social, com impactos negativos em outras políticas públicas, em virtude da escassez de recursos. Essa circunstância poderia então afastar, por si só, a aplicação da vedação do retrocesso social no controle de constitucionalidade da Reforma da Previdência.

Todavia, embora se reconheça que a Emenda Constitucional n. 103/2019 caracteriza mesmo um retrocesso social em alguns aspectos, na medida em que reduziu direitos previdenciários positivados anteriormente, o Plenário do STF entende que o

princípio da vedação do retrocesso social não impede a edição de normas restritivas de direitos sociais (categoria que abrange os direitos previdenciários), desde que respeitem o núcleo essencial desses direitos já efetivado por medidas legislativas e se submetam à proporcionalidade e razoabilidade.

Não é possível reconhecer que a Emenda Constitucional n. 103/2019 agrediu o núcleo essencial de qualquer direito previdenciário positivado. De fato, o Constituinte derivado não foi nem é tão ingênuo. Nem mesmo no caso das pensões, um dos benefícios previdenciários mais impactados, pode-se concluir que o núcleo essencial foi atingido. Talvez se possa argumentar que a restrição imposta à pensão é desproporcional em algumas situações, por exemplo, quando o segurado morre em atividade, vale dizer, antes de se aposentar, situação em que a redução do valor da pensão é bastante significativa, se considerado o valor anterior à Reforma da Previdência. Contudo, o parâmetro normativo anterior não parece ser o mais adequado para verificar a proporcionalidade da medida.

Por conseguinte, afigura-se pouco provável que o STF aplique, no controle de constitucionalidade da Emenda Constitucional n. 103/2019, o princípio da vedação do retrocesso social como fundamento para reconhecer a inconstitucionalidade de algum dispositivo atacado. Não se pretende dizer que a Reforma da Previdência é constitucional na sua totalidade. Absolutamente²¹. O que se pretende concluir nesta pesquisa, com base na doutrina e na jurisprudência do STF, é que, diante do ambiente de crise no qual sobreveio a Emenda Constitucional n. 103/2019, a Reforma da Previdência não agride o princípio da vedação do retrocesso social.

8 CONCLUSÃO

De tudo quanto foi exposto, pode-se extrair as seguintes conclusões:

[I] É possível reconhecer a existência de uma jurisprudência de crise no âmbito do STF, a exemplo das decisões judiciais relacionadas à crise do racionamento de energia elétrica e à crise da pandemia do novo coronavírus.

[II] No âmbito da jurisprudência de crise, há de se adotar uma interpretação constitucional aberta, relativizando a normatividade da Constituição Federal em face das circunstâncias, de modo que o controle de constitucionalidade das medidas adotadas pelos Poderes Executivo e Legislativo, no ambiente de crise, deve considerar os fatos antecedentes e consequentes à solução adotada, a fim de verificar sua proporcionalidade e razoabilidade, prestigiando, sempre que possível, as soluções alviadas pelos poderes competentes.

[III] A previdência social no Brasil caracteriza um ambiente de crise e, para controlar ou afrontar essa crise, foi implementada a Reforma da Previdência concretizada pela Emenda Constitucional n. 103/2019, que reduziu diversos direitos previdenciários.

[IV] O STF entende que a vedação do retrocesso social não impede a edição de normas restritivas de direitos sociais, desde que respeitem o núcleo essencial desses direitos já efetivado por medidas legislativas e se submetam à proporcionalidade e razoabilidade.

[V] Diante do ambiente de crise no qual sobreveio a Emenda

Constitucional n. 103/2019, a Reforma da Previdência não agride o princípio da vedação do retrocesso social, de maneira ser improvável que o STF reconheça a inconstitucionalidade de algum dispositivo com base nesse princípio.

NOTAS

- 1 Sobre o assunto: *Em 2001, a população brasileira foi obrigada a mudar seus hábitos de consumo de energia drasticamente. O motivo? O risco iminente de corte de energia elétrica em todo o País, um fenômeno que ficou conhecido como apagão. [...] O que marcou a população foram as medidas do governo federal para forçar os brasileiros a racionar energia. A partir de 1º de julho de 2001, os consumidores tiveram que cortar voluntariamente 20% do consumo de eletricidade, caso contrário, teriam um aumento no valor da energia. Segundo o plano, quem consumisse até 100 quilowatts/hora por mês (30% dos lares brasileiros) não precisaria economizar nada. Acima dessa faixa, a redução era obrigatória e os que não aderissem ao pacote corriam o risco de ter a luz cortada – por três dias na primeira infração e seis dias em caso de reincidência. O governo ainda impôs uma sobretaxa às contas de energia que fossem superiores a 200 quilowatts/hora por mês, pagando 50% a mais sobre o que excedesse a esse patamar. Haveria uma segunda sobretaxa, de 200%, para as contas acima de 500 quilowatts.* (Disponível em: <<https://brasilecola.uol.com.br/historiab/apagao.htm>>. Acesso em: 6 nov.2020)
- 2 José Roberto Rodrigues Afonso assim define crise: *Outro era o caso da crise, que provocava a ruptura das expectativas: as opiniões de empresários e investidores não mais se dividiam, mas convergiam em torno de rompimento das convenções. [...] A crise resultaria de um avanço nas expectativas negativas ate ao ponto em que a incerteza se tornasse tão grande que o imponderável passava a prevalecer e decorreria um colapso do cálculo capitalista: a decisão dos agentes econômicos seria parar de investir, quando não até mesmo de produzir. Já não mais era observada na economia uma mera flutuação mas sim teria ocorrido uma ruptura da ordem.* (AFONSO, 2012, p. 25-26)
- 3 **AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE. MEDIDA PROVISÓRIA n. 2.152-2, DE 1º DE JUNHO DE 2001, E POSTERIORES REEDIÇÕES. ARTIGOS 14 A 18. GESTÃO DA CRISE DE ENERGIA ELÉTRICA. FIXAÇÃO DE METAS DE CONSUMO E DE UM REGIME ESPECIAL DE TARIFAÇÃO.** 1. O valor arrecadado como tarifa especial ou sobretarifa imposta ao consumo de energia elétrica acima das metas estabelecidas pela Medida Provisória em exame será utilizado para custear despesas adicionais, decorrentes da implementação do próprio plano de racionamento, além de beneficiar os consumidores mais poupadores, que serão mercedores de bônus. Este acréscimo não descaracteriza a tarifa como tal, tratando-se de um mecanismo que permite a continuidade da prestação do serviço, com a captação de recursos que

têm como destinatários os fornecedores/concessionários do serviço. Implementação, em momento de escassez da oferta de serviço, de política tarifária, por meio de regras com força de lei, conforme previsto no artigo 175, III, da Constituição Federal. 2. Atendimento aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, tendo em vista a preocupação com os direitos dos consumidores em geral, na adoção de medidas que permitam que todos continuem a utilizar-se, moderadamente, de uma energia que se apresenta incontestavelmente escassa. 3. Reconhecimento da necessidade de imposição de medidas como a suspensão do fornecimento de energia elétrica aos consumidores que se mostrarem insensíveis à necessidade do exercício da solidariedade social mínima, assegurada a notificação prévia (art. 14, § 4º, II) e a apreciação de casos excepcionais (art. 15, § 5º). 4. Ação declaratória de constitucionalidade cujo pedido se julga procedente. (STF, ADC 9, Relator(a) p/ Acórdão: ELLEN GRACIE, Tribunal Pleno, julgado em 13/12/2001)

- 4 Julgadas parcialmente procedentes pelo Plenário do STF, em 17 de dezembro de 2020, para conferir interpretação conforme à Constituição ao art. 3º, inciso III, "d", da Lei n. 13.979/2020, fixando a seguinte tese: (I) A vacinação compulsória não significa vacinação forçada, porquanto facultada sempre a recusa do usuário, podendo, contudo, ser implementada por meio de medidas indiretas, as quais compreendem, dentre outras, a restrição ao exercício de certas atividades ou à frequência de determinados lugares, desde que previstas em lei, ou dela decorrentes, e (II) tenham como base evidências científicas e análises estratégicas pertinentes, (III) venham acompanhadas de ampla informação sobre a eficácia, segurança e contraindicações dos imunizantes, (IV) respeitem a dignidade humana e os direitos fundamentais das pessoas, (V) atendam aos critérios de razoabilidade e proporcionalidade e (VI) sejam as vacinas distribuídas universal e gratuitamente; e (VII) tais medidas, com as limitações acima expostas, podem ser implementadas tanto pela União como pelos Estados, Distrito Federal e Municípios, respeitadas as respectivas esferas de competência.
- 5 Ainda que se reconheça o quão desafiador é fazer previsões. A propósito, Philip E. Tetlock e Dan Gardner salientam que todos nós fazemos previsões. Quando pensamos em mudar de trabalho, casar, comprar uma casa, fazer um investimento, lançar um produto ou nos aposentar, tomamos a decisão com base no modo como esperamos que o futuro se desenrole. Essas expectativas são previsões. Muitas vezes, nós as fazemos por conta própria. Mas quando há grandes acontecimentos – quebras de mercados, guerras iminentes, líderes na corda bamba –, recorremos aos especialistas. [...] Há espaço de sobra para destacar pontos de vista razoáveis entre os detratores e os defensores dos especialistas e suas previsões. [...] Além disso, existem limites para a antevisão que talvez sejam intransponíveis. Nosso desejo de ver o futuro sempre excederá nosso alcance. Mas os detratores vão longe demais quando menosprezam qualquer previsão como uma empreitada vã. Acredito ser possível enxergar o futuro, ao menos em algumas situações e

até certo ponto, e que qualquer pessoa inteligente, de mente aberta e adepta do trabalho árduo pode cultivar habilidades necessárias. (TETLOCK; GARDNER, 2016, e-book)

- 6 Inclusive já existem ações judiciais que questionam a Reforma da Previdência com fundamento na violação ao princípio da vedação do retrocesso social, a exemplo da seguinte ação noticiada pelo STF em 17 de abril de 2020: **Associação de delegados da PF ajuíza duas ações contra Reforma da Previdência.** A Associação Nacional dos Delegados de Polícia Federal ajuizou no Supremo Tribunal Federal (STF) duas ações diretas de inconstitucionalidade (ADIs 6384 e 6385) contra dispositivos da Reforma da Previdência (Emenda Constitucional 103/2019). As ações foram distribuídas ao ministro Luís Roberto Barroso, relator de outras ações que questionam a mesma norma. [...] **Pensão por morte.** Na ADI 6385, o objeto de questionamento é o artigo 23 da emenda, que prevê a forma de cálculo da pensão por morte de servidores públicos federais a seus dependentes. Pela reforma, o valor será correspondente a uma cota familiar de 50% do valor da aposentadoria do falecido ou da que teria direito caso se aposentasse por incapacidade permanente na data da morte. A esse montante, é acrescida a cota de 10% por dependente, até o limite de 100%, ainda que haja mais de cinco. A associação sustenta ainda que, na hipótese de óbito de servidor ativo, a parcela devida aos dependentes será calculada sobre parte da última remuneração percebida por ele, o que implica nova proporcionalidade do benefício. Ou seja, não bastasse a minoração em razão do pagamento por cotas, essas cotas incidirão sobre valor bem inferior ao que antes era recebido para pagamento das despesas ordinárias da família, alega. Segundo a entidade, a medida viola os princípios constitucionais da vedação ao retrocesso social, da dignidade da pessoa humana e da proteção da família. (Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=441603>>. Acesso em: 6 nov. 2020).
- 7 Como o princípio da maioria de Jeremy Waldron. Sobre esse princípio, confira-se, entre outros, Oliveira (2020, p. 55-63).
- 8 *A ética utilitarista de maximização da utilidade social defende a promoção de um agregado de bem-estar geral mesmo que em detrimento de direitos fundamentais. Uma ação legislativa, por exemplo, é justificada quando (pretensamente) a maioria se beneficiará de tal medida, não sendo avaliado o impacto negativo às minorias. O utilitarismo respalda as medidas que são adotadas com objetivos de preservação de um interesse social geral, fundado em critérios agregados de desenvolvimento (renda per capita nacional, PIB per capita), não se levando em conta a situação específica dos socialmente excluídos.* (SAVARIS, 2010, p. 25)
- 9 Isso denomina-se "consequencialismo jurídico". Deveras, o consequencialismo jurídico é uma "postura, interpretativa ou cognitiva, tendente a considerar as consequências de ato, teoria ou conceito", pelo qual a decisão que o acolher deverá fundamentadamente apresentar as respectivas consequências jurídicas. Estas, por sua vez, são estados imediatos ou imediatamente futuros e devem ser

- identificadas na respectiva decisão (BRANDÃO; FARAH, 2020, p. 835).
- 10 Art. 20. Nas esferas administrativa, controladora e judicial, não se decidirá com base em valores jurídicos abstratos sem que sejam consideradas as consequências práticas da decisão.
- 11 STF, Pet 8002 AgR, Relator(a): LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 12/3/2019.
- 12 STF, MC-ADIn 6.363/DF, Pleno, Rel. p/o Ac. Min. Alexandre de Moraes, julgado em 17/4/2020.
- 13 *O debate acerca da força normativa da Constituição só chegou ao Brasil, de maneira consistente, ao longo da década de 1980, tendo enfrentado as resistências previsíveis. Além das complexidades inerentes à concretização de qualquer ordem jurídica, padecia o país de patologias crônicas, ligadas ao autoritarismo e à insinceridade constitucional. Não é surpresa, portanto, que as Constituições tivessem sido, até então, repositórios de promessas vagas e de exortações ao legislador infraconstitucional, sem aplicabilidade direta e imediata. Coube à Constituição de 1988, bem como à doutrina e à jurisprudência que se produziram a partir de sua promulgação, o mérito elevado de romper com a posição mais retrógrada.* (BARROSO, 2005, p. 1-42)
- 14 Nessa mesma linha, a exposição de motivos apresentada pelo Ministro da Economia, Paulo Guedes, em meados de 2019, para justificar a elaboração de proposta de emenda constitucional: *O nível de despesa previdenciária brasileira revela-se destoante da experiência internacional. Tal situação dificulta a alocação de recursos para outras políticas públicas, pressiona a carga tributária e o endividamento público. Em 2017, a despesa pública com previdência chegou ao patamar de R\$ 890,7 bilhões, que representam 13,6% do PIB. Tal dado considera a despesa do RGPS, do RPPS da União, despesa com militares (reserva, reforma e pensão) e RPPS de Estados e Municípios. O déficit agregado chegou a R\$ 362,6 bilhões (5,5% do PIB). Se também for considerada a despesa com BPC/LOAS, a despesa atinge 14,4% do PIB (R\$ 944 bilhões).* Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Projetos/Exp-Motiv/REFORMA%202019/ME/2019/00029.htm>. Acesso em: 14 jan. 2021.
- 15 Sobre a justiça distributiva, Fábio Alves Gomes de Oliveira salienta, com base na doutrina de Ronald Dworkin, que a justiça é conquistada no momento em que todos os indivíduos alcançarem uma organização que proporcione a mesma capacidade aquisitiva entre os participantes do contrato. (OLIVEIRA, Fábio Alves Gomes de. *Justiça e igualdade em Ronald Dworkin: o leilão hipotético e a divisão igualitária de recursos.* Disponível em: <<https://revistas.ufrj.br/index.php/Redescrioes/article/view/15207>>. Acesso em: 24 nov. 2020, p. 23-29.
- 16 *Não é de hoje que se fala na transição de um modelo jurídico formalista baseado em regras para um modelo aberto baseado em princípios. Segundo muitos autores, cuida-se de uma decorrência da publicização do direito (que mudou o seu eixo fundamental do direito privado para o público), da constitucionalização abrangente e do reconhecimento da força normativa dos princípios jurídicos. Assim, generalizou-se na jurisprudência a aplicação do teste da "proporcionalidade" e do critério da "ponderação" para a solução de conflitos jurídicos que envolvem a incidência de princípios e de outras normas consideradas "vagas" – precisamente os casos que são chamados, na doutrina, de "difíceis".* (LEAL, 2016, p. 117-118)
- 17 A propósito, confira-se o seguinte trecho da ementa: *DESCUMPRIMENTO DE POLÍTICAS PÚBLICAS DEFINIDAS EM SEDE CONSTITUCIONAL: HIPÓTESE LEGITIMADORA DE INTERVENÇÃO JURISDICIONAL. O Poder Público, quando se abstém de cumprir, total ou parcialmente, o dever de implementar políticas públicas definidas no próprio texto constitucional, transgredir, com esse comportamento negativo, a própria integridade da Lei Fundamental, estimulando, no âmbito do Estado, o preocupante fenômeno da erosão da consciência constitucional. Precedentes: ADI 1.484/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g. A inércia estatal em adimplir as imposições constitucionais traduz inaceitável gesto de desprezo pela autoridade da Constituição e configura, por isso mesmo, comportamento que deve ser evitado. É que nada se revela mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente, ou, então, de apenas executá-la com o propósito subalterno de torná-la aplicável somente nos pontos que se mostrarem ajustados à conveniência e aos desígnios dos governantes, em detrimento dos interesses maiores dos cidadãos. [...] A CONTROVÉRSIA PERTINENTE À "RESERVA DO POSSÍVEL" E A INTANGIBILIDADE DO MÍNIMO EXISTENCIAL: A QUESTÃO DAS "ESCOLHAS TRÁGICAS". A destinação de recursos públicos, sempre tão dramaticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras "escolhas trágicas", em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental. Magistério da doutrina. A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana. Doutrina. Precedentes. – A noção de "mínimo existencial", que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, inciso III, e art. 3º, inciso III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV). (STF, ARE 639337 AgR, Relator(a): CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/8/2011).*
- 18 STF, ADI 4350, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 23/10/2014.
- 19 A propósito, confira-se o seguinte trecho do voto do relator: *O Requerente da ADI n. 4.350 sustenta que as normas conjuradas acarretam uma ofensa ao princípio de vedação ao retrocesso, diante da imposição constitucional de ampliação dos direitos fundamentais sociais, bem como uma ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana. Em primeiro lugar, o princípio da dignidade da pessoa humana, que se difundiu mundialmente como princípio a partir da segunda metade do século passado e que é tão relevante nos dias de hoje, não pode ser banalizado como se pretende, sob pena de ter sua efetividade injustamente reduzida. É que estamos diante da impugnação de normas legais que alteram a forma de pagamento do seguro DPVAT, sem que isso reduza o ser humano à condição de mero objeto, essência das ideias gravitantes em torno do princípio da dignidade da pessoa humana. A alegação genérica de ofensa à dignidade da pessoa humana não pode descaracterizar o escopo de proteção proporcionado pelo referido princípio. [...] O princípio da vedação ao retrocesso social não pode impedir o dinamismo da atividade legiferante do Estado, mormente quando não se está diante de alterações prejudiciais ao núcleo fundamental das garantias sociais. As alterações legais ora impugnadas destinaram-se à racionalização das políticas sociais já estabelecidas e tocantes ao seguro DPVAT e não afetaram desfavoravelmente o núcleo essencial de direitos sociais prestados pelo Estado, porquanto modificaram apenas marginalmente os contornos do seguro DPVAT para viabilizar a sua subsistência.*
- 20 STF, ADC 42, Relator(a): LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 28/2/2018.
- 21 A título ilustrativo, merece registro o entendimento de José Antonio Savaris e Victor Roberto Corrêa de Souza sobre a inconstitucionalidade das rígidas regras de transição para as aposentadorias voluntárias trazidas pela Emenda Constitucional n. 103/2019, fixadas com base no utilitarismo de eficiência do sistema, mas que agredem os princípios da proteção da confiança e da boa-fé objetiva, os quais emprestam forma à segurança jurídica. Como salientam os autores, *Em última análise, a alteração a cada tempo – ou a cada crise fiscal – dos parâmetros normativos para a concessão de aposentadorias voluntárias, com a absoluta desconsideração de regras*

transitórias anteriormente estabelecidas, consubstancia frustração de expectativas firmadas por longos períodos de tempo e situação de incerteza jurídica inaceitável, a ponto de ninguém mais poder afirmar, com razoável segurança, quando ou se um dia adquirirá o direito previdenciário que constitucionalmente lhe fora prometido. Portanto, propiciar igualdade e defender a eficácia de fatos realizados em regimes legais anteriores, mas ainda não consumados, deve ser uma preocupação presente em qualquer debate sobre segurança jurídica e direito adquirido. E é nesse ponto que reside uma importante lacuna da nossa dogmática constitucional. (SAVARIS; SOUZA, 2019, p. 913-941)

REFERÊNCIAS

- AFONSO, José Roberto Rodrigues. *Keynes, crise e política fiscal*. Saraiva: São Paulo, 2012.
- AGOSTINHO, Theodoro Vincente; SALVADOR, Sérgio Henrique; SILVA, Ricardo Leonel. *A fragilidade argumentativa do déficit como justificativa central da proposta de reforma da previdência social (PEC 06/2019) e seus reflexos no ideário da efetividade dos direitos fundamentais*. *Revista Juris Plenum Previdenciária*, Caxias do Sul, ano 71, n. 27, p. 109-132, ago. 2019.
- ALMEIDA, Tatiana Conceição Fiore de. *Contextualização das microrreformas previdenciárias face ao princípio da vedação de retrocesso social*. *Revista Síntese Direito Previdenciário*, Porto Alegre, v. 15, n. 72, p. 51-67, maio/jun. 2016.
- AZEVEDO, Bernardo Montalvão Varjão de. A pandemia do coronavírus observada a partir da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann: breves considerações. *Revista CEJ*, Brasília, DF, ano 24, n. 79, p. 16-21, jan./jul. 2020. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2567/2419>. Acesso em: 2 nov. 2020.
- BARCELOS, Ana Paula de. *Legitimação dos direitos humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luis Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil)*. Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr./jun. 2005. Disponível em: <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618/44695>. Acesso em: 2 nov. 2020.
- BRANDÃO, Rodrigo; FARAH, André. *Consequencialismo no Supremo Tribunal Federal: uma solução pela não surpresa*. Revista de Investigações Constitucionais, Curitiba, v. 7, n. 3, p. 831-858, set./dez. 2020. Disponível em: <https://revistas.ufpr.br/rinc/article/view/71771/42003>. Acesso em: 20 nov. 2020.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 2. reimpr. Coimbra: Almedina, 2007.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. *Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira*. *Revista de Direito Social*, Porto Alegre, v. 8, n. 31, p. 47-76, jul./set. 2008.
- CASTRO, Carlos Alberto Pereira de; LAZZARI, João Batista. *Manual de direito previdenciário*. Rio de Janeiro: Forense, 2017.
- COUTINHO, Aldacy Rachid. Retrocesso social em tempos de crise ou haverá esperança para o direito do trabalho?: uma análise da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal. *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, São Paulo, v. 83, n. 3, p. 17-58, jul./set. 2017.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Renovar: Rio de Janeiro, 2007.
- FRANCO NETO, Georgeron de Sousa. A irretroatividade dos direitos humanos e a teoria dos sistemas luhmannianos. *Revista do Direito do Trabalho*, São Paulo, v. 44, n. 193, p. 43-57, set. 2018.
- FREITAS, Myller Claudino de. A reforma da previdência e a vedação ao retrocesso social a partir da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969. *Revista Científica Disruptiva*, Recife, v. 1, n. 3, p. 41-56, jul./dez. 2019. Disponível em: <http://revista.cers.com.br/ojs/index.php/revista/article/view/46/26>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- HORVATH JÚNIOR, Miguel; MÉDICI, Fernando Henrique. Direitos previdenciários e o princípio da justiça intergeracional. *Juris Plenum Previdenciária*, Caxias do Sul, v. 7, n. 28, p. 67-86, nov. 2019.
- LEAL, Gabriel Prado. A (re)construção dos direitos sociais no século XXI: entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, DF, v. 53, n. 211, p. 143-166, jul./set. 2016. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p143.pdf. Acesso em: 14 nov. 2020.
- LEAL, Gabriel Prado. *Direitos humanos sociais e jurisprudência de crise: um estudo a partir do caso "Da Conceição Mateus e Santos Januário versus Portugal"*. *Revista da AGU*, Brasília, DF, v. 15, n. 2, p. 93-126, abr./jun. 2016. Disponível em: <https://seer.agu.gov.br/index.php/AGU/article/view/645/700>. Acesso em: 8 nov. 2020.
- LIMA, Flaviano; CARREIRO, Luciano Dorea Martinez. A reforma previdenciária em face do princípio da vedação ao retrocesso social. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 108, n. 1006, p. 257-285, ago. 2019.
- MACEDO, Alan da Costa. A educação previdenciária no contexto das reformas da previdência pública brasileira: uma hipótese lógico-indutiva sob as perspectivas filosóficas de Pierre Bourdieu e de Michel Foucault. *Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região*, Brasília, DF, v. 32, n. 1, p. 29-43, abr. 2020. Disponível em: <https://revista.trf1.jus.br/trf1/article/view/158/121>. Acesso em: 8 nov. 2020.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MARTINS, Daniel Vaqueiro Menezes; JABORANDY, Clara Cardoso Machado. Vedação ao retrocesso social: uma análise comparada entre o contexto da jurisprudência de crise em Portugal e a crise econômica brasileira. *Revista Jurídica da UFERSA: REJUR*, Mossoró, v. 1, n. 2, p. 87-100, ago./dez. 2017. Disponível em: <https://periodicos.ufersa.edu.br/index.php/rejur/article/view/7317/pdf>. Acesso em: 8 nov. 2020.
- MENDES, Gilmar Ferreira. Jurisprudência de crise e pensamento do possível: caminhos constitucionais. *Consultor Jurídico: Conjur*, São Paulo, 11 abr. 2020. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2020-abr-11/observatorio-constitucional-jurisprudencia-crise-pensamento-possivel-caminhos-solucoes-constitucionais>. Acesso em: 14 nov. 2020.
- MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- NASSAR, Elody Bουλhosa. *Previdência social na era do envelhecimento*. São Paulo: Saraiva, 2014. *E-book*.
- OLIVEIRA, Fábio Alves Gomes de. Justiça e igualdade em Ronald Dworkin: o leilão hipotético e a divisão igualitária de recursos. *Redescrições: Revista do GT Pragmatismo e Filosofia Americana*, Rio de Janeiro, v.2, n. 4, p. 23-29, 2011. Disponível em: <https://revistas.ufrj.br/index.php/Redescrioes/article/view/15207>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- OLIVEIRA, José Flávio Fonseca de. A criminalização da homofobia pelo Supremo Tribunal Federal: o uso da leitura moral de Ronald Dworkin em detrimento do princípio da maioria de Jeremy Waldron. *Revista CEJ*, Brasília, DF, ano 24, n. 79, p. 55-63, jan./jul. 2020. Disponível em: <https://revistacej.cjf.jus.br/cej/index.php/revcej/article/view/2570/2423>. Acesso em: 24 nov. 2020.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). *Observatório da Jurisdição Constitucional*, Brasília, DF, ano 7, n. 1, p. 168-189, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em: 9 nov. 2020.
- POSNER, Richard. *Direito, pragmatismo e democracia*. Rio de Janeiro: Forense, 2010.
- REIS, José et al. *A economia política do retrocesso: crise, causas e objetivos*. Coimbra: Almedina, 2014. *E-book*.
- SANTOS, Erico Sanches Ferreira dos; MALISKA, Marcos Augusto. A reforma da previdência (PEC nº 06/2019) e a justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais no âmbito do direito internacional. *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Porto Alegre, n. 52, p. 38-59, ago./set. 2019.
- SANTOS, Marcus Gouveia dos. Vedação do retrocesso social: reflexões gerais em um período de crise econômica. *Revista Jurídica Luso-Brasileira*, Lisboa, v. 2, n. 5, p. 939-980, set./dez. 2017.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: contributo para um balanço aos vinte anos da Constituição Federal de 1988. Brasília, DF, 1 set. 2008. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/processoAudienciaPublicaSaude/anexo/artigo_Ingo_DF_sociais_PETROPOLIS_final_01_09_08.pdf. Acesso em: 11 nov. 2020.
- SAVARIS, José Antonio. *Uma teoria da decisão judicial da previdência social: contributo para superação da prática utilitarista*. 2010. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2010.
- SAVARIS, José Antonio; SOUZA, Víctor Roberto Corrêa de. Tutela jurídica dos direitos sociais em formação na PEC da “nova previdência”: uma análise do tratamento conferido às aposentadorias voluntárias. *Revista Novos Estudos Jurídicos*, Itajaí, SC, v. 24, n. 3, p. 913-941, 2019. Disponível em: <https://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/15503>. Acesso em: 15 jan. 2021.
- SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo: Malheiros, 1996.
- STRAPAZZON, Carlos Luiz. A dança dos números da previdência social: revisitando a auditoria do TCU de 2017. *Espaço Jurídico Journal of Law [EJLL]*, Joaçaba, SC, v. 20, n. 1, p. 137-172, jan./jun. 2019. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/12749/12495>. Acesso em: 10 nov. 2020.
- TETLOCK, Philip E.; GARDNER, Dan. *Superprevisões: a arte e a ciência de antecipar o futuro*. Tradução: Cássio de Arantes Leite. Rio de Janeiro: Objetiva, 2016. *E-book*.

Artigo recebido em 28/3/2021.

Artigo aprovado em 20/5/2021.

Roberto Luis Luchi Demo é Juiz Federal da Terceira Turma Recursal da Bahia. Mestrando em Direito. Especialista em Direito Processual Civil.