

**UNIVERSIDADE ESTADUAL DO NORTE DO PARANÁ**

CAMPUS DE JACAREZINHO - CENTRO DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM CIÊNCIA JURÍDICA

Doutorado

**PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO SEGURO SOCIAL  
BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS  
DE LUHMANN**

**DIEGO NASSIF DA SILVA**

**JACAREZINHO - PARANÁ**

**2020**

# **PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO SEGURO SOCIAL BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN**

**DIEGO NASSIF DA SILVA**

Tese de Doutorado apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, como requisito parcial à obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica

Área de Concentração:  
Teorias da Justiça: Justiça e Exclusão

Linha de Pesquisa:  
Estado e Responsabilidade: Questões Críticas

Orientador:  
Prof. Dr. Vladimir Brega Filho

**JACAREZINHO - PARANÁ**

**2020**

Autoriza-se a reprodução e divulgação total e parcial deste trabalho, por qualquer meio convencional, eletrônico ou concernente, para fins de estudo e pesquisa, desde que citada a fonte.

Este trabalho é publicado nos termos da seguinte licença:



*Creative Commons*

**Atribuição - Não Comercial 4.0 Internacional (CC BY - NC 4.0)**

Licença disponível em

[https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt\\_BR](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/deed.pt_BR)

Silva, Diego Nassif da

Sv414v

PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO SEGURO SOCIAL  
BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE  
LUHMANN / Diego Nassif da Silva; orientador Vladimir Brega Filho.  
-- Jacarezinho, 2020.

390 p.

Tese (Doutorado – Doutorado em Direito) – Universidade Estadual  
do Norte do Paraná, 2020.

1. proibição de retrocesso. 2. proteção da confiança. 3. seguro social  
brasileiro 4. teoria dos sistemas. 5. Luhmann. I. Brega Filho, Vladimir,  
orient. II. Título.

# **PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO SEGURO SOCIAL BRASILEIRO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN**

**DIEGO NASSIF DA SILVA**

Esta TESE DE DOUTORADO foi julgada adequada para a obtenção do título de Doutor em Ciência Jurídica e aprovada em sua forma final pela Coordenação do Programa de Pós-Graduação em Ciência Jurídica da Universidade Estadual do Norte do Paraná, nos termos do regulamento do Programa.

Jacarezinho/PR, em 17 de abril de 2020.

**BANCA EXAMINADORA**

---

Prof. Dr. Vladimir Brega Filho - UENP (Orientador)

---

Prof. Dr. Fernando de Brito Alves – UENP

---

Prof. Dr. Jairo Neia Lima - UENP

---

Prof. Dr. Fausto Santos de Moraes - IMED

---

Prof. Dr. Sérgio Tibiriçá Amaral - TOLEDO PRUDENTE

*A quem confiou em mim, mesmo quando eu não.*

*Isso não foi racional, e fez todo o sentido.*

## AGRADECIMENTOS

Desde muito cedo desejava tornar-me projetista, unir forma e função. Mais tarde passei a gostar de filosofia e política, me interessando em saber a razão das ordens e as ordens da razão. Com o presente estudo jurídico posso dizer que foram unidos de um modo muito inesperado esse gosto e esse desejo. E, se assim se tornou possível, me conferindo grande felicidade e satisfação, é porque sou há tempos o ponto de influxo de muitas e poderosas contribuições. Não se trata de fazer agradecimentos; eu quero comunicar a minha gratidão às pessoas que fizeram parte disso.

Sou grato aos meus pais, vigários de um Deus de amor no meu mundo. Sou grato à minha esposa, carne da minha carne, e aos meus irmãos, personificação da alteridade e do afeto. Sou grato à minha sobrinha, luz do amanhã, aos meus cunhados e aos demais membros, humanos ou não, da família. Me dói o tempo que lhes neguei.

Sou grato ao meu orientador, cuja serenidade e sabedoria é fonte inesgotável de aprendizado, auxiliando-me a caminhar em meu próprio caminho como cientista, cidadão e ser humano.

Sou grato aos professores que tive: na escola, a exemplo da Profa. Denise Almeida Dias e do Prof. José Cesar Bento; na graduação, como o Prof. Dr. Jaime Domingues Brito e o Prof. Adriano Mantovani; na pós-graduação, como o Prof. Dr. Eduardo Cambi e o Prof. Dr. Reinerio Antônio Lérias; e, agora, no doutorado, com os Professores Doutores Edinilson Donisete Machado, Fausto Santos de Moraes, Fernando de Brito Alves, Gilberto Giacoia, Ilton Garcia Costa, José Manuel Aroso Linhares, Oswaldo Giacoia Júnior, Rafael Lazzarotto Simioni, Samuel Rodríguez Fernández, Valter Foletto Santin e Vladimir Brega Filho, meu orientador.

Sou grato aos membros das bancas de qualificação e defesa pelas contribuições e pela atenção dedicadas ao aperfeiçoamento do meu fazer acadêmico.

Sou grato aos meus colegas de turma, Aline, Daniel, Décio e Sâmia, através dos quais manifesto minha gratidão a todos os demais companheiros de jornada acadêmica.

Sou grato aos funcionários e alunos de graduação e pós-graduação de Direito da Universidade Estadual do Norte do Paraná – UENP, o que transmito nas pessoas de Zezé, de Maria Natalina e da Magnífica Reitora Professora Fátima Aparecida da Cruz Padoan.

Sou grato à minha família da Justiça Federal, em especial ao Exmo. Juiz Federal Rogério Cangussu Dantas Cachichi, cujo fraternal apoio e incentivo foram determinantes.

Sou grato aos alunos e colegas de docência da FEATI/UNIESP/UNIBRASIL, em Ibatí.

Sou grato aos amigos de longa data, a exemplo de Moisés Evangelista, e aos mais recentes, como Lucas Antonio Saran, Douglas Alexandre Rodrigues e Renan Pugliesi.

Sou grato a todos que me apoiaram e colaboraram de alguma forma para este momento.

Sou grato a você, por se interessar na leitura deste texto, dando vida nova ao registro por onde também me apresento, me reproduzo, me torno quem sou.

*“Form follows function’ is mere dogma  
until you realize the higher truth that  
form and function are one.”*

(Frank Lloyd Wright, *The Natural House*, 1954).

SILVA, Diego Nassif da. **Proibição de retrocesso no seguro social brasileiro a partir da teoria dos sistemas de Luhmann**. 2020. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP), Jacarezinho, 2020.

## RESUMO

Trata-se de pesquisa jurídico-científica que, face o problema de como compreender e aplicar o princípio de proibição de retrocesso acerca da reforma do seguro social brasileiro, defende a tese de que a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann proporciona critério jurídico adequado. Veicula-se por pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, ora exploratória e ora panorâmica, conduzindo o raciocínio de modo ora indutivo e ora sistêmico, dispondo de técnicas de documentação direta, indireta, intensiva e extensiva, sem prejuízo de documentação oficial, estatística, jornalística, artística e de outras ciências em recorte científico não dissociado da complexidade humana, social e ambiental. Desenvolve-se em quatro etapas. Primeiro, contextualiza o estudo na crise demográfica que tem justificado economicamente propostas restritivas de direitos sociais-securitários com dados da realidade e de um retrospecto de onde a sociedade, influenciada por embates políticos e ideológicos, gera expectativas em torno da proibição de retrocesso, desafiando uma resposta pelo direito. Segundo, investiga as origens do princípio e seu desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial em Portugal, a partir de onde veio influenciar doutrina e jurisprudência nacionais, analisadas em sequência. Diante das dificuldades encontradas na definição de retrocesso juridicamente proibido e sua distinção dos princípios constitucionais correlatos de segurança jurídica e de proteção da confiança legítima, propõe a teoria luhmanniana como arcabouço teórico válido a amparar solução jurídica. Terceiro, seleciona elementos da teoria luhmanniana afetos à pesquisa, iniciando pela exposição do modo de fazer sistêmico e suas bases científicas, cibernéticas e sociológicas, incursionando, após, sobre os mais relevantes aspectos da sua teoria acerca do sistema de direito e da confiança como mecanismo social redutor de complexidade. Quarto, aplica os resultados sobre a realidade do direito brasileiro, iniciando pela função da confiança para o sistema de direito e seu equivalente funcional na forma de princípio jurídico. Da distinção com os princípios jurídicos da proteção da confiança legítima e da segurança jurídica, fixa os fundamentos, os limites e o sentido do princípio constitucional de proibição de retrocesso no sistema de direito brasileiro. Somando-se às conclusões anteriores, organiza os critérios de aplicação, inclusive junto aos direitos fundamentais sociais prestacionais do sistema de seguro social brasileiro em tempos de crise demográfica, econômica e política. Conclui pela confirmação da hipótese, de modo que: retrocesso é a frustração de expectativas normativas anteriormente validadas pelo próprio sistema de direito; retrocesso juridicamente proibido é o retrocesso não conforme o direito; e proibição de retrocesso é o princípio jurídico-constitucional implícito reconhecido pela doutrina e pela jurisprudência nacionais que, em vista da prestação de segurança jurídica e no âmbito da proteção da confiança legítima, face a medidas estatais restritivas da efetivação de direitos fundamentais, incluindo os prestacionais vinculados às contingências sociais, atribui-lhes a condição de categoria suspeita e deflagra controle de constitucionalidade. Tal controle vincula-se, condicional e proporcionalmente à confiança frustrada e ao nível de efetivação do direito restringido, a argumentos de limitação material ou cognitiva e, nessa reserva, a meios alternativos ou compensatórios, nisso não sendo dado ao sistema jurídico operar em corrupção sistêmica, mesmo quando em projeção de consequências das opções político-democráticas.

Palavras-chave: 1. proibição de retrocesso. 2. proteção da confiança. 3. seguro social brasileiro. 4. teoria dos sistemas. 5. Luhmann.

SILVA, Diego Nassif da. **Prohibition of retrogression in Brazilian social security from the Luhmann's systems theory**. 2020. Thesis (Doctor in Law) – State University of Northern Paraná (UENP), Jacarezinho, 2020.

### ABSTRACT

It is a legal-scientific research that, faced with the problem of how to understand and apply the principle of prohibition of retrogression on Brazilian social security reform, defends the thesis that Niklas Luhmann's theory of social systems provides adequate legal criteria. It is carried out through bibliographic, doctrinal and jurisprudential research, sometimes exploratory and sometimes panoramic, conducting the reasoning in an inductive and systemic way, using direct, indirect, intensive and extensive documentation techniques, without prejudice to official, statistical, journalistic, artistic documentation and other sciences in a scientific framework not dissociated from human, social and environmental complexity. It develops in four stages. First, it contextualizes the study in the demographic crisis that has economically justified restrictive proposals for social-insurance rights with data of reality and of a retrospective from where society, influenced by political and ideological clashes, generates around the prohibition of retrogression, challenging a response by the law. Second, it investigates the origins of the principle and its doctrinal and jurisprudential development in Portugal, from where it came to influence national doctrine and jurisprudence, analyzed in sequence. In view of the difficulties encountered in the definition of legally prohibited retrogression and its distinction from the related constitutional principles of legal certainty and protection of legitimate expectations, Luhmann's theory proposes as a valid theoretical framework to support a legal solution. Third, it selects elements of the Luhmannian theory related to research, starting with the exposition of the systemic way of doing and its scientific, cybernetic and sociological bases, and then going on to the most relevant aspects of his theory about the system of law and trust as a social mechanism reducer of complexity. Fourth, it applies the results on the reality of Brazilian law, starting with the function of trust for the legal system and its functional equivalent in the form of a legal principle. From the distinction with the legal principles of the protection of legitimate expectations and legal certainty, it establishes the foundations, limits and meaning of the constitutional principle of prohibition of retrogression in the Brazilian law system. In addition to the previous conclusions, it organizes the application criteria, including the fundamental social rights of the Brazilian social insurance system in times of demographic, economic and political crisis. It concludes by confirming the hypothesis, so that: retrogression is the frustration of normative expectations previously validated by the law system itself; legally prohibited retrogression is retrogression not in accordance with the law; and prohibition of retrogression is the implicit legal-constitutional principle recognized by national doctrine and jurisprudence which, in view of the provision of legal certainty and within the scope of the protection of legitimate expectations, in the face of restrictive state measures for the enforcement of fundamental rights, including the provision of rights linked to social contingencies, assigns them the condition of suspicious category and triggers judicial review. Such control is linked, conditionally and proportionally to the frustrated confidence and the level of enforcement of the restricted right, to arguments of material or cognitive limitation and, in this reserve, to alternative or compensatory means, in this case the legal system does not operate in systemic corruption, even when projecting consequences of political-democratic options.

Keywords: 1. prohibition of retrogression. 2. protection of trust. 3. Brazilian social security. 4. systems theory. 5. Luhmann.

SILVA, Diego Nassif da. **Divieto di regressione nell'assicurazione sociale brasiliana dalla teoria dei sistemi di Luhmann.** 2020. Tesi (Dottorato in Giurisprudenza) – Università Statale di Nord di Paraná (UENP), Jacarezinho, 2020.

## RIASSUNTO

Si tratta di una ricerca giuridico-scientifica che, di fronte ai problemi di come comprendere e applicare il principio del divieto di regressione sulla riforma della sicurezza sociale brasiliana, difende la tesi che la teoria dei sistemi sociali di Niklas Luhmann fornisce criteri giuridici adeguati. È pubblicato da ricerche bibliografiche, dottrinali e giurisprudenziali, a volte esplorative e a volte panoramiche, conducendo il ragionamento in modo a volte induttivo e a volte sistemico, avvalendosi di tecniche di documentazione diretta, indiretta, intensiva ed estensiva, fatta salva la documentazione ufficiale, statistica, giornalistica, artistica e di altre scienze, in un taglio scientifico non dissociato dalla complessità umana, sociale e ambientale. Si sviluppa in quattro fasi. In primo luogo, contestualizza lo studio sulla crisi demografica che ha giustificato economicamente proposte restrittive di diritti di sicurezza sociale con dati provenienti dalla realtà e da una retrospettiva di dove la società, influenzata da scontri politici e ideologici, genera aspettative intorno al divieto di regressione, sfidando una risposta del diritto. In secondo luogo, indaga sulle origini del principio e sul suo sviluppo dottrinale e giurisprudenziale in Portogallo, da dove è venuto ad influenzare la dottrina e la giurisprudenza nazionale, analizzate in sequenza. Di fronte alle difficoltà incontrate nella definizione di una retrocessione vietata dalla legge e alla sua distinzione dai relativi principi costituzionali di sicurezza giuridica e di tutela della fiducia legittima, propone la teoria luhmanniana come valido quadro teorico a sostegno di una soluzione giuridica. In terzo luogo, seleziona elementi della teoria luhmanniana che sono legati alla ricerca, iniziando con l'espone il modo sistemico di fare le cose e le sue basi scientifiche, cibernetiche e sociologiche, per poi penetrare negli aspetti più rilevanti della sua teoria sull'ordinamento giuridico e sulla fiducia come meccanismo sociale che riduce la complessità. In quarto luogo, applica i risultati alla realtà del diritto brasiliano, a partire dalla funzione di fiducia per l'ordinamento giuridico e dal suo equivalente funzionale sotto forma di principio giuridico. Dalla distinzione con i principi giuridici di tutela del legittimo affidamento e della sicurezza giuridica, stabilisce le basi, i limiti e il significato del principio costituzionale di divieto di regressione nell'ordinamento giuridico brasiliano. Oltre alle conclusioni di cui sopra, organizza i criteri di applicazione, compresi i diritti sociali fondamentali del sistema di assicurazione sociale brasiliano in tempi di crisi demografica, economica e politica. Conclude confermando l'ipotesi, per cui: la regressione è la frustrazione delle aspettative normative precedentemente convalidate dall'ordinamento giuridico stesso; la regressione vietata dalla legge è la regressione non conforme alla legge; il divieto di regressione è il principio giuridico-costituzionale implicito riconosciuto dalla dottrina e dalla giurisprudenza nazionale che, in vista della certezza del diritto e nell'ambito della tutela delle legittime aspettative, di fronte a misure statali che limitano la realizzazione dei diritti fondamentali, compresi i benefici legati alle contingenze sociali, attribuisce loro la condizione di categoria sospetta e fa scattare il controllo della costituzionalità. Tale controllo è legato, condizionalmente e proporzionalmente, alla fiducia frustrata e al livello di efficacia del diritto limitato, ad argomenti di limitazione materiale o cognitiva e, in questa riserva, a mezzi alternativi o compensativi, in cui l'ordinamento giuridico non è dato di operare nella corruzione sistemica, anche quando proietta le conseguenze di opzioni politico-democratiche.

Parole chiave: 1. divieto di regressione. 2. protezione della fiducia. 3. assicurazione sociale brasiliana. 4. teoria dei sistemi. 5. Luhmann.

## LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

art.	- artigo
arts.	- artigos
ADC	- Ação Declaratória de Constitucionalidade
ADPF	- Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental
ADI	- Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
AgR	- Agravo Interno
ARE	- Recurso Extraordinário com Agravo
BVerfGE	- Bundesverfassungsgerichts (Corte Constitucional Federal da Alemanha)
cf.	- conforme
CR/88	- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988
EAP	- Entidade Aberta de Previdência Complementar
EC	- Emenda Constitucional
EFPC	- Entidade Fechada de Previdência Complementar
e.g.	- por exemplo
EUA	- Estados Unidos da América
IBGE	- Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística
MS	- Mandado de Segurança
n.	- número
OCDE	- Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
ONU	- Organização das Nações Unidas
PIB	- Produto Interno Bruto
RE	- Recurso Extraordinário
STA	- Suspensão de Tutela Antecipada
SUAS	- Sistema Único de Assistência Social
SUS	- Sistema Único de Saúde
RGPS	- Regime Geral de Previdência Social
RPC	- Regime de Previdência Complementar
RPPS	- Regime Próprio de Previdência Social

## SUMÁRIO

<b>1 INTRODUÇÃO</b> .....	11
<b>2 O CONTEXTO: O FIM DO BÔNUS DEMOGRÁFICO NO PAÍS DO FUTURO</b> ....	16
2.1 UMA QUESTÃO REAL PARA O BRASIL .....	17
2.2 HISTÓRIA, ATUALIDADE E EXPECTATIVA .....	35
2.3 EMBATE ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS E O DEBATE JURÍDICO	56
<b>3 O PROBLEMA: A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E SEUS LIMITES</b> .....	72
3.1 EM BUSCA DAS ORIGENS .....	74
3.2 O DEBATE JURÍDICO EM PORTUGAL E NO BRASIL.....	98
3.2.1 Portugal .....	98
3.2.2 Brasil .....	128
3.3 FUNDAMENTOS, LIMITES E SENTIDO .....	145
<b>4 O INSTRUMENTAL: A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN</b> .....	162
4.1 BASES DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN.....	164
4.1.1 Sobre a teoria dos sistemas .....	165
4.1.2 Sobre a teoria dos sistemas sociais de Luhmann.....	188
4.2 O DIREITO DA SOCIEDADE A PARTIR DE LUHMANN .....	209
4.3 CONFIANÇA: UM DISPOSITIVO DE REDUÇÃO DE COMPLEXIDADE .	250
<b>5 A APLICAÇÃO: O RETROCESSO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS</b> ...	274
5.1 CONFIANÇA LEGÍTIMA: FUNÇÃO E CONSISTÊNCIA DO DIREITO .....	274
5.2 RETROCESSO JURIDICAMENTE PROIBIDO A PARTIR DE LUHMANN	296
5.3 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO SEGURO SOCIAL BRASILEIRO .....	331
<b>6 CONCLUSÕES</b> .....	349
<b>REFERÊNCIAS</b> .....	356

## 1 INTRODUÇÃO

*Tendo a cigarra em cantigas  
Folgado todo o Verão  
Achou-se em penúria extrema  
Na tormentosa estação.  
Não lhe restando migalha  
Que trincasse, a tagarela  
Foi valer-se da formiga,  
Que morava perto dela.  
Rogou-lhe que lhe emprestasse,  
Pois tinha riqueza e brilho,  
Algum grão com que manter-se  
Té voltar o aceso Estio.  
“Amiga, diz a cigarra,  
Prometo, à fé d’animal,  
Pagar-vos antes d’Agosto  
Os juros e o principal.”  
A formiga nunca empresta,  
Nunca dá, por isso junta.  
“No Verão em que lidavas?”  
À pedinte ela pergunta.  
Responde a outra: “Eu cantava  
Noite e dia, a toda a hora”  
“Oh! bravo!”, torna a formiga.  
“– Cantavas? Pois dança agora!”<sup>1</sup>*

Se ser previdente era a única lição da formiga na estória atribuída a Esopo<sup>2</sup> – popularizada por Jean de La Fontaine<sup>3</sup> e traduzida por Bocage<sup>4</sup> –, principalmente após a retomada do paradigma jusnatural enraizou-se a noção de que a formiga deveria ter sido solidária também, assistindo a imprevidente cigarra. Já no século XX, em 1922, no Brasil, Monteiro Lobato criou sua própria versão da fábula, dividindo-a em duas partes: a da formiga

<sup>1</sup> BOCAGE, Manuel Maria de Barbosa l’Hedois du. A cigarra e a formiga. In: PAIS, Carlos Castilho. Bocage, tradutor. **O língua**, n. 8, abril de 2006. Lisboa: Camões – Instituto da Cooperação e da Língua. Disponível em <http://cvc.instituto-camoes.pt/olingua/08/lingua02.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>2</sup> Na tradução direta do grego por Manoel Mendes Vidigueira: “No inverno tirava a Formiga da sua cova a assoalhar o trigo, que nella tinha, e a Cigarra com as mãos postas lhe pedia que repartisse com ella, que morria a fome. Perguntou-lhe a Formiga que fizera no Estio, porque não guardára para se manter? Respondeo a Cigarra: o Veraõ, e Estio gastei em cantar, e passatemplos pelos campos. A Formiga entãõ, perseverando em recolher seu trigo, lhe disse: A miga, pois os seis mezes de Veraõ gastastes em cantar, bailar he comida saborosa, e de gosto.” (ESOPO. **Fábulas de Esopo** – Traduzida da língua grega com aplicações Moraes a cada Fabula, por Manoel Mendes da Vidigueira. 2. ed., correctã, e emendada. Com licença da Real Meza da Commissão Geral sobre o Exame, e Censura dos Livros. Lisboa: Typografia Rollandiana, 1791, p.88. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=WzEBAAAAMAAJ>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>3</sup> FONTAINE, Jean de La. **Fables**. Livre I, 1668-1694. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2006. Disponível: [http://www.gutenberg.org/files/17941/17941-h/17941-h.htm#La\\_Cigale\\_et\\_la\\_Fourmi](http://www.gutenberg.org/files/17941/17941-h/17941-h.htm#La_Cigale_et_la_Fourmi). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>4</sup> BOCAGE, op. cit.

*boa* e a da formiga *má*; uma com final solidário e feliz, em que a formiga, reconhecendo que “aquele chiado nos distraía e aliviava o trabalho”, provê à cigarra “cama e mesa durante todo o mau tempo”, e outra com final trágico e questionador, na qual, restando a cigarra “morta por causa da avareza da formiga”, questiona-se ao final: “mas se a usurária morresse, quem daria pela falta dela?”<sup>5</sup>. Ainda hoje inúmeras releituras dessa fábula, entre outras, provocam críticas e revisões à velha moral da estória<sup>6</sup>, atualizando seu sentido e suscitando dúvidas.

Mas, diferentemente do que retrata a fábula, os seres humanos não podem ter suas condutas divididas simplesmente como sendo de formigas ou de cigarras bem como alguns *invernos* – as contingências da vida: doença, deficiência, desemprego, etc. – não tem data para começar nem para acabar. Admitida, assim, apenas como um ponto de partida moral-deontológico, tem-se que, obviamente, o mundo real é bem mais complexo do que supõe a ilustração, exigindo de nós humanos a elaboração de sistemas sociais, econômicos, políticos e jurídicos cada vez mais diferenciados, versando inclusive sobre a justa ou injusta relação entre a produção de bens pelo país e o custeio da segurança social de seus cidadãos.

No atual panorama brasileiro, alertados de que o chamado bônus demográfico – período histórico de uma nação em que a força de trabalho é superior à população economicamente dependente – durará até meados da década de 2020<sup>7</sup>, despontam debates políticos sobre o incremento tributário e a restrição ou extinção de direitos sociais, muitos deles vinculados ao sistema de seguridade social, nas suas três dimensões: de saúde, tais como os medicamentos e tratamentos dispensados pelo sistema de saúde pública; de assistência, como o bolsa-família entre outros; e de previdência, como aposentadorias, pensões e seguro-desemprego – estes últimos principais foco da celeuma sociossecuritária.

O mesmo, a seu modo, ocorreu Europa na sequência da crise econômica de 2008, especialmente Portugal, Itália, Grécia e Espanha. Por motivos de relevante mudança na orientação ideológica do governo, no plano internacional tem-se também em destaque a simbólica promessa de desmonte do *Obamacare* na gestão de Trump nos Estados Unidos. No Brasil, os efeitos da crise econômica e as tensões entre as orientações político-partidárias aumentam ainda mais a polêmica em torno da questão demográfica e suas consequências para

<sup>5</sup> LOBATO, Monteiro. **Fábulas**. Alcy Linares (ilustrações). 1. ed. São Paulo: Globo, 2008, p. 12.

<sup>6</sup> FERNANDES, Millôr. A Cigarra e a Formiga. In: **Revista Veja**, ano 42, n. 27, 2120 ed., 08 jul. 2009. São Paulo: Abril, 2009.

<sup>7</sup> BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo em um Brasil mais velho**: implicações do envelhecimento populacional para o crescimento econômico, a redução da pobreza, as finanças públicas e a prestação de serviços. Washington, 2011. Disponível em: [http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo\\_Brasil\\_Sumario\\_Executivo.pdf](http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo_Brasil_Sumario_Executivo.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

a sociedade e para a administração do Estado, sempre levantadas em meio a propostas de reformas e medidas de contenção de gastos sociais que facilmente ganham destaque na mídia.

Não sem razão, ao mesmo tempo, no campo do Direito ganhou muita projeção um denominado princípio constitucional de *proibição de retrocesso social*, um critério jurídico-normativo supostamente apto a permitir questionar e balizar junto aos tribunais as medidas e os propósitos reformistas dos governos – o que, por sua vez, reforçou as críticas acerca da judicialização da política e ao hipertrofiamento judicial, a seu turno, também acompanhadas de insinuações à própria politização do judiciário através dessas demandas.

Com isso, além das dúvidas que são lançadas sobre as justificativas demográficas, econômicas, políticas e ideológicas em torno das propostas de reforma do seguro social brasileiro, o próprio princípio proibitivo proclamado enseja polêmicas dentro da seara jurídica, notadamente acerca: da sua real existência e recepção no Brasil; dos termos em que se estabelece tal proibição em franco desafio à legitimação franqueada pelo princípio democrático ao governo eleito; e da latente disputa semântica e ideológica que se abate sobre a definição de um retrocesso proibido.

Sem embargo de outros espinhosos questionamentos que facilmente se aglomeram em torno desse tema (reserva do possível, mínimo existencial, déficits de fundamentalidade e justiciabilidade de direitos sociais constitucionalizados, limitações às limitações aos direitos fundamentais, etc.), verifica-se da doutrina e da jurisprudência nacionais uma importante dificuldade na delimitação e na instrumentalização desse princípio jurídico, bastante suscitado no Brasil em face das apontadas reformas sociais. É, assim, em face desse problema que se propõe-se a presente *tese* de que a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann constitui referencial teórico apto a fornecer critério jurídico adequado para a compreensão e aplicação do princípio de proibição de retrocesso no sistema jurídico brasileiro, inclusive no que toca aos direitos fundamentais sociais prestacionais vinculados à seguridade social.

A proposta tem *justificativa* no fato de que a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann escapa à definição de retrocesso a partir da posição subjetiva dos interessados (o que virtualmente abarca toda a sociedade e todas as esferas do Estado) permitindo a definição de retrocesso juridicamente proibido a partir da perspectiva do próprio sistema de direito. Além disso, pelas noções luhmannianas de sistema de direito e de confiança enquanto dispositivos funcionais dedicados à redução de complexidade em um mundo contingencial, torna-se possível, por distinção aos princípios constitucionais correlatos de segurança jurídica e de proteção da confiança legítima, obter gênero próximo e diferença específica para aferição dos fundamentos, dos limites e do sentido de um princípio constitucional de proibição de

retrocesso no sistema jurídico brasileiro. Uma vez a par dessas conclusões, exsurtem critérios suficientes também à sua aplicação jurídica, inclusive acerca de direitos fundamentais sociais prestacionais vinculados à seguridade social no Brasil, por sua vez, um subsistema jurídico dedicado à difícil função de reduzir complexidade em busca de um ideal de segurança social em um ambiente altamente contingencial. Sobretudo em consideração à parcela mais carente da população tem-se que é nesta seara de justiça social que o Estado e suas responsabilidades são hoje desafiados tanto em termos teóricos quanto práticos.

Nesse propósito, *metodologicamente* o relatório de pesquisa se desenvolve retratando os procedimentos de pesquisa bibliográfica, doutrinária e jurisprudencial, ora com índole exploratória e ora panorâmica, conduzindo o raciocínio de modo indutivo e sistêmico, dispondo de técnicas de documentação direta, indireta, intensiva e extensiva, sem prejuízo de documentação oficial, estatística, jornalística, artística e de outras ciências em recorte científico não dissociado da complexidade humana, social e ambiental.

Após a introdução, o desenvolvimento organiza-se em quatro etapas.

Na primeira etapa, cuida-se de realizar a *contextualização* do estudo no particular momento histórico vivido pela sociedade brasileira, correspondente ao fim do bônus demográfico, e que, economicamente, justifica em boa parte as propostas legislativas de reforma do regime jurídico de benefícios da seguridade social brasileira. Além de dados da realidade concreta, são apresentados elementos históricos que compõem o pano de fundo diante dos quais essas propostas são atualmente oferecidas bem como a partir da qual a sociedade formula suas expectativas – estas, por sua vez, também envolvidas em um particular momento de embates ideológicos de onde o apelo a um princípio de proibição de retrocesso social tem se tornado comum, configurando um desafio ao direito brasileiro.

Já em um segundo momento, focado sobre o princípio de proibição de retrocesso, dedica-se à busca das origens históricas do reclamado princípio, ao que se segue estudo do *estado da arte* doutrinário e jurisprudencial em Portugal, a partir de onde veio a influenciar a doutrina e a jurisprudência nacionais – também analisadas na sequência. Da conseguinte análise crítica, diante das facetas do *problema* levantado, concentra-se o estudo sobre os fundamentos, os limites e o sentido do investigado princípio, especialmente ante a necessidade de definir a noção de retrocesso juridicamente proibido e sua adequada distinção dos correlatos princípios constitucionais de segurança jurídica e de proteção da confiança legítima – com os quais não raramente é relacionado sem mais detalhes. Nessa oportunidade, a teoria dos sistemas sociais é proposta como arcabouço teórico válido a amparar a formulação de uma solução sistemicamente jurídica aos impasses verificados.

No terceiro capítulo, dedica-se ao recorte de elementos da teoria dos sistemas sociais do jurista e sociólogo alemão Niklas Luhmann que, afetos ao sistema de direito e à temática em testilha, permitam a *instrumentalização* de uma solução jurídica. Para tanto, considerando que se trata de uma teoria sociológica pós-estruturalista, de alta abstração e profunda interdisciplinaridade, bem como que seu autor possui uma vasta produção bibliográfica, a qual, além de calcada em conceitos estranhos ao cotidiano jurídico, possui poucas e difíceis traduções para a língua portuguesa, uma primeira tarefa constitui expor em retrospectiva histórica uma visão de seu pano de fundo científico, o modo de fazer sistêmico, e das suas bases cibernéticas e sociológicas. Após, incursiona-se sobre os mais relevantes aspectos da teoria luhmanniana acerca do sistema de direito bem como da confiança como mecanismo social de redução de complexidade, reunindo subsídios à formulação de uma solução.

A par disso, um quarto e último passo consiste em realizar a *aplicação* desse arcabouço sobre a realidade do sistema jurídico brasileiro. Faz-se, assim, um caminho de volta, da sociologia para o direito, iniciando pela importância funcional da confiança para o sistema de direito bem como da existência de mecanismo equivalente em seu interior, sob a forma de princípio jurídico. Em sequência, investiga-se a relação e a distinção entre os princípios jurídicos da proteção da confiança legítima, da segurança jurídica e da proibição de retrocesso de modo a permitir determinar os fundamentos, os limites e o sentido de um princípio constitucional de proibição de retrocesso no sistema de direito brasileiro. Ao final desse exercício, somando-se às conclusões anteriormente obtidas ao longo do estudo, a tarefa conseguinte constitui extrair e organizar os critérios de aplicação desse princípio, inclusive junto aos direitos fundamentais sociais prestacionais do sistema de seguro social brasileiro em tempos de crise demográfica, econômica e política.

Em jeito de conclusão, um extrato dos resultados finais obtidos ao longo do relatório de pesquisa é apresentado, seguindo-se de correspondente análise crítica e encerramento.

Ao cabo desta exposição, nutre-se a expectativa de que a tese proposta e documentada constitua *contribuição original* para as discussões jurídicas em torno do princípio da proibição de retrocesso no sistema de direito brasileiro, subsidiando sua concepção e aplicação que hoje se reclama especialmente junto aos direitos fundamentais sociais afetos à segurança social no Brasil.

## 2 O CONTEXTO: O FIM DO BÔNUS DEMOGRÁFICO NO PAÍS DO FUTURO

Um primeiro passo para consecução do objetivo principal do presente estudo consiste em apresentar o contexto social deste particular momento histórico vivido no Brasil, fatores que teriam desencadeado a discussão em torno das reformas propostas junto ao governo. Cuida-se, em especial, de situar a dificuldade de se taxar juridicamente de avanço ou retrocesso qualquer reforma promovida no seguro social brasileiro apenas com base em perspectivas parciais e subjetivas, mesmo quando partindo de dados concretos.

Desponta nesta quadra do estudo a utilização de dados estatísticos, jornalísticos e informe institucionais bem como legislação e propostas legislativas além de bibliografia pertinente, de origem nacional e estrangeira. Não há aqui ainda uma abordagem aprofundada de aspectos jurídicos envolvidos. O método preponderante é o indutivo e a exposição se divide em torno de três principais âmbitos ou fontes de informação (irritações) dos debates travados adiante, a saber, as searas econômica, social e político-institucional.

Nesse sentido, uma primeira tarefa é buscar dados da realidade econômica e demográfica nacional que, interferindo nas expectativas atualmente formuladas em torno do futuro do seguro social brasileiro, permitam substrato empírico indispensável a compreender os motivos da celeuma estabelecida social e politicamente bem como parâmetros elementares à tomada de alguma posição jurídica. Preponderam, assim, dados e informações técnicas e científicas de natureza econômica e demográfica seguida de análise crítica com esse norte.

Após confirmada a existência de relevante questão econômico-demográfica a ser considerada pelo Estado na formulação e execução de políticas públicas relacionadas à efetivação dos direitos relacionados ao direito fundamental à segurança social, uma segunda tarefa consiste em situar histórica e socialmente a recepção e discussão desse problema, que, não sendo inédito nem mesmo exclusivo do Brasil, tem gerado forte resistência e ceticismo frente a iniciativas de alteração da legislação social-securitária. Nesse aspecto, para melhor compreender essa recepção desconfiada pela sociedade, importa considerar acontecimentos atuais e históricos que, compondo um contexto e memória social correlata à temática, parecem interferir nessa impressão geral existente hoje na sociedade brasileira. Nesse ponto, também oportuna uma breve incursão sobre a chamada Crise do Estado Providência, contexto histórico-social no qual se desenvolveu o princípio da proibição de retrocesso social, com destaque a Portugal, onde galgou grande profusão, influenciando de modo determinante, como se verá, os debates jurídicos que se travam no Brasil.

De posse, portanto, de dados concretos do atual panorama econômico e demográfico a justificar as atuais pretensões de reforma da legislação social-securitária bem como cientificados de acontecimentos sociais, passados ou presentes, nacionais ou internacionais, que permeiam as desconfiadas expectativas em torno das pretensões reformistas – por muitos também classificadas de neoliberais e reacionárias –, uma terceira tarefa consiste em enfrentar o princípio de proibição de retrocesso social como instrumental jurídico reclamado pelos movimentos de *resistência* – este é o mote escolhido no Brasil. Ou seja, a reboque das indelévels marcas ideológicas que carrega desde suas origens, um uso político desse instrumental jurídico no atual contexto nacional não só guarda profundas implicações na afirmação (ou infirmação) da proibição de retrocesso social como verdadeiro princípio jurídico (e não político), como também, num acirrado momento de radicalização dos discursos em torno de embates político-ideológicos<sup>8</sup> e de alusões à judicialização da política e à politização do Judiciário, reclama especial atenção ao plano semântico, nas disputas de sentido, na definição do que é o retrocesso juridicamente proibido.

Como já ressaltado, sem operar uma aprofundada investigação jurídica acerca do princípio da proibição de retrocesso social, a ser operado no tópico seguinte, o presente capítulo destina-se a contextualizar a discussão em relação aos aspectos que se mostram mais relevantes ao desenvolvimento que, num outro momento, se fará à luz da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

## 2.1 UMA QUESTÃO REAL PARA O BRASIL

Como diz a letra da canção que embalou muitos jovens brasileiros nas décadas de 1980 e 1990, hoje adultos, “o futuro não é mais como era antigamente”<sup>9</sup> – e não somos nós também? Ao Brasil, *o país do futuro* na alcunha criada por Stefan Zweig em obra homônima datada de 1941<sup>10</sup>, impõe-se um dado bastante concreto: o de que a população brasileira está envelhecendo rapidamente, tornando mais provável que o país se torne majoritariamente idoso e mais dependente antes de alcançar autonomia e desenvolvimento econômico e social.

---

<sup>8</sup> Adota-se a concepção mais próxima à original, de Antonie-Louis-Claude Destutt, ou seja, a ideologia enquanto estudo científico das ideias. Aqui, por essa ampla concepção, torna-se admissível, porém jamais exaustivo, tanto a ideia de que toda ideologia é política (ideologia é sempre ideologia política) quanto as de que toda ideia possui sentido econômico, religioso, científico, artístico, entre outros, e possa ser assim interpretada, sistematizada.

<sup>9</sup> ÍNDIOS. Intérprete: Legião Urbana. Compositores: Renato Russo. In: DOIS. Intérprete: Legião Urbana. [S.l.]: EMI-Odeon Brasil, 1986. 1 CD, faixa 12.

<sup>10</sup> ZWEIG, Stefan. **Brasil, país do futuro**. Odilon Gallotti (trad.). [S.l.]: Ridendo Castigat Moraes, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/paisdofuturo.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Esse envelhecimento é um fenômeno demográfico comum que, de modo geral, tem marcado os países que alcançam um certo nível de desenvolvimento econômico e social apto, cada vez mais, a expandir a expectativa de vida e, após reduzir as taxa de mortalidade infantil, a permitir um planejamento familiar pelas pessoas conforme suas próprias escolhas de vida. Assim, a tendência que se observa da conjunção taxas de mortalidade e fecundidade menores é a estabilização populacional seguida da redução da população geral, tornando-se, no processo, predominantemente adulta ou idosa em razão da redução do número de jovens e do aumento da expectativa de vida. Neste contexto fala-se de uma *janela demográfica* e, neste recorte, de um *bônus demográfico*:

O exame da composição etária da população e a observação de sua provável trajetória permite mostrar, inclusive, se o País ingressou ou o provável momento de passagem pela chamada 'janela demográfica'. As sociedades que passam pela janela demográfica têm, proporcionalmente, um elevado contingente de pessoas em idade ativa e uma razão de dependência relativamente baixa, configurando um bônus demográfico favorável ao crescimento econômico [...].<sup>11</sup>

O bônus demográfico pode ser visto como um todo ou analisado a partir de diferentes recortes de *dividendos demográficos*:

[...]. A oferta de trabalho aumenta conforme as crianças nascidas durante os períodos de alta fecundidade entram na força de trabalho (primeiro dividendo demográfico). Ao mesmo tempo, conforme a fecundidade diminui, a força de trabalho feminina tende a aumentar. A poupança também tende a aumentar, já que há mais indivíduos em idade ativa que esperam viver por mais tempo. Isso leva a um aumento do capital físico (segundo dividendo demográfico). O investimento em capital humano também pode aumentar na medida em que a menor fecundidade resulta em mulheres mais saudáveis e pais que têm mais recursos para investir em educação.<sup>12</sup>

Mas a janela demográfica já está se fechando; e junto com ela, o bônus demográfico. Estamos prestes a inaugurar um momento novo na história demográfica nacional, um Brasil não mais de jovens que sonham com o futuro, mas de adultos a quem cabe olhar com maturidade para a realidade e decidir com sabedoria quais riscos assumir rumo ao implacável processo de envelhecimento.

Uma das principais publicações sobre as implicações do envelhecimento populacional no Brasil provém do Banco Mundial, cujo estudo é repleto de dados que buscam ilustrar a dramaticidade do quadro brasileiro e o tamanho do desafio que se impõe:

As taxas de mortalidade começaram a diminuir (principalmente entre os mais jovens) por volta de 1940. A mortalidade infantil diminuiu de 135 para 20 mortes a

<sup>11</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Projeção da população do Brasil por sexo e idade 1980-2050**: revisão 2008. Rio de Janeiro: IBGE, 2008, p. 56. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv41229.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>12</sup> BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo [...]**, op. cit.

cada mil nascidos vivos entre 1995 e 2010, e a expectativa de vida ao nascer aumentou de 50 para aproximadamente 73 anos no mesmo período. A variação na taxa de fecundidade foi ainda mais surpreendente, e com implicações ainda mais importantes. A mulher brasileira média tinha mais de seis filhos no começo dos anos 60 e atualmente tem menos de dois.<sup>13</sup>

Com isso, “a população idosa irá mais do que triplicar nas próximas quatro décadas, de menos de 20 milhões em 2010 para aproximadamente 65 milhões em 2050”<sup>14</sup>, tornando-se 29,7% da população total – percentual semelhante ao do Japão hoje<sup>15</sup>, embora neste a expectativa de vida seja a maior do mundo, 83 anos, e a do Brasil, a pior da América Latina<sup>16</sup>.

O relatório do Banco Mundial também afirma que “a população idosa aumentará de 11% da população em idade ativa em 2005 para 49% em 2050, enquanto que a população em idade escolar diminuirá de 50% para 29% no mesmo período”<sup>17</sup>. O dado é aterrorizador: em 2050 praticamente metade da população em idade de trabalho no Brasil terá 65 anos ou mais.

Isso não pode estar certo e, de fato, há indício de que não está. Em consulta ao estudo que lhe serve de base, primeiro, observa-se que o percentual projetado é de 39%, e não 49%; segundo, neste a idade ativa é considerada de 20 a 64 anos<sup>18</sup>, diferente daquela considerada na publicação do Banco Mundial<sup>19</sup>, de 15 a 59 anos; terceiro, se este teve implicação naquele, não esclarece, sendo certo que a redução de 5 anos teria, em verdade, efeito redutor e não ampliativo daquele percentual. Ademais, a população em idade escolar é considerada aquela de 6 a 21 anos – abarcando, pois, uma parcela importante da população em idade ativa em um estudo, e no outro, não. Finalmente, isso chama atenção também para a delimitação do conceito de população idosa, ora considerada aqueles com 60 anos ou mais, ora com 65 anos ou mais – uma margem que persiste mesmo no âmbito legislativo nacional a teor das disposições dos arts. 1º, 34 e 39 da Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003, o Estatuto do Idoso<sup>20</sup> e o art.20 da Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993, a Lei Orgânica de Assistência

<sup>13</sup> BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo [...]**, op. cit., p.10.

<sup>14</sup> Ibid., p.10-11.

<sup>15</sup> Ibid., p.18.

<sup>16</sup> Ibid., p.22.

<sup>17</sup> Ibid., p.10.

<sup>18</sup> MILLER, Tim; CASTANHEIRA, Helena Cruz. The fiscal impact of population aging in Brazil: 2005-2050. In: **Revista Brasileira de Estudos de População**, v. 30, supl. p. 5-23, 2013. São Paulo: ABEP. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982013000400002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982013000400002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. Doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-30982013000400002>.

<sup>19</sup> THE WORLD BANK. **Growing Old in na Older Brazil**: implications of population ageing on growth, poverty, public finance, and service delivery. Washington, 2011, passim. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/906761468226151861/Growing-old-in-an-older-Brazil-implications-of-population-aging-on-growth-poverty-public-finance-and-service-delivery>. Acesso em: 20 fev. 2020.

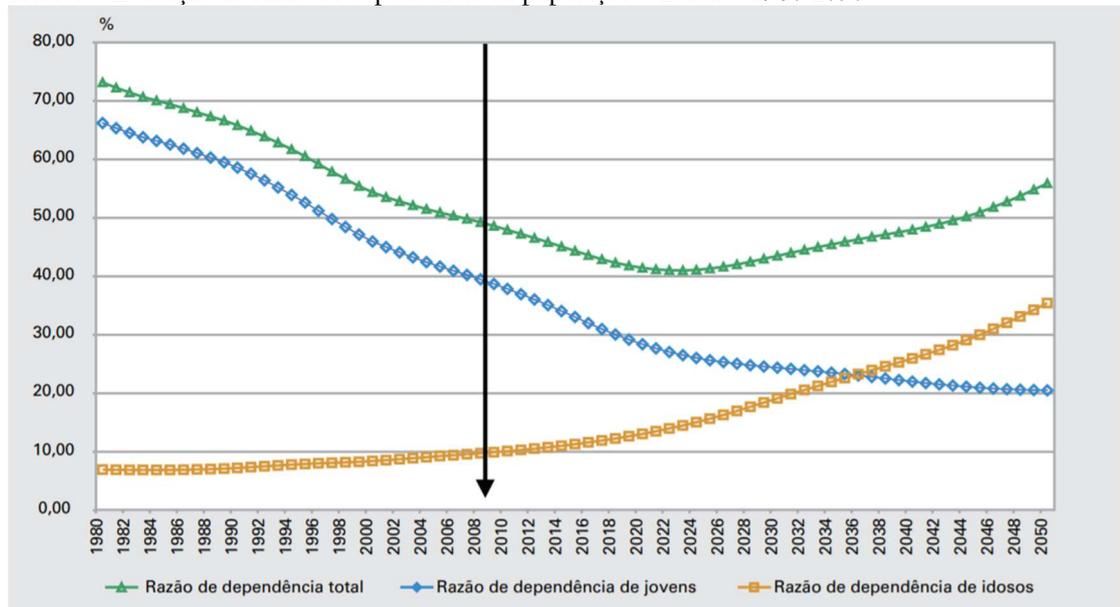
<sup>20</sup> BRASIL. **Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003**. Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

Social (LOAS)<sup>21</sup>. E não parece ser sem motivo: não apenas a diferença dos propósitos e âmbitos de aplicação dos conceitos jurídicos envolvidos exercem influência (sem prejuízo dos conceitos de sentido econômico, demográfico, sociológico e o próprio senso comum, dentre outros), como a maior percepção dos contrastes entre idade cronológica e idade biológica, costumes, funcionalidade e condições de saúde, tem conturbado a velha ideação de idoso.

Embora essa dissociação não controverta o processo de envelhecimento populacional no Brasil ou inutilize os dados e conclusões apresentados pelo estudo acima, impede-se que se faça um uso cruzamento direto desses dados com o devido apuro metodológico. Portanto, desde logo, deve-se estar alerta tanto para a grande possibilidade de variações conceituais na fixação do marco metodológico nos estudos de obtenção de dados estatísticos sobre a temática, quanto no seu uso nas respectivas discussões.

Recuperando as informações do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) que serviram de base ao estudo<sup>22</sup>, encontra-se o argumento de que, pela diminuição da razão de dependência das crianças, a razão de dependência total (medida da população em idades potencialmente inativas sobre a população em idades potencialmente ativas) diminui até por volta de 2022, quando volta a subir em decorrência do incremento populacional da participação absoluta e relativa dos idosos<sup>23</sup>. Na sequência, o seguinte gráfico é exibido:

Gráfico – Evolução da razão de dependência da população – Brasil – 1980/2050



<sup>21</sup> BRASIL. **Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993**. Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

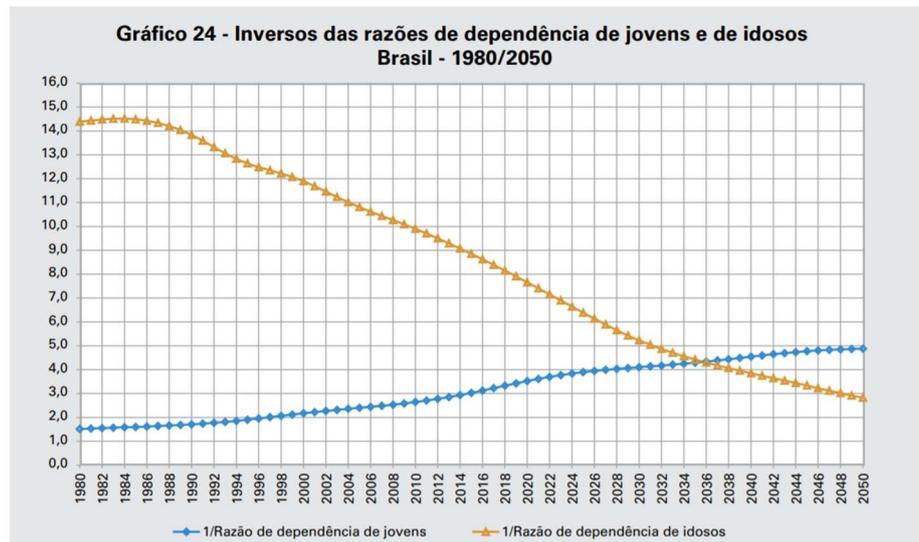
<sup>22</sup> MILLER; CASTANHEIRA, op. cit., loc. cit.

<sup>23</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Projeção da população do Brasil** [...], op. cit., p. 54.

Fonte: INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Projeção da população do Brasil [...]**, op. cit., p. 54.

A análise técnica dos dados prossegue adotando o horizonte entre 2000 e 2050:

Um exame das estruturas etárias projetadas mostra, também, como estarão se processando as relações entre pessoas que ingressam (e permanecem) nas idades ativas e aquelas que atingem as chamadas idades potencialmente inativas. Neste sentido, o Gráfico 24 (mostrando os inversos das razões de dependência de crianças e jovens e de idosos, 1/RDJ e 1/RDI, respectivamente) permite observar que, em 2000, para cada pessoa que tinha 65 anos ou mais de idade, aproximadamente 12 estavam na faixa etária chamada de potencialmente ativa (15 a 64 anos de idade). Já em 2050, a relação entre ambos os grupos de idade passa a ser de 1 para pouco menos de 3. No tocante às crianças e jovens e sua relação demográfica com a população adulta, haverá cada vez mais pessoas em idade potencialmente ativa “destinadas”, em tese, a suprir suas necessidades.<sup>24</sup>



Fonte: IBGE, Diretoria de Pesquisas, Coordenação de População e Indicadores Sociais, Projeção da População do Brasil por Sexo e Idade para o Período 1980-2050 - Revisão 2008.

Em consideração a este quadro, o IBGE constata que o Brasil passa, sim, pela *janela demográfica*, pois a razão de dependência total segue abaixo de 50% de 2007 até 2020, quando volta a crescer devido à razão de dependência da população idosa – ao que adverte:

Estas são algumas referências que merecem especial atenção por parte dos formuladores das políticas públicas, pois elas guardam estreita associação com a demanda por postos de trabalho e a conseqüente capacidade da economia em gerar empregos para absorver um elevado contingente de pessoas em idade de trabalhar, com um considerável número, crescente a cada ano, de indivíduos que se aposentam. Além disso, são merecedoras de especial atenção as ações no campo da saúde pública, com vistas a proporcionar um amplo acesso às diversas modalidades de serviços voltadas para uma população que vem galgando degraus em sua longevidade. [...] em 2000, eram 1,6 milhão de pessoas com 80 anos ou mais de idade e, em 2050, poderão ser 13,8 milhões [...].<sup>25</sup>

<sup>24</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Projeção da população do Brasil [...]**, op. cit., p. 54-56.

<sup>25</sup> *Ibid.*, p. 57.

É de se anotar que, ao contrário do que se poderia sugerir, esses dados foram recebidos com certa surpresa, o que ficou registrado em estudo do Ministério da Previdência em 2009:

A atual década marca o momento na evolução demográfica da população brasileira em que a taxa de fecundidade do Brasil caiu para níveis inferiores à taxa de reposição. De certa forma essa queda foi uma surpresa, uma vez que as projeções oficiais estimavam que tais níveis de fecundidade somente seriam atingidos na década de 2020 e 2030. Os efeitos demográficos de taxas de fecundidade tão baixas são no sentido de antecipar, em algumas décadas, o processo de redução em números absolutos da população, bem como acelerar o processo de envelhecimento da população brasileira, pela redução nos nascimentos.<sup>26</sup>

Passados mais de 10 anos dessa análise, houve o Censo Demográfico do IBGE de 2010 bem como novas estimativas e projeções, sendo que na Revisão de 2018 da Previsão de 2013, o IBGE estimou que em 2018 o Brasil tinha uma população total de 208,5 milhões e que pararia de crescer em 2047, alcançando o máximo de 233,2 milhões de pessoas<sup>27</sup>. Tomando por base os dados utilizados para essa revisão<sup>28</sup>, foi possível calcular que o ápice do bônus demográfico teria sido abreviado para 2017, quando, perante uma população de pessoas potencialmente inativas (ou potencialmente dependentes) de 63,167 milhões (44,679 milhões de 0 a 14 anos e 18,487 milhões de 65 anos ou mais) havia 143,637 milhões de pessoas entre 15 e 64 anos, resultando no índice de 43,79% – relação esta que fica abaixo dos 50% até 2035, quando a população em idade ativa passa a diminuir. Além disso, partir de 2039 prevê-se que haverá mais idosos do que crianças. Com isso, a janela demográfica, que já está se fechando, encontra-se atualmente projetada para durar 28 anos. Dados mais concretos são esperados com o Censo Demográfico IBGE de 2020.

Diante deste cenário, há necessidade de especial atenção por parte dos formuladores de políticas públicas – e de igual modo, atenção por parte daqueles que tem por função (ou opção) formular e comunicar juízos acerca das correlatas respostas dadas pelo Estado e pela sociedade. Inúmeros recortes dessa problemática são possíveis, assim como os pontos de vista e os interesses relacionados. Empreendedores podem ver uma oportunidade para investir no crescimento do mercado de produtos destinados a idosos, ou no acirramento e concentração de produtos do mercado infanto-juvenil – o que pode redundar na necessidade de maior

---

<sup>26</sup> BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Previdência Social: Reflexões e Desafios**. Coleção Previdência Social, Série Estudos; v. 30, 1. ed. Brasília, DF: Ministério da Previdência Social, 2009, p.136-137. Disponível em: [http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3\\_100202-164641-248.pdf](http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_100202-164641-248.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>27</sup> INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Projeção da População 2018: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. **Agência de Notícias IBGE**, Estatísticas Sociais, 25 jul. 2018. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>28</sup> Id. Tabela 2010-2060 – Projeção da População (revisão 2018). **Agência de Notícias IBGE**, 01 ago. 2018. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-detalle-de-midia.html?view=mediaibge&catid=2103&id=2188>. Acesso em: 20 fev. 2020.

fiscalização por órgãos de defesa do consumidor bem como de regulação da atividade econômica. Entidades filantrópicas podem ter seu objeto de atuação reduzido a ponto de inviabilizar sua estrutura, ao passo que em torno do fator etário novas realidades familiares e domiciliares podem interferir na economia, na gestão burocrática, na tutela judicial de interesses afetivos, societários, patrimoniais e sucessórios, além da concepção, reformulação e manutenção de políticas públicas. Portanto, para além do destaque dado pelo Banco Mundial, pelo IBGE e diversos técnicos do Estado, em torno da conquista e manutenção de um equilíbrio entre produção e consumo a partir da força de trabalho (disponível ou efetiva) e da população economicamente dependente, muitas outras perspectivas estão à disposição.

A partir da questão demográfica, a observação de uma relação de escassez e abundância em torno das pessoas aptas a produzir e as pessoas dependentes dessa produção conduz a uma problematização sob o enfoque econômico, que encontra, para além dos domicílios e mercados, nas políticas públicas um campo de fértil desenvolvimento. Nesse, em particular, dentre os custos do Estado, das parcelas destinadas às políticas públicas de efetivação de direitos, obtém-se um franco destaque aos gastos com àquelas relacionadas à efetivação dos chamados direitos sociais, não raro vinculados a um forte caráter prestacional.

Relacionados no artigo 6º da vigente Constituição da República Federativa do Brasil (CR/88), dentre os direitos sociais, aqueles que sofrem maior impacto econômico dos fatores demográficos, sem dúvida, são os direitos sociais à previdência, assistência e saúde, os quais, na sistemática constitucional, encontram-se reunidos sob a noção de seguridade social que “compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social” (CR/88, art.194)<sup>29</sup>.

Organizada pelo Poder Público, de cobertura e atendimento universal e financiada direta e indiretamente por toda a sociedade mediante contribuições sociais (espécie tributária) (CR/88, art.195), os recursos provenientes dos orçamentos dos entes da federação (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) atualmente abastecem: (i) um Sistema Único de Saúde (SUS) com previsão constitucional (CR/88, art.196 a 200), que busca garantir, mediante políticas sociais e econômicas dedicadas à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a promoção, proteção e recuperação da saúde enquanto direito de todos; (ii) as ações de assistência social prestadas a

---

<sup>29</sup> BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

todos que delas necessitar, independentemente de contribuições, legalmente reunidas sob um Sistema Único de Assistência Social (SUAS) (CR/88, art.204 e 204, c.c. Lei n. 12.435/2011 e Lei n. 8.742/1993); e (iii) a Previdência Social, organizada sob a forma de regime geral, caráter contributivo e filiação obrigatória, norteadas por critérios de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial e pelo atendimento dos eventos de “doença, invalidez, morte e idade avançada<sup>30</sup>”<sup>31</sup>, maternidade, desemprego involuntário do trabalhador, pensão por morte de segurado bem como benefícios a dependentes de segurados de baixa renda e reclusos.

Além de admitir outras fontes de financiamento (CR/88, arts.195, §4º, 198, §2º, e 204) a constituição franqueia a assistência à saúde à iniciativa privada (CR/88, art.199), prevê ao lado do regime geral de previdência social (RGPS), regimes próprios de previdência social (RPPS) (CR/88, art.40 e 201, §5) e regimes de previdência complementar (RPC), que podem possuir caráter fechado (denominada Entidade Fechada de Previdência Complementar – EFPC<sup>32</sup>, ou, mais popularmente, Fundos de Pensão), fiscalizados pela Superintendência Nacional de Previdência Complementar<sup>33</sup> (PREVIC), ou aberto (chamada Entidade Aberta de Previdência Complementar – EAP, ou Previdência Privada<sup>34</sup>), fiscalizados pela Superintendência de Seguros Privados<sup>35</sup> (SUSEP).

Considerando que a amplitude e complexidade do conjunto legislativo social-securitário daí decorrente<sup>36</sup> parece só rivalizar com a legislação tributária nacional – referida

<sup>30</sup> Idade avançada substituiu o termo velhice, mas o termo invalidez permanece na redação constitucional, o que merece alguma crítica (SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho**: o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013, p. 135-142).

<sup>31</sup> BRASIL. [Constituição (1988)][...], op. cit.

<sup>32</sup> Id. **Lei Complementar n. 108, de 29 de maio de 2001**. Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp108.htm). Acesso em: 20 fev. 2020. A propósito, vale observar que entre aqueles associados à Associação Brasileira das Entidades Fechadas de Previdência Complementar (Abrapp), encontram-se Postalis, Petros, Funcef, Previ entre outros de extensa lista (ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – ABRAP. A Abrapp, **Associadas**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/Abrapp/Paginas/Associadas.aspx>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>33</sup> BRASIL. **Lei n. 12.154, de 23 de dezembro de 2009**. Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e dispõe sobre o seu pessoal; inclui a Câmara de Recursos da Previdência Complementar na estrutura básica do Ministério da Previdência Social; altera disposições referentes a auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil; altera as Leis nos 11.457, de 16 de março de 2007, e 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12154.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>34</sup> Id. **Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001**. Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/lcp109.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>35</sup> Id. **Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1996**. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>36</sup> Registra Strapazzon: “É um modelo complexo demais para uma jovem república democrática, de uma sociedade injusta pelo seu crônico grau de desigualdade social, economicamente pouco competitiva e que precisa

não sem alguma razão pelo ministro da economia, Paulo Guedes, de manicômio tributário<sup>37</sup>; que as discussões jurídicas que se travam em torno das propostas de alteração legislativas nessa seara não tem origem jurídica nem legal, mas demográfica, econômica, política e social; bem como que tanto as atuais propostas quanto os juízos sobre elas formuladas transitam ainda no plano teórico; impende reconhecer, desde logo, ser inviável nos limites do presente estudo uma abordagem específica e aprofundada sobre quaisquer aspectos desse sistema ou de seus subsistemas senão, precisamente, enquanto sistema em si – noção que se investiga mais a fundo em tópico próprio. Ademais, mesmo restrito o enfoque do estudo sobre o assim denominado sistema de seguro social brasileiro enquanto tal, são inevitáveis relações, interferências, ruídos entre essas esferas de discussão, mostrando-se necessário a uma adequada abordagem científico-jurídica, administrar, justamente sob um enfoque sistêmico, esses mecanismos e eventos de mútua irritação.

Feito esse esclarecimento, prosseguindo com o objeto do presente tópico, importa, nesse recorte sociosecuritário nacional, compreender melhor as hipóteses lançadas em estudo e que, a certo modo, guiam as expectativas sobre as quais se amparam várias propostas de alteração legislativa das políticas públicas correspondentes.

O Banco Mundial alega que o envelhecimento da população no Brasil é preocupante não só por poder “obstruir a sustentabilidade fiscal e barrar o crescimento econômico” como por “demandar uma revisão das instituições econômicas e sociais necessárias para a seguridade social e a provisão de serviços apropriados”<sup>38</sup>, sobretudo porque “(i) instituições mudam muito lentamente; e (ii) os idosos de 2050 estão entrando na força de trabalho hoje e as regras do sistema atual estão influenciando suas decisões”<sup>39</sup>. Esse é um ponto importante:

---

de transparência e eficiência na gestão das coisas públicas” (STRAPAZZON, Carlos Luiz. A dança dos números: as contas da Previdência e da Seguridade Social depois da Auditoria do TCU de 2017. In: **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 18, n. 3, p. 791-828, 20 dez. 2017. Joaçaba: UNOESC, 2017, p.802. Disponível em: <https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16386>. DOI:<https://doi.org/10.18593/ejil.16386>).

<sup>37</sup> VEJA. Governo quer pacto federativo e reforma tributária neste ano, diz Guedes. In: **Revista Veja**, Economia, 26 jul. 2019. São Paulo: Abril, 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/governo-quer-pacto-federativo-e-reforma-tributaria-neste-ano-diz-guedes/>. Acesso em 20 fev. 2020. A expressão, no Brasil, remonta à Teoria Geral do Direito Tributário, cuja primeira edição é de 1963, do tributarista Alfredo Augusto Becker, que, por sua vez, rende a autoria à expressão “manicômio tributário italiano”, de Lello Gangemi (L. Gangemi. Studi in Memoria di Benvenuto Griziotti. Milano, 1959, p. 127-194 apud BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. [S.l.]: Saraiva, [s.d.], p. 4. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297457/mod\\_resource/content/1/BECKER.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297457/mod_resource/content/1/BECKER.pdf). Acesso em 20 fev.2020). No mesmo sentido, Gustavo Franco indica o ensaio Pandemônio Tributário, de 2004, do também tributarista Condorcet Pereira de Rezende (Disponível em: [http://www.economia.puc-rio.br/gfranco/PANDEMONIO\\_TRIBUTARIO.htm](http://www.economia.puc-rio.br/gfranco/PANDEMONIO_TRIBUTARIO.htm). Acesso em: 01 nov. 2019).

<sup>38</sup> BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo [...]**, op. cit., p.14-15 e 19.

<sup>39</sup> Ibid., p. 19-20.

As decisões que eles tomam durante sua idade adulta serão baseadas nas instituições sociais e políticas, atuais e esperadas, que influenciam a seguridade econômica na idade mais avançada. Adicionalmente, as realidades políticas impõem um longo período de transição até que um novo sistema regulatório seja completamente implementado. O quanto mais se adia a reforma, maior será a sua necessidade, e mais drástica ela terá que ser. Como resultado, o custo de programas existentes (relativo ao PIB) pode continuar a crescer por muitos anos ao longo do período de transição antes que os efeitos estabilizadores de uma reforma sejam sentidos.<sup>40</sup>

Acrescenta que, embora a experiência de outros países, sobretudo em desenvolvimento, deva ser observada, as soluções “precisam ser coerentes com a história individual do país, com a sua cultura, recursos e valores”, de modo que deverão ser desenvolvidas de dentro da própria sociedade brasileira<sup>41</sup>. De fato, exemplos não faltam e nem irão faltar já que, constituindo o fenômeno demográfico fator de impacto econômico para países de economia capitalista ou não, mesmo países mais pobres, mais ricos ou de economia planejada se depararam ou virão a se deparar de algum modo com semelhante problema<sup>42</sup>.

O Banco Mundial considera talvez inevitáveis a criação de incentivos à natalidade e o aumento na idade de inatividade<sup>43</sup>. Quanto ao primeiro, além de perspectivas catastróficas em termos de sustentabilidade global a partir de vertentes neomalthusianas<sup>44</sup>, é digno de nota que a revogação da política do filho único na China – único país que hoje supera a taxa de envelhecimento populacional brasileira<sup>45</sup> – não surtiu os efeitos esperados em face de

---

<sup>40</sup> BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo [...]**, op. cit., p.19-20.

<sup>41</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>42</sup> A propósito, anote-se: BBC. Como a previdência virou uma bomba-relógio que ameaça as 8 maiores economias do planeta. **BBC News**, Brasil, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45269015>. Acesso em 20 fev. 2020; BULARD, Martine. Traídos pelos fundos de pensão. **Le Monde Diplomatique**, Brasil, Previdência, 1 maio 2003. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/traidos-pelos-fundos-de-pensao/>. Acesso em: 20 fev. 2020; AFP. Previdência dos EUA quebra em 17 anos, diz Tesouro. **Exame**, Economia, 13 jul. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/previdencia-dos-eua-quebra-em-17-anos-diz-tesouro/>. Acesso em: 20 fev. 2020; WIGGLESWORTH, Robin. Sistema de pensões nos EUA ameaça aposentadoria de americanos. **Folha de S. Paulo**, Mercado, 22 set. 2016. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1815860-sistema-de-pensoes-nos-eua-ameaca-aposentadoria-de-americanos.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>43</sup> BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo [...]**, op. cit., p.20.

<sup>44</sup> Recentemente grandes produções hollywoodianas como *Inferno* (INFERNO. Direção: Ron Howard. [S.l.]: Sony Pictures, 2016. 1 Blu-ray), baseada na obra homônima de Dan Brown, e *Avengers: Endgame* (AVENGERS: Endgame. Direção: Anthony Russo; Joe Russo. [S.l.]: Marvel, 2019, 1 Blu-ray), retrataram, em vilania, o argumento da necessidade de controle a uma superpopulação. A mais séria e aceita crítica, contudo, parece ser a consciência de insustentabilidade de um modelo econômico de desenvolvimento perpétuo às custas do esgotamento dos recursos naturais (CAPRA, Fritjof. **O Ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 43).

<sup>45</sup> BANCO MUNDIAL. **Competências e empregos: uma agenda para a juventude**: síntese de constatações, conclusões e recomendações de políticas. Washington, 2018, p.7-8. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/953891520403854615/pdf/123968-WP-PUBLIC-PORTUGUESE-P156683-CompetenciaseEmpregosUmaAgendaparaaJuventude.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

transformações econômicas e culturais<sup>46</sup>. Sobre o segundo ponto, reconhece desencorajadoras as recentes experiências junto aos países europeus: “Greves gerais foram deflagradas na França no verão de 2010 em resposta ao aumento da idade para aposentadoria em dois anos, de 60 para 62 anos”, além do que, “para a aposentadoria tardia ser viável é imperativo assegurar que as pessoas envelhecerão com boas condições de saúde”<sup>47</sup>.

No que tange aos cuidados com a saúde, apesar de uma possível redução da proporção de idosos debilitados em face dos avanços da medicina e dos cuidados com a saúde, não se afasta um aumento do número absoluto de idosos debilitados, de modo que investimentos públicos em saúde – hoje muito abaixo da média da Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE) –, sofrerão forte pressão. Além disso, estima-se que mudanças nos valores sociais e familiares e a maior inclusão das mulheres no mercado de trabalho reduzirá a ajuda familiar para os idosos, que ficarão cada vez mais aos cuidados de não-familiares<sup>48</sup> - de onde se extrai uma perspectiva de maiores gastos na contratação de cuidadores, hospitais, clínicas geriátricas, casas de saúde, casas de repouso, entidades de longa permanência, ancionatos ou congêneres bem como a sugestão da criação de modelos alternativos aos cuidados domiciliares de longo prazo a idosos<sup>49</sup>. Extraem-se também daí mudanças no perfil epidemiológico e um maior interesse na prevenção e no retardamento de doenças e deficiências e na manutenção da saúde, independência, e mobilidade por mais tempo na população mais idosa – considerados, assim, os maiores desafios relacionados à saúde decorrentes do envelhecimento da população.<sup>50</sup>

De fato, a decorrência mais evidente do quadro demográfico nacional é a previsão de maiores pressões fiscais com saúde e previdência e menores com educação, conferindo, segundo o Banco Mundial, a oportunidade de “aumentar o investimento por aluno para níveis comparáveis aos dos países da OCDE sem aumentar as pressões nas finanças públicas”<sup>51</sup>. Permite-se, assim, aproveitar os dividendos demográficos, criando oportunidades no mercado de trabalho no curto prazo, e, no médio e longo prazo, estimular a capacidade produtiva:

---

<sup>46</sup> Anote-se: GAZETA DO POVO. Revogação da política do filho único na China não tem surtido o efeito esperado. **Gazeta do Povo**, Sempre Família, Natalidade, Curitiba, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://www.semprefamilia.com.br/revogacao-da-politica-do-filho-unico-na-china-nao-tem-surtido-o-efeito-esperado/>. Acesso em 20 fev. 2020; AFP. Crescimento populacional da China desacelera apesar de fim da política do filho único. **G1, Mundo**, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/01/21/crescimento-populacional-da-china-desacelera-apesar-de-fim-da-politica-do-filho-unico.ghtml>. Acesso em 20 fev. 2020.

<sup>47</sup> BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo [...]**, op. cit., p. 20.

<sup>48</sup> *Ibid.*, p. 12.

<sup>49</sup> *Ibid.*, p. 16.

<sup>50</sup> *Ibid.*, p. 15-16.

<sup>51</sup> *Ibid.*, p. 10-11.

Por um lado, para impulsionar a produtividade da força de trabalho existente, é preciso investir em incentivos e meios para que seja alcançada uma melhor qualificação dos trabalhadores atuais, por exemplo, através de treinamentos e cursos de aperfeiçoamento dos trabalhadores mais antigos e programas de aprendizado continuado. Por outro lado, para impulsionar a produtividade potencial de gerações futuras é preciso investir em melhorias na educação pública. Em particular, o aumento da cobertura e da qualidade da educação em estágios iniciais tende a estar entre os determinantes principais de uma força de trabalho mais produtiva no futuro. E isso fará com que os programas de aperfeiçoamento sejam mais eficientes em estágios mais avançados da vida de trabalho.<sup>52</sup>

Ocorre que este argumento é parcialmente ilusório já que, como informa o próprio Banco Mundial, embora o percentual do produto interno bruto (PIB) destinado à educação e previdência já sejam similares aos países da OCDE, a atual estrutura etária do Brasil revela um gasto público per capita com a (ainda pequena) população idosa é “muito maior do que em qualquer outro país da OCDE e da América Latina e do Caribe com sistemas proteção social similares”, enquanto que com a educação dos jovens é significativamente menor<sup>53</sup>. Ou seja, o aumento de gasto per capita na educação é decorrência automática da redução do número de alunos desde que o valor total de investimento na educação se mantenha – o que, contudo, tende a sofrer cada vez mais pressão pelo incremento dos custos sociais securitários.

Em análise aos dados do Banco Mundial<sup>54</sup>, Sergio Firpo analisa que, apesar da queda da desigualdade de renda entre 1990 e 2015, o Brasil continua sendo um dos 10 com maior desigualdade de renda no mundo, e que, apesar de “elevarmos em mais de 50% a escolaridade média da população nos últimos 30 anos”, isso não se refletiu da mesma forma em níveis de produtividade<sup>55</sup>. Não obstante, concorda que “o centro das políticas tem de estar em nossos jovens, ainda que, por restrições orçamentárias, tenhamos que reduzir os gastos, sobretudo previdenciários, com os mais velhos”<sup>56</sup>.

Com isso se “transfere o peso da urgência da agenda jovem do objetivo de inclusão social para o da produtividade e do crescimento econômico”<sup>57</sup> agravado pelo fato de que “a adoção da tecnologia digital está modificando rapidamente as competências demandadas pelos empregadores brasileiros”<sup>58</sup>

---

<sup>52</sup> BANCO MUNDIAL. *Envelhecendo [...]*, op. cit., p. 16-17.

<sup>53</sup> *Ibid.*, p. 11.

<sup>54</sup> *Id.*, *Competências [...]*, op. cit., passim.

<sup>55</sup> FIRPO, Sergio. Metade dos jovens brasileiros tem futuro ameaçado, diz Banco Mundial. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 8 mar. 2018. Economia & Negócios, p. B3.

<sup>56</sup> *Id.* O futuro da desigualdade: foco nos jovens de hoje. *O Estado de S. Paulo*, São Paulo, 7 mar. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-futuro-da-desigualdade-foco-nos-jovens-de- hoje,70002218125>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>57</sup> BANCO MUNDIAL. *Competências [...]*, op. cit. p. 9.

<sup>58</sup> BANCO MUNDIAL. *Competências [...]*, op. cit. p. 8.

[...]. Evidências recentes do Brasil mostram que as empresas com mais altos níveis de adoção de tecnologia digital, e as primeiras expostas à internet, baseiam-se em menor medida em atividades de rotina e habilidades manuais (Almeida, Corseuil e Poole, 2017). Um número crescente de firmas procura colaboradores com competências cognitivas e analíticas de mais alto nível, tais como raciocínio matemático claro, capacidade de realizar com eficácia atividades não rotineiras, como interagir com computadores. As empresas brasileiras também estão fazendo relativamente mais uso de competências socioemocionais, que são competências mais interativas, baseadas na comunicação, tais como expressão oral e clareza ao falar.<sup>59</sup>

Embora a primeira infância seja o período ideal, “esses três tipos de competências [cognitivas, técnicas e socioemocionais] podem ser adquiridos durante toda a vida”<sup>60</sup>. Esse dado é importante já que se também registra que “a diminuição da produtividade com a idade não é observada pelos salários no setor formal”, afetando a competitividade, lucro e investimento das empresas<sup>61</sup>. Por isso, programas de treinamento de trabalhadores mais velhos são também considerados:

Programas de treinamento específicos podem ser eficazes para suavizar ou anular o declínio associado à idade na habilidade de aprender novas técnicas. Até agora, no entanto, todas as evidências indicam que o acesso a treinamentos diminui significativamente ao longo da vida de trabalho do indivíduo. No futuro, as firmas não terão escolha a não ser expandir os programas de treinamento, para investir nos trabalhadores mais velhos e reorientar os programas para atender às necessidades desses trabalhadores.<sup>62</sup>

Um fator positivo nesse sentido é que os postos de trabalho tendem a se afastar de atividades que exijam maior vigor físico e se concentram em ramos ligados ao conhecimento técnico e científico, à experiência e à criatividade, principalmente junto ao terceiro setor, o setor de serviços – o que parece permitir uma vida profissional mais longa, a depender, contudo, de uma boa formação escolar de base.

Nessa linha, mostra-se coerente a perspectiva de que jovens, adultos e futuros idosos possam todos contribuir, sobre as bases da educação e do trabalho, para um incremento da produção que efetivamente se reverta no financiamento do bem-estar social – o que inclui a segurança social em face das contingências da vida. Embora determinante, o fator etário não é fator exclusivo a influir sobre a produtividade de um país, conforme se exemplifica:

[...]. Apesar desse envelhecimento da população, a taxa de crescimento da produtividade do trabalho na Coreia do Sul manteve-se forte e resiliente diante de crises financeiras e econômicas. Os exemplos da Coreia do Sul, Japão e China são a melhor evidência de que a demografia de um país não tem que ditar seu destino econômico. É imperativo manter os idosos economicamente ativos por mais tempo.

---

<sup>59</sup> Ibid., p. 8-9.

<sup>60</sup> Ibid., p. 9.

<sup>61</sup> Id. **Envelhecendo** [...], op. cit., p. 14.

<sup>62</sup> Ibid., loc. cit.

Mas também é fundamental assegurar que cada nova coorte de jovens que entrar no mercado de trabalho possua as competências necessárias para ter a oportunidade de ser plenamente integrada. [...].<sup>63</sup>

Vale lembrar que o bônus demográfico impacta positivamente a produtividade e, com o seu fim, índices mais baixos são esperados, o que é muito ruim considerando que “a produtividade da mão de obra no Brasil permaneceu notavelmente estagnada por muitos anos, mal se alterando desde 1980”<sup>64</sup>. Além de elevar o potencial produtivo através do investimento no capital humano, ele deve ser combinado com um sistema de educação que, com competências cognitivas, técnicas e socioemocionais, efetivamente capacite as pessoas para, mais do que uma vaga de trabalho empregado<sup>65</sup>, as preparem para a vida social autônoma, com emancipação econômica e que permita o aproveitamento das oportunidades para seu desenvolvimento integral – inclusive, eventualmente, se candidatar com sucesso a demandas de um mercado de trabalho competitivo e cada vez mais especializado (resiliência).

Outro dado relevante é o reconhecimento de que o quadro de redução da pobreza e da desigualdade experimentado à época do estudo estava sendo “alcançado a um custo elevado, com o acentuado aumento nos gastos do sistema de seguridade social”<sup>66</sup>. A partir disso, aponta contradições no interior do sistema de seguridade social na relação entre benefícios não contributivos (assistenciais em sua essência) e contributivos (previdenciários, a rigor):

O atual sistema previdenciário gera incentivos negativos para a participação no mercado de trabalho e para as contribuições à seguridade social. O baixo limite de idade e a existência da aposentadoria por tempo de trabalho sem idade mínima levam à aposentadoria precoce. Assim, um sistema que deveria assegurar a renda de indivíduos impossibilitados de trabalhar acaba fornecendo auxílios por um período maior do que o tempo de contribuição. Além disso, a aposentadoria precoce implica que uma fração da força de trabalho produtiva não está sendo usada ou que continua trabalhando no setor informal.

As regras do sistema de previdência incentivam a informalidade, especialmente para os trabalhadores menos qualificados. A disponibilidade de um programa não-contributivo, que transfere benefícios iguais à renda mínima do programa contributivo (equivalente ao salário mínimo) reduz os incentivos para que os trabalhadores com menores salários contribuam. Isso é prejudicial, dado que uma grande proporção da população não contribui com o sistema de seguridade social durante a idade ativa, ao passo que se beneficiará dele mais tarde. Conforme a população do Brasil envelhece, cresce a necessidade de se assegurar que uma parcela maior contribua para o sistema previdenciário.<sup>67</sup>

Aos anseios de geração de renda e emprego segue-se naturalmente o de formalização das relações de trabalho não só para fins de adequada efetivação de direitos trabalhistas como

---

<sup>63</sup> BANCO MUNDIAL. **Competências** [...], op. cit., p. 8.

<sup>64</sup> *Ibid.*, p. 7.

<sup>65</sup> *Ibid.*, loc. cit.

<sup>66</sup> *Id.*, **Envelhecendo** [...], op. cit. p. 12.

<sup>67</sup> BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo** [...], op. cit., p. 12-13.

também para financiar, pela cobrança de contribuições sociais, toda a seguridade social. Ao se considerar indeclinável uma renda mínima capaz de atender as necessidades vitais básicas do trabalhador e sua família (CR/88, art.6º, IV e VII) – o que, se sabe, não é efetivado pelo salário-mínimo fixado em lei – e ao se considerar esse um padrão de rendimento minimamente digno, à menor arrecadação decorrente da informalidade<sup>68</sup> impõe-se o desenvolvimento de mecanismos auxiliares (e.g., incentivos eficazes à formalização ou fiscalização e gestão mais eficientes) ou alternativos (e.g., outros esquemas de financiamento ou de alcance dos mesmos objetivos). A partir de um mínimo, as distinções entre assistência social e previdência social podem ser reforçadas, com maiores benefícios àqueles formalmente vinculados ao sistema previdenciário (e não só ao segurado e seus dependentes) ou fiscalização e repressão – o que implicam custos; ou podem, por outro lado, ser minoradas, nivelando o regime geral a um piso de direitos ao mesmo tempo que incentiva a conduta previdente por sistemas de previdência complementar e a poupança privada.

Embora o nível de poupança tenda a diminuir com o envelhecimento da população, o Banco Mundial admite que isso pode não acontecer no Brasil, podendo até aumentar, por força da alta renda bruta dos idosos em razão das transferências públicas<sup>69</sup>. Esse dado parece um tanto enigmático já que a manutenção de significativa parte dos domicílios brasileiros conta com a participação dos rendimentos de inatividade, muitas vezes como principal fonte de renda de famílias inteiras<sup>70</sup>. Isso torna o quadro ainda mais aterrorizador, pois, se de um lado o (relativamente alto<sup>71</sup>) rendimento dos idosos serve de tábua de salvação de famílias

---

<sup>68</sup> Em outro estudo, se esclarece: “[...]. Há tantas motivações e circunstâncias que levam uma pessoa ao trabalho informal (sonegação e evasão fiscal, preferência pela flexibilidade, exclusão, etc.) quantas são as modalidades de trabalho informal (trabalhador familiar não remunerado, assalariado não contratado, trabalhador diarista, dono de pequeno negócio, empresário individual, etc.). Contudo, todas as modalidades de trabalho informal acarretam um elemento de risco mais alto, particularmente quando as opções da pessoa são muito restritas e os únicos empregos em oferta não oferecem contrato. [...]” (Id., **Competências [...]**, op. cit., p. 23-24).

<sup>69</sup> Id., **Envelhecendo [...]**, op. cit., p.14.

<sup>70</sup> Segundo dados do PNAD divulgados pelo IBGE em 2018, 19,4% do rendimento médio mensal domiciliar per capita no Brasil no ano de 2017 era composto de aposentadorias e pensões. (INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Rendimentos de todas as fontes 2017**. Brasília, DF: 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559_informativo.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020). Notícia mais recente do IBGE informa que entre os lares mais pobres, cerca de um quarto da renda vem de aposentadorias, pensões e programas sociais. (Id.. Quase 25% da renda de mais pobres vêm de aposentadorias e programas sociais. **Agência de Notícias IBGE**, 01 ago. 2018. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25608-quase-25-da-renda-de-mais-pobres-vem-de-aposentadorias-e-programas-sociais>. Acesso em: 20 fev. 2020). Em estudo encomendado, avalia-se que em 2017, 5,7 milhões de residências, aposentadorias e pensões representavam mais de 75% de toda a renda (CHIARA, Márcia de; BRANDÃO, Raquel; OSCAR, Naiara. Crise reforça aposentados como arrimo de família. **Folha de Londrina**, 15 jul. 2018. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/economia/crise-reforca-aposentados-como-arrimo-de-familia-1010611.html>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>71</sup> THE WORLD BANK. **Growing [...]**, op. cit., p. 202.

inteiras, mesmo que à margem da pobreza, de outro é capaz de reforçar o desengajamento da parcela mais jovem da população, no trabalho ou no estudo.

Nesse ponto, as esperanças de lograr um incremento da produtividade mediante o incremento dos investimentos per capita com a educação de jovens sofre um grande revés, pois o desengajamento da parcela mais jovem da população no trabalho ou nos estudos é um fenômeno atual que se verifica em vários países do globo, constituindo também um problema para o Brasil: em 2015, cerca de 23% dos jovens entre 15 e 29 anos não estavam nem na escola, nem treinamento e nem trabalhando, considerada, assim, “a forma mais extrema de desengajamento (habitualmente chamados de nem-nems)”<sup>72</sup>.

A partir dos dados disponibilizados, calculou-se que: 11,2 milhões de jovens são nem-nem; 2,2 milhões só estuda, com defasagem; 8,8 milhões só trabalha, informalmente; e 2,8 estuda e trabalha informalmente. São, portanto, 25 milhões de jovens economicamente desengajados, 52% do total de jovens brasileiros de 15 a 29 anos<sup>73</sup>.

A boa notícia é que em todo o país, o desengajamento econômico dos jovens caiu no período 2004-2015, passando de 61,7 por cento em 2004 a 52,2 por cento em 2015. Essa queda ocorreu apesar do aumento da proporção de ‘nem-nems’ no mesmo período; e deveu-se, principalmente, à queda nas taxas de distorção série-idade, para os que estudam, e da informalidade da mão de obra, para os que já estão nos mercados de trabalho. Mais criticamente, as taxas de desengajamento econômico juvenil ainda variam substancialmente entre estados do Brasil, com as mais altas encontradas no nordeste e a mais baixas, na região sul.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> BANCO MUNDIAL. **Competências [...]**, op. cit., p. 14. Do estudo original, muito mais amplo, extrai-se o seguinte esclarecimento: “O estudo propõe que as habilidades individuais – inatas ou adquiridas – são o resultado de uma série de inputs: a função de produção de ‘capital humano’ (Acemoglu and Autor 2012; Acemoglu and Autor 2010; Ben-Porath 1967). O capital humano se forma em três arenas principais. O primeiro é o lar, especialmente para crianças abaixo da idade escolar; o segundo é a escola, para crianças em idade escolar; e o terceiro é o mercado de trabalho, onde indivíduos que fazem transições parciais ou completas da educação para o emprego, aprendem por meio do trabalho ou de treinamento profissional (Behrman, De Hoyos e Székely 2014; Acemoglu e Autor 2012; Hanushek e Woessman 2008; Veum 1995). Levando em consideração esses canais, o número de anos de escolaridade e/ou de experiência profissional é considerado um preditor padrão das dotações de capital humano dos indivíduos (Krueger e Lindahl 2001; Barro 2001; Barro e Sala-i-Martin 1995). Na literatura, o desengajamento econômico dos jovens é apresentado como jovens que não estão em educação, emprego ou treinamento (NEET) e, portanto, não estão acumulando capital humano. Os “NEETs” (ou “nem-nems”) compreendem um grupo - talvez simplisticamente definido - de jovens desengajados que há muito tempo preocupam os formuladores de políticas; do ponto de vista escolar e do mercado de trabalho, representam um recurso humano potencialmente subutilizado e uma condição que muitos jovens acham difícil de superar, contribuindo para a desigualdade e a exclusão social (De Hoyos, Rogers e Popova 2013; Bynner e Parsons 2002; Croxford e Raffe 2000).” (THE WORLD BANK. **Skills and Jobs in Brazil: an agenda for youth**. Washington, 2018, p.34. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29958/9781464812934.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020) No mesmo ponto, o estudo reconhece haver evidências de que, especialmente entre os jovens, o acesso à educação e ao emprego é insuficiente para medir adequadamente a acumulação de capital humano.

<sup>73</sup> OTTA, Lu Aiko. Metade dos jovens brasileiros tem futuro ameaçado, diz Banco Mundial. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 8 mar. 2018. Economia & Negócios, p. B1.

<sup>74</sup> BANCO MUNDIAL. **Competências [...]**, op. cit., p. 14.

O relatório aponta que embora o acesso à educação com a expansão das matrículas (inclusive na educação superior) confira aos jovens brasileiros mais anos de escolaridade que as gerações anteriores, o avanço na melhora da aprendizagem tem sido lento. Informa-se que “em 2015, somente 38 por cento dos adolescentes estavam na série correta na escola, e mais de 13 por cento já haviam parado de estudar”<sup>75</sup>, de modo que, a exemplo, no atual ritmo, “o Brasil levaria mais de 260 anos para atingir as notas médias dos países da OCDE em desempenho na leitura”<sup>76</sup>.

Como se pode perceber, as discussões sobre saúde, assistência e previdência à luz de uma sistemática de seguridade social contam necessariamente com incursões sobre a educação e o trabalho de jovens e adultos desde hoje. Isso porque se trata de uma questão essencialmente transgeracional, pela qual a construção de um futuro compartilhado começa hoje a partir do contexto herdado daqueles que os antecederam.

Seja como for (no futuro), a questão previdenciária se coloca hoje (no presente). O Banco Mundial alude que as reformas de 1999 e 2003, embora muito úteis, não foram suficientes para resolver o “problema de sustentabilidade dos gastos previdenciários” – que deve chegar a 22,4% do PIB até 2050<sup>77</sup> se nada for feito – e que “o Brasil simplesmente não pode se dar ao luxo de envelhecer antes de alcançar o status de país de alta renda”<sup>78</sup>.

Mas por que não ter este *luxo*? A condição de país de alta renda significa mais prosperidade, qualidade de vida, bem-estar social e efetivação de direitos humanos e fundamentais? A alta renda sem dúvida é um indicador relevante de capacidade econômica das famílias e da sociedade em geral, mas seria indispensável a ponto de servir de objetivo a guiar as políticas públicas, especificamente as de seguridade social? Antes da reforma previdenciária de 1999, Helmut Schwarzer e outros publicaram estudo onde, após enumerar vantagens e desvantagens do sistema de repartição e do sistema de capitalização individual, concluem que não há previdência demograficamente imune, ao que finalizam:

Ao definir com seriedade um sistema de Previdência para o futuro, as questões iniciais a responder não são "repartição ou capitalização" nem "público ou privado", mas quais grupos-meta priorizar e incluir na constituição de um sistema de Previdência, sobre quais ombros repartir a carga resultante e com base em que critérios. Isso implica definir, por exemplo, "cidadania" e "justiça social".

---

<sup>75</sup> Ibid., p. 18.

<sup>76</sup> Ibid., p. 16-17.

<sup>77</sup> Id., **Envelhecendo** [...], op. cit., p. 13.

<sup>78</sup> Id., **Competências** [...], op. cit., p. 12.

Com isso claro, pode-se avaliar quais instrumentos e combinações público-privadas são pertinentes e sob que condições. Aqueles que perseguem o caminho inverso que digam à sociedade de que definições partem.<sup>79</sup>

Com efeito, quando se questiona os motivos do estudo do Banco Mundial lançar como meta o tornar-se *rico* antes de tornar-se *velho* (e não outra), não se trata aqui de estabelecer contrários, como se um incremento de riqueza de ordem econômica se desse necessariamente em detrimento de virtudes ou de fomento de interesses de ordem social, mas de lançar foco sobre os fundamentos, valores e fins jurídicos de um Sistema de Seguridade Social consistente e funcional junto ao Estado Democrático de Direito brasileiro.

O Brasil, apesar dos avanços, continua a ser um país imenso, populoso e de grandes desigualdades sociais, cujo combate é um objetivo constitucional (CR/88, art.3º, III). Parece também inegável que o incremento de produtividade é um objetivo digno de ser perseguido no sentido de contribuir com a garantia do desenvolvimento nacional (CR/88, art.3º, II), mas sem violar a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (CR/88, art.1º, III e IV). Também na construção de uma sociedade mais livre, justa e solidária (CR/88, art.3º, I), parece adequado que, na proteção e promoção de um sistema que garanta a segurança social de todos, também a todos, notadamente jovens, adultos e também idosos, na medida de suas capacidades e sem preconceitos e discriminações juridicamente injustificadas (CR/88, art.3º, IV), seja igualmente oportunizada e incentivada a participação cidadã, em direitos e deveres, o que inclui o debate político plural e democrático (CR/88, art.1º, II e V). Nesse contexto, não só por representante eleitos, mas também diretamente, como se pretende demonstrar, a sociedade exerce algum poder sobre o seu próprio futuro, havendo um preço a pagar pela própria liberdade: mais do que a vigilância, o peso de decidir e confiar.

Para o momento, pode-se dar por inequívoco um quadro de rápido envelhecimento populacional no Brasil com inerentes implicações sobre diversos aspectos da sociedade, tendo os debates dado franco destaque às repercussões sobre a economia e as políticas públicas, notadamente sobre previdência, saúde, assistência e educação – porém, todos sempre conectados de alguma forma à questão da previdência, figurando este como grande atrator temático de um conjunto muito maior de entrelaçamentos sistêmicos da sociedade.

---

<sup>79</sup> SCHWARZER, Helmut. Previdência e promessas duvidosas. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 12 nov. 1997. Mercado, Opinião Econômica. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi121102.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020. Mais de uma década depois, o mesmo autor relatou as divergências mesmo entre o pequeno grupo de especialistas na área: SCHWARZER, Helmut; PEREIRA, Eduardo da Silva; PAIVA, Luis Henrique. **Projeções de Longo Prazo para o regime geral de previdência Social**: o debate no fórum nacional de previdência social. Série Seguridade Social. Textos para Discussão n. 1405. Brasília, DF: IPEA, jun. 2009, passim. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4732). Acesso em: 20 fev. 2020.

Tudo isso não só possui uma complexidade inerente sob qualquer das diversas perspectivas possíveis sob o viés econômico e demográfico como também ganha incremento com divergências e contrastes sociais, políticos e ideológicos. Não obstante, o envelhecimento populacional já é um fato e suas consequências são evidentes, sendo que a indecisão (ou a não-decisão) acarreta semelhantes riscos.

Para além de anteriores reformas legislativas acerca da questão social securitária nacional, de tempos em tempos – inclusive recentemente – surgem de outros países exemplos que servem de referencial aos estudos e projetos nacionais. Neste contexto, a decisão mais *simples* que oferece perspectivas com dados mais concretos é também a mais comum: realizar o aumento de contribuições, a redução de benefícios ou uma combinação de ambos. Trata-se da solução liberal que encontra eco na experiência internacional mais tradicional, e que ainda se faz sentir.

Assim, diante das expectativas que surgem acerca do futuro, um olhar para o próprio passado e para situações semelhantes em diversas partes do globo constitui uma inevitável fonte de comparação na busca de algum parâmetro, alguma probabilidade que permita alguma segurança acerca do seu próprio conduzir hoje e amanhã. Em meio à história, à atualidade e às expectativas, há quem observe o princípio da proibição de retrocesso como um instrumental jurídico apto a, de alguma maneira, resguardar de pretensões reformistas direitos sociais historicamente conquistados, notadamente os ora colocados em foco<sup>80</sup>.

Essa percepção social é objeto de atenção no tópico que se segue.

## 2.2 HISTÓRIA, ATUALIDADE E EXPECTATIVA

Aparentemente, o Brasil foi, é e tem latente em si a expectativa de que continuará a ser um país do futuro. Não um país futurista, mas um país de promessas que não se cumprem, um país de promessas não cumpridas. Um futuro que nunca chega é eterna expectativa. Um futuro que nunca se realiza e que, desde já, gera a expectativa de que não se realizará, é uma fonte inesgotável de decepções – não no futuro, mas hoje. No solo da descrença, a esperança não tarda a esmorecer enquanto inocência de quem não viveu o suficiente para saber.

---

<sup>80</sup> Entre outras obras versando sobre a temática, anote-se: RAMOS, Itamar de Ávila; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Princípio da vedação de retrocesso e financiamento da seguridade social no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018; DINIZ, Matheus Brito Nunes. **Reforma previdenciária: o envelhecimento populacional e a aposentadoria no regime geral de previdência social**. Curitiba: Juruá, 2017; ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013; MARTINEZ, Wladimir Novaes (orient.); KOSUGI, Dirce Namie (coord.). **O princípio da vedação de retrocesso na previdência social**. São Paulo: LTr, 2018.

A conquista da estabilidade monetária é um fato ainda recente no Brasil. Ao tempo da promulgação da Constituição de 1988, os brasileiros conviviam com uma inflação de dois dígitos ao mês – a hiperinflação<sup>81</sup>. Os brasileiros nascidos antes da década de 1990 certamente ainda possuem na memória corridas aos supermercados lotados em dias de pagamento, cujas compras eram realizadas em meio a funcionários em frenética remarcação de preços. A ideia de poupar para o futuro (poupança) convertia-se em algo de fato acessível a pequena parcela da população, aquela que podia realizar aplicações maiores, que permitiam investimentos (as operações de *overnight*, a exemplo) que reduziam o impacto da desvalorização da moeda. Ademais, neste cenário torna-se impossível criar expectativas razoáveis sobre o futuro, tornado ainda mais incerto por sucessivos e radicais planos econômicos, afastando, junto com a credibilidade, os investimentos e facilitando a atividade de rentistas, agiotas e especuladores, ou seja, daqueles já detentores de grande ou algum *status* econômico.

A esse tempo, em 1983, Moacyr Scliar escreve supondo que o formato de porco de cofrinhos infantis remontaria à época feudal, quando o dinheiro e a usura (assim como o trabalho) eram olhados com nojo e desprezo pelo clero e pela nobreza – ainda que necessário à rudimentar economia daquela sociedade dedicada à manutenção de seu divino *status quo*:

A sociedade feudal resolveu o impasse de uma maneira engenhosa. Atribuiu o papel de usurário a um elemento marginal na sociedade, um elemento que pouco podia esperar da vida na terra e muito menos da vida eterna: o judeu. Criou-se assim a figura típica e caricatural do usurário de olhinhos brilhantes, nariz adunco e dedos em garra, um estereótipo que de tal forma se impôs que historiadores sob outros aspectos respeitáveis, como Werner Sombart, foram levados a crer que a usura constituía um atributo específico da chamada "raça judaica". Que não haja nada semelhante à categoria biológica de raça nos judeus em nada perturbou tais historiadores, como em nada perturbou os nazistas; o que era efeito passou a ser considerado causa e assim a lenda da predisposição judaica à usura manteve a mesma consistência que tinha à época da Idade Média. As relações entre usurários e senhores feudais era uma relação de mútua safadeza, uma sinistra simbiose entre a astúcia do fraco e a prepotência do forte. Relegados a este papel abominado e abominável, os judeus tiravam dele o maior proveito que podiam, cobrando escorchantes taxas de juros (mesmo essas taxas exageradas, contudo, não chegavam aos níveis de hoje, atingindo 86 por cento no máximo...). Os senhores feudais toleravam, enquanto queriam, esta situação, e, na Inglaterra, os reis dela tiravam proveito, porque todos os empréstimos contraídos com os judeus eram registrados no "saccarium judaeorum" e gravados com uma taxa de 10 por cento em proveito do tesouro real (cf. Abraham Leon, "Concepção Materialista da Questão Judaica", Global, 1981, p. 82). Quando os nobres não podiam pagar, ou quando precisavam de muito dinheiro de uma vez só, faziam o que faz um garoto quando necessita do dinheiro de seu cofrinho: destrói o porco. Os massacres de judeus, com sua conseqüente "queima de arquivo", eram a solução. Em 1189, os judeus são assassinados em Londres, Lincoln e Standord; em 1190, a nobreza destrói o "saccarium judaeorum" de York, queimando solenemente os títulos das dívidas; os

---

<sup>81</sup> BRESSER-PEREIRA, Luiza Carlos. Da Inflação à Hiperinflação: uma abordagem estruturalista. In: Rego, J. M. (org.). **Inflação e Hiperinflação: Interpretações e Retórica**. São Paulo: Bial, 1990, p. 7-28. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1990/86.DaInflacaoAHiperinflacao.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

judeus, situados num castelo, se suicidam em massa... Em 1290 toda a população judaica da Inglaterra foi expulsa e seus bens confiscados. O mesmo aconteceu depois na França e na Espanha, neste último país numa data bem simbólica, 1492. A expedição de Colombo (segundo muitos historiadores, financiada por judeus) assinalaria a supremacia do capital mercantil e o fim da Idade Média. A Reforma já não consideraria pecado ganhar dinheiro; pelo contrário, poupar e investir seriam elementos importantes da ética protestante, na qual o capitalismo em ascensão encontrou seu substrato moral. [...].<sup>82</sup>

Além de retratar historicamente a usura em contato com a realidade econômica do Brasil àquele período, esse relato, no contexto do presente estudo, conduz a uma pergunta: após a reforma protestante acabaram-se os cofrinhos quebrados? Obviamente que não, mas o desenvolvimento de uma variedade de mecanismos financeiros nacionais e internacionais, principalmente junto aos países de economia capitalista, lograram êxito em progressivamente desvincular e limitar o poder político sobre o sistema econômico. Barbáries, confiscos e toda sorte de violência, física ou patrimonial continuaram (e continuam) a ocorrer, com maior ou menor frequência, em diversas partes do mundo (capitalistas ou não) – sem dúvida, de modo muito mais sofisticado dada a complexidade dos sistemas financeiro e econômico atuais.

Olhando um pouco mais para o passado, antes do período de hiperinflação brasileira (entre 1980 e 1994), se percebe, entre outros importantes fatos históricos presenciados e vividos por muitos, a reascensão teórica e política do liberalismo econômico (antes mesmo do fim da União Soviética, pois) e a chamada Crise do Estado-Providência. Ambos repercutiram em governos de todas as partes do mundo, inclusive recém redemocratizados ou em processo de redemocratização, como Brasil e Portugal, onde a rede de proteção social se adaptava aos contornos da nova dinâmica geopolítica e, não obstante, forma constitucionalizados.

Sob a égide da Constituição de 1976, Boaventura de Sousa Santos, analisando as políticas de Saúde em Portugal em meio à crise do Estado-Providência – discurso político dominante nos demais países europeus<sup>83</sup> –, classificou a sociedade portuguesa como semiperiférica na Europa, ao lado de países como Espanha, Grécia, Sul da Itália e Irlanda. Sem caracterizar o Estado português como um Estado-Providência (ainda), definiu este como:

[...] uma relação social complexa que envolve: (1) um pacto político de base, cujo objetivo último é compatibilizar capitalismo e democracia; (2) uma relação tensa, mas durante muito tempo sustentada, entre acumulação e legitimação; (3) um nível

<sup>82</sup> SCLIAR, Moacyr. **Pequena história da usura**. Folha de São Paulo, domingo, 8 de maio de 1983. In: BANCO DE DADOS DA FOLHA. São Paulo: Folha de São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/moacyrscliar1.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>83</sup> SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a sociedade e as políticas sociais: o caso das políticas de saúde. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 23, set. 1987, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra, p. 31. Disponível em: [http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado\\_Sociedade\\_Politicais\\_Sociais\\_RCCS23.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Sociedade_Politicais_Sociais_RCCS23.PDF). Acesso em 20 fev.

elevado de despesas em capital social (investimento social e consumo social); (4) uma estrutura administrativa que ‘interiorizou’ a concessão dos direitos sociais e actua na base da ‘rigidez’ destes.<sup>84</sup>

Bem mais adiante, no mesmo estudo, complementa:

Tentámos demonstrar ao longo deste trabalho que não existe entre nós um Estado-Providência em sentido técnico: (1) não foi estabelecido até hoje um pacto político-social, envolvendo as principais forças sociais e tendo por objetivo último compatibilizar duradouramente o capitalismo e a democracia; (2) o Estado português não conseguiu até agora manter uma relação sustentada, ainda que tensa, entre as exigências da acumulação de capital e as medidas destinadas a legitimar o Estado junto das classes populares; (3) o nível de gastos públicos em políticas distributivas e sociais é relativamente baixo; (4) a administração pública nunca interiorizou a existência de direitos sociais.<sup>85</sup>

É nesse contexto, de Estados democráticos e sociais europeus sob o influxo de novas ideias liberais alardeando a crise do Estado-Providência, que se percebe não só um discurso de insustentabilidade econômica de determinado nível de direitos de cunho prestacional pelo Estado, notadamente os sociais, mas também, este pela primeira vez, do argumento do princípio jurídico da proibição de retrocesso social (como se poderá verificar mais detalhadamente a seguir) de onde, principalmente, vem influenciar os debates jurídicos no direito brasileiro, especialmente após os tardios efeitos da crise econômica mundial de 2008.

A partir do relato de Boaventura, se observa um certo *déjà-vu* a partir de um mesmo conjunto de países europeus em relação as crises do Estado Providência e de 2008 – nessa última oportunidade reunidos sob o acrônimo pejorativo P.I.G.S. (Portugal, Itália, Grécia e Espanha)<sup>86</sup>. Embora países de todo o globo a certo modo e medida tenham sido afetados<sup>87</sup>, graves implicações recaíram sobre as economias desses países em especial, afetando também muitos dos seus direitos sociais – tal como a certo modo e medida também se observa atualmente no Brasil. Especificamente em Portugal, após judicialização de muitas dessas medidas, gerou-se o que foi denominado de *jurisprudência da crise*, caracterizada pela afetação de direitos sociais não por uma omissão estatal em relação à dimensão positiva (fazer) desses direitos, mas em sua dimensão negativa (não fazer) em razão de atos estatais

<sup>84</sup> SANTOS, B., op. cit., p.32-33.

<sup>85</sup> Ibid., p. 68.

<sup>86</sup> BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. In: **Argumenta Journal Law**, n. 19, p. 103-124, mar. 2014. Jacarezinho: UENP, 2014, p.114. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i19.409>.

<sup>87</sup> Embora berço da crise de 2008, se nesse cenário internacional o *Patient Protection and Affordable Care Act* (ou vulgo *Obamacare*) estadunidense era um ponto fora da curva, seu anunciado (mas ainda não consumado) fim sob a gestão Trump confirma a regra e reafirma a tendência pragmática da nova onda liberal. A questão já se encontra discutida judicialmente e a espera de possível encaminhamento à Suprema Corte, cuja eventual decisão tem tudo para se tornar paradigmática em termos de saúde pública em todo o mundo, colocando velhos e novos aspectos dos direitos sociais novamente sob intenso debate e investigação.

restritivos do seu conteúdo<sup>88</sup> – fazendo-se retomar as discussões em torno do princípio de proibição de retrocesso social.

Considerando que a apelidada *marolinha*<sup>89</sup> arrebentou em águas brasileiras tempos depois, marcando já quase uma década de uma latente crise econômica, e que trouxe consigo, diferentemente de episódios passados, um movimento de *resistência* a atos *reacionários* de redução ou eliminação de direitos sociais calcado juridicamente no princípio de proibição de retrocesso social – amparando-se em muito nas lições da doutrina e julgados portugueses. No rastro dessa influência jurídica atual e mais imediata<sup>90</sup>, entende-se também coerente um breve resgate histórico daquela experiência socioeconômica originária, à qual, mais recente, os próprios portugueses recorreram (como se verá adiante em tópico próprio). Assim, uma vez aproximados, pelo exemplo português, dessa memória internacional que liga a restrição de direitos sociais em meio à Crise do Estado Providência ao desenvolvimento dos debates em torno do princípio da proibição de retrocesso social, cuja influência nacional mais imediata se dá precisamente pela comunidade jurídica portuguesa – com a qual compartilhamos a experiência de constitucionalização dos direitos sociais –, obtém-se não só substrato para melhor compreensão desse princípio jurídico como também um referencial para resgatar uma memória recente em torno da seguridade social no Brasil – o que se faz logo a seguir.

Outrossim, num dos primeiros e principais escritos sobre a proibição de retrocesso no Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet, em 1999<sup>91</sup>, inicia sua abordagem observando justamente que o enfermo Welfare State, ou Estado-Providência ou Estado Social de Direito, continuava sendo posto à prova. Faz, em seguida, referência à obra de grande repercussão do historiador francês Pierre Rosanvallon lançada originalmente em 1981, *La Crise de l'État-providence*, onde embora se alegue uma natureza muito mais sociocultural e política dessa tipologia e sua crise na sociedade francesa<sup>92</sup>, surgiu como síntese perfeita para a crítica às consequências socioeconômicas atribuídas à ainda recente guinada neoliberal de meados da década de 1970.

---

<sup>88</sup> NOVAIS, **Direitos sociais [...]**, op. cit., p. 149.

<sup>89</sup> GALHARDO, Ricardo. Lula: crise é tsunami nos EUA e, se chegar ao Brasil, será 'marolinha'. **O Globo**, São Bernardo do Campo, 4 out. 2008. Economia. Disponível: <https://oglobo.globo.com/economia/lula-crise-tsunami-nos-eua-se-chegar-ao-brasil-sera-marolinha-3827410>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>90</sup> A origem do princípio de proibição de retrocesso social é objeto de investigação em tópico próprio.

<sup>91</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.17, 1999, p.111-132. Porto Alegre: UFRGS, 1999, p.111-112.

<sup>92</sup> GAHYVA, Helga. Um Espectro Ronda a Teoria Social Contemporânea: Tocqueville, Rosanvallon e a Modernidade. In: **Plural**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 39-52. São Paulo: USP, 2009, p.47. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/75207>. Acesso em: 20 fev. 2020. Ver também: CARDOSO JÚNIOR, José Celso. Da crise do Estado-providência à nova questão social: alcances e impasses no pensamento de Pierre Rosanvallon. In: **Leituras de Economia Política**: Revista do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, v. 9, dez. 2001, p. 41-61.

Boaventura de Sousa Santos, em 1987, por sua vez, atribui menor importância explicativa ao aspecto sociocultural e opõe-se a Pierre Rosanvallon ao afirmar que “o Estado-Providência atingiu um grau de interpenetração com a sociedade civil que a distinção entre Estado e sociedade civil deixa de ter sentido”<sup>93</sup>. Sem prejuízo dos diferentes enfoques, a abordagem do autor português sobre a questão não deixa de ser de reveladora e original.

No Estado-Providência esta disjunção entre política e economia torna-se mais complexa e contraditória. O direito continua a ser um instrumento privilegiado da actuação do Estado e as políticas sociais traduzem-se na criação de novos direitos sociais (direito à saúde, direito à educação, etc.). Estes novos direitos sendo gerais e abstractos, e, neste sentido, aclassistas, assentam contudo no reconhecimento político de que há classes na sociedade ou, pelo menos, profundas desigualdades cujos efeitos mais drásticos se pretende precisamente neutralizar através desse mesmos direitos. O Estado-Providência reconhece o impacto das classes sociais no conteúdo da sua actuação política mas a forma desta continua a ser transclassista. Por isso, os direitos sociais, uma vez criados, são independentes da conjuntura económica que os tornou necessários ou possíveis e não há, em sede política, nenhum motivo aceitável para que sejam eliminados ou alterados, uma vez passada essa conjuntura e só por esse facto. Esta rigidez dos direitos sociais é, como veremos a seguir, um dos factores da crise presente do Estado-Providência.

O Estado-Providência não resolve nem pretende resolver as contradições sociais. De algum modo interioriza-as. Como o critério de mobilização de recursos é a luta política, os diferentes interesses sectoriais são contemplados segundo o seu peso político. Alguns grupos estão sobretudo interessados em apoios à exportação, outros em auto-estradas, outros em escolas, outros em habitação social, outros ainda em cuidados de saúde. Como estas exigências são por vezes contraditórias e de qualquer modo, são tanto mais concorrentes quanto mais escassos são os recursos, o Estado ao tentar compatibilizá-las segundo o peso relativo dos grupos sociais que as sustentam, entra ele próprio em contradição e suas políticas oscilam ao sabor das conjunturas políticas. Daí, a falibilidade dos objetivos de planeamento, a existência de duplicações e sobreposições nos serviços do Estado e, conseqüentemente, o desperdício. Sempre que essas políticas se traduzem em direitos, e dada a relativa ‘rigidez’ destes, o Estado tentará ‘flexibilizar’ esses direitos logo que diminua o peso político dos grupos sociais neles interessados. A flexibilização consiste, por exemplo, em bloquear ou restringir o acesso a um dado direito social (por exemplo, o direito à saúde), restringindo os serviços que o tornam possível, deteriorando a qualidade das prestações ou, em casos mais extremos, não regulamentando as leis que criem direitos, ou não criando as estruturas administrativas que eles pressupõem. Mas dado que nestas situações os direitos continuam a existir, pelo menos no papel, este padrão de actuação torna o Estado ainda mais contraditório.<sup>94</sup>

Prosseguindo sobre as contradições do Estado-Providência, Santos avança sobre a ideia de contingência burocrática de Joel F. Handler<sup>95</sup>, ao referir que as políticas sociais não

---

Campinas: UNICAMP, p. 43. Disponível em: [http://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/LEP/L9/LEP9\\_03ZeCelso.pdf](http://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/LEP/L9/LEP9_03ZeCelso.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>93</sup> SANTOS, B., op. cit., p. 25.

<sup>94</sup> Ibid., p.19-20.

<sup>95</sup> “[...]. Agências públicas são organizações massivas, densas e complexas. Elas possuem enorme discricionariedade; elas não podem ser controladas por órgãos administrativos, legislativos ou de políticas públicas do governo. Embora frequentemente as agências recebam claros e substantivos objetivos, nós esperamos que as agências prestem contas aos líderes políticos, tratem de modo equitativo seus clientes, sejam eficientes e responsivas com os clientes que escapem às regras e mantenham a integridade fiscal. Esses objetivos conflitam com um com o outro (Wilson, 1973). Dentro das próprias organizações, existem objetivos distintos e frequentemente conflitantes entre indivíduos, as várias unidades e os grupos que possuem diferentes recursos de

demandam só recursos financeiros mas estruturas administrativas com relativa autonomia e discricionariedade constituindo nova arena para interesses setoriais a ponto de se poder falar em de “vários micro-estados dentro do próprio Estado”<sup>96</sup>. refletindo uma “interiorização das contradições sociais por parte do Estado” decorrente da atuação do próprio Estado em face dessas mesmas contradições sociais.

Ou seja, segundo o autor, Estado não resolve as contradições sociais, interioriza-as. Porém, segundo Boaventura referiu acima, resolver as contradições sociais não é a pretensão do Estado-Providência. Antes de se perguntar o que afinal pretende esse modelo de Estado, importa observar que resolver as contradições sociais não só implica definir o que são e quais são as contradições sociais a serem resolvidas e se é possível alcançar um tal fim. Posto isso, mais do que uma questão de finalidade, o fato do Estado refletir em seu interior as mesmas contradições sociais do seu exterior, sem se confundir com ele, tem o efeito de o definir muito mais como o caráter de um modo de operação do que uma substância. Afinal, Estado e Sociedade são feitos da mesma matéria, uma vez que aquele está no interior deste.

Retornando às ideias do autor português, prossegue ele afirmando que “o Estado, não podendo erradicar as causas que provocam as contradições sociais mais básicas procura gerir, isto é, manter a um nível de tensão politicamente aceitável”. Com isso, residiria nos diferentes tipos de “mecanismos de dispersão” (e.g. repressão) de que dispõe o Estado o “impacto diferenciado” da sua atuação<sup>97</sup>. Nesse sentido, prossegue:

[...]. durante muito tempo, o Estado usou o capital social como uma cajadada com a qual matava dois coelhos. Por um lado as despesas com o capital social eram indirectamente produtivas, pois embora não criassem diretamente mais-valias aumentavam a produtividade, faziam baixar os custos de reprodução da força de trabalho e alargavam o mercado interno, em suma criavam melhores condições para o investimento privado contribuindo assim para expandir a mais-valia e, portanto, a acumulação. Por outro lado, as mesmas despesas (sobretudo as de consumo social) permitiam às camadas populares aumentar o seu consumo privado, quer através de transferências de pagamentos (pensões, subsídios, etc.), quer através do acesso a valores de uso (bens e serviços distribuídos gratuitamente ou a preços institucionais, na educação, na saúde, nas infraestruturas urbanas, etc.) que libertavam rendimentos para consumo adicional no mercado e com isto essas camadas adquiriam um interesse específico na reprodução do sistema, desradicalizavam as suas reivindicações (convertendo-as de reivindicações políticas em reivindicações económicas) e assim se obtinha consensualmente a harmonia social e, portanto, a legitimação do Estado.<sup>98</sup>

---

informação, atitude, experiência e percepção. Objetivos conflitantes tornam difícil mensurar performances ou persuadir outros a mudar seu comportamento. A estrutura de organizações complexas produz diferentes fontes de poder e de conflito. [...]” (HANDLER, Joel F. **Social movements and the legal system: a theory of law reform and social change**. Winsconsin: University of Winsconsin-Madison, 1978, p. 19-20, tradução nossa).

<sup>96</sup> SANTOS, B., p. 21.

<sup>97</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>98</sup> SANTOS, B., op. cit, p. 22.

Ocorre que, segundo ele, consistindo a luta política uma lógica da expansão do Estado, o Estado cresceu acompanhando o processo de democratização, e não a conjuntura económica, ao que elenca três razões principais para tanto:

[...]. Em primeiro lugar, porque os direitos sociais, uma vez concedidos ou conquistados, são rígidos, e não recíprocos, isto é, constituem um interesse egoístico, incondicional, a que não se renuncia porque simplesmente a ele se tem direito. Ao transformar condições económicas factualmente favoráveis em direitos, o Estado assume um compromisso de não alterar o padrão distribucional uma vez estabelecido. Qualquer deterioração deste padrão e consequente limitação ou eliminação dos direitos sociais tendem a ser vistas como ataques injustos a uma posição social conseguida e portanto podem trazer custos políticos ao governo que tomar iniciativas nesse sentido; e se estas apesar disso se impuserem e mantiverem, o resultado será o ‘distanciamento’ das classes populares perante o Estado e, na mesma medida, a deslegitimação do Estado perante elas. Em segundo lugar, a concessão de direitos tende a criar necessidades que suscitem novos direitos. A procura de bem estar não tem limites e aquele que pode ser satisfeita pelo Estado depende teoricamente tão só do poder político dos grupos sociais interessados nela. Aliás, parece que o acréscimo de legitimação do Estado decorrente da concessão de novos direitos tende a ser sucessivamente menor pelo que o objetivo da harmonia social se torna progressivamente mais exigente e devorador de recursos estatais. Em terceiro lugar, dado o carácter geral e abstracto dos direitos sociais, os dispêndios financeiros tendem a aumentar em períodos de inflação e desemprego (mais subsídios de desemprego), ou seja, nos períodos em que a conjuntura económica se deteriora. Neste sentido, pode dizer-se que a necessidade de políticas sociais é tanto maior quanto menos são os recursos financeiros para as levar a cabo.<sup>99</sup>

Ao final, percebe-se que um Estado *providente* pode muito facilmente tornar-se o oposto de um Estado *previdente e prudente*. A observação de Boaventura lança bases para uma curiosa inversão: um não-retrocesso dos direitos sociais seria a causa da crise do Estado de Bem-Estar, e não a crise do Estado de Bem-Estar a causa do não-retrocesso dos direitos sociais<sup>100</sup>. Uma leitura mais atenta, porém, revela que a crise financeira do Estado derivaria não de uma decisão jurídica, mas de uma decisão do mercado político de fácil adesão jurídica (e social) aos auspícios de um histórico de lutas por justiça. Como resistir ao canto das sereias<sup>101</sup>?

Boaventura acrescenta que essa atuação do Estado pode minar a produtividade, por exemplo, quanto ao capital, mantendo empresas e setores pouco produtivos para evitar os impactos sociais de sua quebra, ações que desestimulam a modernização e a inovação; ou,

<sup>99</sup> Ibid., p.23.

<sup>100</sup> Curioso observar que recentemente, na França, onde o instituto ganha o nome de *effet cliquet*, este foi considerado um inimigo da democracia conforme matéria publicada no jornal Le Monde ao argumento de que a decisão de fechamento de um usina nuclear foi desaconselhada face a indenização bilionária que seria devida à empresa que a opera (JORION, Paul. L’ “effet de cliquet”, enemi de la démocratie. In: **Le Monde**, Économie, 14 out. 2014, [S.l.]: [s.n.], 2014. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/10/14/1-effet-de-cliquet-ennemi-de-la-democratie\\_4505904\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/10/14/1-effet-de-cliquet-ennemi-de-la-democratie_4505904_3234.html). Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>101</sup> Jon Elster exemplifica a solução de Ulisses, na Odisseia de Homero, em relação às sereias, na forma de pré-compromissos, no que remete ao plano constitucional (ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Cláudia Sant’Ana Martins (trad.). São Paulo: UNESP, 2009)

quanto ao trabalho, o enfraquecimento dos mecanismos de disciplina instrumentalizados pelo capital. Também relata que a racionalidade da burocracia estatal mede seu desempenho pela conformidade ao conteúdo normativo das leis que a regula (*inputs*) e não aos resultados que produz (*outputs*), posição esta própria da racionalidade da empresa capitalista orientada para fins, o êxito no mercado, o lucro. Contudo, “enquanto as empresas têm o mercado como princípio regulador, o Estado não o tem nem o pode ter pois o objetivo das políticas sociais é precisamente o desmercadorizar”<sup>102</sup> bens e serviços públicos.

Ou seja, se o mercado econômico entrega o bem em troca de pagamento, o *mercado político*<sup>103</sup> em troca de votos confere direitos, entre eles direitos sociais, que se perenizam e não poderiam ser simplesmente suprimidos da ordem jurídica. Desse modo, às rotineiras eleições segue-se o reiterado oferecimento de mais direitos, até que se depare com a saturação das finanças do Estado ou alguma desestabilização das condições do ambiente socioeconômico que até então permitiam esse modo de operar.

Nesse panorama, em conclusão ao ponto, Boaventura sugere que “não é inédito no processo político a utilização do discurso da crise como meio expedito de sacrificar interesses sectoriais com menor peso político”<sup>104</sup>, sendo pouco correto falar-se em uma crise final do Estado-Providência inclusive por não haver nenhuma alternativa política a ele em vista da compatibilização entre capitalismo e democracia, podendo sobreviver ainda que com profundas alterações.

A observação chama especial atenção porque essa noção de “discurso de crise” não só não é inédita como, segundo leciona Gilberto Bercovici, teria se convertido em um modo de operar próprio, um assim denominado “estado de exceção econômico permanente” sobre a periferia do capitalismo globalizado<sup>105</sup>— questão que merecerá maior atenção adiante. Por ora, impõe-se continuar a instigante análise do contexto social, político, econômico e jurídico retratado por Boaventura, que também se estabelece com um aguçado recorte histórico que marca a transição constitucional naquele país.

Dispondo sobre uma “crise revolucionária”, de 1974 a 1976, observa que o incremento significativo nas políticas sociais a partir de 1969 não buscaria compatibilizar capitalismo e democracia mas “tornar esta última dispensável e substituível por uma forma de

---

<sup>102</sup> SANTOS, B., op. cit., p. 25.

<sup>103</sup> BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8. ed. rev. ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002, p. 138.

<sup>104</sup> SANTOS, B., op. cit., p. 25. De modo semelhante, em outro momento, Boaventura observa: “[...] o Estado faz da fraqueza da sua actuação prática (em boa parte auto-induzida como solução de transição) a força moral para produzir as reformas que eram anteriormente política e ideologicamente inviáveis. [...]” (Ibid., p. 60).

<sup>105</sup> BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004, p. 170.

corporativismo autoritário renovado”. Assim também, “se antes de 1974, se procurou tornar dispensável a democracia, no imediato pós-1974 (1974-1976) procurou-se tornar dispensável o capitalismo”. A conclusão oferecida pelo autor é a de que “provavelmente mais importante que o montante das despesas sociais para caracterizar este período da crise revolucionária é a composição do conteúdo ideológico dessas despesas”, sendo que, mesmo já sob um discurso político de rupturas, se apresentava uma prática administrativa de continuidade, que apesar dos avanços, mostrou-se sempre insuficiente e incompleto<sup>106</sup>.

No período “de estabilização”, que se segue ao advento da Constituição de 1976, estar-se-ia buscando condições políticas, sociais e econômicas para um Estado-Providência:

Para isso, o Estado assumiu-se inequivocamente como um Estado capitalista, ou seja, um Estado cujas políticas distributivas estão sujeitas às exigências da acumulação capitalista provada e visam assegurar a reprodução alargada deste. Se, no período de crise revolucionária, tais políticas tinham sido radicalmente desvinculadas da acumulação. Assumiu-se que a violência da desvinculação no período anterior teria de ser alcançada agora pela violência da desvinculação.<sup>107</sup>

Mais adiante, prossegue:

[...]. A revinculação expedita das políticas distributivas às disponibilidades ou exigências do processo de acumulação do capital obrigava a medidas impopulares e, portanto, implicava o risco da perda de legitimidade social. Se as políticas de desvinculação da força de trabalho abrangiam estratos amplos da população, as políticas sociais abrangiam extratos ainda mais amplos, pois além dos assalariados cobriam a população ‘excedentária’ em termos de produção da mais valia (jovens, velhos, domésticas, reformados e desempregados) e o campesinato. O peso político destas camadas sociais determinou que o processo de deterioração das políticas distributivas tivesse de ser lento e oscilante consoante as múltiplas conjunturas políticas de que se alimentou a instabilidade política global deste período. Determinou também que algumas das transformações legislativas reclamadas pelo capital tivessem de ser sucessivamente adiadas.

Perante este relativo bloqueio do processo de revinculação do Estado ao processo de acumulação, o Estado passou a tolerar e até a promover a violação maciça dos direitos laborais e sociais conquistados pelas classes populares, alguns deles consignados na Constituição Política. Trata-se de um processo altamente contraditório porque o Estado que se compromete constitucionalmente com um certo padrão de legalidade é o mesmo que aceita ou até incentiva um desrespeito deste na prática das relações sociais, do que resulta uma maciça discrepância entre os quadros legais e as práticas sociais. É este o fenómeno que designamos por Estado paralelo (Santos, 1985:891), uma forma de actuação estatal muito instável que, apesar de ter durado até hoje (Agosto de 1987), não poderá subsistir por muito mais tempo. É que esta forma de actuação implica uma tal desvalorização dos direitos sociais, da Constituição Política e da ordem jurídica no seu todo que, a perdurar, pode inviabilizar no futuro qualquer pacto social por falta de garantias de que compromissos consignados serão legalmente assumidos e executados.<sup>108</sup>

<sup>106</sup> SANTOS, B., op. cit., p. 33-36, passim.

<sup>107</sup> Ibid., p. 37-38, passim.

<sup>108</sup> Ibid., p. 41-42, passim.

A afirmação categórica do jurista português é de espantosa sintonia com as bases da afirmação de um princípio jurídico de proibição de retrocesso social. E não parece ser por acaso. Na segunda parte do trabalho, já versando mais propriamente sobre as políticas de saúde em Portugal, notadamente sobre a previsão constitucional de um Serviço Nacional de Saúde (art.64, item 2<sup>109</sup>), Boaventura observa que as medidas estatais para efetivação da disposição constitucional enfrentou especial resistência da Ordem dos Médicos de Portugal, da Associação Nacional de Farmácias e as associações da indústria farmacêutica e de equipamento médico-sanitário, culminando seu processo de inviabilização com a edição do Decreto-Lei n. 254, de 29 de junho de 1982, cujo art. 17 revogava grande parte da Lei n. 56, de 15 de setembro de 1979, base regulamentar do Serviço Nacional de Saúde previsto constitucionalmente, inviabilizando-o.

Em 25 de outubro de 1982, buscando a declaração de inconstitucionalidade do aludido dispositivo, o Presidente da República ajuizou o Processo n. 06/83, cujo acórdão n. 39/84, publicado em 5 de maio de 1984, é marco inicial da jurisprudência portuguesa sobre a proibição de retrocesso. Em decorrência da crise mundial de 2008, esse acórdão voltou a constituir objeto de remissão e debate em diversas decisões proferidas pela corte constitucional portuguesa, configurando a chamada “jurisprudência de crise”<sup>110</sup>. – conforme será melhor investigado adiante.

Para o momento, cumpre prosseguir com a análise das disputas entre o mercado econômico e o mercado político, que, segundo Bobbio, em 1984, se dava sob as bases de um novo liberalismo em que “o Estado mínimo é hoje reproposto contra o Estado assistencial<sup>111</sup>, do qual se deplora que reduza o livre cidadão a súdito protegido; numa palavra, é reproposto contra as novas formas de paternalismo”<sup>112</sup>. Considerando que o advento do mercado político, configurado pelo pluripartidarismo nas sociedades de massas, substituiu um modelo de sucessão de elites por um de concorrência de elites, Bobbio esclarece sua perspectiva de sobreposição do mercado político sobre o poder econômico:

---

<sup>109</sup> *In verbis*: “Artigo 64.º 1. [...] 2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; [...]” (PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. [S.l.]: Diário da República Eletrónico, [s.d.]. Disponível em: <https://dre.pt/crp-parte-i>. Acesso em: 20 fev. 2020)

<sup>110</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 2. ed. rev. reform. Lisboa: AAFDL, 2016, p. 149

<sup>111</sup> Para sua ideia de estado paternalista, anote-se: “A antítese do Estado absoluto – entendido como o Estado em que poder vem de cima para baixo – é o Estado democrático, ou mais exatamente o Estado representativo [...]. A antítese do Estado liberal é o Estado paternalista, que toma conta dos súditos como se fossem eternos menores de idade e cuida da sua felicidade.” (BOBBIO, **O Futuro** [...], op. cit., p. 135-136)

<sup>112</sup> *Ibid.*, loc. cit.

Não deixa entretanto de ser iluminadora a idéia de Max Weber – retomada, desenvolvida e divulgada por Schumpeter<sup>113</sup> – de que o líder político pode ser comparado a um empresário cujo lucro é o poder, cujo poder se mede por votos, cujos votos dependem da sua capacidade de satisfazer interesses de eleitores e cuja capacidade de responder às solicitações dos eleitores depende dos recursos públicos de que pode dispor. Ao interesse do cidadão eleitor de obter favores do Estado corresponde o interesse do político eleito de concedê-los.<sup>114</sup>

Está aí uma fórmula de populismo e de desenvolvimentismo irresponsável, que vai corromper e sucatear o Estado em prol das bênçãos político-paternais, tanto mais valorizadas quanto tanto mais for a população ignorante e miserável, resultando em intervencionismo, corrupção, má-gestão da coisa pública e aumentos da dívida pública, da carga tributária e da pressão inflacionária, favorecendo mais intervencionismos a alimentar o mesmo ciclo.

Sem prejuízo do longo histórico e da grande variedade de práticas paternalistas junto ao Estado nacional, basta aqui recordar o incremento inflacionário observado nas décadas de 1970 e 1980, levando a um certo momento em que, para controlar a pressão inflacionária, o então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, operou através do Plano Collor o confisco<sup>115</sup> das poupanças de todos os brasileiros. Traumático e ainda recente na memória de muitos, independentemente do apuro técnico das razões científicas dos membros da equipe econômica do governo que fundamentaram a radical medida legislativa, de modo geral (diga-se: com ou sem a dignidade de dispor de uma conta bancária de poupança), o que os brasileiros perceberam foi como ver seus *cofrinhos* quebrados pelas mãos do Estado. E junto com eles, boa parte da confiança depositada no primeiro presidente democraticamente eleito por voto direto no Brasil desde a eleição de Jânio Quadros, em 1960, desde a redemocratização e desde o advento de uma nova constituição, a chamada Cidadã, de 1988.

Chega a ser difícil (e até despidendo) relacionar quais seriam os principais escândalos que, envolvendo, direta ou indiretamente, a ação, leniência ou ineficiência do Estado ou seus representantes (eleitos ou não), ocorreram desde então, atingindo não exatamente uma reputação de lisura ou competência estatal, mas a confiança que se depositava na expectativa

---

<sup>113</sup> Segundo Joseph Schumpeter, “o método democrático é aquela organização institucional para chegar a decisões políticas em que os indivíduos adquirem o poder de decidir por meio de uma luta competitiva pelo voto do povo” (SCHUMPETER, Joseph. *Capitalism, Socialism, and Democracy*. 2. ed. Nova York e Londres, 1947, p. 269 apud MACPHERSON, Crawford Brough. **A democracia liberal: origens e evolução**. Nathanael C. Caixeiro (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1978, p.82).

<sup>114</sup> BOBBIO, **O Futuro [...]**, op. cit., p. 138.

<sup>115</sup> Ainda que confisco não reflita a melhor linguagem técnica – no que o art.62, §1º, II, incluído pela EC n. 32/2001 refere a detenção ou sequestro –, é difícil classificar popularmente de outra forma a medida de indisponibilidade dos saldos de caderneta de poupança determinada pelo §1º do artigo 6º da Lei n. 8.024, de 12/04/1990 (BRASIL. **Lei n. 8.024, de 12 de abril de 1990**. Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8024.htm). Acesso em: 20 fev. 2020

de alguma mudança da situação social, econômica, política e institucional, alicerçada por uma nova e festejada ordem constitucional.

Como já referido, um dos fatos que unem Portugal e Brasil é a constitucionalização de direitos sociais, ao que se seguiu, inclusive, aqui e lá, grande controvérsia jurídica sobre a força normativa de suas disposições. Para além desse debate jurídico, porém, no Brasil o concreto déficit de efetividade se mostrou de longe muito mais severo do que o lusitano e envolvendo os direitos fundamentais de maneira geral, muitos contemplados expressamente em uma constituição analítica – o que, em parte, pode explicar a média de três emendas por ano, não obstante ser também classificada como semi-rígida. E apesar da conquista de alguma estabilidade econômica, relativa alternância de partidos políticos no poder e de significativo período de incremento do consumo no país, nos últimos anos novos escândalos e desilusões levaram muitos brasileiros a se questionar se a Constituição de 1988 – e o próprio regime democrático por ela instituído – permaneceriam com a capacidade de iluminar os anseios de seus cidadãos: seria o desarranjo ético, social, econômico, político e institucional de que muitos reclamam hoje um fruto da redemocratização? Haveria ainda sentido em falar de universalidade dos direitos humanos ou fundamentais em um lugar que algo sempre falta a alguém? Relativizaram-se as conquistas da Constituição de 1988? A Constituição Cidadã perdeu sua capacidade de iluminar os caminhos da sociedade brasileira, convertendo-se em um conto de fadas, um mero pedaço de papel ou, pior, uma carta branca nas mãos de poderosos conchavos? Pondera Lérias que quase duzentos anos e sete constituições depois:

[...] parece que Giuseppe Tomasi di Pampeduza (1896-1957), ao escrever *O gattopardo*, em 1957, se espelhou inteiramente na história política do Brasil, pois em uma de suas passagens vaticina: ‘Se queremos que tudo continue como está, é preciso que tudo mude’. Em suma, mudar para não mudar.<sup>116</sup>

Diante de tantas perguntas e de um horizonte temporal tão amplo como pano de fundo, resta evidente que o fenômeno social relatado possui várias facetas, todas passíveis das mais diversas abordagens em diferentes profundidades. Para o momento basta reconhecer que uma delas é a ampla percepção social de que, a despeito de correntes político-ideológicas e político-partidárias, pouco se mudou na forma de fazer política no país, e que, mais especificamente no horizonte de efetivação dos direitos fundamentais, existe uma clara preferência em políticas de governo em detrimento de políticas de estado. Não raro se observam políticas públicas criadas de modo disperso ou, para apagar o legado político do

---

<sup>116</sup> LÉRIAS, Reinéro Antonio. As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov (org.). **Direitos fundamentais revisitados**, 1. ed., 1. reimp., Curitiba: Juruá, 2009, p. 193.

governo de oposição anterior, simplesmente são rebatizadas e, no pleito eleitoral seguinte, apontadas como aquelas que serão extintas caso o candidato rival vença. Do mesmo modo, ao oposto, se faz sobre medidas impopulares. Assim, promessas de campanha sobressaem às custas das promessas constitucionais, avolumando política e legislativamente a cada novo período eleitoral o estoque de planos, programas e políticas públicas – um ritmo dificilmente acompanhado pela solução e pacificação jurisdicional dos eventuais conflitos decorrentes.

Isso não se mostra diferente mesmo quanto a políticas públicas para efetivação de direitos de seguridade social – teoricamente mais estáveis diante do maior horizonte temporal envolvido. Com efeito, para além das profundas e rápidas transformações tecnológicas e sociais pela qual o mundo tem passado nas últimas décadas, exigindo cada vez mais apuro do legislador e das agências reguladoras e executivas (instituídas em substituição ao clássico modelo burocrático<sup>117</sup>), a voracidade legiferante em um país que já foi praticamente governado através de Medidas Provisórias<sup>118</sup> alcançou uma situação tão confusa e complicada que mesmo técnicos do governo enfrentam restrições à sua análise<sup>119</sup>, dificultando, por exemplo, realizar previsões de impacto atuarial, fiscal, financeiro, orçamentário – redundando até em políticas que acabam produzindo efeito diverso e até contrário ao proposto<sup>120</sup>.

---

<sup>117</sup> PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 7-40. Brasília, DF: ENAP, 1996. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/36028/da-administracao-publica-burocratica-a-gerencial>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>118</sup> A estratégia de sucessivas reedições de Medidas Provisórias foi considerada constitucional pelo STF (Súmula 651 e Súmula Vinculante 54) até o advento da EC 32/2001, a qual previu em seu artigo 2º que “as medidas provisórias editadas em data anterior à da publicação desta emenda continuam em vigor até que medida provisória ulterior as revogue explicitamente ou até deliberação definitiva do Congresso Nacional” (BRASIL. **Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001**. Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm). Acesso em: 20 fev. 2020) – o que acaba conferindo alguma base legal à crítica de que no Brasil o que é provisório vira definitivo.

<sup>119</sup> Especificamente, em acórdão do TCU de 2017 extrai-se: “129. Antes de iniciar a apresentação dos dados, cabe destacar a dificuldade em segregar as informações das despesas e apresentá-las de forma mais transparente à sociedade. Toda essa complexidade é consequência, principalmente, da ausência de critérios formais e transparentes sobre a composição das principais áreas de despesas do orçamento da seguridade. [...] [...] a fixação de critérios mínimos de alocação das despesas no orçamento da seguridade e nas suas respectivas áreas (previdência, saúde e assistência social), daria maior transparência orçamentária e diminuiria substancialmente os custos de controle.” (Id. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1295/2017**. Processo n. 001.040/2017-0. Relator: Min. Raimundo Carreiro Silva, 26 de junho de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/104020170.PROC/%2520/%2520>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>120</sup> No campo securitário, um exemplo disso é retratado em COSTANZI, Rogerio Nagamine; FERNANDES, Alexandre Zioli; ANSILIERO, Graziela. O princípio constitucional de equilíbrio financeiro e atuarial no regime geral de previdência social: tendências recentes e o caso da regra 85/95 progressiva. **Textos para discussão n. 2395**, julho de 2018. Brasília, DF; Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2395sss.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2395sss.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

Sobretudo na esfera social securitária é grande a polêmica em torno da falta de transparência sobre a efetiva e constitucional destinação dos recursos públicos<sup>121</sup> – crítica que remonta à ausência de uma auditoria da dívida pública<sup>122</sup> (ADCT, art.26) e se conecta diretamente ao debate sobre o *rombo* da previdência enquanto suspeita de *roubo* da previdência. Nesse contexto, aponta-se a Desvinculação das Receitas da União (DRU) – já denominada Fundo Social de Emergência, de 1994 a 1995, e Fundo de Estabilização Fiscal, de 1996 a 1999, e hoje amparada pela EC n. 93/2016<sup>123</sup> – *desvincula* de suas destinações originais e específicas bilhões em receitas de contribuições sociais, contribuições de intervenção sobre o domínio econômico e taxas, inclusive sobre de fundos como o Fundo de Amparo ao Trabalhador (FAT)<sup>124</sup> – este, por sua vez, formado por recursos das contas individuais de PIS e do PASEP de milhões de trabalhadores e de seguro-desempregos e abonos salariais não sacados oportunamente (CR/88, art.239, c.c. Lei n. 7.998, art.28).

Sobre o rombo, de grande projeção foram os estudos doutorais de Gentil, que, além de questionar os métodos de aferição do governo, apontou a ausência de demonstrativos financeiros e contábeis específicos para o orçamento da seguridade social, impedindo a revelação de que, na verdade, a previdência social gerou superávit em 11 dos 16 anos

<sup>121</sup> Sendo a transparência um pressuposto de controle e fiscalização, Strapazzon aponta que desde a Emenda Constitucional 20/1998, que alterou o inciso VII do artigo 194, está eliminada a previsão da participação da comunidade na gestão da seguridade social: “O que antes era uma diretriz de controle republicano dos objetivos da segurança social (pela comunidade), passou a ser uma diretriz de controle por órgão de Estado (órgãos colegiados). O Estado capturou a sociedade e, obviamente, atrofiou a filosofia da segurança social que deveria receber um modelo de controle comunitário, pois esse foi o objetivo estabelecido pela Assembleia Nacional Constituinte”. (STRAPAZZON, op. cit., p.796) Este artigo foi objeto da primeira manifestação de que se tem registro acerca da aplicação da proibição de retrocesso no STF, a ADI 2.065/DF, como se verá adiante.

<sup>122</sup> Em maio de 2010 a Câmara concluiu a CPI da Dívida Pública com um relatório final oficial breve e inconclusivo (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final da CPI destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios [...]**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>. Acesso em: 20 fev. 2020) e um voto em separado com relatório alternativo exigindo a auditoria (VALENTE, Ivan. **Voto em separado na CPI destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios [...]**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Voto-em-separado.pdf>. Acesso em : 20 fev. 2020).

<sup>123</sup> RAMOS; BUSSINGUER, op. cit., p. 100. A propósito disso, os autores afirmam que a EC 93/2016 “é materialmente inconstitucional por ofensa aos arts. 6º, 165, §º5, 194, 195 e o inciso IV, do §4º, do artigo 60, todos da Constituição brasileira de 1988, e ao princípio constitucional da vedação de retrocesso, mesmo considerando sua vertente mitigada pelo princípio constitucional da proporcionalidade” (Ibid., p. 159).

<sup>124</sup> BASSI, Camillo de Moraes. Fundos Especiais e políticas públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento. **Textos para discussão** n. 2458, março de 2019. Brasília, DF; Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2458.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2458.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020. Anote-se também: DIAS, Fernando Álvares Correia. Desvinculação de Receitas da União, ainda necessária? **Textos para Discussão** n. 103, outubro/2011. Brasília, DF: Senado Federal, 2011, p.20. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-103-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-ainda-necessaria>. Acesso em: 20 fev. 2020.

investigados (1990 a 2005) e que a seguridade social em geral foi superavitária ao longo de todo o período – mesmo se fosse considerado custeado em conjunto o RPPS. Disso denuncia:

[...]. Grande parte dos recursos é legalmente desvinculada pelo mecanismo da DRU e livremente empregada no orçamento fiscal, financiando vários tipos de despesas, inclusive juros e amortização da dívida pública. Outra parte destina-se, de forma ilegítima, ao pagamento de aposentadorias e pensões do regime próprio dos servidores públicos, que é atribuição do Tesouro Nacional e não do INSS. E, por fim e mais grave, uma parte dos recursos da seguridade social não recebe nenhum tipo de aplicação que possa ser constatada através dos relatórios de execução orçamentária, ou seja, é “esterilizada” pelo Tesouro Nacional.<sup>125</sup>

Refletindo sobre isso à luz da política econômica no período investigado, entre outras estratégias (para controle da inflação, políticas de juros altos, ancoragem cambial, metas inflacionárias etc.), a autora enfoca a busca pelo superávit primário como mecanismo de conquista da confiança do mercado e, disso, tira uma série de conclusões:

[...]. A geração de superávit primário passou a ser vista como o mecanismo através do qual é transmitida confiança ao mercado da situação de solvência do governo. Isso implicava em que a política fiscal funcionasse como guardiã das expectativas de rentabilidade dos capitais investidos em títulos da dívida pública remunerados a taxas de juros altas. A relação dívida/PIB tornou-se o indicador tomado como referência para fornecer uma visão do comportamento futuro da situação fiscal e, a queda desse indicador, condição prévia para a redução dos juros e para a retomada do crescimento. Para levar a economia a produzir esse resultado houve um grande sacrifício fiscal: de um lado, uma forte ampliação da carga tributária e, de outro, a contenção de despesas, especialmente de investimentos públicos e de gastos sociais. É nesse contexto que os recursos da seguridade, fartos, regulares e não fiscalizados em sua aplicação são desviados para despesas do orçamento fiscal em proporções superiores aos limites legalmente permitidos pela desvinculação das receitas da União (DRU). Dirigem-se para reparar o desequilíbrio do orçamento fiscal provocado pelos gastos financeiros com o serviço da dívida. É, portanto, uma política de negar recursos à saúde, assistência social e previdência, em favor da acumulação financeira.

A política fiscal como um todo tornou-se um subproduto da forma de integração (subordinada) da economia nacional às finanças globais, enquanto o manejo das políticas de câmbio e de juros se mostra autônomo, independente, sobredeterminando todas as demais políticas públicas, fiscal e social. A instabilidade das variáveis câmbio e juros, decorrentes da estratégia de integração internacional, não permite que a política fiscal se liberte do dilema em que mergulhou. A estabilidade do quadro fiscal é uma promessa nunca cumprida. Apesar de toda austeridade imposta à sociedade pelo regime fiscal, os gastos financeiros continuam muito elevados (mais elevados agora que no passado), a carga tributária permanece em ascensão e a dívida pública não desce aos patamares prometidos.<sup>126</sup>

Aos beneficiários dessa situação, dentre os quais a autora enumera os bancos, os fundos de previdência privada e as seguradoras, interessaria, portanto, o discurso do *rombo* da

<sup>125</sup> GENTIL, Denise Lobato. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira**: análise financeira do período 1990-2005. Tese (Doutorado em Economia) – UFRJ, Rio de Janeiro, 2006, p.231.

<sup>126</sup> Ibid., p. 232-234.

previdência a fim de que continuasse esta a ter fartos recursos para serem destinados em favor da rolagem da dívida pública – há tempos mais interna que externa<sup>127</sup>.

Passada mais de uma década da análise realizada por Gentil (que considerava, junto a outros fatores exógenos, o envelhecimento populacional real mas não preocupante a ponto de justificar reformas<sup>128</sup>), ocorreram mudanças demográficas, econômicas, sociais e políticas, inclusive em termos de informação e transparência<sup>129</sup> – embora não a ponto de tornar satisfatórios os esclarecimentos em torno da gestão e aplicação dos recursos da seguridade social. Nessa linha, o Relatório da Auditoria nas contas da Seguridade Social do Brasil divulgado em 2017 pelo Tribunal de Contas da União (TCU), destaca ao início “a dificuldade em segregar as informações das despesas e apresentá-las de forma mais transparente à sociedade”, decorrente, principalmente, “da ausência de critérios formais e transparentes sobre a composição das principais áreas de despesas do orçamento da seguridade”<sup>130 131</sup>.

O acórdão prossegue afirmando que uma análise conjunta da seguridade social deve observar que, diferente da saúde e da assistência social, a previdência possui a exigência de equilíbrio financeiro e atuarial e, em regra, caráter contributivo, contando, ainda, com a exigência (CR/88, art.167, XI) de que as contribuições sociais do art. 195, I, a (sobre a folha de salários), e II (trabalhadores e segurados) se destinem apenas ao pagamento de benefícios do RGPS (CR/88, art. 201) – parâmetro que se estende ao RPPS (CR/88, art.40, §12)<sup>132</sup>. Nessa linha, constatou que em todos os exercícios financeiros, entre 2007 e 2016, as despesas com a seguridade social excederam as receitas, assim consideradas após a incidência da DRU, exigindo aportes do Tesouro Nacional – desequilíbrio que teve a previdência (em seus três regimes: RGPS<sup>133</sup>, RPPS<sup>134</sup> e militares<sup>135</sup>) como maior e progressivo responsável, com franco

---

<sup>127</sup> A propósito dados sobre a dívida pública são atualmente exibidos em: <http://www.tesourotransparente.gov.br>

<sup>128</sup> GENTIL, op. cit., p.236.

<sup>129</sup> Nesse sentido, não se pode deixar de considerar o advento da Lei da Transparência (Lei Complementar n. 131/2009) e da Lei de Acesso à Informação (Lei n. 12.527/2011).

<sup>130</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1295/2017** [...], op. cit., p. 20.

<sup>131</sup> Aliás, um dos pontos que limitaram a análise do TCU foi o não encaminhamento em tempo hábil da relação de receitas e despesas do Plano de Seguridade dos Congressistas; e outro foi a impossibilidade de acesso aos dados analíticos do Banco de Informações Gerenciais (BIEG) análise da evolução e perfil dos benefícios e beneficiários do sistema de proteção social dos militares (Ibid., p. 4-5).

<sup>132</sup> Ibid., p. 98-99.

<sup>133</sup> Quanto ao RGPS destaca-se que, enquanto os segurados urbanos geraram superávit em 7 dos 10 anos, os rurais apresentaram expressivos déficits por todo o período. (BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1295/2017** [...], op. cit., p. 100-101)

<sup>134</sup> Sobre a maior necessidade de financiamento per capita do RPPS em relação ao RGPS, destaca o TCU que, além de agregar em um único cálculo grupos previdenciários com contribuições, regras e benefícios bastante distintos entre si e do fato de até 1993 tratá-los como extensão da política de pessoal, acrescentou-se ao déficit de repasse das contribuições outrora vertidas ao RGPS em relação aos celetistas integrados pela regra do art.243 da Lei n. 8.112/90 os custos de transição implicados na criação do Funpresp em 2013 (pois menos recursos estão disponíveis para custeio dos atuais inativos). Outrossim, destaca que uma apuração segregada nessa diversificada

destaque ao RGPS em face da sua maior sensibilidade às flutuações da economia (tanto em relação às receitas quanto aos requerimentos de benefícios)<sup>136</sup>.

Segundo o TCU, de 2007 a 2016, foram desvinculados das receitas da seguridade social cerca de 541 bilhões (em valores nominais), porém, sem impacto sobre os resultados financeiros da previdência (CR/88, art.40, §12, 167, XI e 201). Por outro lado, no mesmo período, teriam sido utilizados cerca de R\$ 873 bilhões de recursos do Orçamento Fiscal (OF) para custear despesas do Orçamento da Seguridade Social (OSS) – montante que, contudo, conta com distorções, como computar recursos desvinculados da própria seguridade social (DRU) e computar a compensação (Lei n. 12.546/2011, art.9º, IV) da desoneração da folha de pagamento (77,8 bilhões de 2012 a 2016). Aliás, sobre as desonerações em geral, apura-se que estas passaram de R\$ 45 bilhões em 2007 para R\$ 143 bilhões em 2016, atingindo 20,3% do total de receitas da seguridade social<sup>137</sup>.

Acerca da inadimplência, aponta-se um percentual muito superior e crescente dos créditos tributários previdenciários (10,5% em 2016) frente aos demais relativos à seguridade social (3,5%), sendo, porém, igualmente expressivos seus percentuais de suspensão administrativa e judicial (63% e 79% respectivamente, em 2016) – ao que se aponta a possibilidade de interposição de sucessivos recursos e a morosidade no exame. Ademais,

---

massa de segurados permitiria avaliar melhor a causa dos déficits, o impacto das reformas já realizadas e propor medidas mais efetivas. (Ibid., loc. cit.)

<sup>135</sup> Considerando a celeuma existente acerca da natureza do pagamento de proventos a militares na inatividade e seus pensionistas, o TCU os tratou como Encargos Financeiros da União (EFU). Sobre eles, em especial, anota-se que sua “previdência ainda se aproxima de um regime ‘administrativo’, sem previsão de contribuição para aposentadoria ou de contribuição patronal e que carrega segurados sujeitos a regras diferentes dependendo da data de ingresso” (Ibid., p. 5, 81 e 101). Divergindo dessa posição do TCU, Strapazzon, sob a noção de Encargos Previdenciários da União (EPU), engloba além dos militares e seus pensionistas: : “(5.1.) com inativos e pensionistas da Polícia Civil, da Polícia Militar e do Corpo de Bombeiros Militar do Distrito Federal (inc. XIV do Art. 21 da CF/88) e dos extintos estados e territórios, (5.2) pensionistas do caso do Estado do Mato Grosso, decorrente da subdivisão territorial prevista pelo Art. 27 da Lei Complementar 31/1977, (5.3) pensionistas da extinta via férrea do Rio Grande do Sul (Lei 3.887/1969) e (5.4) a pensão especial aos ferroviários da antiga RFFSA (Lei n. 593/48 e Lei n. 1.434/1951), (5.5) a pensão mensal com caráter de indenização devida a anistiados políticos - pensão em vida e pensão por morte paga a dependentes (Leis 10.559/2002 e 11.354/2006); (5.6) a pensão por morte estatutária, paga a dependentes de servidor público (Lei 8.112/90, Art. 215 e ss); (5.7) aposentadoria de pessoal extranumerário da Imprensa Nacional da extinta CAPIN - Caixa de Aposentadoria e Pensões da Imprensa Nacional (Decreto-Lei n. 6.209/1944); (5.8) pensão mensal vitalícia com caráter de indenização, paga a portadores da Síndrome da Talidomida nascidos a partir de 1º de março de 1958, data do início da comercialização mundial da droga (Lei 7.070/1982, Art. 4o), porque o Brasil atrasou 4 anos a proibição da comercialização da droga, depois de ter sido suspensa a venda nos EUA e na Europa em 1961, e depois ainda falhou gravemente no controle da circulação clandestina; (5.9) pensão mensal vitalícia com caráter de indenização a vítima da hanseníase que tenha sido submetida a isolamento e internação compulsória em hospitais-colônias até 31.12.1986; (5.10) pensão mensal vitalícia de 2 SM a seringueiros “soldados da borracha”, recrutados nos termos do Decreto-Lei n. 5.813/1943 para trabalhar na Amazônia durante a II Guerra mundial; (5.11) pensão mensal vitalícia a dependente do seringueiro; (5.12) pensão especial de 1 SM a dependente de vítima fatal da hepatite tóxica, por contaminação em processo de hemodiálise no Instituto de Doenças Renais de Caruaru-PE, entre fevereiro e março de 1986 (Lei 9.422, 24.12.1996)” (STRAPAZZON, op. cit., p. 795)

<sup>136</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1295/2017** [...], op. cit., p. 99-100.

<sup>137</sup> Ibid., p. 18-19, 22-24 e 102.

representando em média mais de 50% da dívida ativa da União nos últimos dez anos (20% dela previdenciária, representando R\$ 427,7 bilhões em 2016), revelou-se que dos créditos tributários da seguridade social: 36% tem mais de 10 anos de inscrição; 61% são de dívidas superiores a R\$ 1 milhão; 81% encontra-se em cobrança e que 20% das cobranças são em face de apenas 0,1% dos devedores, dos quais os 10,6% estão com inscrições inativas junto à Receita Federal, ainda que respondam por 42,6% desse débito cobrado.<sup>138</sup>

Por fim, sobre os cálculos atuariais, o TCU manifesta a insatisfação com os dados apresentados, apontando incongruências, opções metodológicas injustificadas além de revelar excessivamente conservadoras algumas projeções, ainda que considerados os impactos das mudanças demográficas pelas quais passa o país<sup>139</sup>.

Embora os muitos números informados sejam aproximados e apenas uma pequena amostra de uma variedade de resultados que se seguiram a uma extensa e profunda análise técnica pelo TCU (e que não esgotam o debate<sup>140</sup>), sua conclusão não poderia ser mais clara:

660. De todo o exposto, depreende-se que o equacionamento dos problemas previdenciários constitui tema complexo e está associado a diversos fatores, entre os quais se destacam as mudanças demográficas, o desenho da política de previdência que, em alguns aspectos, favorece o desequilíbrio entre receitas e despesas, além de impactos da conjuntura econômica. Não se pode deixar de mencionar, ainda, a existência de deficiências na gestão, que podem comprometer a arrecadação e gestão dos recursos previdenciários, bem como prejudicar a confiança e a credibilidade do sistema, levando a população a questionar a urgência e a necessidade real de alterações nas regras da previdência.<sup>141</sup>

Ou seja, mesmo que por diferentes motivos e sob diferentes recortes metodológicos, ainda hoje, segundo o TCU, existem motivos para que a população desconfie da gestão dos recursos relacionados à seguridade social. Mas isso, ainda, diz respeito a apenas uma parte de um sistema relacionado à segurança social, que conta também com regimes complementares, fechados e abertos, bem como com mecanismos de poupança compulsória – como o FGTS, que legalmente está fora do RGPS (Lei 8.213/91, art.9º, §1º) mesmo integrando a previdência.

---

<sup>138</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1295/2017** [...], op. cit., p. 69 e 102-103.

<sup>139</sup> Ibid., p. 43-50 e 101.

<sup>140</sup> Também houve uma “Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal destinada a investigar a contabilidade da previdência social, esclarecendo com precisão as receitas e despesas do sistema, bem como todos os desvios de recursos (CPIPREV)”, cujo relatório final foi publicado em 23/10/2017 e que se valeu de muito do que foi aferido pelo TCU (Id. Senado Federal. **Relatório Final da CPI da Previdência**. Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?5&codcol=2093>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>141</sup> BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1295/2017** [...], op. cit., p. 103.

Sobre eles, igualmente, não são poucos os motivos de desconfiança. Assim como o PIS Pasep e o FAT para o BNDES<sup>142</sup> o FGTS<sup>143</sup> e as contas poupanças<sup>144</sup> se estabeleceram como uma relevante fonte de recursos para financiamentos e incentivos estatais. Ocorre que tais fundos não só se mostraram poderosos instrumentos de políticas econômicas e de governo, como, afora o escândalo dos campeões nacionais<sup>145</sup>, causaram polêmica pelo pífio rendimento, por vezes mal recompondo o valor do capital depositado<sup>146</sup> – o que, sobretudo para o PIS/PASEP e FGTS, obrigatórios, representou uma grande fonte de insatisfação popular e de questionamentos, inclusive em sede judicial (a ADI 5090 é um exemplo<sup>147</sup>).

Ademais, muitos fundos de pensão se viram recentemente envolvidos em casos de desvio ou dilapidação patrimonial, administrações desastrosas, aparelhamento político, corrupção etc., não raro relacionados a situações deficitárias, que se verificam não só junto aos quatro maiores fundos do país<sup>148</sup> (Postalis, Petros, Previ e Funcef) como também atingem

---

<sup>142</sup> BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. **Fontes de recursos**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/relacoes-com-investidores/fontes-de-recursos>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>143</sup> FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. **Programas sociais**. Disponível em: <http://www.fgts.gov.br/Pages/fgts-social/programas-sociais.aspx>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>144</sup> Boa parte dos recursos depositados em contas poupança são destinados a financiamento imobiliário (BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução n. 4.676, de 31 de julho de 2018**. Dispõe sobre os integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), as condições gerais e os critérios para contratação de financiamento imobiliário pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e disciplina o direcionamento dos recursos captados em depósitos de poupança. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2018. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50628/Res\\_4676\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50628/Res_4676_v1_O.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>145</sup> O relatório final da CPI das Práticas Ilícitas no Âmbito do BNDES concluiu pela procedência da hipótese investigativa (Id. Câmara dos Deputados. **Relatório Final da CPI das práticas ilícitas no âmbito do BNDES**. Brasília, DF: Senado Federal, 2019, p.286. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?5&codcol=2093>. Acesso em: 20 fev. 2020) (<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/56a-legislatura/cpi-praticas-ilicitas-no-ambito-do-bndes>). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>146</sup> DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS - DIEESE. **Nota Técnica n. 125, junho de 2013**. São Paulo: DIEESE, 2013, p.10. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2013/notaTec125FGTSeTR.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>147</sup> Questiona-se o índice de correção monetária dos depósitos nas contas vinculadas ao FGTS (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5090/DF**. Processo n. 9956690-88.2014.1.00.0000. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>148</sup> BOMFIM, Camila; PALMA, Gabriel. PF mira delator da CPI dos fundos de pensão em operação para desarticular esquema de fraudes. **G1**, Política, Brasília, DF, 21 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/10/21/pf-mira-deputado-em-operacao-para-desarticular-esquema-fraudes-em-fundos-de-pensao.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2020; Ver também: AGÊNCIA O GLOBO. Rombo nos fundos de pensão deve ultrapassar R\$ 46 bilhões. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 15 fev. 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/rombo-nos-fundos-de-pensao-deve-ultrapassar-r-46-bilhoes-4igl0nvgfyzsoszgtqklijz8n/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

diversos outros – inclusive estaduais, como o Parana Previdência, cuja alteração legislativa pela Lei n. 18.469/2015, marcada pela violência<sup>149</sup>, é hoje objeto da ADI 5350<sup>150</sup>.

A propósito da previdência complementar privada, a alta concentração (ou a pouca competição) no sistema bancário nacional e sua baixa atratividade<sup>151</sup> parecem estar sendo pouco a pouco revertidas com a maior atenção dedicada aos planos de seguro social<sup>152</sup>. À semelhança do que se verificou no mercado de planos e seguros de saúde privados, se espera, seja acompanhada por melhores medidas de fiscalização e controle pelas entidades responsáveis – inclusive a fim de que se evitem escândalos junto ao sistema financeiro, como os dos Bancos Panamericano, Santos, Marka-FonteCindam, Nacional, Banestado, ocorridos no Brasil, além de episódios internacionais como os da Enron Corporation, de FannieMae, de Bernard Madoff e da Lehman Brothers, este o estopim da própria crise econômica mundial de 2008 que carregou consigo recursos de investidores, de fundos previdência além de considerável parte de economias de países inteiros.

Fora da questão previdenciária, para sua segurança social no futuro, a população pode contar com um sistema de assistência social – que depende dos recursos disponibilizados a cada momento, e não de um sistema de equilíbrio financeiro e atuarial – ou com a manutenção das próprias condições de saúde, para continuar a se sustentar pelas forças do próprio trabalho ou atividade econômica – o que sofre impacto desde já pelas atuais condições do sistema de saúde nacional, agravado pelo aumento das expectativas de vida geral da população e de fatores como as mortes e sequelas relacionadas à violência, a acidentes de trânsito, acidentes de trabalho, acidentes domésticos ou, ainda, à falta de vacinas, de saneamento básico, de campanhas de saúde ou do devido tratamento médico, ambulatorial ou farmacológico. Sobre a saúde, aliás, também recaem situações polêmicas como a criação da Contribuição Provisória sobre Movimentações Financeiras (CPF) que, a princípio destinada ao custeio da saúde, arrecadou bilhões por cerca de uma década em meio a escândalos no setor sanitário, como a

---

<sup>149</sup> PARANÁ (Estado). Ministério Público de Contas do Paraná. **Nota de Esclarecimento do MPC-PR** – custos da operação ‘Centro Cívico’ e inconstitucionalidade da reforma da previdência. Curitiba: MPCPR, 28 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/nota-de-esclarecimento-do-mpc-pr-custos-da-operacao-centro-civico-e-inconstitucionalidade-da-reforma-da-previdencia/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>150</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5350/DF**. Processo n. 0004831-80.2015.1.00.0000. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>151</sup> COIMBRA, Leandro Willer Pereira; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Uma análise do setor de previdência complementar brasileiro. In: **Revista de Economia Contemporânea**, v. 13, n. 3, p. 439-466. Rio de Janeiro: UFV, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-98482009000300003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482009000300003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI:<http://dx.doi.org/10.1590/S1415-98482009000300003>.

<sup>152</sup> SETTI, Rennan; NETO, João Sorima. Com reforma, 4 milhões de brasileiros devem aderir à previdência privada em cinco anos. **O Globo**, [S.l.], 11 de agosto de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/com-reforma-4-milhoes-de-brasileiros-devem-aderir-previdencia-privada-em-cinco-anos-23869473>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Máfia das Ambulâncias. Em meio à atual crise, a recriação do tributo voltou a ser cogitada. Outro ponto que pressiona muito a seguridade social é o expressivo aumento da judicialização da saúde, seja diretamente com o sistema público ou por via de seguros e planos de saúde<sup>153</sup>.

Embora tais questões não sejam uma exclusividade nacional<sup>154</sup>, a falta de transparência e a sucessiva eclosão de escândalos segundo uma memória ainda recente só aumentam – e não sem razão – uma desconfiança histórica em torno da solidez e idoneidade dessas organizações e entidades bem como sobre os respectiva legislação pela qual se regulamentam, regem e fiscalizam, consubstanciadas na figura do próprio Estado e das instituições financeiras. Toda essa situação, para além de fornecer subsídios a enfrentamentos na arena política, cuja atualidade revela discursos radicalizados, tem sido cada vez mais deduzida perante o Judiciário, cuja atuação tem levado muitos a denunciar um ativismo judicial – quer pela judicialização da política, quer pela politização do judiciário.

### 2.3 EMBATE ENTRE AVANÇOS E RETROCESSOS E O DEBATE JURÍDICO

Geralmente relegado ao contexto tecnocrático, o que se encontra atrás da força retumbante de grandes números raramente chega à luz do debate diante do grande público, servindo, junto a aberturas semânticas e conceituais, como trunfos a quem simula esclarecer. O maior ou menor caráter técnico do discurso normalmente encontra nos órgãos de mídia a mediação para com o grau de instrução de seu público-alvo. Contudo, para além da já delicada problemática envolvendo o poder da mídia nas sociedades de massa, a situação tornou-se ainda mais intrincada nas últimas décadas.

No embalo do crescimento das tecnologias de informação e comunicação (TICs), notadamente as redes sociais e os aplicativos de trocas de mensagens, o idiota da aldeia digital teria sido elevado a detentor da verdade, consoante ácida crítica de Umberto Eco<sup>155</sup>. Em contraste com as promessas de democracia digital, Tay, um robô de inteligência artificial da

---

<sup>153</sup> INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. **Judicialização da Saúde no Brasil**: perfil das demandas, causas e propostas de solução. Série Justiça Pesquisa: Relatório Analítico Propositivo. Brasília, DF: CNJ, 2019, p.46. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>154</sup> SOUZA, Victor. **Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2018, p. 5.

<sup>155</sup> SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. O idiota da aldeia e o portador da verdade. **Jornal de Debates**, ed. 856, 23 de junho de 2015. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/jornal-de-debates/o-idiota-da-aldeia-e-o-portador-da-verdade/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Microsoft, mimetizou uma sociedade racista, sexista e xenofóbica<sup>156</sup>. Com isso, não é surpresa que a “*plebe rude e ignara*”, impulsionada sponte própria ou assim provocada, se veja com certa frequência em meio a surtos de intolerância e de radicalismo –que, com exceções, tem surgido como um discurso vendido, apropriado e compartilhado como marca de pertencimento, sem maior crítica ou reflexão. Isso porque o discurso restrito à vida virtual tem sido marcado não só por uma sensação de proteção, dado um suposto ou potencial anonimato, como também de irresponsabilidade e não-pertencimento na vida real.

Essas novas tecnologias, porém, já demonstraram que seu poder não está restrito ao mundo digital, sendo real sua capacidade de impactar o mundo e sobrepujar as outrora francamente dominantes mídias de massa – notadamente grandes conglomerados jornalísticos e de entretenimento, em cinema, rádio, revistas, jornais e televisão. Diante dessa nova realidade do quarto poder, a política parece ter passado a utilizar o que há de mais novo nas mídias digitais para desacreditar aquelas primeiras e estabelecer um canal direto com o público, sem os intermediários. Nesse contexto, as liberdades de expressão, de imprensa e de informação bem como a própria acessibilidade ao mundo digital ganharam novas facetas, possibilidade e também perigos, na perspectiva da democracia e dos direitos – tendo a ONU afirmado a importância do acesso à internet à promoção e proteção dos direitos humanos<sup>157</sup>.

Os direitos fundamentais, liberais, sociais e de procedimento, foram internalizados aos sistemas democráticos enquanto dispositivos aptos a impedir que a democracia acabe com a democracia, ou seja, de que se converta em uma ditadura da maioria<sup>158</sup> – hiperestabilizada, enclausurada em si mesma. Esses trunfos (constitucionais) contra as maiorias (democráticas), encontram expressão no plano internacional através dos direitos humanos sendo a

---

<sup>156</sup> JOHNSTON, Ian. AI robots learning racism, sexism and other prejudices from humans, study finds. **Independent**, 13 april 2017. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/ai-robots-artificial-intelligence-racism-sexism-prejudice-bias-language-learn-from-humans-a7683161.html>. Acesso em: 20 fev. 2020. Ver também: CANO, Rosa Jiménez. O robô racista, sexista e xenófobo da Microsoft acaba silenciado. **El País**, San Francisco, 25 de março de 2016. Tecnologia. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274\\_096966.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>157</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. General Assembly. Human Rights Council, 17th session, 17 may 2011. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, Frank La Rue. Disponível em: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>158</sup> Pode-se entender a ditadura da maioria como um exemplo do chamado *paradoxo da democracia*, assim enunciado por Karl Popper: “Outro dos paradoxos menos conhecidos é o paradoxo da democracia, ou, mais precisamente, do governo da maioria; isto é, a possibilidade de que a maioria possa decidir que um tirano deva reinar” (POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1974, p.290). A correção destacada por Popper é fundamental: o paradoxo é do governo da maioria, e não da democracia. A democracia é mais complexa do que do que um simples governo pela regra da maioria, devendo se mostrar capaz de internalizar esse paradoxo e oferecer solução.

democracia, consoante perspicaz lição de John Rawls<sup>159</sup>, expressão da autodeterminação dos povos no direito das gentes. Porém, saber quando um povo se encontra apto a autodeterminar-se envolve questões tão espinhosas quanto se perguntar acerca da existência (ou não) de pressupostos à democracia<sup>160</sup>. A exemplo, para Canotilho “o reconhecimento e a garantia dos direitos sociais passaram à dimensão estruturante do próprio princípio democrático”, pois, da articulação entre socialidade e democraticidade, extrai-se que “só há verdadeira democracia quando todos têm iguais possibilidades de participar no governo da polis”<sup>161</sup>.

Se tomada unicamente como democracia política, como parece fazer Ferreira Filho, há que se convir que “as circunstâncias e a conjuntura evidentemente condicionam o tipo e o grau de democracia que é possível a cada momento”<sup>162</sup>, não existindo um modelo imutável e universal. Ou seja, assim como qualquer outra forma de governo, a democracia possível em uma dada realidade depende de questões sociais, econômicas, culturais, institucionais, etc., tornando-se, por isso, verdadeiros requisitos, pressupostos ou condições de seu implemento.

Os que se colocam opostos a esta opinião tomam a democracia em termos mais amplos, estando dentre eles José Afonso da Silva, que afirma:

[...] em verdade a tese inverte o problema, transformando, em pressupostos da democracia, situações que se devem ter como parte de seus objetivos: educação, nível de cultura, desenvolvimento, que envolva a melhoria de vida, aperfeiçoamento pessoal, enfim, tudo se amalgama com os direitos sociais, cuja realização cumpre ser garantida pelo regime democrático. Não são pressupostos desta, mas objetivos. Só numa democracia pode o povo exigir-los e alcançá-los.

[...]. Finalmente, os que reclamam que a democracia nunca fora realizada em sua pureza em lugar algum concebem-na como um conceito estático, absoluto, como algo que há que instaurar-se de uma vez e assim perdurar para sempre. Não percebem que ela é um processo, e um processo dialético que vai rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdo novo, enriquecendo novos valores. Como tal, ela nunca se realiza inteiramente, pois, como qualquer vetor que aponta valores, a cada nova conquista feita, abrem-se outras perspectivas, descortinam-se novos horizontes ao aperfeiçoamento humano, a serem atingidos.<sup>163</sup>

<sup>159</sup> RAWLS, John. El derecho de gentes. In: **Isegoría**, n. 16, p. 5-36, maio 1997. Madrid: CSIC, 1997. Disponível em: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/182>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.3989/isegoria.1997.i16.182>.

<sup>160</sup> A exemplo, Norberto Bobbio propõe a questão sobre se seria possível um Estado democrático em uma sociedade não democrática (BOBBIO, **O Futuro [...]**, op. cit., p. 68).

<sup>161</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”), não paginado. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 22, fev. 2008. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2008. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>162</sup> FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972, p. 37. Ver também: FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001, prefácio.

<sup>163</sup> SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 130-133.

Ambas as posições parecem corretas ao mesmo tempo que opostas. A razão desta ambivalência parece simples: são doutrinas mais complementares do que divergentes. E isto fica claro quando Macpherson, em outro contexto, investigando meios para impulsionar a democracia participativa, vindo ele a deparar-se com a seguinte verificação:

[...] não podemos conseguir mais participação democrática sem uma mudança prévia da desigualdade social e sua consciência, mas não podemos conseguir as mudanças da desigualdade social e na consciência sem um aumento antes da participação democrática.<sup>164</sup>

Macpherson, a seu modo, atingiu o mesmo paradoxo entre os discursos de Ferreira Filho e José Afonso: o primeiro observa condições materiais para a democracia e o segundo afirma serem improváveis tais pressupostos sem a prévia existência de uma democracia (política e social). Segundo Macpherson, um círculo vicioso<sup>165</sup> no qual não se poderia esperar a mudança em um dos termos sem pressupor a mudança no outro, vindo a concluir:

Desse modo, devemos procurar saídas em outra parte do círculo, isto é, procurar mudanças já visíveis ou em perspectiva [...]. Se verificarmos mudanças que sejam não só já perceptíveis mas que sejam, atribuíveis a forças ou circunstâncias que tenham probabilidade de operar com efeito cumulativo, então podemos ter alguma esperança de uma ruptura. E se as mudanças forem de natureza a incentivar mudanças recíprocas nos demais fatores, tanto melhor.<sup>166</sup>

Os dois requisitos materiais apontados (maior igualdade social e consciência política) são gênero daquilo que Ferreira Filho pôs como pressupostos (condicionadores) da democracia; já o movimento recíproco entre estes pressupostos e a maior participação democrática tem clara correspondência com o processo dialético apontado por José Afonso – algo que ultrapassa o processo eleitoral, envolvendo uma dinâmica entre democracia política e democracia social que encontra a participação popular como sua força motriz.

“Vamos celebrar os preconceitos/O voto dos analfabetos”<sup>167</sup>. Por esse irônico e paradoxal verso torna-se a tangenciar relação entre tolerância e democracia, um fator condicionante da democracia a cada momento. Há tempos, Karl Popper, a partir das ideias de Platão, enunciou o *paradoxo da intolerância*, popularizado sob a fórmula distorcida pela qual

<sup>164</sup> MACPHERSON, op. cit., p. 103.

<sup>165</sup> Nas suas palavras: “Ora, se essas duas mudanças na sociedade [...] são pré-requisitos da democracia participativa, parece termos caído num círculo vicioso. Porque é improvável que qualquer desses dois requisitos sejam satisfeitos sem uma participação democrática muito maior do que agora. [...]. Daí o círculo vicioso: não podemos conseguir mais participação democrática sem uma mudança prévia da desigualdade social e sua consciência, mas não podemos conseguir as mudanças da desigualdade social e na consciência sem um aumento antes da participação democrática.” (Ibid., p. 103).

<sup>166</sup> Ibid., p. 104.

<sup>167</sup> PERFEIÇÃO. Intérprete: Legião Urbana. Compositores: Dado Villa-Lobos / Marcelo Augusto Bonfa / Renato Russo. In: O DESCOBRIMENTO do Brasil. Intérprete: Legião Urbana. [S.l.]: Sony; ATV Music, 1993. 1 CD, faixa 4.

numa democracia, como regra geral, não se deve tolerar o intolerante<sup>168</sup>, sob pena de colocá-la em risco. Popper, porém, ao contrário, ressalva expressamente a simplificação generalizante, reforçando sua crença na democracia, na sociedade aberta<sup>169</sup> e na argumentação racional:

Menos conhecido é o *paradoxo da tolerância*: a tolerância ilimitada pode levar ao desaparecimento da tolerância. Se estendermos a tolerância ilimitada até aqueles que são intolerantes; se não estivermos preparados para defender uma sociedade tolerante contra os ataques dos intolerantes, o resultado será a destruição dos tolerantes e, com eles, da tolerância. – Nesta formulação, não quero implicar, por exemplo, que devamos sempre suprimir a manifestação de filosofias intolerantes; enquanto pudermos contrapor a elas a argumentação racional e mantê-las controladas pela opinião pública, a supressão seria por certo pouquíssimo sábia. Mas deveríamos proclamar o *direito* de suprimí-las, se necessário mesmo pela força, pois bem pode suceder que não estejam preparadas para se opor a nós no terreno dos argumentos racionais e sim que, ao contrário, comecem por denunciar qualquer argumentação; assim, podem proibir a seus adeptos, por exemplo, que dêem ouvidos aos argumentos racionais por serem enganosos, ensinando-os a responder aos argumentos por meio de punhos e pistolas. Devemos então reclamar, em nome da tolerância, o direito de não tolerar os intolerantes. Devemos exigir que todo movimento que pregue a intolerância fique á margem da lei e que se considere criminosa qualquer incitação á intolerância e á perseguição, do mesmo modo que no caso da incitação ao homicídio, ao sequestro de crianças ou á revivescência do tráfico de escravos. (destaques no original)<sup>170</sup>

Note-se como é restrito o proposto “direito de não tolerar” – de tornar-se, portanto, o intolerante *por direito* – e também como já se delineavam distintas situações no campo do uso ou abuso da liberdade de expressão. Seara na qual, pode-se brevemente graduar desde a argumentação racional enquanto abstração, hipótese, parecer ou opinião compromissada, um uso público da razão, com pretensão de verdade (e.g.: será verdade?); passando pela mera opinião, pessoal, passiva, momentânea e descompromissada (e.g.: parece verdade); pela pregação, como doutrina dogmática, manifestação passiva mas resistente a questionamentos (e.g.: é a verdade); pela apologia, enquanto incitação, sedução, promoção, propaganda ativa de uma verdade já admitida como estabelecida (e.g.: contemple a verdade); pelo fundamentalismo, como doutrina dogmática ativa e reativa a qualquer questionamento (e.g.: aceite a verdade); pela perseguição, já como argumentação indiferente à afirmação ou

<sup>168</sup> Uma evidência disso foi compartilhada mais de 23 mil vezes em uma rede social (SAGANISTAS [O Paradoxo da tolerância pelo filósofo Karl Popper], 15 de agosto de 2017. Disponível em: <https://www.facebook.com/saganistas/photos/p.2020653704835104/2020653704835104/?type=1>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>169</sup> Conforme explica Serpa: “A sociedade aberta é aquela na qual ‘os indivíduos são confrontados com decisões pessoais’ que são de responsabilidade pessoal racional, ou seja, o indivíduo reflete racionalmente a respeito das consequências de suas decisões. Já a sociedade fechada é aquela na qual a sociedade opera de forma mágica, tribal ou coletivista e que com essa forma de operar retira qualquer tipo de responsabilidade dos indivíduos por suas escolhas ao mesmo tempo que, na maior parte das vezes, não oferece escolha aos indivíduos” (SERPA, Luiz Gustavo Martins. **A sociedade aberta e seus amigos**: o conceito de sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007, p.28).

<sup>170</sup> POPPER, op. cit., p.289.

infirmiação da verdade e, portanto, disposta a todo tipo de falácia e violência moral (e.g.: disso só louco duvidaria); chegando até a violência física como forma de expressão que, incluindo “punhos e pistolas”, alheia-se completamente a argumentos.

Situações específicas exigem ainda maior aprofundamento. A liberdade de imprensa merece um tratamento especial dado não só sua importância para a efetivação do poder público em público numa democracia como também pelo alcance dos meios de comunicação em massa – não obstante as TIC’s pareçam estar reduzindo e controvertendo a tradicional distinção entre opinião, opinião pública e opinião publicada.

Também as artes, sobretudo a comédia, assim admitida como um certo uso obsceno da razão, deve ser vista nesse seu caráter impudico, transgressor<sup>171</sup>, com a profundidade que os recursos psíquicos, linguísticos, estéticos e artísticos lhe proporcionam. Não atentar ao laborioso (ainda que eventualmente espontâneo) exercício da poesia, da prosa, da encenação, da música etc. é ignorar a arte de uma sociedade e a própria condição humana. A lógica de uma ironia, e.g., pode não suportar um momento de reflexão ou pode possuir várias camadas; mesmo inconscientemente, pode se prestar a replicar estereótipos e preconceitos ou, em contradição, justamente refutá-los pelo exercício de (e)levá-los ao absurdo (*nonsense*). Uma conclusão que se extrai a partir da obra de Freud – brincando pode-se dizer tudo, até a verdade<sup>172</sup> – inevitavelmente reverbera para o plano social trazendo implicações inclusive enquanto forma de exercício de poder: “É quase impossível atravessar uma multidão portando a tocha da verdade sem chamoscar a barba de alguém”<sup>173</sup>. Dizer que quem diz é o (in)consciente do autor, sua obra ou a sociedade em que este ou aquele são interpretados pode constituir não raro um complexo e delicado jogo de luz e sombras com múltiplas perspectivas, que também está sujeita a abusos – de todos os lados.

Sob essas difusas luzes observa-se que “deixar de dar ouvidos” ou preconceituá-los como “enganosos”, conforme Popper acima exemplificou a prática intolerante, correspondem ambos, em essência, a atos de uma certa *ignorância deliberada* – atitude que, por si, mina de

---

<sup>171</sup> MORAIS, Marília Brandão Lemos. Humor e psicanálise. In: **Estudos de Psicanálise**, n.31, out. 2008. Belo Horizonte: Círculo Brasileiro de Psicanálise, 2008. Disponível em: <http://www.cbp.org.br/rev3114.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020. Ver também: IHU ON-LINE: **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, ano XI, n.367, 27 de junho de 2011. São Leopoldo: Instituto Humanistas Unisinos, 2011, passim. Disponível em: [https://issuu.com/\\_ihu/docs/ihuonlineedicao367](https://issuu.com/_ihu/docs/ihuonlineedicao367). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>172</sup> Muito embora geralmente atribuída a Freud entre aspas, não foi possível encontrar *ipsis literis* a expressão na apontada fonte (FREUD, Sigmund. Os chistes e sua relação com o inconsciente (1905). In: FREUD, Sigmund. **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**, v. VIII. Rio de Janeiro: Imago, [1980]. Disponível em: <http://conexoesclinicas.com.br/wp-content/uploads/2015/01/freud-sigmund-obras-completas-imago-vol-08-1905.pdf>. Acesso em 20 fev. 2020)

<sup>173</sup> LICHTENBER, 1853 apud Ibid., p. 55.

plano a lógica do exercício de qualquer argumentação ou discussão racional<sup>174</sup>. O problema se apresenta precisamente quando não se discute a ignorância, implicando na confusão com a intolerância, dispensando-lhes indistinto tratamento. Tal situação se entremostra injusta quando, percebendo que o mais sábio dos homens é aquele só sabe que não sabe, admite-se que a ignorância não é uma escolha, mas a omissão, sim. Um ato de ignorância não merece ser respondido com intolerância. Diante de um ato de intolerância, após eventual ação de supressão (inclusive física) quando necessária e enquanto necessária (tal como o ato de ignorância), só se pode reagir com uma ação de abertura ao diálogo, esclarecedora sem ser dogmática, ressocializadora porque reconstitutiva da relação social, mas empática sobretudo.

É paradoxal, mas à negação (pelo outro) parece só ser possível realmente opor uma estratégia de abnegação (de si). É que apenas quando um ou ambos se reconhecerem ignorantes, haverá uma oportunidade para o diálogo, para a argumentação e o esclarecimento, individual ou recíproco. Isso porque nem sempre estamos abertos à diferença, preferindo a indiferença, a conduta de reduzir e simplificar o mundo: meu mundo, minhas regras. Ou seja, meus esquemas conceituais, meus parâmetros de distinção, minha percepção de mundo. Medir o mundo pela própria *régula*<sup>175</sup> é um ato de intolerância? Parece que não, já que, de modo diverso, se mostra impossível. Intolerância seria negar o mesmo a outrem. Precisamos de regras e, mais do que isso, precisamos ignorar. Estudamos para saber ignorar, ou seja, para dedicar a atenção ao que se julga importante, excluindo do foco o que não é. A atenção, assim como toda capacidade humana, é um bem escasso. Quanto mais nos dedicamos a apreender, mais se percebe o quanto se ignora. A intermediação dessas múltiplas medidas (as régua pelo que cada um julga ser importante) só pode ser proporcionalizada, ou seja, colocada sobre uma razão, um denominador comum, racionalizada em torno da sua função.

Atribui-se ao general Douglas MacArthur a autoria da frase “as regras foram feitas para serem quebradas”. A frase original, mais rica, seria “as regras são feitas principalmente para serem quebradas, e com muita frequência, para os preguiçosos se esconderem”<sup>176</sup>. As regras são confortáveis porque simplificam o mundo, sim ou não, tudo ou nada. E essa

<sup>174</sup> Na lição de Carnielli e Epstein, (i) ser capaz de raciocinar e estar disposto a fazê-lo, ao lado de (ii) conhecer o tema discutido e (iii) não estar mentindo, são circunstâncias pressupostas ao princípio da discussão racional (CARNIELLI, Walter A.; EPSTEIN, Richard L. **Pensamento crítico: o poder da lógica e da argumentação.** Com assistência e colaboração de Desidério Murcho. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2011, p. 59).

<sup>175</sup> Regra e régua guardam a mesma raiz: “regũla, -ae – subs. f. (Cic. Br. 258). Régua, e de modo geral, qualquer barra de metal ou de madeira lisa e direita, e, em sentido moral, regra. Em português, régua e regra e derivados.” (FARIA, Ernesto. **Vocabulário latino-português: significação e história das palavras, agrupadas por famílias, segundo os programas atuais.** Dicionários Garnier, v. 8. Belo Horizonte: Livraria Garnier, 2001, p.302).

<sup>176</sup> GANOE, William A.. MacArthur Close-Up (1962), p. 137, tradução nossa, apud WIKIQUOTE. **Douglas Mac Arthur.** Disponível em: [https://en.wikiquote.org/wiki/Douglas\\_MacArthur](https://en.wikiquote.org/wiki/Douglas_MacArthur) . Acesso em: 20 fev. 2020.

simplificação é absolutamente necessária para permitir aos seres humanos lidar com a complexidade das relações sociais e do próprio universo em que vivemos. Ignorar, pois, é uma necessidade<sup>177</sup>. E as regras foram feitas para serem quebradas, mais exatamente para serem superadas – algo que não se faz sem algum esforço extraordinário. Caso contrário, quebrar regras significaria ignorá-las e, como se vê, não há nenhum mérito nessa “tolice”<sup>178</sup>.

A omissão é uma escolha, a ignorância, não – é uma condição. Nascemos ignorantes e o contato com o mundo nos lapida, nos torna mais complexos, diferentes de qualquer outro à medida que entramos em choque com o mundo. Não raro, esses choques são literalmente traumáticos e são capazes de alhear-nos de significativa parte daquilo que construímos como crença, que acreditávamos. Isso ocorre tanto com experiências empíricas quanto ideias, sobretudo porque quanto mais profundas as ideias, mais elementares elas são, de modo que seu poder de mudar todo o conjunto de compreensões anteriormente formado é cada vez maior. A genialidade está no que é óbvio, mas não era. Admitir o impacto de ideias dessa magnitude é lançar-se a reconstruir meio mundo, ou mais. Ora, até onde nos (re)construir é trabalhar sobre ruínas e dejetos? Até onde a demolição ou a desconstrução não faz parte desse processo? Não admitir erros, não admitir falhas, não admitir recuos, não é também uma atitude intolerante – inclusive consigo mesmo?

Mas *the king can do no wrong*, expressão típica da teoria da irresponsabilidade civil do Estado<sup>179</sup> que aponta não só um desumano dever real de não errar (e só alguém investido de poder divino poderia isso) mas a própria incapacidade de cometer erros. Os erros não estão na esfera de disponibilidade do rei simplesmente porque não os reconhece, ou melhor, não deles não poderia admitir tomar conhecimento enquanto figura institucional. É sem dúvida majestosa a imagem de quem caminha sempre em frente, de queixo erguido, sem jamais olhar para trás – por mais vulnerável e restritiva que de fato seja.

De outro lado, o grande desafio, a grande provocação: *sapere aude*<sup>180</sup>! Ousar saber. Não há ousadia em aceitar regras e padrões, é mais fácil, é mais confortável – tanto quanto perseguir e repreender quem as descumpra sem se importar com as possíveis razões de um tal

---

<sup>177</sup> Para Niklas Luhmann “a condição existencial [humana] obriga à redução” (LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Tradución: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. 2. ed. en español. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p. 417)

<sup>178</sup> BREAKING all the rules. Intérprete: Peter Frampton. 1981. Compositor: Peter Frampton; Keith Reid. In: BREAKING all the rules. Intérprete: Peter Frampton. [S.l.]: A&M Records, 1981. 1 CD, faixa 9.

<sup>179</sup> CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 99, p. 69-90, jul./set. 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181860>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>180</sup> PUGLIESI, Márcio. Resposta à Questão: O que é Esclarecimento?. **Cognitio**: Revista de Filosofia, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 145-154, out. 2012. [São Paulo]: PUCSP, 2012. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/cognitiofilosofia/article/view/11661/8392>. Acesso em: 20 fev. 2020.

descumprimento. Exceção certamente se faz quando a negação não é do outro, mas de si mesmo (por ação ou deliberada omissão). Não se tolerar (ou não se aceitar) é condição de saúde que se reveste de excepcional gravidade quando decorrente de incitação, imposição, perseguição ou violência praticada nas relações sociais. Em um mundo de igualdade, o direito à diferença é um privilégio. “Todos os animais são iguais, mas alguns animais são mais iguais do que os outros”<sup>181</sup> – provoca Orwell. Ao indivíduo pós-moderno já não basta ser reconhecido como igual, ele precisa ser reconhecido em sua diferença. A normalidade constituiu uma terceira barreira para quem se depara não só com a intolerância e a exclusão como com a indiferença.

Quem ousa saber da condição humana? E quem sabe, a tolera? Por mais difícil que seja, o mais elementar é tolerar a condição humana, em suas semelhanças e diferenças, em sua redundância e variedade. Nas conturbadas fronteiras entre ser e estar (temporalidade), ser e fazer (expressão) ou entre condição e comportamento (natalidade e socialidade), intolerável é não ter consideração e respeito à condição humana. Vigiar, censurar, repreender e punir, inclusive com violência, somente na medida do necessário e apenas enquanto necessário para fazer cessar o *comportamento* contrário à tolerância, mas jamais reagir com intolerância às *peessoas*. A sociedade deve tolerar as *peessoas* e os *comportamentos que lhe são inerentes, que não estão na sua esfera de disponibilidade*, por condição de existência, saúde, consciência etc. Em respeito a esse direito, o Estado deve fazer cessar comportamentos que a *lhe* são contrários e, quando não houver à disposição meios adequados e efetivos de proteção, admitir que as *peessoas* o façam em legítima defesa. Remanesce, por óbvio, o debate em cada sociedade a certo tempo e lugar sobre os limites dessas condições – uma conturbada fronteira, como já aludido, entre o exercício de direito e seu abuso.

Em resumo, tolerância é tolerar, mas também é não tolerar. É tolerar *peessoas* e os comportamentos inerentes à sua condição e, em recíproca, não tolerar comportamentos incompatíveis com a tolerância. Dessa forma, assim como só o direito diz o que é direito e o que não é, só a tolerância parece poder determinar o que é tolerância e o que não é – algo que cada sociedade, em seu momento histórico, pode dizer.

Mas se ser diferente é um direito, por que também não poder pensar diferente? Mais: por que também não poder pensar diferente sobre a tolerância às *peessoas* intolerantes? O questionamento é válido, mas sua resposta já não seria um paradoxo, nem um dilema, mas

---

<sup>181</sup> ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, [s.d.], p. 93.

uma contradição<sup>182</sup> – e, à luz de todo o exposto, acredita-se que a ignorância sobre isso já não seria uma condição, mas uma escolha<sup>183</sup>.

As pessoas cometem erros, tem falhas, entram em contradição, são ignorantes, o retrato da diferença, da incompletude e da imperfeição – os governantes e os governados também. Será por isso que há tempos não mais confiamos o controle social para seres humanos, mas para as instituições, autômatos políticos que, personificando o poder impessoal, seriam capazes de fazer o que não seríamos? No plano institucional, por exemplo, “ninguém se escusa de cumprir a lei, alegando que não a conhece”<sup>184</sup>, o juiz conhece a lei (*iuria novit curia*), tanto que, dando-lhe os fatos, ele lhe dará o direito (aliás, isso sem menção aos pedidos a lhes delimitar o objeto). Essas presunções são ficções tanto quanto as haziendas, companhias de comércio, corporações, fundações, empresas, o Leviatã e o próprio contrato social pelo qual, presumidamente, cada pessoa aceitou dispor de um naco de sua liberdade para pôr trégua aos conflitos pessoais – mas também, aparentemente, às nossas próprias idiossincrasias, criando uma impessoalidade, uma igualdade, uma idealidade que mais tarde se mostrou também incompatível com uma humanidade.

Para além do homem vitruviano de Leonardo da Vinci, icônica representação do corpo humano com perfeição matemática – a própria medida de todas as coisas<sup>185</sup> –, e a afirmação da

---

<sup>182</sup> O raciocínio aqui desenvolvido se referencia pelo exercício lógico que Luhmann desenvolve sobre a autopoiese do Direito, notadamente as fases de tautologia, paradoxo e desparadoxização – conforme oportunamente se verá no capítulo 4. Não se está a vincular necessariamente Luhmann a um conteúdo de tolerância ou democrático em especial, mas destacando (sem prejuízo, obviamente, de outros esquemas teóricos possíveis) o caráter funcional que implicam: a tolerância é um dispositivo de abertura evolutiva; e a democracia, como conceito complexo, também.

<sup>183</sup> Norberto Bobbio, distinguindo discriminação (por motivos de preconceito físicos, sociais etc.) de intolerância (por uma posição de verdade quanto a crença e opiniões), após enumerar 4 razões para a tolerância – (i) utilitarista, para evitar perseguições, sem enfoque sobre a solução sobre a verdade; (ii) método de persuasão, confiante de que o outro reconhecerá que na verdade estava errado; (iii) dever ético de respeito à pessoa alheia, que deve ser convertida por convicção íntima, e não por imposição; (iv) a verdade pode ter muitas faces – formula: “a tolerância deve ser estendida a todos, salvo àqueles que negam o princípio de tolerância, ou, mais brevemente, todos devem ser tolerados, salvo os intolerantes”. Não obstante, reconhecendo a dificuldade prática do princípio, acrescenta algo aparentemente paradoxal e muito próximo de uma racionalidade funcional: “Responder ao intolerante com a intolerância pode ser formalmente irreprochável, mas é certamente algo eticamente pobre e talvez também politicamente inoportuno. Não estamos afirmando que o intolerante, acolhido no recinto da liberdade, compreenda necessariamente o valor ético do respeito às idéias alheias. Mas é certo que o intolerante perseguido e excluído jamais se tornará um liberal. [...] É melhor uma liberdade sempre em perigo, mas expansiva, do que uma liberdade protegida, mas incapaz de se desenvolver. Somente uma liberdade em perigo é capaz de se renovar. Uma liberdade incapaz de se renovar transforma-se, mais cedo ou mais tarde numa nova escravidão. A escolha entre as duas atitudes é uma escolha última; e, como toda escolha última, não é facilmente defensável com argumentos racionais. [...]” (BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). 13. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992, p. 213-214).

<sup>184</sup> BRASIL. **Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>185</sup> Na expressão atribuída por Sócrates a Protágoras (PLATO, **Theaetetus**. Translated by Benjamin Jowett. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2008. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/1726>. Acesso em: 20 fev. 2020).

verdade por meio das formas jurídicas<sup>186</sup>, onde o juiz é *peritus peritorum*, também importa aqui perceber que como decidem as cortes<sup>187</sup> carrega em si uma indelével vinculação ao contexto histórico, no que se inclui todos os aspectos sociais e seu momento ideológico. Algo que, fora toda a ideologia oficial pretensamente cristalizada no texto constitucional vigente, diz respeito a como são escolhidos seus membros, como se dá sua formação, como se projetam na sociedade, inclusive como classe ou grupo profissional, econômico, social etc.

O mesmo, aliás, de uma forma ou de outra, se poderia investigar sobre todas as demais carreiras, jurídicas ou não. Enfoca-se, porém, precisamente o Judiciário porque, dentro de um sistema de freios e contrapesos do autômato estatal, é ele que se afigura como principal freio institucional e fiel da balança nas disputas em torno das regras do jogo democrático. Assim, aqui importa refletir se, no presente contexto de constitucionalização dos direitos e de superação de um estado impolítico de direito e de uma sociedade aberta de intérpretes da constituição<sup>188</sup>, essa liberdade de expressão, essa confusão entre público e o privado, às barbas do poder público em público, não acaba revelando também o íntimo da humanidade no seio da institucionalidade. Mais precisamente, questionar: uma vez que boa parte dos conflitos sociais atualmente se estabelece no campo semântico – vida, família, genética, gênero sexualidade, matrimônio e casamento, raça, deficiência etc. – não sendo diferente com a definição de retrocesso (e a *contrario sensu*, progresso), isso não implicaria também um desnudamento de opções ideológicas dos próprios membros do judiciário?

Todo discurso se processa no interior de uma formação ideológica cuja completa abstração (neutralidade) constitui exercício fadado ao fracasso. Ortega y Gasset, afirmou: “eu sou eu e minha circunstância”<sup>189</sup>. O mais cosmopolita dos seres humanos não conseguiria algum avanço nesse trabalho sem algum incomum esforço. Isso, porém, não significa que, ao contrário, deva-se abandonar a um solipsismo<sup>190</sup>. Desse modo, não se pode impedir o sujeito

<sup>186</sup> FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Nelo Machado e Eduardo Jardim Moraes; Supervisão final do texto de Léa Porto de Abreu Novaes et al. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

<sup>187</sup> RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). FGV: 2013, passim.

<sup>188</sup> HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional:** a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

<sup>189</sup> GASSET, José Ortega y. *Meditações do Quixote* (1914). Tradução de G. M. Kujawski. São Paulo: Ibero-Americano, 1967, p.52 apud AGUIAR, Eloisa Nogueira. *A psicoterapia diante da liberdade humana: uma discussão orteguiana*. In: **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 24, n. 1, p. 111-124, abr. 2012. Niterói: UFF, 2012.

<sup>190</sup> KINOCHI, Renato Rodrigues. Entrevista com Arno Engelmann. In: **Scientiae Studia**, v. 7, n. 2, abr.-jun., 2009, p. 325-330. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-31662009000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662009000200011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1678-31662009000200011>. Ver também: STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

de conhecer o mundo, de que o mundo o conheça e que possam provocar-se reciprocamente – ainda que isso se faça somente aos olhos de quem observa. De outra forma, como falar-se em alteridade, empatia ou mesmo em tolerância e esclarecimento?

Interessante notar que, assim como o histriônico está para a mitomania, essa atual tendência de constante autoexposição (autoafirmação) nas redes sociais e aplicativos de trocas de mensagens surge de forma conjunta ao que se vem denominando de pós-verdade, situação em que a perspectiva de interpretação pessoal se sobrepõe ao um constructo comum, ocupando o espaço da dúvida e, portanto, da troca de informações e do embate de ideias, pelo do querer, do afirmar-se perante o outro. Ambiente este ideal para surgimento de facções fundamentalistas que, na disputa por território, enfatizando sua divergência, empreendem um processo de radicalização, de afastamento dos pontos de encontro, de potencial convergência.

Cuidando-se de um fenômeno que se estabelece principalmente pelas TICs, ou seja, no plano de ideias, registros, narrativas e sua divulgação pela linguagem, natural que se constate precisamente o que identificamos como uma *radicalização do discurso*. Isso porque embora os discursos estejam radicalizados ou se radicalizando, os demais aspectos do comportamento social, de modo geral, (ainda) não<sup>191</sup>. Ou seja, o comportamento real cotidiano não corresponde necessariamente à conduta declarada ou defendida nas redes sociais.

A exemplo, um modo muito particular de radicalização do discurso é o denominado discurso de ódio, onde há propagação de ideias fundamentalistas, apologia a atos de hostilidade e perseguição, sobretudo em face de minorias. Embora haja um sensível aumento de grupos radicais, os atos concretos de intolerância (ainda) são pontuais, mesmo que marcantes ou de grande repercussão. Não que isso seja de menor importância – pelo contrário,

---

<sup>191</sup> A radicalização do discurso pode ser exemplificada pelo sujeito que brada pela instauração da pena de morte mas não tem a coragem de ele mesmo puxar o gatilho da aniquilação do outro. No filme *Batman: o cavaleiro das trevas* (BATMAN: O cavaleiro das trevas. Direção: Christopher Noilan. Warner Bros Pictures, 2008. 1 DVD), o protagonista encarna, conforme sugere o próprio filme, Cesar, o ditador romano nomeado pela própria democracia (então suspensa) para salvar a democracia quando os inimigos chegavam aos portões da cidade. Em meio às crises não há oportunidade para debate, é necessária ação – e daí encontrar-se, pois, em um estado de exceção. Em recente estudo, obteve-se dados que apontam que pessoas em condição de baixo controle procuram recuperar sua percepção de controle através de líderes dominantes, bem como que, as pessoas, sob condições de incerteza, possuem uma maior tendência de escolher de líderes autoritários, do que em situações de certeza. Assim, afirma oferecer explicações para a recente escolha, em todo o mundo, de líderes autoritários em detrimento de outros líderes admirados/respeitados (KAKKAR, Hemant; SIVANATHAN, Niro. Appeal of a dominant leader over a prestige leader. *Proceedings of the National Academy of Sciences*, jun. 2017, 114 (26) 6734-6739; DOI: 10.1073/pnas.1617711114. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/114/26/6734>. Acesso em: 20 fev. 2020). No mesmo filme acima, em determinada cena, dentre os ocupantes de um de dois barcos envolvidos no dilema de explodirem o barco vizinho ou verem-se ambos detonados ao final de certo prazo, um deles brada para que seja tomada logo a decisão de aniquilação do outro. Finalmente tendo o detonador (a decisão) em suas mãos, o sujeito recua. No filme, nenhum dos barcos explode ao final do prazo, deixando aberta a questão: e se explodissem, haveria quem condenasse o ditador eleito por sua decisão? Ao estilo de Luhmann, a questão não é “se”, mas “como” se chega a essa situação. Boa parte da resposta parece estar na incerteza, no medo, na desconfiança, na intolerância, na banalização do mal, na ausência de abnegação.

exige a maior atenção. O que se quer destacar, porém, é que atos concretos de intolerância não se apresentam com tanta frequência e intensidade quanto a frequência e intensidade dos discursos fariam supor. Existe uma adesão ao discurso, mas não necessariamente à prática social. Isso possivelmente está bastante relacionado a uma necessidade de pertencimento, de aceitação social, sobretudo quando não demonstrar enfaticamente a adesão ao grupo enseja enorme risco de isolamento do círculo de relações sociais, cada vez mais virtual. Pertencer a um grupo é saber quem é o amigo e quem é o inimigo, quem é você e quem é o outro. Como definiu Orwell: “guerra é paz”<sup>192</sup>.

Se estamos unidos, estamos unidos contra quem? Lestásia? Eurásia? A velha estratégia de dividir e conquistar também se concretiza pela desinformação. *Fake news*, mais do que memes, virais e correntes, se transvestem de uma autoridade, de uma isenção, uma autonomia, de uma credibilidade que antes se atribuía à imprensa livre. O fato de que essas estratégias de divulgação (memes, virais, corrente, *fake news*) sejam empregadas deliberadamente na formação/manipulação da opinião pública com tecnologia de ponta, como robôs e falsos perfis, não assusta. Aldous Huxley, em *Admirável Mundo Novo*, de 1931, escreve: “sessenta e duas mil repetições fazem uma verdade”<sup>193</sup>. Com efeito, mesmo as mídias tradicionais também tiveram seus exemplos de sensacionalismo, que, a certo tempo, lugar e modo, se viram alinhadas a interesses de magnatas e grandes grupos políticos, econômicos, ideológicos. Não por acaso, às estrelas do rádio se seguiram as estrelas da televisão e do cinema, surgindo hoje a figura dos influenciadores digitais – definição que parece bastante clara e adequada. O que surpreende e preocupa é justamente como o Estado, ou mais precisamente o poder político, tem se inserido e se valido desse novo cenário.

Se de um lado nos países de regimes ditatoriais, mesmo que sob a autodenominação de democráticos, a imprensa não é livre e frequentemente com forte presença estatal, de outro, nos países tradicionalmente democráticos a grande mídia geralmente encontrava-se nas mãos de grupos de grande expressão econômica. Se nos primeiros o uso das novas TICs tendem a sofrer sérias restrições, isso ocorre com muito menos frequência nos últimos – sem embargo da maior ou menor, potencial ou efetiva, vigilância estatal em ambos<sup>194</sup>. E é justamente por esta via, sem intermediários, que grupos político-partidários e político-ideológicos tem se projetado cada vez mais sobre a opinião pública nos países democráticos e

<sup>192</sup> ORWELL, George. 1984. Tradução de Wilson Velloso, 29 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005, p.7.

<sup>193</sup> HUXLEY, Aldous. *Admirável Mundo Novo*. Lisboa: Editores Associados, [s.d.], p.26. Disponível em: <http://www.revistaliteraria.com.br/aldous%20huxleyAMN.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>194</sup> A partir das lições de Agamben, o mundo virtual parece ser o novo *nomos* da terra, o *locus* onde as novas fronteiras estão sendo estabelecidas, marcando novos sentidos de dentro e fora, e de inclusão e exclusão.

pseudodemocráticos. Mais do que uma via de informação e comunicação direta ou alternativa, as redes sociais são utilizadas precisamente como redes sociais, ou seja, com o mesmo tom personalíssimo, espontâneo, informal, variado, inconstante com que normalmente se lhe dá uso geral. Em consequência, não há uma índole impessoal, compromissada, refletida, moderada e constante. Mais do que uma maior personificação do poder investido pelo cargo (na linha do velho populismo), isso cria um grande embaraço à mídia tradicional, pois, fazer reverberar com autoridade, isenção, autonomia e credibilidade uma mensagem publicada por um ocupante de cargo do estado ou do governo nas redes sociais importa um esforço que pode logo ser descartado com sua exclusão ou com a publicação de uma mensagem seguinte em complementação ou simplesmente em contradição à anterior. Sua existência, fugaz, se dilui no turbilhão da *information society* – que, em contraste, não é uma *knowledge society*<sup>195</sup>.

Noutro giro, conhecimento também é poder e à disposição de estruturas ou aparelhos sociais tais como escolas, universidades e bibliotecas – além de percutir nas formas de ingresso em carreiras de estado, por via de concursos públicos de provas e títulos. Ou seja, a uma iniciativa de aparelhamento partidário e ideológico do Estado tem em contrapartida o argumento de desaparelhamento partidário e ideológico do Estado. Deliberadamente ou não, o poder sempre implicou uma escolha desse tipo, consistindo no *status quo* a ser alvo de revolução ou resistência. Sua lógica implica um regresso ao infinito, abrindo portas a um revisionismo histórico: a história é escrita (e reescrita) pelos vencedores<sup>196</sup>. Neste cenário, se questiona: de qual lado da história você está: do progresso<sup>197</sup> ou do retrocesso?

Tomando as palavras atribuídas a Milton Santos, “A força da alienação vem dessa fragilidade dos indivíduos, quando apenas conseguem identificar o que os separa e não o que

<sup>195</sup> UNESCO. **Towards Knowledge Societies**. França: UNESCO, 2005. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000141843>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>196</sup> Para a história como cortejo triunfal dos vencedores veja: BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito o História. In BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas** – magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura. v. 1, Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Brasiliense, 1987, p.222-232. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3957253/mod\\_resource/content/1/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria%20%281%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3957253/mod_resource/content/1/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria%20%281%29.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>197</sup> José d’Assunção Barros informa que o primeiro uso da expressão *progresso* teria se dado por Leibniz, em 1697, mas seu emprego conceitual viria com Kant, em 1784 (BARROS, José d’Assunção. Retrodição – Um problema para a construção do tempo histórico. **Ler História** [Online], n. 65, 2013, Lisboa: ISCTE-IUL, 2013. Disponível em: <http://journals.openedition.org/lerhistoria/498>. Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: 10.4000/lerhistoria.498). No entanto, a palavra *progresso* já é usada por Francis Bacon em *The Advancement of Learning*, de 1605 (BACON, Francis. **The Advancement of Learning**. Transcribed from the 1893 Cassel & Company edition by David Price. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2002. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/5500/5500-h/5500-h.htm>. Acesso em: 26 abr.2020). Ainda que a *progressão* referida por Bacon tenha evidente carga valorativa, não se confunde com a conotação normativa que o positivismo depois lhe acrescentou – e que, ademais, restou gravada na bandeira brasileira. Como se verá, o sentido de retrocesso obtido a partir da teoria luhmanniana é especialmente distinto justamente porque escapa a essa carga valorativa, teleológica ou normativa que se imputa ideologicamente à antítese progresso-retrocesso.

os une”<sup>198</sup>. Onde há intolerância, não há espaço para a troca de informações, não há espaço para o debate de ideias, para a ciência, para o erro, para o perdão, nem para a própria humanidade por vezes, mas, sobretudo, não há espaço para o outro – há apenas o mesmo. Nesse ponto, a mais perfeita democracia e a mais total autocracia se equivalem, pois nenhuma está disposta a mudanças.

Por todo o exposto, tem-se que, ao diferentemente do que idealizou Montesquieu, o Judiciário não é exatamente um poder “politicamente nulo”<sup>199</sup>, justamente porque, a despeito de esforços nesse sentido, seus membros absolutamente não o são. Dentro do Estado, a exposição do Judiciário e de seus membros vem se revestindo de gravidade cada vez maior – não só pelos críticos que a amesquinham ou a imprensa adepta do sensacionalismo, mas também pela própria mediocridade que por vezes revela, causando a desconfiança de que nada de extraordinário surgirá. Se revela, no plano não intencional, que não há que se lhes imputar culpa individual por serem humanos fazendo coisas de humanos, mas talvez nossa de esperar muito mais do que isso. Ainda que há tempos venha-se substituindo o governo de homens pelo governo de leis, não há que se esperar mais delas se não se esperar mais de nós mesmos<sup>200</sup>. A imperfeição humana se transmite na imperfeição das obras humanas.

Em resumo, quer-se assim indicar que o cerne da questão sobre o que é retrocesso juridicamente proibido está na constituição e não menos em seu intérprete. Porém, a radicalização do discurso é um fenômeno que impacta diretamente no debate de importantes questões para o direito e para a política e, dada a ampla apropriação político-ideológica ou político-partidária que a expressão *retrocesso* permite<sup>201</sup>, uma investigação séria não poderia deixar de ressaltar esse aspecto<sup>202</sup>. Admitir que o intérprete constitucional, a sociedade aberta

<sup>198</sup> SANTOS, Milton. **Território e sociedade**. Entrevista com Milton Santos. 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000, p.17.

<sup>199</sup> MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Jean Melville (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2002, p. 167.

<sup>200</sup> A lição é de Bobbio: “a pergunta ‘governo das leis ou governo dos homens?’ acaba por ser mal posta, pois um não exclui o outro” (BOBBIO, op. cit., p. 181)

<sup>201</sup> Jorge Reis Novais, um dos estudiosos portugueses do tema, questiona: “qual seria, então, o critério constitucional para definir materialmente o sentido de retrocesso?” O autor não responde, apenas considera que sua identificação “não é imediata nem linear, dependendo em grande medida das perspectivas políticas ou das pré-compreensões do decisor político ou do intérprete” (NOVAIS, **Direitos sociais [...]**, op. cit., p. 258).

<sup>202</sup> Ingo Wolfgang Sarlet, um dos estudiosos brasileiros do tema, pondera: “a questão da reforma do Estado e das instituições, num contexto social, político e econômico altamente explosivo e influenciado pela globalização econômica, representa um fenômeno de proporções mundiais e não pode ser simplesmente desconsiderado na seara jurídica e jurisdicional, especialmente no âmbito da discussão em torno da proibição de retrocesso”. (SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**, 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018, p.471). A esse caminhar “na zona grís que separa Direito da Política e da Economia” não se furta José Vicente dos Santos Mendonça, que vaticina: “o Direito só operará alguma mudança social quando for encarado a partir de seus métodos e dentro de seus limites” (MENDONÇA, José Vicente dos Santos. *Vedação de Retrocesso: o que é e como perder o medo*, p. 205-236. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Direitos Fundamentais – Revista de**

e o Estado através da corte constitucional, adiram a uma apropriação político-ideológica ou político-partidária da expressão *retrocesso* ou do princípio da proibição de retrocesso é um risco que se imputa não à judicialização da política, nem à politização do judiciário, mas a uma radicalização dos discursos (rumo à intolerância) ou a uma apropriação pessoal (desinstitucionalização) da função jurisdicional.

De modo aguçado, Catarina Santos Botelho, em Portugal, alega ter “verificado que se critica *politicamente* aquilo que o Tribunal Constitucional tem de fazer *juridicamente*”, de modo que suas decisões quanto aos direitos sociais “nunca estarão imunes a críticas de ativismo ou de autocontenção, provenientes dos diversos partidos com assento parlamentar, e que serão mais prementes em situações conjunturais de crise financeira”<sup>203</sup>.

A questão que evidentemente se coloca diante disso é justamente a forma pela qual se pode/deve criticar (ou elogiar, porque não?) *juridicamente* aquilo que o Tribunal Constitucional tem de fazer *juridicamente* (inclusive quando o faz, pelo contrário, *politicamente*) na jurisdição dos direitos fundamentais sociais, especialmente quando sob a inerente pressão de tempos de crise econômica.

O debate (jurídico) sobre avanços e retrocessos não foge disso, de modo que não pode resumir-se a mais um embate (político) em meio a avanços e retrocessos (sociais).

Nestes termos, resta posto o problema e seu contexto.

---

Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003, p. 205).

<sup>203</sup> BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015, e-book, posição 17081.

### 3 O PROBLEMA: A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E SEUS LIMITES

A afirmação de direitos pelo legislador pode ser observada sob uma perspectiva de progressão temporal. A atividade legislativa, assim, tende a acompanhar, em incentivo ou resistência, um conjunto histórico de transformações sociais, que, tal qual o próprio curso do tempo, só flui para frente, nunca para trás. Mas raramente essas transformações sociais se desenvolvem com uma mesma direção e sentido, tampouco são necessariamente acompanhadas de um progresso das condições materiais da sociedade.

Embora não seja possível sustentar uma menor vinculação às condições históricas das declarações de direitos naturais nas constituições liberais, certo é que os desafios enfrentados na sua afirmação compunham um quadro diferente daqueles que as constituições do Estado Social de Direito tiveram de encarar na tarefa de dar concretude a afirmados direitos sociais.

O fato desses direitos, de modo geral, exigirem uma maior atuação estatal para mediar o cumprimento da tarefa constitucional, não tardou, porém, a colocar o Estado não só diante do que se impunha materialmente possível, como também, notadamente quando em meio a um quadro de escassez de recursos materiais, diante tanto do desafio de negar ações de concretização de direitos como da perspectiva de alterar a própria legislação que fez derivar dos direitos fundamentais. Seja atuando para a revogação ou a restrição de direitos ou seja pela adoção de outros esquemas legais ou de políticas públicas alternativas, em algum momento contemplou-se a possibilidade do Estado, de certa forma, *voltar atrás*.

A noção de que “o legislador não pode, após consagrar legalmente prestações sociais, eliminá-las, revoga-las, aniquilá-las ou anulá-las, sem alternativas ou compensações”<sup>204</sup> consagrou-se entre os portugueses como princípio da proibição do retrocesso social. Não obstante tal nomenclatura tenha recebido críticas e não raro variações<sup>205</sup>, é de se convir que

<sup>204</sup> CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 230.

<sup>205</sup> Cristina Queiroz afirma ser possível a substituição da denominação *princípio do retrocesso social* por outros conceitos, como *segurança jurídica* ou, nas lições de Matthias Herdegen e Otto Pfersmann, *proteção da confiança*, pois ambos, deduzidos do Estado de direito democrático e constitucional, quando violados, seriam critérios indicadores de um retrocesso social constitucionalmente ilegítimo. Não obstante, a autora o faz constar no título de seu livro como “princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais”. (QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006, p.67 e 71). Em sua referência, ademais, de modo mais amplo ou estrito, encontram-se expressões tais como: teoria da irreversibilidade (*Nichtumkehrbarkeitstheorie*), proibição de retrocesso (*Rückschrittsverbot*) proibição de retrocesso social (*Verbot des sozialen Rückschritts*), princípio de não revisibilidade (legislativa), *principe de standstill*, *effet-cliquet*, *effet-anti-retour*, *non-rétrogression*, cláusula de *status quo*, *prohibicion de regressividad* e *no retroceso* (Ver: SCHLENKER, Rolf-Ulrich. **Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz**: Aspekte verfassungsrechtlicher Einwirkung auf die Stabilität sozialer Rechtslagen. Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, v. 79. Berlin: Duncker-Humblot, 1986. Disponível em: <https://elibrary.duncker-humblot.com/publication/b/id/37972/>. Acesso em: 20 fev. 2020; Ver: PRIEUR, Michel. O princípio da proibição de retrocesso no cerne do direito humano ao meio ambiente. **Revista**

tal instituto precisa ser antes apreendido conceitualmente a fim de permitir formular eventual substituição desta fórmula sintética, a qual historicamente vem cumprindo, bem ou mal, a função de comunicar um conteúdo de relevante interesse jurídico – precisamente porque é um dos instrumentos criados pela doutrina ou pelas próprias constituições para a garantia dos direitos sociais constitucionalizados<sup>206</sup>. Nesse sentido, segundo lição de Jörg Paul Müller, um verdadeiro *guarda de flanco*<sup>207</sup> que, embora não imponha uma obrigação de avançar, impede o Estado Social de retroceder, assegurando o *status quo* constitucionalmente alcançado<sup>208</sup>.

Portanto, uma vez apresentado um desafio de ordem material com importantes implicações para a sociedade brasileira e para sua ordem jurídica, incluindo aí aspectos contextuais reputados relevantes para sua melhor localização, o instrumental jurídico atualmente conclamado para resolução de questões do tipo apresenta por si uma problemática própria, a sua adequada compreensão e aplicação – ou seja, um problema essencialmente jurídico-científico. Já preliminarmente avisados do risco de interferências pelo conturbado horizonte de discursos radicalizados e de inquietação institucional, parte-se para a investigação deste instrumento jurídico cuja apontada nomenclatura portuguesa mal esconde um apelo ideológico.

Nesse ínterim, sabendo não se tratar de um instituto genuinamente brasileiro, um primeiro passo constitui buscar suas raízes e seu sentido no rastro do seu provável desenvolvimento histórico. Assim, avança-se retrocedendo a partir do predecessor imediato da experiência nacional, Portugal<sup>209</sup>, para suas possíveis origens na França e na Alemanha. Também se faz uma investigação sobre as repercussões encontradas mais recentemente em Portugal, de onde, principalmente, se vem influenciar o atual debate no Brasil, de onde se pinçam os principais aspectos e decorrências encontrados na jurisprudência e na doutrina

---

**Direito à Sustentabilidade**, v. 1, n. 1, p. 20-33, dez. 2014. [S.l.]: UNIOESTE, 2014. Disponível em: <http://saber.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/11045>. Acesso em: 20 fev. 2020; Ver: LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p.158. Ver: SARLET, **A Eficácia dos [...]**, op. cit., p.471; Ver também: BOTELHO, op. cit., posição 17011.

<sup>206</sup> BREGA FILHO, **Proibição [...]**, op. cit., p.104.

<sup>207</sup> Vale consignar que, havendo basicamente dois flancos (esquerdo e direito) a noção de guardas de flanco está tradicionalmente ligada à estratégia militar de dividir as linhas de frente. A analogia de Müller, porém, sugere que os guardas dispostos à esquerda e à direita de uma coluna central de soldados impede estes de fazerem em sua marcha uma curva de retorno, obrigando-os a ficarem alinhados (porque pressionados) pelas laterais. Mesmo o soldado que pretender desertar em meio à marcha, ao se virar, encontrará uma coluna de soldados vindo em sua direção tornando real o risco de ser atropelado pelos demais membros. Os guardas de flanco materializam-se como os próprios limites, bordas, *boundaries*, daquele corpo militar bem como uma manifestação (evidência) da razão que os faz juntos numa composição lógica que impede ou dificulta movimentos contraditórios em seu interior, pelos seus componentes.

<sup>208</sup> MÜLLER, Jörg Paul. *Soziale Grundrechte in der Verfassung? Das Recht in Theorie und Praxis*. Basileia: Verlag Helbing & Lichtenhahn, 1981, p. 186 apud QUEIROZ, op. cit., p.68.

<sup>209</sup> SARLET, **A Eficácia dos [...]**, op. cit., p.459

nacionais. Um terceiro e último passo corresponde a análise crítica dos achados afim de definir os fundamentos, os limites e o próprio sentido desse denominado princípio de proibição de retrocesso.

Como já se pode antever, o objeto do estudo científico não se exaure aqui. Na verdade, da perspectiva estritamente jurídica, ele começa aqui. Somente após apresentar e expor a remanescente problemática do instituto jurídico em questão é que será possível propor um recurso científico adequado (a teoria dos sistemas) para viabilizar sua devida aplicação jurídica – o que, na presente comunicação científica, se realiza em atenção ao atual panorama do seguro social brasileiro. O presente tópico, assim, reveste-se da maior importância para o desenrolar do estudo.

### 3.1 EM BUSCA DAS ORIGENS

Em Portugal encontram-se não só as principais referências da doutrina e jurisprudência nacionais sobre o princípio de proibição de retrocesso social como, de modo geral, se mostra o país em que tal instituto teve uma maior repercussão e debate. Sem jamais se apresentar como seu país de origem, constitui este o ponto inicial escolhido para seu específico estudo não só pela imediata influência sobre o plano jurídico nacional como pela sua profícua produção sobre o tema.

Assim, uma vez já obtido um rico retrato do contexto social, econômico e político português de meados da década de 1980 a partir de contemporâneo estudo de Boaventura de Sousa Santos, prossegue-se aqui a partir da celeuma envolvendo o Decreto-Lei n. 254, de 29 de junho de 1982, cujo art. 17 revogava grande parte da Lei n. 56, de 15 de setembro de 1979, base regulamentar de um Serviço Nacional de Saúde previsto constitucionalmente, inviabilizando-o.

Buscando a declaração de inconstitucionalidade do aludido dispositivo, o Presidente da República ajuizou o Processo n. 06/83, cujo acórdão n. 39/84 é marco inicial da jurisprudência portuguesa sobre a proibição de retrocesso. Ultrapassados 35 anos, julgado por maioria conduzida pelo voto do relator Vital Moreira, suas razões merecem destaque à altura de sua importância.

Logo na delimitação da questão constitucional a ser apreciada, observa que, conquanto se alegue apenas ter sido infringido o artigo 167º da Constituição por vício de competência legislativa, “o texto do pedido do requerente levanta ou suscita inquestionavelmente outro problema”, de inconstitucionalidade material:

A ser verdade que a revogação dos mencionados preceitos da Lei n.º 56/79 equivale à «Destruição ou inutilização do Serviço Nacional de Saúde» e sendo este uma forma de realização do direito à protecção da saúde, constitucionalmente garantido no artigo 64.º da Constituição da República Portuguesa, então estará em causa não apenas a incompetência do Governo para revogar tais normas, mas também, eventualmente, a própria admissibilidade constitucional de tal revogação.<sup>210</sup>

Assim, após encontrar permissivo no artigo 51 da Lei do Tribunal Constitucional para apreciação de “outros eventuais vícios de inconstitucionalidade de que padeça a norma cuja apreciação lhe é requerida”, o Relator observa que do seu “acidentado processo legislativo”, o normativo impugnado, de forma clandestina e a despropósito, levou à revogação de 46 dos 65 artigos da lei do Serviço Nacional de Saúde, que, constata como efeito, “deixou de existir”.

Não se tratando do direito à saúde sob a vertente negativa (abstenção na defesa da saúde em face de lesões), mas positiva, no sentido de tornar exigível uma prestação, o artigo 64 do Título III (Direitos e deveres económicos, sociais e culturais) da Constituição Portuguesa enuncia a criação de um serviço nacional de saúde como instrumento de efetivação. Neste contexto, sobre a alegada inconstitucionalidade formal, conclui que o direito à saúde não pode ser considerado um direito fundamental de natureza análoga, referido no artigo 17.º, a reclamar a aplicação do regime jurídico específico dos “Direitos, liberdades e garantias” (Título II), notadamente a reserva de competência legislativa da Assembleia da República” consoante dispunha a alínea c) do artigo 167.º da Constituição ao tempo da edição do normativo impugnado (antes, pois, da alteração pela Revisão Constitucional de 1982).

Houvesse logrado êxito no reconhecimento de direito fundamental social à saúde como de natureza análoga, poderia ter sido aplicada a disposição que por muitos juristas é apontada como previsão expressa do princípio da proibição de retrocesso (inclusive social), no contexto constitucional português, o artigo 18.3:

Art.18.3 – As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.<sup>211</sup>

Porém, se não lhe emprestou a aplicabilidade imediata, para não lhe negar qualquer eficácia, o relator Vital Moreira amparou-se na doutrina de Canotilho:

A Constituição da República Portuguesa não se bastou com estabelecer o direito à saúde. Avançou no sentido de enunciar um conjunto de tarefas estaduais destinadas a realizá-lo. À frente delas a lei fundamental colocou a «criação de um serviço nacional de saúde» (artigo 64.º, n.º 2).

<sup>210</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 39/84**. Processo n. 6/83. Relator: Cons. Vital Moreira, 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>211</sup> PORTUGAL. **Constituição [...]**, op. cit.

A criação de um serviço nacional de saúde é, pois, instrumento - o primeiro - de realização do direito à saúde. Constitui, por isso, elemento integrante de um direito fundamental dos cidadãos e uma obrigação do Estado.

Na tipologia das normas constitucionais de natureza «positiva», «directiva» ou «dirigente» - isto é, daquelas que, em vez de interdizerem, requerem certa acção do Estado -, a norma que determina a criação de um serviço nacional de saúde assume a natureza de uma verdadeira e própria imposição constitucional, no sentido específico que a doutrina atribui a esta expressão (v., por todos, J. J. Gomes Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra, 1982, pp. 289 e segs.). Trata-se não de uma simples «norma programática» no sentido corrente da expressão, abstracta e temporalmente indeterminada, mas sim de uma obrigação constitucional do Estado, concreta e permanente.<sup>212</sup>

Avança em análise ao alcance da imposição constitucional, entendendo-o não apenas como um conjunto de prestações ou de serviços, mas uma estrutura organizatória em si e um serviço em sentido próprio, de modo que, em contraste com a generalidade de direitos sociais e à semelhança da previsão de um sistema de segurança social unificado e descentralizado a constituição “impôs a criação de um serviço próprio, de uma estrutura específica, que, assim, se torna em condição imprescindível e garantia necessária do direito à saúde”, de modo que, se não houvesse editado a Lei n. 56/79, incorreria em inconstitucionalidade por omissão<sup>213</sup>.

Prossegue afirmando que o Decreto-Lei n. 254/82, depois de ter anunciado uma revisão em um primeiro momento, e ter pedido autorização para revogar a lei em sua substituição num segundo momento, acabou por extinguir o Serviço Nacional de Saúde. Assim, não se sustentava alegação de que “não tendo a lei do Serviço Nacional de Saúde sido implementada, a sua revogação nada extinguiu”, pois não justifica a revogação da própria lei, já que “não fazer parte integrante da efectiva organização da saúde não implica que ela não fizesse já parte da efectiva ordem jurídica da saúde”. Ou seja, a disposição legal, ainda que não implementada concretamente, é por si passível de protecção. Quanto ao argumento de que, mesmo com a revogação, não deixou de haver a execução do direito constitucional de saúde, aduz que “a Constituição não permite que o direito à saúde seja realizado de qualquer modo: exige que o seja pela via constitucionalmente determinada, ou seja, pela via de um serviço nacional de saúde”, e esta já não havia mais. Ou seja, quanto ao modo, a efectivação do direito à saúde a partir de administrações distritais de saúde – modelo existente anteriormente à constituição e que era recuperado pelo Decreto-Lei n. 254/82 – configurava descumprimento à imposição constitucional. Avança, pois, a concluir sobre a inconstitucionalidade já não em

<sup>212</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 39/84 [...]**, op. cit.

<sup>213</sup> Ibid.

face de uma omissão, mas de uma inconstitucionalidade por ação quando o Estado desfaz o que já havia realizado para cumprir tarefas constitucionais concretas e determinadas<sup>214</sup>:

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa [...], então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. [...].

[...]

[...]. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.

Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação, positiva, para se transformar (ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social<sup>215</sup>.

A partir disso, Vital Moreira recolhe da doutrina razões de amparo. Primeiro, da Alemanha, cita que Jorg Paul Müller, em *Soziale Grundrechte in der Verfassung?*, de 1981, quanto à eficácia dos direitos sociais, distingue um nível legalmente concretizado, no qual aos “direitos fundamentais hão-de assegurar jurídico-constitucionalmente o *status quo* alcançado sob o ponto de vista do Estado social”; menciona que Konrad Hesse, em 1983, afirmou que “na medida em que o programa dos direitos sociais seja realizado, esses direitos, sobretudo no domínio da segurança social, podem alcançar a eficácia de uma garantia constitucional do *Besitzstandes social*”<sup>216</sup>. Disso, cita G. Ballardore Pallieri, que, em 1956, na Itália, dispôs:

Existem no nosso ordenamento meios para impedir o legislador de legislar em certas matérias que lhe estejam vedadas; mas não existem para forçá-lo a legislar nos casos em que lhe é imposto que o faça. Estas normas da Constituição [...] [todavia] [...] compelem-no pelo menos a não seguir uma via diferente. Seria anticonstitucional a lei que dispusesse de maneira contrária à que a Constituição ordena. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode retornar sobre os seus passos [autor citado, *Diritto Costituzionale*, 11.ª ed., Milão, 1956, pp. 405-406; itálico acrescentado]<sup>217</sup>.

A partir disso, Vital Moreira revela que a doutrina portuguesa não está alienada da discussão, mencionando que Canotilho, em 1983, na obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, afirma que a subjetivação de direitos por previsões legal e atos administrativos, entre outros, que concretizam direitos constitucionais (ditos direitos

<sup>214</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 39/84** [...], op. cit.

<sup>215</sup> Ibid.

<sup>216</sup> Ibid.

<sup>217</sup> Ibid.

derivados a prestações), reclama a manutenção do nível de realização e a proibição de qualquer tentativa de retrocesso social. Na sequência, transcreve a lição de Jorge Miranda:

Maiores dúvidas provocará a revogação de lei que dê exequibilidade a certa norma constitucional sem ser acompanhada da emissão de nova lei (v. g. a revogação pura e simples da lei sobre o serviço nacional de saúde). Haverá inconstitucionalidade material do acto revogatório em virtude de produzir uma omissão? Poderá supor-se que sim: o legislador tem, certamente, a faculdade de modificar qualquer regime legislativo; o que parece não ter é a faculdade de subtrair supervenientemente a qualquer norma constitucional a exequibilidade que tenha adquirido [autor citado, Manual de Direito Constitucional, vol. I, tomo II, Coimbra, 1981, p. 670; itálico acrescentado].

Verifica daí tratarem-se de verdadeiras imposições constitucionais ao prescrever concretas e definidas tarefas como meio de realização de direitos fundamentais.

Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o estado de coisas anterior. A instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los.

Voltando-se ao caso concreto, cuida de ressaltar que “o facto de não ser constitucionalmente legítimo extinguir o Serviço Nacional de Saúde não significa que não seja lícito alterar ou mesmo revogar a Lei n. 56/79 (desde que ela seja substituída por outra lei do Serviço Nacional de Saúde)”, inexistindo, assim, uma constitucionalização da lei ou de seu conteúdo; é a proteção ao Serviço Nacional de Saúde que deriva do facto de ser “uma estrutura constitucionalmente necessária para realizar um direito fundamental”, o qual, uma vez criado, pode ser modificado, mas não abolido, passando a ser “um dado adquirido no património do direito à saúde, sendo, como tal, irreversível (a não ser mediante revisão constitucional que o permitisse)”<sup>218</sup>. Em síntese:

Se uma lei, que veio dar execução a uma norma constitucional que a exigia, colmatando assim uma omissão inconstitucional, for revogada por outra, que, desse modo, repõe a anterior situação de inexecução da norma constitucional e de omissão inconstitucional, então a revogação ofende directamente a Constituição e consubstancia uma inconstitucionalidade por acção.<sup>219</sup>

Vencido no seu entendimento de repristinação da condição de inconstitucionalidade por omissão, Joaquim Costa Aroso decalara em seu voto que Jorge Miranda e Belladore Pallieri não eram peremptórios e conclusivos quanto à solução dada e que os cidadãos “tinham simplesmente uma perspectiva (tal como antes da emissão da lei) nessa conquista [de

<sup>218</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 39/84 [...]**, op. cit.

<sup>219</sup> Ibid.

múltiplas prestações materiais], um direito ainda não concretizado” não sendo por si a simples normação da parte organizativa do serviço uma garantia institucional<sup>220</sup>.

Também dissonante, José Manoel Cardoso da Costa, diz entender a Constituição

[...]. Como um quadro normativo ‘aberto’, em cujo largo espectro há-de caber a pluralidade de opções político-legislativas correspondentes à diversidade e ao pluralismo das concepções acerca do progresso social e dos seus caminhos acolhidas em cada momento na comunidade histórica concreta e um quadro normativo cuja ‘efectivação’ está necessariamente dependente da utilização de recursos (v. g., humanos e materiais) que são por natureza escassos [...].<sup>221</sup>

Assim, embora admita que normas ou princípios constitucionais positivos possam desenvolver uma eficácia negativa de tornarem ilegítima a revogação de normas destinadas a dar-lhes cumprimento, tal se daria em raras hipóteses, com especial e prudente contenção e sob condições e pressupostos muito precisos, a saber: (i) haja indicação inequívoca do princípio constitucional para o legislador quanto à direcção e sentido a seguir e quanto aos meios a utilizar, na sua efectivação; (ii) a revogação se tenha traduzido na completa aniquilação de uma situação jurídica e institucional; (iii) que tal situação “haja criado já à sua volta um ‘consenso profundo e alargado’, de tal modo que se tenha radicado ‘na consciência jurídica geral a convicção da sua obrigatoriedade constitucional’”. Voltando-se, pois, mais à “realidade constitucional”, ou seja, à “situação de facto realmente produzida pela legislação revogada”, o Conselheiro refere que, não obstante o advento da Lei n. 56/79, o Serviço Nacional de Saúde nunca existiu de fato, não implicando sua revogação a destruição ou a aniquilação de qualquer parcela de um *acquis* constitucional<sup>222</sup>.

Messias Bento, vencido, também ressaltando um “poder de conformação autónomo” do legislador face a escassez de meios e um quadro de prioridades próprio, sustenta que o litigado direito não chegou a subjetivar-se pois os cuidados de saúde nunca foram prestados naquele serviço e que, ainda que assim fosse, a lei “só não poderia, sem inconstitucionalidade, extinguir um tal serviço se este se houvesse radicado na ‘consciência jurídica dominante’, formando-se um espécie de *communis opinio* a respeito da sua essencialidade”. Em contraste a essa disponibilidade limitada do legislador, raciocina o Conselheiro:

[...] se o legislador, uma vez concedido o direito, ficasse amarrado a ele e, assim, impedido de alterar o nível da sua realização, os direitos sociais passavam a ser direitos mais fortes que os próprios direitos, liberdades e garantias: estes, com efeito - respeitado que seja o contendo essencial dos respectivos preceitos constitucionais - , sempre admitem restrições (v. artigo 18.º, n.os 2 e 3). Depois, uma tal vinculação do legislador equivaleria a atribuir-lhe, num primeiro momento, poderes

<sup>220</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 39/84** [...], op. cit.

<sup>221</sup> Ibid.

<sup>222</sup> Ibid.

autenticamente constituintes, para, de seguida, o descaracterizar, remetendo-o para tarefas de mera execução, porque destituídas das características verdadeiramente distintivas da função legislativa: a liberdade constitutiva e auto-revisibilidade (v., sobre tudo isto, J. C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição de 1976*, Coimbra, 1983, pp. 302 e segs.).<sup>223</sup>

Os votos declarados à parte tornam muito clara que, sobre a questão da inconstitucionalidade material, distinguem-se os conselheiros adeptos de um enfoque formal/legal e os afetos a uma perspectiva substantivo/material. Nessa linha, é curioso observar que, em um dos trechos finais da multireferida publicação de Boaventura, este, a certo modo, endossa a posição dos conselheiros vencidos no sentido de não ter havido ainda uma plena *interiorização* dos direitos sociais pelos portugueses à época:

[...]. Foi um incremento dramático que fez de Portugal um dos países da Europa mais avançados em termos de direitos sociais. Mas foi também um incremento desvinculado de qualquer pacto social e sem qualquer sustentação em processos de luta e de negociação longos e de longa maturação social e cultural. Em consequência disto, os direitos sociais, não só não foram interiorizados pela administração pública, como temos vindo a defender, como não foram sequer plenamente interiorizados pelos seus titulares ou por largos estratos destes. Daí, que se tenha insinuado nestes um certo sentimento de não merecimento, de algo que foi concedido gratuitamente e a título precário e de que, portanto, pode ser pelo menos parcialmente retirado. [...]. Nestas condições, a desvalorização dos direitos sociais ocorrerá, dentro de certos limites, com a tolerância passiva das vítimas dela e não afectará, por isso, a legitimidade do Estado. E será tanto mais assim quanto o Estado tiver aprendido a expandir-se simbolicamente junto das classes populares através das imagens do populismo estatal televisivo.<sup>224</sup>

Vale aqui consignar que, Vital Moreira, antes de Conselheiro do Tribunal Constitucional entre os anos de 1983 e 1989, foi eleito deputado da Assembleia Constituinte (1975-1976) e da Assembleia da República (1976-1982) pelo Partido Comunista Português, sendo que, à época do referido julgado, já havia publicado com Canotilho – como inclusive destacado no voto – a *Constituição da República Portuguesa Anotada*, de 1978. Nesse meio tempo, Canotilho publicou a também mencionada tese doutoral, onde, largamente amparado em bibliografia alemã e nas lições das obras de Vital Moreira, observava que a concretização dos direitos económicos, sociais e culturais no plano metodológico constitucional deve dar atenção a três dimensões: (i) dimensão igualitária, pois ao efetivar direitos, radicando-os subjetivamente, o legislador não poderia omitir ou excluir cidadãos ou grupos de cidadão de modo arbitrário; (ii) dimensão programática, pois sua formulação pode ser dar através da definição de fins do Estado, da definição de tarefas do Estado ou mesmo através de

<sup>223</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 39/84* [...], op. cit.

<sup>224</sup> SANTOS, B., op. cit., p.70.

imposições constitucionais <sup>225</sup> concretas ao fornecimento de prestações; (iii) dimensão subjectiva, onde há, ou sua consagração como direito fundamental do cidadão (e não apenas como direito objetivo expresso por norma programática ou imposição constitucional), ou sua “radicação subjectiva” através da criação legal de prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos constitucionalmente reconhecidos – de onde extrai os “direitos derivados a prestações” que possibilitariam sua judicialização, inclusive para a “manutenção do nível de realização e de se proibir qualquer tentativa de retrocesso social”<sup>226</sup>.

Dessas considerações e outras relativas a formas de não-cumprimento inconstitucional pelo legislador, formula o seguinte quadro:

	Vinculação constitucional heteronomamente determinante dos direitos fundamentais			
	Direito constitucionalmente garantido	Imposição legiferante	Norma programática	Nível de realização
Acção judicial contra retrocesso ou desigualdade	X		X	X
Inconstitucionalidade por omissão	X	X		
Não cumprimento ou situação legislativa ainda constitucional mas a tender para a a inconstitucionalidade	X		X	

Tabela 1 – Vinculação constitucional heteronomamente determinante dos direitos fundamentais (CANOTILHO, 2001, p.375)

Em decorrência, conclui que: (i) uma imposição constitucional expressa pode implicar o legislador em inconstitucionalidade por omissão; (ii) se um direito constitucional a prestação não configurar imposição constitucional expressa, o não cumprimento de um imposição legiferante concreta derivada desse direito pode implicar (reflexamente) o legislador em inconstitucionalidade por omissão; (iii) no caso de imposições constitucionais gerais, a omissão do legislador pode implicá-lo em não cumprimento inconstitucional ou em situação *ainda constitucional*; (iv) “a pretensão subjectiva judicialmente (não confundir com direito subjectivo) accionável pressupõe, em geral, a concretização concreta, legalmente efectuada, do direito fundamental”<sup>227</sup>.

É de se observar que a discussão era de elevadíssima importância para que a constituição adotada havia poucos anos, num contexto relativamente conturbado de redemocratização, afirmasse sua força normativa. Tanto assim, que, o fértil debate sobre a

<sup>225</sup> Vale a distinção do autor: “[...] as imposições constitucionais são imposições permanentes mas concretas, ao passo que as normas programáticas (as determinações de tarefas do Estado ou os princípios definidores dos fins do Estado) são imposições permanentes mas abstractas. [...]” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001, p. 315).

<sup>226</sup> Ibid., p. 374.

<sup>227</sup> Ibid., p. 376.

constituição dirigente, sua eficácia e as normas programáticas encontraram, a certo modo, semelhante debate em terras tupiniquins às voltas da redemocratização e do processo constituinte de 1988, causando proporcional estranhamento quando, na virada do século, o próprio Canotilho, na segunda edição de sua tese doutoral, foi provocado a esclarecer a insinuação de que teria declarado a *morte* da constituição dirigente. Apesar da distância temporal, este é aqui estabelecido, em retrospecto, como marco do atual contexto de discussão acerca do princípio de proibição de retrocesso, a ser objeto de tópico específico, bastando concluir que as raízes portuguesas do debate que deriva no Brasil não são autóctones.

Nessa linha de desenvolvimento, observa-se que o Conselheiro Luís Nunes de Almeida sustenta no Acórdão 509/2002 que o Conselho Constitucional da França teria inaugurado a jurisprudência da proibição de retrocesso – lá conhecido por *effet cliquet*. Tal reconhecimento teria se dado primeiro, no contexto das liberdades fundamentais em 20/01/1984 (DC 83-165) e só mais tarde, em 16/01/1991 (DC 90/287), reconhecendo sua operação sobre direitos econômicos e sociais<sup>228</sup>.

Em breve pesquisa aos julgados gálicos, observa-se que naquele primeiro (DC 83-165) se apontou inconstitucional dispositivos da nova Lei de Ensino Superior que alterava a representação de professores e professores-pesquisadores nas votações dos conselhos da comunidade universitária bem como revogava a regulamentação de orientação da lei n. 68-978, de 12/11/1968, sem estabelecer um novo que preservasse as garantias reconhecidas aos professores no anterior<sup>229</sup>. Se nesse primeiro não há qualquer alusão a *effet cliquet*<sup>230</sup> ou expressão do tipo, no segundo julgado (DC 90/287) faz-se, por provocação da parte autora, uso da denominação *principe de non rétroactivité* – expressão que se encontra em julgado

---

<sup>228</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 509/02**. Processo n. 768/02. Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida, 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>229</sup> FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 83-165 DC du 20 janvier 1984**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83165DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>230</sup> A palavra *cliquet* pode ser traduzida como garra, catraca, gatilho, lingueta, todos aludindo a um efeito mecânico de trava, de freio, de bloqueio – não por acaso, pois, um dispositivo mecânico de segurança usado no alpinismo (MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **O trabalho decente como pressuposto essencial do Sistema de Seguridade Social**. O efeito *cliquet* e a construção do mínimo existencial ‘beveridgiano’. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2017, p.125). Prieur afirma que a expressão *effect cliquet* originou-se na doutrina e que, com exceção da Decisão n. 2002-461 (FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 202-461 du 29 août 2002**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2002461DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020), mas jamais foi empregada pela Corte Constitucional, reputando-a infeliz por retratar mais um mecanismo técnico do que de um princípio jurídico (PRIEUR, **O princípio [...]**, op. cit.).

anteriores, como a DC 80-120, de 17 de julho de 1980<sup>231</sup> (sobre vagas a representantes de estudantes nos conselhos universitários e outras instituições), mas sem desenvolvimento.

Segundo a DC 90/287, teriam sido introduzidas emendas no Projeto de Lei sobre Disposições de Saúde Pública e Seguro Social mesmo sendo desprovidas de qualquer ligação com as disposições daquela lei (um *jabuti*, no jargão político). Uma delas, em face do qual o princípio é deduzido, sustenta que, desconsiderando anterior decisão judicial anulatória de dispositivo legal que ampliava o âmbito de incidência de tributo sobre empresas farmacêuticas, desconsiderava a coisa julgada e seria retroativa. Em resposta, entendeu-se, por um lado, que o alargamento da hipótese de incidência se dava em momento futuro e sem afetar a coisa julgada. De outro, que o valor constitucional do princípio da não retroatividade tinha valor constitucional apenas em matéria repressiva, a cabo do artigo 8º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789<sup>232</sup>, o que não era o caso dos autos. Ademais, em tópico distinto, afasta-se a violação do princípio da igualdade, pois, conquanto se alegasse intolerável diferença no tratamento tributário a depender apenas da data em que cada empresa encerrava seu balanço, a distinção entre a data da incidência e a de declaração eliminavam a alegada desigualdade, submetendo todos à mesma transição de regime<sup>233</sup>.

No único julgado do Conselho Constitucional da França que se encontrou versando expressamente sobre matéria social, na época, notadamente facilitando a utilização de contratos de trabalho temporários e de tempo parcial e a acordos sobre a jornada de trabalho bem como sobre licença maternidade, o DC 86-207, de 26 de junho de 1986, terminou por reconhecer a conformidade da lei impugnada com a Constituição, afastando-se a alegação do

<sup>231</sup> FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 80-120 du 17 juillet 1980**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80120DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>232</sup> Neste aspecto, insta consignar que a DC n. 79-109, de 09 de janeiro de 1980 (Id. **Décision n. 79-109 L du 13 septembre 1979**). Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1979/79109L.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020) sobre a Lei de prevenção da imigração ilegal e que altera a Portaria n. 45-2658 de 2 de Novembro de 1945 relativa às condições de entrada e permanência em França de estrangeiros e que cria o Serviço Nacional de Imigração, já havia julgado improcedente a queixa quanto à retroatividade por não configurar ofensa ao mesmo artigo 8º: “Art. 8º. A lei apenas deve estabelecer penas estrita e evidentemente necessárias e ninguém pode ser punido senão por força de uma lei estabelecida e promulgada antes do delito e legalmente aplicada.” (DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. França, 26 de agosto de 1789. In: **Biblioteca virtual de direitos humanos**. São Paulo: USP, [s.d.]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 20 fev. 2020). Entre outros que se seguiram, destaque-se a DC 82-155, de 30 de dezembro de 1982, onde se afirmou que o princípio da não retroatividade não se refere apenas às sanções penais, se estendendo necessariamente a qualquer sanção com caráter de punição, ainda que não pronunciado por uma autoridade não judicial.( FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 82-155 DC du 30 décembre 1982**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82155DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020), mesmo argumento da DC 92-311, de 29 de julho de 1992, onde se afastou a oposição do princípio da não retroatividade à majoração de contribuição social a cargo do empregador em lei relativa a rendimento mínimo para a integração e à luta contra a pobreza e a exclusão social e profissional (Id. **Décision n. 92-311 DC du 29 juillet 1992**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92311DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020)

<sup>233</sup> Id. **Décision n. 90-287 DC du 16 janvier 1991**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1991/90287DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020).

princípio de não retroatividade de forma a permitir efeitos retroativos de isenções de encargos sociais a empregadores<sup>234</sup>.

Face ao exposto, se recebe com reserva a lição do Conselheiro Luís Nunes de Almeida e demais doutrinadores que advogam um pioneirismo jurisprudencial francês. Além disso, da doutrina portuguesa se obtém ampla referência a doutrina e jurisprudência alemãs<sup>235</sup>.

Entre nós, da fonte alemã bebeu diretamente Ingo Wolfgang Sarlet que, buscando evidenciar a necessidade de zelar por uma proteção dos vigentes níveis de segurança social e reconhecendo que cada Estado tende a desenvolver soluções diversas, com naturezas, efeitos e intensidades muito particulares em uma crise mundial do Estado Social de Direito, observa:

[...] a Lei Fundamental da Alemanha (no que não se encontra isolada no âmbito europeu) não contém nenhum preceito que, direta e expressamente ofereça qualquer tipo de proteção ao nível constitucional do sistema de segurança social e dos níveis prestacionais vigentes, advogando-se, além disso, o entendimento de que tal garantia não pode ser direta e exclusivamente deduzida do princípio geral (fundamental) do Estado social de Direito (arts. 20, inc.I e 28, inc. I, da LF) ou mesmo das diversas normas de competência. Mesmo assim, no âmbito de uma proibição relativa de retrocesso, a doutrina e a jurisprudência alemãs, confrontadas com o problema, lograram desenvolver, a partir do direito constitucional positivo, algumas alternativas destinadas a ensejar um certo grau de proteção às prestações sociais e ao sistema global de seguridade social. [...].<sup>236</sup>

Amparando-se na lição de Otto Depenheuer<sup>237</sup>, Sarlet<sup>238</sup> aponta o privatista alemão Martin Wolff (1872-1953) – professor da Universidade de Berlim afastado de suas funções

<sup>234</sup> FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 86-207 DC du 26 juin 1986**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86207DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>235</sup> Sem se referir propriamente a fontes, Cristina Queiroz lembra de decisão proferida pelo Tribunal Constitucional da Itália na Sentença n. 349/85 (QUEIROZ, op. cit., p.68-69). Da sua ementa, extrai-se: “Título: SENT. 349/85 C. LEIS E ATOS EQUIPARADOS - DISCIPLINA DE RELAÇÃO DURADOURA - MUDANÇA ADVERSA COM EFEITOS NOS DIREITOS PERFEITOS DO SUJEITO - LIMITE DA RAZOABILIDADE, DA NÃO ARBITRARIDADE E DA IRRETROATIVIDADE EM MATÉRIA PENAL - PROTEÇÃO DA CONFIANÇA DO CIDADÃO NA SEGURANÇA JURÍDICA. Texto: Em nosso sistema constitucional, o legislador não está proibido de emitir disposições que afetem adversamente a regulamentação das relações duradouras, mesmo que seu objeto seja constituído por direitos subjetivos perfeitos, exceto, no caso de disposições retroativas, o limite constitucional das questões penais (art. 25, parágrafo segundo, Const.). Essas disposições, no entanto, como qualquer preceito legislativo, não podem se transformar em um regulamento irracional e arbitrariamente incidir sobre as situações substantivas implementadas por leis anteriores, frustrando também a confiança do cidadão na segurança jurídica que constitui um elemento fundamental e indispensável ao Estado de direito. - S. nn. 210/1971; 36/1985.” (ITALIA. Corte Costituzionale. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. **Sentenza n. 349/1985**. Massima numero 11267, 17/12/1985. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>. Acesso em: 20 fev. 2020). Sobre o tema na doutrina italiana, vide: DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.161-166.

<sup>236</sup> SARLET, **O Estado Social [...]**, op. cit., p.113.

<sup>237</sup> DEPENHEUER, Otto. Wie Sicher Ist Verfassungsrechtlich Die Rente? — Vom Liberalen Zum Solidarischen Eigentumsbegriff —. **Archiv Des öffentlichen Rechts**, v. 120, n. 3, p. 417-46. [S.l.]: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1995, p. 421. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/44316125>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>238</sup> SARLET, **O Estado Social [...]**, op. cit., p.114-116. Também em A Eficácia dos Direitos Fundamentais, Sarlet destaca o papel de Peter Badura em demonstrar os desenvolvimentos havidos a partir do conceito funcionalista de propriedade desenvolvido por Martin Wolff (SARLET, **A Eficácia dos [...]**, op. cit., p.460).

em 1934 pelo regime nazista e emigrante inglês desde então – como ponto inicial da doutrina que estende o conceito de propriedade do artigo 153 da Constituição de Weimar para além do direito de dispor das coisas, abrangendo todos os direitos subjetivos privados de natureza patrimonial. Destaca Depenheuer que, apesar das contestações, foi crescente a alteração lógica de um conceito causal de propriedade para um conceito final de propriedade, conduzindo a afirmação de um conceito funcionalista de propriedade<sup>239</sup>.

Neste cenário, inevitável constatar que a distante lição de Martin Wolff estava, ao menos historicamente, muito próxima da concepção de função social da propriedade do publicista francês León Duguit (1859-1928), com certa vantagem daquele se vincular a disposição constitucional expressa no sentido (privatístico) de defesa do direito de propriedade – e não em doutrina (publicística) tendente a uma relativização sua.

Feita esta observação, ainda na lição de Depenheuer<sup>240</sup>, só em 1975 (BVerfGE 40, 65, de 09 de junho de 1975<sup>241</sup>) – ou seja, já com o direito de propriedade regrado pelo artigo 14 da Lei Fundamental (LF) de 1949<sup>242</sup> – o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha teria abordado a questão, mas de modo ainda superficial, sendo adequadamente enfrentado apenas em 1980 (BVerfGE 53, 257, de 29 de novembro de 1979<sup>243</sup>).

Sarlet prossegue afirmando que em duas decisões (as quais, para além das duas já mencionadas, supõe-se tratar da BVerfGE 58, 81<sup>244</sup>, de e a BVerfGE 69, 272<sup>245</sup>, de 16 de abril de 1985<sup>246</sup>) a corte constitucional alemã enunciou critérios essenciais para a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública por meio da garantia da propriedade:

<sup>239</sup> DEPENHEUER, op. cit., p. 421-423.

<sup>240</sup> Ibid., p. 421-422.

<sup>241</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 40, 65**. Krankenversicherung. 9 juni 1975. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040065.html>. Acesso em: 20 fev. 2020. No mesmo sentido, Novais (NOVAIS, **Direitos sociais**[...], op. cit., p. 80).

<sup>242</sup> Cujo conteúdo é: “Artigo 14 [Propriedade – Direito de sucessão – Expropriação] (1) A propriedade e o direito de sucessão são garantidos. Seus conteúdos e limites são definidos por lei. (2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum. (3) Uma expropriação só é lícita quando efetuada para o bem comum. Pode ser efetuada unicamente por lei ou em virtude de lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização deve ser fixada tendo em justa conta os interesses da comunidade e dos afetados. Quanto ao montante da indenização, em caso de litígio, admite-se o recurso judicial perante os tribunais ordinários.” (ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Assis Mendonça (trad.). Urbano Carvelli (rev. jur.). Bonn: Deutscher Bundestag, 2011, p.25. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>243</sup> Id. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 53, 257**. Versorgungsausgleich I. 28 februar 1980. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv053257.html>. Acesso em: 20 fev. 2020

<sup>244</sup> Id. **BVerfGE 58, 81**. Ausbildungsausfallzeiten. 28 februar 1980. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058081.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>245</sup> Id. **BVerfGE 69, 272**. Krankenversicherung der Rentner. 16 juli 1985. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv069272.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>246</sup> Para além do BVerfGE 53, 257, do BVerfGE 58, 81 e do BVerfGE 69, 272, Sarlet faz breves menções apenas aos BVerfGE 32, 129 (caráter existencial da prestação), ao BVerfGE 72, 9 (carência para seguro-desemprego), ao BVerfGE 64, 87 (ponderação sobre do dano causado por lei restritiva à confiança individual).

[...] quais sejam: a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular; b) deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular; c) ela deve servir à garantia da existência de seu titular. [...].<sup>247</sup>

Avançando sobre tais critérios, Sarlet deixa claro que nenhum deles se encontra imune a críticas da doutrina ou de votos divergentes, sobrevivendo alterações ao longo do seu desenvolvimento histórico.

Nesse ponto, importa observar quanto ao necessário caráter contraprestacional, o entendimento de que bastaria uma contribuição *não irrelevante* em favor do titular do direito, ainda que proveniente de terceiros (e.g. contribuição patronal), de forma que, atrelado à garantia de propriedade mas não restrito ao valor das contribuições pessoais, este montante torna-se decisivo para a definição de alcance e intensidade da proteção constitucional no âmbito da seguridade social. Na linha das lições da doutrina germânica, Sarlet destaca que em sua base está o “reconhecimento do esforço pessoal, isto é, do que foi alcançado pelo trabalho e formação profissional de cada indivíduo, correspondendo, além disso, à concepção de que é o próprio indivíduo que deve, em princípio, zelar pelo seu sustento”<sup>248</sup>.

Sobre o segundo critério, ensina o desembargador gaúcho pressupor uma posição jurídico-subjetiva pessoal, própria e exclusiva, consolidada, que não podendo, à similitude do direito de propriedade, ser simplesmente suprimida – ao menos não sem correspondente indenização (uma *compensação*), que, assim à disposição do legislador, torna-se ponto de especial crítica em face do terceiro critério, o caráter existencial da posição jurídico-subjetiva de natureza patrimonial<sup>249</sup>. Se é existencial, como pode ser substituído ou compensado?

Com este terceiro critério – suscitado no voto vencido da juíza Rupp-von Brünneck no BVerfGE 32, 129, mas condutor no BVerfGE 69, 272<sup>250</sup> – Sarlet informa que há quem aponte que ter-se-ia relativizado também o caráter contraprestacional do primeiro critério. Contudo, conforme se extrai do aludido julgado e das observações de Sarlet, ainda que a maior dependência da segurança existencial econômica dos indivíduos, correspondentes às condições necessárias para uma vida autônoma e responsável, seja cada vez mais ligadas à renda do trabalho e às prestações do sistema de seguridade social do que à propriedade de bens materiais (mobiliário ou imobiliário), a proteção constitucional deferida se radica somente em prestações reconhecidas obrigatórias – e não em prestações discricionárias. Dá a

<sup>247</sup> SARLET, **O Estado Social** [...], op. cit., p. 116.

<sup>248</sup> Ibid., p. 117.

<sup>249</sup> Ibid., p. 117-120.

<sup>250</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 69, 272** [...], op. cit.

exemplo: aposentadorias, pensões, expectativas de direitos inclusive quando sujeitas ao implemento de outras condições como carência, seguro-desemprego, seguro-acidente, etc.; de outro lado são excluídas prestações reabilitatórias, auxílio-creche, assistência social, o auxílio moradia, incentivos para a formação profissional e a indenização social<sup>251</sup>.

Em resumo, o professor gaúcho constata que a aplicação do instituto só é possível à luz do caso concreto, ponderando-se, à luz dos princípios de proibição de excesso (*Übermassverbot*) e da proteção da confiança, a intensidade da medida de restrição diante do titular do direito – aspecto em que considerado seu caráter existencial e o montante patrimonial de sua participação – e os valores utilizados para legitimar a ação do legislador na esfera de sua liberdade de conformação<sup>252</sup>.

Sarlet reconhece a existência de outras vias constitucionais para buscar proteção a posições jurídico-subjetivas prestacionais de direito público alemão, apontando quatro delas: a) o princípio de isonomia (art. 3º, I, da LF), cuja eficácia é limitada no afastamento de arbitrariedades; b) o princípio do Estado Social (art.20, I, da LF), sem significação autônoma mas ainda assim importante critério hermenêutico de ponderação; c) o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana (art.1º, I, da LF), que permite fundamentar a obrigação do poder público a garantir condições materiais mínimas para uma existência digna, concepção que, embora não se restrinja a um sentido de mínimo econômico, não possui ainda consenso sobre sua extensão<sup>253</sup>.

Não obstante considerar que esta garantia do mínimo existencial poderia por si só “servir de limite para uma legislação restritiva e, principalmente, demolitória do sistema de prestações sociais vigente”, impedindo a agressão ao seu *núcleo essencial*<sup>254</sup>, resta evidente do estudo do magistrado a atenção dada à quarta alternativa, que, como se viu, é onipresente nos mencionados acórdãos alemães: o princípio da proteção da confiança.

Segundo Sarlet, trata-se de princípio fundamental deduzido diretamente do princípio do Estado de Direito que, enquanto concretização do princípio da segurança jurídica, serve de fundamento para a limitação de leis que atingem tanto “situações fáticas já consolidadas (retroatividade própria)” quanto situações fáticas atuais com “posições jurídicas geradas no passado (retroatividade imprópria)”, uma vez que “a ideia de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual”<sup>255</sup>. Não obstante reconheça que a

<sup>251</sup> SARLET, *O Estado Social* [...], op. cit., p. 118-119.

<sup>252</sup> Ibid., p. 121-122 e 127.

<sup>253</sup> Ibid., p. 124-126.

<sup>254</sup> Ibid., p. 125.

<sup>255</sup> Ibid., p. 124-125.

doutrina alemã majoritária lhe atribui posição subsidiária, ativada apenas quando inaplicável a proteção da garantia de propriedade, entende a proteção da confiança “assume relevância especialmente” quando o legislador acaba “atingindo direito adquirido” sendo que, “ainda que os titulares não tenham direito a uma determinada posição legislativa <sup>256</sup>(‘Gesetzeslage’)”, deve ser o princípio considerado para proteger a “confiança individual” do particular por meio de “regras razoáveis de transição”<sup>257</sup>. Tanto seria assim que:

Paralelamente ao princípio da proteção da confiança também tem sido sustentada a obrigação de continuidade do legislador na esfera social, inerente ao princípio do Estado de Direito, conjugada com a função substitutiva de remuneração (‘Lohnersatzfunktion’) das aposentadorias. Neste sentido, advoga-se o ponto de vista de que as prestações na seara da previdência social devem respeitar o parâmetro representado pelo nível de rendimentos dos segurados em atividade profissional, o que decorre da obrigação de continuidade do legislador, que deverá zelar por uma certa continuidade sistêmica (‘Systemkontinuität’) em favor do contribuinte, garantia que não se limita ao patamar representado pelas condições materiais mínimas para uma existência condigna.<sup>258</sup>

Voltando-se para o plano nacional, Sarlet lembra que nem mesmo as cláusulas pétreas (CR/88, art.60, §4º) são imunes a restrições, sendo vedada a abolição ou emenda assim tendente, preservados, contudo, os direitos fundamentais em seu núcleo essencial – a “pena de uma indesejável galvanização<sup>259</sup> de uma intolerável ruptura da ordem constitucional em face do insuperável abismo entre a constituição formal e a realidade constitucional”<sup>260</sup>. Também afirma ser entre nós desnecessária a utilização do direito e garantia de propriedade uma vez que a Constituição de 1988 não só reconhece um amplo rol de direitos fundamentais sociais (ainda que com críticas à sua fundamentalidade) bem como “a existência de dispositivo expresso na nossa Constituição consagrando, em última análise, o princípio da proteção da confiança”, especificamente o art.5º, XXXVI. Aspecto sobre o qual esclarece que, nas ordens

<sup>256</sup> No Brasil já se reconheceu no âmbito do STF a inexistência de direito adquirido a regime jurídico.

<sup>257</sup> SARLET, **O Estado Social** [...], op. cit., p.121-125, passim.

<sup>258</sup> Ibid., p.122-123. Em nota da mesma página, prossegue com atenção à lição de Papier: “não se assegura a aposentadoria calculada com base no parâmetro da remuneração bruta, assim como não se garante o nível prestacional vigente, já que, no caso de uma queda de arrecadação, também uma diminuição do valor das prestações sociais se afigura possível” (Ibid., p.123). Ou seja, o nível é um parâmetro, o qual, ainda que formulado matematicamente, não equivale necessariamente ao resultado da arrecadação nem a um valor nominal irredutível. Irredutibilidade esta que, no plano constitucional brasileiro, é garantida nos moldes do art.7º, VI, e pelo art.37, XV – semelhante situação foi reconhecida como constitucional pela alta corte portuguesa no Processo n. 72/11, acórdão n. 396/11 (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 396/11**. Processo n. 72/11. Relator: Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro, 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.)

<sup>259</sup> Conforme relacionado acima, da mesma opinião em relação à Constituição portuguesa ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Reimp. Coimbra: Almediana, 1998, p. 309, nota 123.

<sup>260</sup> SARLET, **O Estado Social** [...], op. cit., p. 127.

constitucionais em que os direitos adquiridos não recebem expressa proteção constitucional, como a Alemanha, o princípio da proteção da confiança exerce função semelhante.

Por fim, Sarlet arremata que essa “virtual equiparabilidade das posições subjetivas de direito público com a condição de proprietário”<sup>261</sup>, não só revela “a multifuncionalidade<sup>262</sup> característica dos direitos fundamentais em geral, assim como as transformações pelas quais têm passado”, como também “coloca em destaque a importância de uma hermenêutica constitucional criativa num mundo em constante transformação”, de modo que:

[...] a proteção do conteúdo das posições jurídicas na esfera social não poderá apenas ser desenvolvida a partir da ordem jurídica, mas deverá também levar em conta as circunstâncias sócio-econômicas vigentes, dependendo, de modo especial, da receptividade política relativamente a determinadas medidas por parte do poder público e da concepção vigente de justiça social.<sup>263</sup>

Em consequência, pois, a proteção do conteúdo das posições jurídicas na esfera social a partir da recepção e adequação do princípio de proibição de retrocesso originário da Alemanha deve levar em conta não só as especificidades da ordem jurídica local, como também o contexto político, socioeconômico e axiológico.

Não dando, porém, por satisfeita a busca pelas origens (e pelo conseqüente original sentido) de um princípio de proibição de retrocesso social, observa-se que parte da doutrina aponta para instrumentos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos como sua base. Nessa linha, é curioso observar que Vieira de Andrade, ao introduzir a temática em seu *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, de 1983* e fruto de suas aulas entre 1977 e 1978, além de referenciar as obras de Canotilho e Jorge Miranda, indica, Miguel Galvão Teles, *Eficácia dos tratados na ordem interna portuguesa, de 1967* – evidentemente uma obra de direito internacional<sup>264</sup>.

Precisamente, ao introduzir a questão, Eduardo Cambi<sup>265</sup> destaca que os Pactos Internacionais de Direitos Humanos de 1966 previram expressamente a cláusula de proibição de retrocesso. Tendo seus artigos 5º, §§1º e 2º, redação praticamente idêntica<sup>266</sup>, extrai-se do art. 5º do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC):

<sup>261</sup> SARLET, *O Estado Social [...]*, op. cit., p. 116.

<sup>262</sup> Essa multifuncionalidade, aliás, se revela mais uma evidência da indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais, pois, colocados na dinâmica histórica, exercem uma complementariedade sistêmica.

<sup>263</sup> *Ibid.*, p. 130.

<sup>264</sup> ANDRADE, op. cit., p. 307.

<sup>265</sup> CAMBI, op. cit., p. 227-228.

<sup>266</sup> Sobre a redação no Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos veja: BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

## ARTIGO 5º

1. Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.

2. Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau.<sup>267</sup>

Referido dispositivo se dedica a afastar tanto a possibilidade de que a adoção daquele Pacto leve a alguma interpretação que conclua pelo direito de Estado, grupo ou indivíduo restringir ou destruir direitos ali reconhecidos (e.g. em nome de um direito humano aniquilar outros direitos humanos ou em nome dos direitos humanos de um ou uns, restringir os direitos humanos dos demais), quanto a possibilidade de a adoção daquele Pacto, por reconhecer direitos em menor extensão ou grau do que já reconhecidos em determinado país, leve a interpretar pela consequente restrição ou suspensão daquilo que o excede. Cuidam-se, pois, dos efeitos do próprio Pacto, fato realçado pela inextirpável condicionante ao final do §2º.

Não há dúvidas de que a pretensão é de evitar que a fixação daquele marco normativo levasse a interpretações contrárias a um processo histórico de crescente afirmação e expansão dos direitos humanos<sup>268</sup>, mas essa pretensão, implícita no aludido dispositivo, não se converte em norma de observação geral senão para os estritos fins de interpretação e aplicação decorrente da adoção do presente Pacto.

Na mesma trilha dos instrumentos internacionais, Vladimir Brega Filho faz referência ao art. 29<sup>269</sup> da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. Contudo, tal dispositivo trata de normas de interpretação

<sup>267</sup> BRASIL. Decreto n. 592, [...], op. cit.

<sup>268</sup> Aliás, sobre a afirmação histórica dos direitos humanos, segundo Comparato afirma que “a exigência de condições sociais aptas a propiciar a realização de todas as virtualidades do ser humano é [...] intensificada no tempo, e traduz-se, necessariamente, pela formulação de novos direitos humanos. É esse movimento histórico de ampliação e aprofundamento que justifica o princípio da irreversibilidade dos direitos já declarados oficialmente, isto é, do conjunto de direitos fundamentais em vigor.” (COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.80-82).

<sup>269</sup> Eis a redação do dispositivo: “Artigo 29. Normas de interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a. permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b. limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c. excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d. excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre direitos humanos**, de 22 de novembro de 1969. San Jose: OEA, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20 fev. 2020).

das disposições da própria Convenção, incidindo nessas mesmas considerações acima. O mesmo também se dá com o artigo 19.8 da Declaração da Filadélfia<sup>270</sup>, apontado por Reis<sup>271</sup>.

É por isso que, assim como a Abramovich e Courtis<sup>272</sup>, se nos apresenta mais rica e significativa a disposição normativa do §1º do art.2º do PIDESC:

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.<sup>273</sup>

Aqui os Estados membros se comprometem. Ficam compromissados a adotar medidas que visem assegurar o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos. Um compromisso que não se restringe aos limites de um esforço próprio do Estado membro – já que este também se compromete a adotar medidas inclusive por via de assistência e cooperação internacionais – e que se estende até o máximo de seus recursos disponíveis. Principalmente, mas não exclusivamente, tais medidas se devem dar nos planos econômico e técnico, por todos os meios apropriados, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas. Por fim, mas não menos importante, as aludidas medidas devem assegurar “progressivamente” – e, por contraste, não regressivamente<sup>274</sup> – o pleno exercício dos direitos ali reconhecidos.

Trata-se de um dispositivo muito forte, mas que não deixa de exigir também algumas considerações. Primeiro, os Estados membros ficam comprometidos a adotar medidas – não a

<sup>270</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Declaração da Filadélfia** (Constituição), 10 de maio de 1944. Filadélfia: OIR, 1944. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasilia/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>271</sup> REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010, p.129.

<sup>272</sup> ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2002, p. 93-94. Extraíndo a progressividade desse dispositivo, também a Ministra Cármen Lúcia na ADC 42/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADC n. 42/DF**. Processo n. 0052507-87.2016.1.00.0000. Relator: Min. Luiz Fux, 13 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020), onde também lembra o teor do artigo 1º do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de São Salvador), *in verbis*: “Obrigação de Adotar Medidas. Os Estados-Partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.” (Id., **Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm). Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>273</sup> BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>274</sup> ABRAMOVICH; COURTIS, op. cit., 93-94. Também: PRIEUR, **O princípio [...]**, op. cit.

alcançar resultados. A particularidade dessas medidas é que devem visar, ou seja, ter em vista, um especial efeito – o qual, todavia, pode não se verificar concretamente. Ainda, o efeito desejado seria o de assegurar o pleno exercício de direitos ali reconhecidos, ou seja, garantir a possibilidade de que os direitos ali reconhecidos possam vir a ser plenamente exercidos.

O texto acima é a tradução que oficialmente acompanha o Decreto n. 591, de 06 de julho de 1992<sup>275</sup>. Considerando que o português não é uma das línguas oficiais das Organizações Unidas, verifica-se que, em Portugal, onde foi ratificado para aprovação pela Lei n. 45/78<sup>276</sup>, o ato se fez acompanhar pelo texto em francês e por tradução ao português com tímidas diferenças e sem aparente impacto quanto ao conteúdo, notadamente, mantendo a conversão da expressão “*en vue d’assurer progressivement le plein exercice des droits*” para “de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos”.

Em inglês, observa-se, quanto ao trecho, a seguinte redação: “*with a view to achieving progressively the full realization of the rights*”<sup>277</sup>. Já na versão em espanhol: “*para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos*”. Nesses, os termos *achieving* e *full realization*, enquanto alcançar e plena realização, bem como *lograr* e *plena efectividad*, parecem marcar alguma distinção com os termos *assegurar* e *pleno exercício* – evidentemente correspondentes à versão em francês. Neste contexto, ainda que adstritos às traduções oficiais, nada impede de compreender, já numa atividade jurídico-hermenêutica, *assegurar* como algo que está seguro, e que, portanto, já foi alcançado, apanhado, capturado; e *pleno exercício* como a aquilo que está totalmente à disposição, cuja efetivação ou realização depende apenas de ser assim demandado.

Esse compromisso de alcançar e, por isso, assegurar, progressivamente, a efetivação, a realização, o exercício, sempre plenos, acaba por marcar um contraste entre progressividade e plenitude, porque plenitude é o máximo enquanto a progressividade só existe enquanto não exaurida as possibilidades de avanço. Precisamente, a progressividade se relaciona aos meios, às medidas para assegurar, enquanto que a plenitude põe em relação aos fins, o exercício dos direitos. Desta forma, a progressividade positivada através do PIDESC não se apresenta como uma obrigação de resultado, mas a uma obrigação de meio vinculada a um fim legitimamente visado. Ou seja, o compromisso de assegurar progressivamente os direitos ali reconhecidos

<sup>275</sup> BRASIL. Decreto n. 591 [...], op. cit.

<sup>276</sup> PORTUGAL. Assembleia da República. Lei n. 45/78, de 11 de julho. [S.l.], 1978. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/297973>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>277</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Res. 2200A (XXI). Genebra (Suíça): ONU, 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em: 20 fev. 2020.

não marca uma oposição à regressividade, mas a uma condição estacionária ou apática. Consequentemente, um retrocesso, enquanto efeito, não pode ser visto propriamente como violação; já a apatia, em contraste, sim.

Eduardo Cambi, citando Alessandra Gotti Bontempo, lembra que o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU já afirmou que qualquer medida regressiva deve ser minuciosamente justificada em relação aos demais direitos ali previstos e no contexto da utilização dos máximos recursos disponíveis<sup>278</sup>. Com efeito, especificamente na sua Observação Geral n. 3, de 1990, sobre a índole das obrigações dos Estados partes, o referido comitê foi bastante elucidativo na sua posição:

9. A principal obrigação de resultado refletida no artigo 2º (1) é tomar medidas “com vistas a alcançar progressivamente a plena realização dos direitos reconhecidos” no Pacto. O termo “progressiva realização” é muitas vezes usado para descrever a intenção dessa expressão. O conceito de progressiva realização constitui um reconhecimento do fato de que a plena realização de direitos econômicos, sociais e culturais não é possível de ser alcançada num curto espaço de tempo. Nesse sentido, a obrigação difere significativamente daquela contida no artigo 2º do Pacto Internacional dos Direitos Cívicos e Políticos que inclui uma obrigação imediata de respeitar e assegurar todos os direitos relevantes. Contudo, o fato de a realização ao longo do tempo ou, em outras palavras, progressivamente, ser prevista no Pacto, não deve ser mal interpretada como excluindo a obrigação de todo um conteúdo que lhe dê significado. De um lado, a frase demonstra a necessidade de flexibilidade, refletindo as situações concretas do mundo real e as dificuldades que envolve para cada país, no sentido de assegurar plena realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Por outro lado, a expressão deve ser lida à luz do objetivo global, a verdadeira razão de ser, do Pacto que é estabelecer obrigações claras para os Estados-partes no que diz respeito à plena realização dos direitos em questão. Assim, impõe uma obrigação de agir tão rápida e efetivamente quanto possível em direção àquela meta. Além disso, qualquer medida que signifique deliberado retrocesso haveria de exigir a mais cuidadosa apreciação e necessitaria ser inteiramente justificada com referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do uso integral do máximo de recursos disponíveis.<sup>279</sup>

Referido Comitê continua observando que “é da opinião de que um núcleo mínimo de obrigações para assegurar a satisfação de níveis mínimos essenciais de cada um dos direitos é incumbência de cada Estado-parte” visto que sem tal núcleo o PIDESC “seria largamente privado de sua razão de ser”; e que, embora as restrições de recursos disponíveis devam ser consideradas nas avaliações, “para que um Estado-parte atribua seu fracasso [...] [a elas], ele deve demonstrar que todo esforço foi feito para usar todos os recursos que estão à disposição

<sup>278</sup> CAMBI, op. cit., p. 230.

<sup>279</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral n. 3**, 1990, E/1991/23. Tradução: Adriana Carneiro Monteiro. Genebra (Suíça): ONU, 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>. Acesso em: 20 fev. 2020. Ver também: Id., Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment n. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)**, 14 December 1990, E/1991/23. Genebra (Suíça): ONU, 1991. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

num empenho para satisfazer, como matéria de prioridade , essas obrigações mínimas” – o que, enfatiza, não afasta sua obrigação de continuar a se esforçar. Por fim, destaca que “até em tempos de severas restrições de recursos disponíveis, se causadas por um processo de ajustamento, de recessão econômica ou por outros fatores, os membros vulneráveis da sociedade podem e de fato devem ser protegidos”<sup>280</sup>.

Ou seja, ainda que tratada como categoria suspeita, o Comitê não entende ser proibida “medida que signifique deliberado retrocesso”, desde que considerada num contexto maior de direitos e de realidade. O Comitê, na sua Observação Geral n. 13, de 8 de dezembro de 1999, acerca do Direito à Educação (artigo 13 do Pacto), reafirma isso:

45. A admissão de medidas regressivas adotadas em relação ao direito à educação, e outros direitos enunciados no Pacto, é objeto de grandes restrições. Se deliberadamente se adota alguma medida regressiva, o Estado Parte tem a obrigação de demonstrar que foi implantada sob a consideração mais cuidadosa de todas as alternativas e que se justifica plenamente em relação com a totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos que disponha o Estado Parte.<sup>281</sup>

Os parâmetros para a apuração, portanto, ganham relevo. Nesse sentido, o Comentário Geral n. 1, de 1989, dispendo sobre os relatórios da Parte Quatro do PIDESC (arts.16 a 25), observa ser errôneo supor tratem-se de mero procedimento formal. Os relatórios periódicos não se destinam apenas à avaliação de cada Estado-parte pelo Comitê, mas também fornecer dados que permitam uma reflexão de cada Estado-parte acerca da própria situação e que, em conjunto, favoreçam uma melhor compreensão dos problemas para o desenvolvimento de melhores estratégias<sup>282</sup>. A maior quantidade e a melhor qualidade dos dados fornecidos são

<sup>280</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral n. 3** [...], op. cit.

<sup>281</sup> Id., Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). **Observacion general n. 13**: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 8 Diciembre 1999, E/C.12/1999/10. Ginebra (Suíça): ONU, 1999, tradução nossa. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc8e2.html>. Acesso em: 20 fev. 2020. Já da versão em francês, extrai-se: “Tudo leva a crer que o Pacto não autoriza nenhuma medida regressiva em relação ao direito à educação, nem nenhum dos outros direitos que nele são enumerados. [...]” (Id., Comité des Droits Économiques, Sociaux et Culturels. **Observation générale 13**: Le droit à l’éducation (art. 13 du Pacte), 8 décembre 1999, E/C.12/1999/10. Ginebra (Suíça): ONU, 1999, tradução nossa. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47ebcc752>. Acesso em: 20 fev. 2020). Efeitos da divergência se verifica, por exemplo, em PRIEUR, Michel. Le principe de non regression “au cœur” du droit de l’homme a l’environnement. **Revista Direito à Sustentabilidade**, v. 1, n. 2, p. 133- 146, jun. 2015. [S.l.]: UNIOESTE, 2015. Disponível em: <http://saber.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/12361>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>282</sup> In verbis: “6. Um quinto objetivo é fornecer uma base sobre a qual o próprio Estado-parte, bem como o Comitê, possam efetivamente avaliar até que ponto se avançou no cumprimento das obrigações contidas no Pacto. Para este propósito, pode ser útil para os Estados identificar referenciais específicos ou metas em face da sua performance em uma determinada área avaliada. Assim, por exemplo, aceita-se de modo geral ser importante definir metas específicas com relação à redução da mortalidade infantil, a extensão da vacinação das crianças, a ingestão de calorias por pessoa, o número de pessoas por profissionais de saúde etc. Em muitas dessas áreas, referenciais globais são de uso limitado, enquanto referenciais nacionais ou outros mais específicos podem

fundamentais para que, considerados em continuidade periódica, permitam colocar em perspectiva os problemas e suas soluções no atingimento de referenciais estabelecidos ou metas traçadas em relação à realização dos direitos. Portanto, em princípio, são esses relatórios a fonte dos parâmetros de aferição da realização progressiva.

Sem prejuízo, vale registrar que antes do PIDESC usar da noção de progressividade, a Carta Social Europeia, elaborada pelo Conselho da Europa em 18 de outubro de 1961, em Turim, dela dispôs em seu artigo 12.º relativamente ao direito à segurança social:

Com vistas a assegurar o exercício efectivo do direito à segurança social, as Partes Contratantes comprometem-se:

- 1) A estabelecer ou a manter um regime de segurança social;
- 2) A manter o regime de segurança social num nível satisfatório, pelo menos igual ao necessário para a ratificação da Convenção Internacional do Trabalho (n.º 102) Respeitante às Normas Mínimas de Segurança Social;
- 3) A esforçar-se por elevar progressivamente o nível do regime de segurança social;
- 4) [...] <sup>283</sup>

Observe-se que a Carta de 1961 foi explícita na intenção de “elevar progressivamente o nível do regime de segurança social”, remetendo, de modo sistemático, aos itens anteriores, onde a noção de nível satisfatório a ser estabelecido e mantido corresponde “pelo menos” àqueles critérios exigidos pela Convenção n. 102 da Organização Internacional do Trabalho, de 1952, acerca das Normas Mínimas da Seguridade Social, a saber:

#### Artigo 2

Todo Membro para o qual esteja em vigor esta Convenção:

(a) concordará com:

- (i) a Parte I;
  - (ii) pelo menos três das Partes II, III, IV, V, VI, VII, VIII, IX e X, incluindo pelo menos uma das Partes IV, V, VI, IX e X;
  - (iii) as disposições correspondentes às Partes XI, XII e XIII; e
  - (iv) a Parte XIV; e
- (b) deverá especificar em sua ratificação quais das Partes II a X serão aceites as obrigações da Convenção. <sup>284</sup>

---

fornecer uma indicação extremamente valiosa do progresso. 7. A esse respeito, o Comitê deseja anotar que o Pacto atribui particular importância ao conceito de “realização progressiva” dos direitos relevantes e, por essa razão, o Comitê insta os Estados Partes a incluírem em seus relatórios periódicos informações que mostrem o progresso ao longo do tempo, no que diz respeito à realização dos direitos relevantes. Da mesma forma, fica claro que dados qualitativos, assim como quantitativos, são necessários para uma adequada avaliação da situação a ser feita. 8. Um sexto objetivo é capacitar o Estado-parte a desenvolver uma melhor compreensão dos problemas e deficiências encontradas nos esforços para realizar progressivamente toda a gama de direitos econômicos, sociais e culturais. Por essa razão, é essencial que os Estados-Partes informem em detalhe os “fatores e dificuldades” que inibem tal realização. Esse processo de identificação e reconhecimento das dificuldades relevantes vai fornecer a estrutura dentro da qual políticas mais apropriadas podem ser elaboradas”. (Tradução nossa). (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment n. 1: Reporting by States Parties**, 27 July 1981, E/1989/22. Genebra (Suíça): ONU, 1981. Disponível em: <https://www.refworld.org/publisher,CESCR,GENERAL,,4538838b2,0.html>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>283</sup> UNIÃO EUROPEIA. **Carta Social Europeia**, 18 de outubro de 1961. Turim (Italia): União Europeia, 1961. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/7.htm> . Acesso em: 20 fev. 2020.

Deste conjunto, registre-se a Parte XIV estipula relatório anual em que se deve informar a legislação que dá efeito às disposições da Convenção e provas de ter observado as condições estatísticas especificadas em diversos de seus dispositivos<sup>285</sup>. Ou seja, à luz do Comentário Geral n. 1 e da Observação Geral n. 3, observa-se aí um documento internacional que, para aqueles fins, promove parâmetros objetivos, quantitativos e qualitativos, ao menos no que toca ao regime de seguridade social, apontando também para níveis mínimos essenciais de cada um desses direitos.

Sem prejuízo, acerca das responsabilidades de cada Membro, deve periodicamente fazer “estudos de atualizações necessárias e cálculos relativos ao equilíbrio financeiro, sempre antes de realizar qualquer alteração nos benefícios, na taxa de contribuição à seguridade social ou nos impostos alocados para cobrir as contingências em questão” (artigo 71.3). Aspecto sobre o qual insta observar que, mesmo a OIT, na Declaração da Filadélfia, de 1944, referente aos seus fins e objetivos, registra que “sua aplicação progressiva [...] interessa ao conjunto do mundo civilizado, embora deva-se levar em conta, nas variedades dessa aplicação, o grau de desenvolvimento econômico e social atingido por cada um”<sup>286</sup>.

Ademais, necessário registrar que a ideia de progressividade está no último parágrafo do preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, onde afirma o objetivo de que cada indivíduo e cada órgão da sociedade assegurem, por “medidas progressivas” de caráter nacional e internacional, reconhecimento e aplicação, universais e efetivos, dos direitos e liberdades ali reconhecidos<sup>287</sup>.

Como se pode perceber nesta quadra do estudo, o apelo ao núcleo mínimo dos direitos econômicos, sociais e culturais é reafirmado como aspecto irrenunciável, marcando o fim de uma zona cinzenta que se estende até a plena realização – idealmente, um horizonte infinito e inalcançável. Os mencionados instrumentos internacionais possuem a inegável importância de externar, consoante doutrina e jurisprudência europeia contemporâneos, o entendimento da

---

<sup>284</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto Legislativo n. 269, de 2008**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2008. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-269-18-setembro-2008-580870-convencao-103716-pl.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>285</sup> A saber: “(i) nos Artigos 9 (a), (b), (c) ou (d); 15 (a), (b) ou (d); 21 (a) ou (c); 27 (a), (b) ou (d); 33 (a) ou (b); 41 (a), (b) ou (d); 48 (a), (b) ou (c); 55 (a), (b) ou (d); 61 (a), (b) ou (d), em relação ao número de segurados; (ii) os Artigos 44, 65, 66 ou 67, em relação aos índices de benefícios; (iii) alínea (a) do parágrafo 2 do Artigo 18, em relação à duração do auxílio-doença; (iv) parágrafo 2 do Artigo 24, em relação à duração do seguro desemprego; e (v) parágrafo 2 do Artigo 71, em relação à proporção dos recursos financeiros constituídos pelas contribuições trabalhadores segurados.” (Ibid.).

<sup>286</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. *Declaração da Filadélfia [...]*, op. cit.

<sup>287</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaracion Universal de Derechos del Hombre**, 10 diciembre de 1948. A /RES/217 (III). Ginebra (Suíça): ONU, 1981. Disponível em: [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)). Acesso em: 20 fev. 2020.

existência de uma substancial obrigação de se esforçar para progredir na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais tendo por baliza indisponível um núcleo essencial dos direitos. Avançam, ainda, no apontamento da necessidade de utilizar critérios que permitam mensurar, ao longo do tempo, esse progresso. Porém, não se afastam da peculiaridade das circunstâncias de cada país e das suas (im)possibilidades fáticas.

Conquanto expedidos no limiar da década de 1990, os Comentários Gerias da ONU buscam, a princípio, traduzir de modo autêntico o espírito presente na elaboração do PIDESC em 1966, dando robustez à tese de influência do contexto jurídico internacional para o advento do princípio de proibição de retrocesso social. Do mesmo espírito progressista podem ter se imbuído juristas e tribunais de todo o mundo, mas uma tese defensiva acerca uma tal progressividade (ou seja, não-retroativa) somente pode se materializar no seio dos direitos fundamentais sociais quando, onde radicados, foram considerados em risco.

A Alemanha, não dispondo de um mecanismo mais rígido como o direito adquirido, empregou o princípio da proteção da confiança, de mais largo espectro, sobre o aspecto patrimonial dos direitos sociais. Portugal buscou expandir, por analogia, o regime jurídico constitucional dos direitos, liberdades e garantias dos direitos de primeira dimensão – que já não admitiam retrocesso – para os direitos sociais. De França e Itália surgem, a certo modo, semelhantes debates. Ou seja, mesmo no contexto jurídico europeu ocidental, as efetivas implicações se deram em momentos diferente, em contextos diferenciados, sob opções normativas específicas e à luz de construções doutrinárias e jurisprudenciais particulares, ainda que, como se verifica, de algum modo comungados. Desse ideário, em algum momento, haveria de surgir, de modo geral ou particular, um instrumento que se ocupasse juridicamente de sobre si movimentos de sentido oposto – situação que parece ter se configurado na Alemanha. O fato de Portugal se deixar influenciar pela fonte alemã não só é natural em face da forte representatividade do constitucionalismo alemão (juntamente com o americano) no mundo jurídico, como se colocou quase de modo imperativo em face o frescor da constituição portuguesa e seu acentuado caráter social, desde logo desafiado pela crise econômica do final da década de 1970 e início de 1980 e pela pressão das ideias do novo liberalismo. A afirmação de direitos fundamentais sociais era um passo grande e importante, de modo que carecia de apoios, se não por uma debilidade ou ameaça real e objetiva, por um impulso de autoafirmação constitucional. Pelo mesmo caminho e até com maior audácia, seguiu o constituinte brasileiro, trazendo consigo toda a produção doutrinária e jurisprudencial pátria.

São fáceis, e até injustas, várias das críticas a teses e decisões que foram tomadas àquela época a partir da perspectiva atual. É importante reconhecer méritos e deméritos das

posições que, no passado, conduziram até a situação presente. Mas tão importante quanto é decidir se se deve continuar pelo mesmo caminho ou alterar os rumos daqui para o futuro. Ao que parece, tal exercício começou a ser feito em Portugal a partir da estagnação econômica que atinge o país desde 2002, sendo que o princípio de proibição de retrocesso praticamente ressurgiu nos debates do Tribunal Constitucional português a partir do Acórdão 509/2002, ganhando forte impulso pela denominada “jurisprudência da crise” que se seguiu à crise de 2008. No Brasil essa reflexão surge mais recentemente, quase ao mesmo tempo da própria afirmação do princípio de proibição de retrocesso social em face das retardadas consequências da mesma crise econômica de 2008 e de alterações do cenário político nacional.

Não é difícil perceber a saturação do paradigma progressista de modo geral no âmbito mundial. Não só o custo dos direitos é ponto pacífico como a sucessão de crises econômicas e a noções de sustentabilidade ambiental reclamam um senso de responsabilidade maior de governos e povos. Porém, se em Portugal atualmente parte a doutrina afirma não restar mais do que um fantasma do princípio de proibição de retrocesso, deve o direito brasileiro também deixar de levá-lo a sério? Sob quais circunstâncias tal princípio foi inserido, utilizado e depois descartado em Portugal importa para as reflexões do que se pode ou deve fazer no Brasil.

## 3.2 O DEBATE JURÍDICO EM PORTUGAL E NO BRASIL

No presente tópico investigam-se os principais desenvolvimentos doutrinários e jurisprudenciais obtidos em torno do princípio da proibição de retrocesso em Portugal e no Brasil, o que, tendo se operado sob circunstâncias e em, boa parte, momentos distintos, justifica a cisão em duas partes, inicialmente em Portugal e, após, no Brasil.

### 3.2.1 Portugal

Na 2ª edição de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de 2001, Canotilho, dizendo que a tese da constituição dirigente<sup>288</sup> é indissociável ao seu contexto, e sem lhe declarar a *morte*<sup>289</sup>, reitera o legado da *programaticidade constitucional*<sup>290</sup>. Em revisão

---

<sup>288</sup> Conforme define: “[...] a teoria da constituição assume-se como teoria da constituição dirigente enquanto problematiza a tendência das leis fundamentais para: (1) se transformarem em estatutos jurídicos do Estado e da sociedade [aspecto no qual cita o escólio de Vital Moreira em *Economia e Constituição* de constituição como ‘estatuto da estrutura política da formação social’]; (2) se assumirem como norma (garantia) e tarefa (d direcção) do processo político-social. [...]” (CANOTILHO, *Constituição Dirigente* [...], op. cit, p. 169-170).

<sup>289</sup> A declaração obituária de Gilmar Mendes, já às voltas com a indicação para a Suprema Corte brasileira, foi prontamente rebatida pelo Ministro Eros Grau, seguindo-se polêmica sobre a qual se operou um seminário, a

crítica, vê problema “no alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da interpositio legislativa” ao que exemplifica a “acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata” prevista no inciso LXXVII e no §1º do artigo 5º da Constituição de modo a alcançar todos os direitos sociais previstos no Capítulo II<sup>291</sup>. Na sequência, reconhece que um hipertrofiamento das imposições constitucionais decorrem mais de uma *ética da convicção* do que de uma *ética de responsabilidade prática*, sendo necessário parcimônia tanto positivamente constitucional de imposições quanto no seu manejo para assegurar a publicidade crítica e processual contra a constituição não cumprida – e não como mero instrumento político de deslegitimação de governos<sup>292</sup>. Ademais, de destaque o que se pode considerar talvez sua mais amarga reflexão:

Se a Constituição programática fosse tão somente o rosto normativo da utopia daí não adviria grande mal ao mundo. A instituição imaginária da sociedade (Castoriadis) limitar-se-ia a isso mesmo, a um topos sem lugar. Sucede, porém, que subjacente ao programa constitucional está toda uma filosofia do sujeito e uma teoria da sociedade cujo voluntarismo desmedido e o holismo planetário conduzirão à arrogância de fixar a própria órbita das estrelas e dos planetas. A Constituição será, desta forma, o caminho de ferro social e espiritual através da qual vai peregrinar a subjetividade projectante. A má utopia do sujeito de progresso histórico alojou-se em constituições plano e balanço onde a propriedade estatal dos meios de produção se transmutava em ditadura partidária e coerção moral e psicológica. Alguns – entre os quais me incluo – só vieram a reconhecer isto tarde e lamentamente demais. [...].<sup>293</sup>

---

segunda edição da obra e repercussões na comunidade jurídica. (MENDES, Marcelo Barroso. A constituição dirigente e a Constituição de 1988. In: BRASIL. **Revista Virtual da AGU**, ano IX, n. 88, maio de 2009, p.1-9. Brasília, DF: Advocacia Geral da União, 2009. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/noticia/n-88-mai-2009>. Acesso em: 10 fev. 2020). A provocação se repetiu no voto proferido por Gilmar Mendes na ADC 42/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). *ADC n. 42/DF...*, op. cit.).

<sup>290</sup> CANOTILHO, **Constituição Dirigente [...]**, op. cit., prefácio, XXX.

<sup>291</sup> Ibid., prefácio, XVI. Pouco tempo antes, em 1998, Canotilho já havia disparado: “[...]. O giro condensado na conhecida fórmula «não são os direitos fundamentais que se movem no âmbito da lei, mas a lei que se move no âmbito dos direitos fundamentais» não pode, a nosso ver, mover-se de plano para o domínio dos direitos económicos, sociais e culturais, porque isso se traduziria em admitir sem reticências a aplicabilidade imediata desses direitos, tese que nem o *approach* mais absolutista ousará defender. [...]” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. In: **Derechos y Libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n. 6, ano III, feb. 1998, p.35-50. Madrid (Espanha): Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, 1998, p.47, tradução nossa. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319>. Acesso em: 20 fev. 2020). A propósito da eficácia dos direitos fundamentais, individuais ou sociais, como adiante se verá, entende-se que deve prevalecer a posição de compartilhamento do seu regime jurídico, seja por indivisibilidade e interdependência, seja porque, sendo todos restringíveis e dependerem, mais ou menos, de prestações e abstenções, toda norma constitucional possui alguma eficácia e carece de alguma efetivação – linha das lições de Vladimir Brega Filho (BREGA FILHO, Vladimir. **Direito fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002, p. 107) e Virgílio Afonso da Silva (SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 255-256).

<sup>292</sup> CANOTILHO, **Constituição Dirigente [...]**, op. cit., prefácio, XVII.

<sup>293</sup> Ibid., prefácio, IX.

Um pouco antes, em 1998, após admitir alguma gradação na realização dos direitos sociais frente à *ditadura das arcas vazias* (expressão esta que perde a alusão metafórica na percepção de Bercovici<sup>294</sup>), Canotilho já havia reconhecido a necessidade de relativizar seu discurso original, cujo contexto ideológico também teria dado gênese à sua concepção de um princípio rígido de não retrocesso.

[...]. O rígido princípio de «não reversibilidade» ou, em uma formulação marcadamente ideológica, o «princípio de proibição de evolução reacionária», pressupunha um progresso, uma direção e uma meta emancipatória e unilateralmente definida: o aumento contínuo das prestações sociais. Não obstante, deve-se relativizar esse discurso que, nós mesmo, enfatizamos em nossos trabalhos. A dramática aceitação de «menos trabalho e menos salário, mais trabalho e salário para todos», o desafio da bancarrota da seguridade social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio de não reversibilidade social, sobretudo quando a reversibilidade é condição indispensável da garantia do núcleo essencial destes direitos em relação ao maior número possível de destinatários. Assim mesmo, aqui não há razão para que os princípios do Estado de direito não valham como princípios contra eventuais irracionalidades legislativas. Assim, por exemplo, se o legislador goza de discricionariedade política para alterar o regime de seguridade social e das pensões, é questionável sua liberdade de conformação quando as soluções legislativas representem uma desproporcional e retroativa afetação de direitos subjetivos (quantidades previsíveis para as pensões, tempo de cálculo). Um exemplo significativo seria a não admissão da «reformatio in pejus» acerca do grau de invalidez dos trabalhadores.<sup>295</sup>

Tempos depois, em 2008, o jurista português refletiu novamente sobre o escrito buscando uma reabilitação da força normativa da constituição social, principiando com uma crítica à doutrina e à jurisprudência, que teriam abraçado uma posição cada vez mais conservadora sobre a garantia das prestações existenciais:

[...]. De certo modo, a nossa perspectiva dirigia-se no sentido de salvar a dimensão normativa da socialidade através de dois esquemas: (i) procurar novas vias para a “des-introversão” da socialidade estatal; (ii) distinguir entre direitos constitucionais sociais e políticas públicas de realização de direitos sociais. A linha ideológica de fundo poderia ser resumida da seguinte forma: o carácter dirigente da Constituição Social não significa a optimização directa e já dos direitos sociais, antes postula a graduabilidade de realização desses direitos. Graduabilidade não significa, porém, reversibilidade social.

O problema dessa posição é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada “crise do Estado Social” e pelo triunfo esmagador do globalismo neoliberal. Em causa está não apenas a graduabilidade, mas também a reversibilidade das posições sociais.<sup>296</sup>

Como exemplo, cita o Acórdão 509/02 do Tribunal Constitucional Português, pelo qual vê que no hipertrofiamento do princípio da dignidade da pessoa humana fator que diminui a substância da autonomia jurídico-constitucional dos direitos sociais:

<sup>294</sup> BERCOVICI, *Constituição e estado* [...], op. cit., p. 170.

<sup>295</sup> CANOTILHO, *Metodologia “fuzzy”* (...), op. cit., p. 47.

<sup>296</sup> Id., *O Direito Constitucional como* [...], op. cit.

[...] a estratégia discursiva do Tribunal, sob a aparente solidez da dignidade da pessoa humana, acaba por proceder à redução eidética da socialidade, colocando entre parênteses os direitos económicos, sociais e culturais. Em toda a sua radicalidade, a orientação do Tribunal conduziria a este resultado desolador: não há direitos sociais autonomamente recortados, mas refrações sociais da dignidade da pessoa humana aferida pelos standards mínimos da existência.<sup>297</sup>

Ou seja: “a pretexto de reconhecerem o ‘mínimo social’ compatível com o ‘mínimo de dignidade’ estão a reforçar indirectamente o retrocesso social do Estado”<sup>298</sup>. A conclusão do trabalho é fulminante:

[...] uma jurisprudência aparentemente amiga da dignidade humana e das suas refrações sociais pode, afinal, ser uma jurisprudência que encapuçadamente se recusa a olhar de frente para o direito à igual dignidade social (e não apenas dignidade da pessoa humana), o direito à igualdade distributiva, o direito ao desenvolvimento da personalidade, o direito a níveis essenciais de prestações sociais inerentes aos direitos sociais. O problema é, afinal, neste contexto o de saber se os juízes têm instrumentos metódicos e metodológicos para concretizarem a direcção constitucional de direitos sociais. O limite que os tribunais constitucionais invocam, em geral, é o de que não lhes pertence interferir nas políticas públicas. Resta saber se o *ecological approach* da função judicial não vai entrar decisivamente na extrinsecação dos direitos sociais. Aqui a resposta é clara: o juiz participa na política porque desempenha um papel considerado adequado para assumir a cumplicidade de partilhar os valores e interesses dos grupos e indivíduos que perante ele reivindicam direitos e posições prestacionais negados ou bloqueados pelos decisores político-representativos. Isso obrigará a desenvolvimentos doutrinários que estão fora da economia deste trabalho.<sup>299</sup>

No referido processo de n. 768/02 (Acórdão 509/2002), relata o Conselheiro Luís Nunes de Almeida que o Presidente da República requereu a apreciação constitucional do art.4º, n. 1 do Decerto da Assembleia da República n. 18/IX que, revogando o *rendimento mínimo garantido* da Lei n. 19-A, de 29/06/1996 e criando em seu lugar o *rendimento social de inserção*, alterava a de 18 para 25 anos a idade mínima para pleitear o benefício, sem repristinar para os jovens de 18 a 24 anos o anterior *subsídio de inserção de jovens na vida activa*, da então revogada Lei n. 50, de 19/04/1988. Aduz-se que, com tal restrição da titularidade de um direito derivado a prestação relacionado à proteção social prevista no artigo 63º, n. 1 da Constituição, mesmo com a previsão de manutenção do benefício àqueles que, entre 18 e 24 anos já são contemplados, haveria violação ao princípio constitucional da proibição de retrocesso, ao princípio da igualdade e ao princípio da universalidade.<sup>300</sup>

No mérito, sustentou o relator que, diferente das situações em que a Constituição dá uma ordem precisa e concreta ao legislador, caso do Acórdão 39/84, em outras circunstâncias

<sup>297</sup> CANOTILHO, *O Direito Constitucional como [...]*, op. cit.

<sup>298</sup> Ibid.

<sup>299</sup> Ibid.

<sup>300</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão n. 509/02 [...]*, op. cit.

“a proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática [...] inculca a reversibilidade das opções político-legislativas”<sup>301</sup>. E, ainda que não adotasse a posição restritiva do Acórdão n. 101/92<sup>302</sup>, que identifica o retrocesso social com a diminuição ou afetação de direito adquirido<sup>303</sup>, além da legislação questionada ressaltar o direito adquirido daqueles já beneficiados com o *rendimento mínimo garantido*, não teria havido a violação do *núcleo essencial* do direito, consoante a lição de Canotilho, nem violação do princípio da igualdade, do princípio da proteção da confiança ou de conteúdo de direito social enraizado e sedimentado no seio da sociedade, conforme lição de José Carlos Vieira de Andrade. Sobre isso, ressaltando que a exposição de motivos da impugnada norma alegou “o quão socialmente arraigado se encontra este direito”, lembra que na legislatura anterior já se havia tentado, com expressiva votação, mas sem sucesso, a aprovação semelhante disposição. Argumenta também que só se poderia falar em proibição de retrocesso se atingido o conteúdo mínimo desse direito, no que, equivalendo à própria violação do mínimo de existência condigna, perde-se interesse nesse princípio já desde aí protegido, independentemente do conteúdo da legislação anterior.<sup>304</sup>

Nessa linha, sustenta que a análise do princípio da igualdade há que ocorrer entre as diferentes situações internamente estabelecidas pela legislação questionada, “e não da comparação entre o tratamento que agora lhes passará a ser dado e aquele que ressalva do regime ainda vigente”, de onde diz admissível a distinção etária realizada se razoavelmente justificada – lembrando ser aceitável a discriminação positiva para conceder prioridade no acesso ao primeiro emprego, no trabalho e na segurança social (art.70º, n. 1, alínea b da Constituição Portuguesa). Em seguida, após afirmar um direito a um mínimo de existência condigna e ressaltando a autonomia do legislador para escolher os instrumentos adequados e “modelá-los em função das circunstâncias e dos seus critérios políticos próprios”, sustenta que

---

<sup>301</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 509/02** [...], op. cit.

<sup>302</sup> Ibid.

<sup>303</sup> Dispondo sobre direito adquirido, Cristina Queiroz revela que o que assim se denomina em Portugal, no Brasil se afeiçoaria ao que denominamos expectativa de direito: “[...], no Acórdão n.º 509/2002, o Tribunal Constitucional referiu-se a ‘direitos adquiridos’. A expressão ‘direitos adquiridos’ constitui um conceito jurídico indeterminado, utilizada correntemente no direito civil antigo. O termo ‘direito’, todavia, é equívoco. Não se trata de direito verdadeiro e próprio, mas de uma simples ‘pretensão’ ou ‘expectativa’, que espera vir a ser reconhecida juridicamente como tal. [...]. Dito de outro modo, e sem necessidade de recorrer a uma fundamentação sistémica do Direito, na linha de autores como LUHMANN, DOUGLASM LASSWELL ou REISMAN, essa pretensão ou expectativa, que se compreende sob o conceito de ‘direito adquirido’, não tem mais valor do que um ‘interesse juridicamente protegido’ a que o direito concede relevância, mas que não constitui em si um direito fundamental verdadeiro e próprio. Não se constitui ela própria como uma ‘regra de direito actual’, mas potencial. Não lhe corresponde, nesses termos, nenhum ‘direito subjectivo público’ que lhe permita exigir da autoridade pública uma determinada acção ou omissão de comportamento sob controle e garantia do poder judicial e dos tribunais de justiça constitucional.” (QUEIROZ, op. cit., p. 104).

<sup>304</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 509/02** [...], op. cit.

as políticas existentes para a inclusão laboral dos jovens de 18 a 25 anos, alternativos ao novel rendimento social de inserção, não garantiriam esse mínimo, violando a dignidade humana.<sup>305</sup>

Entre os votos vencidos, a Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza sustenta que, “numa área em que há que reconhecer a legitimidade de concepções políticas diferentes”, na ausência de prova da desadequação “não se deve negar ao legislador a liberdade de a considerar inadequada ao progresso social”. Ressalta que a concessão de um subsídio não é a única forma de dar cumprimento ao mínimo de existência condigna. Na linha deste último argumento, o Conselheiro Benjamin Rodrigues, considerando que “esse mínimo é, por natureza diferente, de pessoa para pessoa, idade para idade” e que os menores de 25 anos tendem a estar ainda integrados às suas famílias (supõe-se aqui: diferente de tempos passados), não haveria suporte em se traduzir necessariamente esse mínimo como uma prestação pecuniária<sup>306</sup>. Por fim, importante observar a perspicaz crítica do Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa em avaliação ao voto vencedor: “está-se, pois, diante de uma inconstitucionalidade parcial ‘qualitativa’, a qual, radica, no fundo, e num certo sentido, numa ‘omissão’ do legislador”<sup>307</sup> – ou seja, o que se pode considerar uma proteção insuficiente.

Além de pontuar a já evidente diferença entre os contextos socioeconômicos brasileiro e português – contrapondo as similitudes do contexto político-constitucional de redemocratização relatado em relação ao acórdão 39/84 –, o acórdão 509/02 é particularmente interessante por trazer luz a outras facetas do princípio de proibição de retrocesso e institutos lindeiros bem como relevantes desenvolvimentos havidos na doutrina portuguesa desde 1984.

Nesse aspecto, Canotilho, na edição de 2014 de seu Direito Constitucional e Teoria da Constituição, inclui o julgado de modo referencial em sua lição, cuja transcrição aqui se entende necessária em vista do vasto e intrincado conjunto de ideias, institutos e referências reclamadas em sua exposição:

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos [...], uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A ‘proibição de retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises económica (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos [...], em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma

<sup>305</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 509/02** [...], op. cit.

<sup>306</sup> Adiante a especificação da prestação social como prestação pecuniária é objeto de análise crítica.

<sup>307</sup> Ibid.

política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social». Assim, por ex., será inconstitucional uma lei que extinga o direito ao subsídio de desemprego ou pretenda alargar desproporcionadamente o tempo de serviço necessário para a aquisição do direito à reforma (cfr. Ac TC 39/84 – Caso do Serviço Nacional de Saúde – e Ac 148/94, DR, I, 13/5/94 – Caso das Propinas e, por último, Ac TC 509/2002, DR, I, 12/2 – Caso do rendimento mínimo garantido). A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. [...].<sup>308</sup>

A lição, como se verifica, envolve um conjunto muito amplo de referências e pontos de comunicação com uma série de outros conceitos também amplos e que trazem inerentes a si discussões e vaguezas próprias. Sem prejuízo, na sequência, o autor sintetiza:

[...] O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas [...] 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. [...].<sup>309</sup>

Essa formulação mais sintética tem servido de guia a parte da comunidade jurídica na expressão e discussão do conteúdo do princípio jurídico em questão. Sua força, porém, não esconde a existência de pontos de ambiguidade e incertezas. O que acaba sendo denunciado pelo trecho que se segue à citação acima:

[...]. Não se trata, pois, de proibir um retrocesso social captado em termos ideológicos ou formulado em termos gerais ou de garantir em abstracto um status quo social, mas de proteger direitos fundamentais sociais sobretudo no seu núcleo essencial. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana (cf. Ac. 509/2002, DR, I 12/2/2003). [...].<sup>310</sup>

A lição põe-se convicta ao mesmo tempo que titubeante, importante a tal ponto de se confundir com o próprio respeito à dignidade da pessoa humana, entre outros princípios jurídicos, colocando em dúvida, com isso, porém, sua autonomia. Os contrastes plasmados nesse trecho da obra do jurista português parecem ser o retrato do próprio incremento de complexidade auferido pelo princípio desde suas primeiras defesas cerca de três décadas antes

<sup>308</sup> CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, [2014], p. 338-340.

<sup>309</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>310</sup> Ibid., loc. cit.

– o que não se fez sem a contribuição de demais autores das letras jurídicas conforme se passa a verificar, iniciando com alusões à pela parceria de Canotilho com Vital Moreira.

O termo *retroativo* do já citado artigo 18.3 da Constituição portuguesa<sup>311</sup> tem evidente relação com a negação da atividade da lei sobre a fatos pretéritos, dizendo respeito, pois, à questão temporal. A redação distingue isso do tratamento acerca do “conteúdo essencial do preceito constitucional”, particularmente em relação aos aspectos de extensão e alcance. Assim, uma vez que na parte inicial o dispositivo já ressaltou a necessidade de uma lei restritiva de direitos, liberdades e garantias revestir-se de “caráter geral e abstrato”, a aparente sinonímia entre extensão e alcance se resolve por uma distinção não quanto à indiferença a sujeitos e fatos posteriores à vigência da lei (aspecto íntimo ao próprio princípio da legalidade nos Estados de Direito) e sim à amplitude e à profundidade/intensidade dos efeitos do conteúdo essencial desses direitos, liberdades e garantias. Dispondo sobre o assunto, Canotilho e Moreira distinguem uma retroatividade autêntica de uma inautêntica:

[...]. A proibição incide sobre a chamada *retroactividade autêntica*, em que as leis restritivas de direitos afectam posições jusfundamentais já estabelecidas no passado ou, mesmo, esgotadas. Ela abrangerá também alguns casos de *retrospectividade* ou de *retroactividade inautêntica* (a lei proclama a vigência para o futuro mas afecta direitos ou posições radicadas na lei anterior) sempre que as medidas legislativas se revelarem arbitrárias, inesperadas, desproporcionais ou afectarem direitos de forma excessivamente gravosa e impróprias às posições jusfundamentais dos particulares (cfr. AcsTC nos 354/00 e 449/02). [...].<sup>312</sup>

Considera-se dessa forma que uma proibição de retroatividade autêntica diz respeito a situações de direito estabelecidas ou esgotadas que são afetados com o advento de uma nova lei. Nesta concepção fica clara sua proximidade com institutos tradicionais como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Restaria questionar se o princípio da proibição de retrocesso seria uma outra espécie de instituto jurídico de proteção ao lado deles ou um gênero de proteção do qual estes seriam espécies. E a resposta parece vir do contraste com a segunda classificação, a chamada inautêntica, em que a lei afeta direitos ou posições jurídicas futuras radicadas na legislação revogada. Ora, se no modo inautêntico a lei se aplica para frente afetando os efeitos de situações passadas, em contraste, no modo autêntico a lei se orienta diretamente às situações passadas.

Isso confirma a proximidade da modalidade autêntica com os institutos do direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, umbilicalmente associados à segurança

<sup>311</sup> In verbis: “Art.18.3 – As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir caráter geral e abstrato e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.” (PORTUGAL. **Constituição [...]**, op. cit.)

<sup>312</sup> CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v.1, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 394.

jurídica. Contudo, o princípio da segurança jurídica não se esgota nesses institutos nem se orienta exclusivamente a situações passadas. Com isso, permite-se entrever o princípio de proibição de retrocesso como um princípio correlato que circunscreve naquele âmbito de aplicação geral, um contexto menor, qual seja, a segurança jurídica que se confere diretamente a situações jurídicas pretéritas. É tão evidente a importância disso que há tempos consolidados no Direito institutos pertinentes a garantir uma tal proteção, cuja natureza mostra-se eminentemente negativa, impondo um não fazer, um não questionar, um não perturbar. Na segunda modalidade, a inautêntica, conquanto a lei direcione-se para o futuro, produz seus efeitos não sobre o passado mas sobre direitos ou posições enraizadas no passado e que, no entanto, não se estabeleceram, não se exauriram – como era, razoavelmente, de se esperar. Portanto, tratam-se de direitos ou posições jurídicas pendentes de alguma realização e que, com o advento de uma lei restritiva de direito, se veem sob o risco de não se concretizarem. Por isso a última parte do parágrafo transcrito acima deve ser revelada:

[...]. A razão de ser deste requisito está intimamente ligada à idéia de proteção da confiança e da segurança aos cidadãos, defendendo-os contra o perigo de serem atribuídos aos seus actos passados ou às situações transactas efeitos jurídicos com que razoavelmente não podiam contar. [...].<sup>313</sup>

Aqui surge a referência a outro princípio jurídico, o da proteção da confiança, o qual, pelo nome, em contraste com a segurança, não aponta para algo que é, está ou deve ser assegurado, mas algo em que se confia ou confiou, merecendo ter tal confiança correspondida, protegida, tutelada. Trata-se de um quadro bem mais complexo, seja porque diz respeito a características ainda muito genéricas de transformações incidentes sobre efeitos de situações jurídicas que são incompletas e protraídas no tempo, seja porque, enquanto a segurança é algo que o Direito há de conferir às pessoas, a confiança provém das pessoas impondo-se ao Direito distinguir para aquela situação a que se deve, aí sim, atribuir proteção. Percebe-se daí, portanto, o princípio de proibição do retrocesso como um instituto bifronte, que não está voltado apenas para o passado, mas também para um futuro em perspectiva.

Outro jurista português referenciado sobre o assunto, José Carlos Vieira de Andrade, entende ser “evidente que os preceitos constitucionais relativos aos direitos económicos, sociais e culturais hão-de implicar um a certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas”, abrangendo um grau mínimo, consistente na “proibição de pura e simplesmente destruí-las” e um grau máximo, “quando essas concretizações legais devam ser consideradas materialmente

---

<sup>313</sup> CANOTILHO; MOREIRA, op. cit., p. 394.

constitucionais”. Por nota de rodapé, acrescenta: “O grau intermédio consistirá em efeitos ligados ao princípio da proteção da confiança ou à necessidade de fundamentação dos actos legislativos ‘retrocedentes’ num valor constitucional que no caso se revele mais forte”<sup>314</sup>.

Nesse contexto, declara aceitar, sem constituir um princípio jurídico geral – sob pena de destruir a autonomia, a liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade típicas da função legislativa – um “processo de transformação constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na ‘consciência jurídica geral’” aos argumentos de que a Constituição é susceptível de evolução, inclusive mediante a densificação normativa do conteúdo de seus preceitos, e de que normas ordinárias prevaleçam umas sobre as outras “quando o seu conteúdo possa (deva) ser considerado materialmente constitucional”<sup>315</sup>.

Tratar-se-ia, ressalva, de um excepcionalíssimo imperativo da realidade:

[...]. Só que este enfraquecimento do poder de disposição do legislador, que é expressão da relevância da realidade constitucional, não constitui a regra, mas antes a excepção: para a radicação na consciência jurídica geral da convicção da sua obrigatoriedade constitucional não basta a aceitação mais ou menos aparente e superficial da opinião política dominante, é necessário um consenso profundo e alargado que demora o seu tempo a formar-se e que não se estende nunca a pormenores de regulamentação.<sup>316</sup>

Mais uma vez por nota em rodapé, faz importante complemento relatando que a tese de Canotilho “parte de uma acentuação da dimensão sociológica-política da consciência jurídica geral” ao passo que ele, Vieira de Andrade, julga que “o princípio da proibição de retrocesso, que nos aparece como um princípio *dogmático*, poderá ser válido no plano político-constitucional [...], mas não pode erigir-se em princípio jurídico-constitucional”<sup>317</sup>.

Lembra que, assim como Canotilho nega relevância ao costume constitucional a não ser como critério hermenêutico no âmbito da constituição aberta, os direitos fundamentais sociais não se convertem em paradigma da evolução social e política de modo a avolumar-se e galgar solidez e rigidez jurídico-constitucional na medida de sua realização prática. Isso porque “a Constituição é um *quadro normativo aberto* que implica e exprime uma unidade de sentido cultural e não pode ser *nem tonar-se* um programa de governo”. Como não há um “sentido (único) do ‘progresso’”, enfatiza: “a ideia ‘socialista’ de Constituição não implica que os preceitos relativos aos direitos sociais sejam encarados como fórmulas de maximizar e garantir progressos numa linha de evolução única e fixa (a fórmula da salvação)”. Por isso, conclui, mesmo reconhecendo que os direitos fundamentais sociais “estabelecem opções de

<sup>314</sup> ANDRADE, op. cit., p. 308.

<sup>315</sup> Ibid., p. 308-309.

<sup>316</sup> Ibid., p. 309.

<sup>317</sup> Ibid., p. 309-310.

valor fundamentais de transformação da sociedade”, deve-se deixar sempre amplos espaços para alternativas democráticas<sup>318</sup>.

Negando a existência de um princípio geral de autorrevisibilidade das opções legislativas alheio aos preceitos e diretivas constitucionais<sup>319</sup> – o que, anote-se, Vieira de Andrade não faz, pois em nota (novamente), ressalva a obediência ao quadro normativo<sup>320</sup> – Cristina Queiroz, em publicação já bem mais recente, afirma a existência de um conteúdo mínimo de direito fundamental social oponível enquanto direito de defesa em sentido formal: “a acção do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei”<sup>321</sup>.

Esse poder de oposição se faria inclusive em face de qualquer alegação de *reserva do possível*, pois, na distinção operada no voto (vencido) do conselheiro Souza e Brito no Acórdão do Tribunal Constitucional português n. 148/94 entre direito fundamental social e política pública, esta, sim, encontra-se limitada aos recursos disponíveis – uma estratégia mental que, reconhece a autora, limita fortemente, mas não afasta, a justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais<sup>322</sup>. Dessa forma, também se rechaça qualquer necessidade de se esperar pela *consciência jurídica geral* aludida por Vieira de Andrade.

Ademais, Cristina Queiroz assim se posiciona sobre a questão da divisão de poderes:

É certo que o juiz e o poder judicial não podem agir ‘ex officio’ em razão do princípio do pedido. Sob este ponto de vista, os tribunais são ‘passivos’ no que concerne ao poder de ‘inovação’ (mas não de ‘criação’) na ordem jurídica democrática. Agem não como ‘representantes’ (políticos) do Povo, que não o são, mas ‘em representação’ da sua vontade. Não é o juiz individualmente considerado, mas o tribunal, a função específica que exerce, que considerado soberano, e, nesse sentido, actuando ‘em representação’ do Povo, posto que ‘torna presente’ a sua vontade soberana. [...].<sup>323</sup>

Não se sujeitando, pois, a uma deliberação democrática, aberta aos mesmos vícios do processo político ordinário, a autora reconhece que aos interesses humanos fundamentais é dada uma atenção democrática que

[...] só poderá ser resolvida pelo recurso a uma ‘teoria política-normativa’, no sentido que lhe dá Dworkin, uma teoria que compreenda um ‘esquema interpretativo’, isto é, que possa representar e definir uma concepção particular de democracia constitucional. Esta justifica e fundamenta a nossa decisão e o esquema

<sup>318</sup> ANDRADE, op. cit., p. 310-311.

<sup>319</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 78.

<sup>320</sup> ANDRADE, op. cit., p. 309.

<sup>321</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 70.

<sup>322</sup> Ibid., p. 26-28.

<sup>323</sup> Ibid., p. 53.

particular de direitos escolhidos na defesa dessa interpretação. Pressupõe, numa palavra, uma teoria constitucional complexa.<sup>324</sup>

Prosseguindo neste norte, a autora relata que, diante da indeterminação do que o legislador é obrigado, proibido ou livre para dispor (margem de ação epistêmica) há que se distinguir um tipo empírico e um tipo normativo. A partir de julgados alemães, a autora aclara que, ao lado da problemática envolvendo os critérios e estratégias para o exercício do controle de constitucionalidade dentro do próprio quadro normativo – campo em que se reconhece certa margem de liberdade hermenêutica também ao legislador –, há um limite epistêmico empírico, cuja percepção pelo legislador também admite alguma margem.

[...] o Tribunal Constitucional considerou que a relação entre uma determinada medida, ou as suas alternativas, e o grau de consecução de um determinado objetivo envolvia, por vezes, ‘avaliações complexas, no próprio plano empírico (social e económico)’, reconhecendo uma ‘prerrogativa de avaliação’ ao legislador, segundo a sua própria valoração, traduzindo-se esta na determinação das suas ‘finalidades’, sublinhando a existência de um ‘crédito de confiança’ (Vertrauensvorsprung) ‘na apreciação [...] das relações empíricas entre o estado que é criado através de uma determinada medida e aquele que dela resulta e que considera correspondente, em maior ou menor medida, à consecução dos objetivos visados com essa medida’, a qual, dentro do quadro constitucional pré-dado, o legislador pode também ele definir de acordo com a sua própria valoração do ‘interesse público’.<sup>325</sup>

Seguindo com julgados alemães, Cristina Queiroz aponta um modelo triádico de controle: (i) um controle de evidência (*Evidenzkontrolle*), em que primeiro se apura a evidente não realização do direito ou sua realização de forma deficiente por evidente inadequação ou insuficiência do meio, bem como quando, por erro grosseiro (evidente), o legislador extrapolada a margem de ação normativa; depois (ii) um controle de admissibilidade (*Vertretbarkeitkontrolle*), pela qual, uma vez apresentados critérios objetivos que guiaram a decisão legislativa e as fontes dos dados utilizados de modo a permitir-lhe a fiscalização, admite-se que o legislador está em melhores condições para valorar, no caso, os pressupostos de fato e as consequências da decisão; por fim (iii) um controle intensificado de conteúdo (*intensivierte inhaltliche Kontrolle*), o qual, reservado aos direitos fundamentais mais básicos, admite, tal como o *strict scrutiny* estadunidense, debruçar-se estritamente sobre o conteúdo das escolhas legislativas, aspecto no qual o próprio Tribunal Constitucional Alemão já teria admitido dificuldades em delimitar suas margens de atuação<sup>326</sup>.

<sup>324</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 53-54. Noutro ponto do estudo a autora acrescenta que “Essa ‘teoria constitucional complexa’ destina-se a evitar a ‘petrificação’ no que se refere à leitura e interpretação dos direitos fundamentais no seu conjunto” (Ibid., p. 32)

<sup>325</sup> Ibid., p. 55.

<sup>326</sup> Ibid., p. 57-60, passim.

Ou seja, é de se considerar que o legislador talvez saiba (ou perceba) algo que o julgador não, e vice-versa; bem como, que o legislador razoavelmente interprete de forma que o julgador reconheça possível. Conseqüentemente, admite-se que as conclusões que levaram o legislador a decidir de uma forma, e não de outra, podem não ser necessariamente equivocadas ou ilegítimas. Essas limitações epistêmicas e hermenêuticas se projetam também como uma dificuldade ao julgador, que, de sua parte, caso contrário, cumprirá não só dizer a verdade e o direito como também apontar a possibilidade do legislador ter assim oportunamente se orientado.

Negando, ademais, aos direitos fundamentais sociais a condição de meros apelos ao legislador, normas programáticas, programas, diretivas ou linhas de atuação política, a autora, deparando-se com a problemática envolvendo a determinabilidade e a densidade normativa de dispositivos constitucionais a amparar uma específica pretensão de controle judicial, reconhece que “apenas em casos excepcionais os direitos fundamentais sociais resultam determinados diretamente a partir do texto constitucional”<sup>327</sup>. Não obstante a relevância da atuação legislativa nos demais casos, sua condição de nível legalmente concretizado ou de dimensão originária de direito legal, em nada diminuiria a natureza constitucional dos direitos fundamentais sociais, importando identificar seu conteúdo essencial a partir de análogo atributo de universalidade reconhecido aos direitos, liberdades e garantias. Em reforço, acrescenta que no plano dos direitos fundamentais sociais, a efetividade não se apresentaria como aspecto ulterior do direito, mas como “condição de existência do próprio direito”<sup>328</sup>.

Embora a autora não aprofunde o ponto, é importante observar que a afirmação de uma efetividade como condição *sine qua non* ao próprio reconhecimento de direitos atrai a noção de mínimo de eficácia kelseniano, qual seja, a de que a normatividade se verifica justamente em face da possibilidade de sua violação, oportunidade que tem para demonstrar sua eficácia normativa. Segundo a maravilhosa síntese de Rosmini, transmitida por Miguel Reale, a norma brilha quando é violada<sup>329</sup>. Ou seja, a evidência da existência de um conteúdo normativo eficaz se apresenta *ex post*. Ao mesmo tempo, porém, sua prévia afirmação como direito pelo constituinte não pode ser desprovida de qualquer sentido normativo – notadamente sistêmico e histórico. Em especial, questiona-se: qual seria o sentido normativo que o intérprete deveria atribuir diante da violação de uma norma constitucional que afirma um direito social de conteúdo prestacional? E se fosse um direito de liberdade, estaria ele

---

<sup>327</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 65.

<sup>328</sup> Ibid., p.63-67, passim.

<sup>329</sup> REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p.36.

imune a essa prova de eficácia? Qual o mínimo de eficácia que garante a lógica da sua existência enquanto norma? Para além da mera inconstitucionalidade por omissão (ou do regresso a essa condição), a integração dessa lacuna jurídica desperta, não sem razão, acalorado debate sobre questões para as quais suspeita-se não existir respostas definitivas, desprovidas de especificidade e contexto que lhes permitam um real sentido.

Essa *ditadura* do caso concreto<sup>330</sup> que frequentemente transparece ao fim dos escritos jurídicos não pode, porém, servir ao abandono do exercício criativo de estratégias e modelos teóricos, prestando-se aí a ciência jurídica a subsidiar o desenvolvimento de tecnologias jurídicas que permitam promover, na ordem jurídica de cada contexto, melhores resultados na relação entre meio e fins, formas e funções.

Nesse norte, a respeito da pertinente distinção de Canotilho entre uma reversibilidade fática e uma reversibilidade normativa, o limite fático, segundo arguta observação de Cristina Queiroz, se converteria em uma limitação de tipo normativo segundo o clássico princípio *ultra posse nemo obligatur* – ou seja, ninguém se obriga para além do que pode/possui. A autora reconhece que a distinção muito bem se insere na discussão da reserva do possível, consoante deduzido no aludido voto do Conselheiro Souza e Brito, não se descurando, porém, da própria dimensão epistêmica a que limitados a certo modo e momento o legislador – e porque não dizê-lo, o próprio órgão jurisdicional e a comunidade.<sup>331</sup>

A propósito da irretroatividade referir-se à situação normativa ou ao conteúdo dos bens concretamente considerados, entende pela situação normativa quanto a posições jurídicas constituídas – hipótese em que seria possível uma ponderação concreta: “o problema não está tanto na ‘idoneidade’ ou ‘adequação’ dos meios em face a um fim determinado, ou na sua ‘estrita necessidade’, quanto numa questão de [concretas] ‘alternativas’”<sup>332</sup>.

Leciona Cristina Queiroz que “gozar de um ‘direito subjectivo’ significa ter o poder de pretender perante um outro sujeito um determinado comportamento”, sendo esse dever jurídico relacional o próprio conteúdo da noção de direito subjetivo, que, portanto, “pressupõe uma relação triádica entre um *sujeito*, um *objeto* e um *destinatário*”<sup>333</sup>. Reconhecendo-se a dificuldade em se definir o sujeito, o conteúdo e o destinatário aos direitos fundamentais sociais e, portanto, do grau de vinculação do legislador e mesmo de violação a permitir sua

---

<sup>330</sup> São as palavras e os destaques de Cristina Queiroz: “É que ‘no caso’, deve definir-se, conjuntamente, o ‘conteúdo’ do direito e o ‘universo’ a que este deve ser garantido, para além do ‘nível’, em certo sentido quantitativo, no qual o direito deve resultar protegido”. (QUEIROZ, op. cit., p. 61)

<sup>331</sup> Ibid., p. 73-74.

<sup>332</sup> Ibid., p. 74-75.

<sup>333</sup> Ibid., p. 90.

apreciação judicial, a autora portuguesa aponta para “a posição mínima definitiva” e o princípio da proibição da insuficiência.

No primeiro aspecto, a autora lembra que alguns autores entendem que os direitos fundamentais sociais são tarefas ou deveres constitucionais objetivos não na qualidade de mandatos de otimização em si, mas enquanto pressupostos (sinérgicos<sup>334</sup>) ao exercício real e efetivo dos direitos fundamentais de liberdade<sup>335</sup>. Transitando entre diversos *mínimos* cogitados pela doutrina e pela jurisprudência, afirma – com Viera de Andrade<sup>336</sup> – que, a dignidade da pessoa humana ou a existência condigna não se resume à mera sobrevivência fisiológica e psíquica englobando também o livre desenvolvimento da personalidade e a inclusão social. Esse direito de dignidade encontrar-se-ia, assim, garantido como um direito de defesa sujeito ao regime dos direitos de liberdade, como uma regra insusceptível a ponderação; e não a título de direito fundamental social – ainda que se traduza num direito a prestações estatais positivas<sup>337</sup>. Disso, conclui:

O legislador dispõe, em princípio, de amplas possibilidades de conformação do direito infra-constitucional, e, em especial, para reduzir, ou eventualmente eliminar, um padrão de protecção já alcançado, sem com isso descer aquém do ‘nível mínimo’ de protecção constitucionalmente requerido, e, portanto, sem ofender o princípio da ‘proibição de insuficiência’. Mas existem limites para além dos quais existe uma violação da ‘proibição de insuficiência’. Designadamente, se o legislador suprimir, sem qualquer alternativa ou compensação, acções de tipo negatório, pois daqui poderá resultar uma lacuna de protecção tão massiva ou generalizada, que, neste aspecto, não estaria satisfeita a exigência de uma ‘realização eficiente’ do ‘dever de protecção’ dos direitos fundamentais decorrentes da cláusula do Estado de Direito democrático do artigo 2º da Constituição.<sup>338</sup>

Portanto, diante dos *limites jurídico-funcionais* das relações entre o legislador e o poder judicial, sendo a *função básica* da constituição retirar determinadas decisões da esfera de disponibilidade do processo político-institucional, admitindo os direitos fundamentais não como mandatos de otimização mas como ordem quadro em que o legislador tem liberdade de atuar, a autora distingue, em relação aos direitos fundamentais sociais, dois níveis ou graus do dever de protecção: um primeiro e mais elementar, exercível enquanto direito de defesa, insusceptível de ponderações, atrelado à dignidade da pessoa humana, com prestações que não se resumem à mera sobrevivência fisiológica e psíquica englobando também o livre desenvolvimento da personalidade e a inclusão social; e um segundo, não menos

<sup>334</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 112.

<sup>335</sup> Ibid., p.84-93, passim.

<sup>336</sup> ANDRADE, José Carlos Viera de. O ‘direito ao mínimo de existência condigna’ como direito fundamental a prestações estaduais positivas – Uma decisão singular do Tribunal Constitucional. Anotação ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 509/20, in: Jurisprudência Constitucional, 1 (2004), pp. 21ss, p.29 apud Ibid., p. 95.

<sup>337</sup> Ibid., p.95-100, passim.

<sup>338</sup> Ibid., p. 121.

constitucional, cuja liberdade de conformação legislativa, quando diante de um nível legalmente concretizado de direitos sociais, a supressão de uma prestação estatal sem qualquer alternativa ou compensação, resultar em uma lacuna de proteção tão massiva ou generalizada, que descumpra o dever de proteção por meio de uma proteção insuficiente. Para o primeiro impõe-se questionar se existe um dever de proteção, e para o segundo, qual o mínimo de proteção constitucional admitido.

Dispondo sobre os direitos sociais na história do constitucionalismo, Jorge Reis Novais observa que, embora sejam referência no desenvolvimento teórico e dogmático dos direitos fundamentais como garantias constitucionais, Estados Unidos e Alemanha não fizeram a positivação dos direitos sociais, de modo que, além da pertinente reflexão crítica, se deve anotar que os elementos doutrinários e jurisprudenciais mais significativos no mundo são observados a partir de “experiências constitucionais periféricas, como Portugal, Brasil, Colômbia, África do Sul ou Índia”<sup>339</sup>. Entre as ideias germânicas que boa parte da doutrina não alemã teria absorvido desnecessária ou contraditoriamente (a que chama de contrabando), cita a noção de direitos derivados a prestações e a proibição do retrocesso:

[...] não sendo na Alemanha direitos fundamentais, alguma doutrina alemã inventou, para a proteção dos direitos sociais (isto é, dos *direitos a prestações derivados da lei*) uma nova figura conceptual, o *princípio da vedação de retrocesso*, com o objetivo de conferir maior resistência ou rigidez aos direitos sociais criados pelo legislador ordinário. Mas, por quê recorrer também a este princípio em ordens jurídicas em que os direitos sociais são verdadeiros direitos fundamentais? Para quê e porquê necessitará a doutrina brasileira e sul-americana (tal como alguma doutrina portuguesa dos anos setenta e oitenta do século passado) desta construção quando os direitos sociais têm, nesses países, a natureza e a força própria de direitos fundamentais?<sup>340</sup>

Desta forma, sem “qualquer lugar, justificação ou interesse dogmático em contextos de Constituição com direitos sociais”<sup>341</sup>, não obstante esse acolhimento constitucional, Novais aponta a prática jurisprudencial portuguesa sobre direitos sociais como tímida e escassa por décadas uma vez que só com o Acórdão n. 509 de 2002 “o Tribunal Constitucional português *acordou* da letargia onde se encontrava desde 1984”<sup>342</sup>.

De outro lado, mesmo servindo-se de mecanismos de *paraconstitucionalização* da lacuna quanto aos direitos sociais, a Alemanha teria sido a pioneira no reconhecimento jurisprudencial da existência de um verdadeiro subjetivo originário a prestações estatais em

<sup>339</sup> NOVAIS, **Direitos sociais** [...], op. cit., p. 70-71.

<sup>340</sup> Ibid., p. 72.

<sup>341</sup> Ibid., p. 83.

<sup>342</sup> Ibid., p. 73.

respeito a um mínimo existencial ou de um mínimo humanamente digno de subsistência<sup>343</sup>. Para além disso, somente existiriam lá criações legais cujos pleitos lastreavam-se ou no princípio constitucional da igualdade (relativamente à participação nas prestações atribuídas ou nas instituições e serviços criados), ou, já numa perspectiva de defesa particular do anteriormente adquirido, na proteção da confiança legítima contra eventuais posteriores agressões<sup>344</sup>. Assim, se de um lado haviam os princípios de igualdade e da confiança legítima, de outro, parte da doutrina buscava a garantia de direitos infraconstitucionais pela proibição de retrocesso, já que “não poderia o mesmo legislador ordinário enveredar por posterior regressão, uma vez que a primeira actuação concretizadora do legislador tivera o apoio e a legitimação do princípio constitucional do Estado social”<sup>345</sup>. Note-se o desafio à autorrevisibilidade das opções legislativas.

Não havendo que se questionar acerca da sua natureza jusfundamental dos direitos sociais, afirma que o que se colocou em causa em países como Brasil e Portugal são *construções* acerca de *eventual* diferença de naturezas ou de regimes constitucionais em relação aos direitos de liberdade, o “que, na prática e ao contrário do que fazem com os direitos de liberdade, *entregam* os direitos sociais ao legislador, ou seja, privam-nos de efetividade constitucional”<sup>346</sup> – quando, na verdade, o ônus argumentativo, ao contrário da experiência alemã, seria de quem afirma essa diferença. Aliás, o conteúdo e regime de garantia dos direitos sociais não estariam limitados a um *mínimo social* tal qual os direitos de liberdade não estão a um *mínimo liberal*, sendo desnecessário “um pretense e nebuloso princípio constitucional da proibição do retrocesso social, como se sustenta generalizadamente na doutrina constitucional brasileira,” tanto quanto um princípio constitucional da proibição do retrocesso liberal<sup>347</sup>.

Contudo, não descurando do abismo que separa a legalidade formal da real efetividade, sem criticar a solução germânica de não positivar constitucionalmente direitos sociais (o que teria se dado por sua *especificidade estrutural*), o autor, negando uma “relativização prática do alcance desse reconhecimento”, uma “fundamentalidade qualitativamente distinta” bem como a afirmação de que não se tratariam de verdadeiros

---

<sup>343</sup> NOVAIS, **Direitos sociais** [...], op. cit., p. 234-240, passim.

<sup>344</sup> Ibid., p. 80-81.

<sup>345</sup> Ibid., p. 82.

<sup>346</sup> Ibid., p. 84.

<sup>347</sup> Ibid., p. 84-85.

direitos fundamentais por não configurar direito subjetivo ou não serem justiciáveis<sup>348</sup>, trabalha no sentido de construir uma teoria unitária dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, observa que uma liberdade (e.g. de imprensa) concretamente esvaziado de efetividade social não o torna menos direito nem menos fundamental, de modo que as condições fáticas (notadamente a efetiva disponibilidade de recursos materiais) não obstam o reconhecimento de conteúdo normativo aos direitos sociais<sup>349</sup>.

Se dada sua natureza jusfundamental, os direitos sociais não podem restar destituídos de qualquer normatividade, a indeterminabilidade de seu conteúdo constitucional, inclusive diante das variantes de contexto histórico, leva<sup>350</sup> a reconhecer-se, pelo menos, um mínimo indiscutivelmente garantido. Novais, assim, se depara com um mínimo existencial, entendido por ele como mínimo necessário à existência condigna (já para além da mera existência fisiológica), e um mínimo social, relativo ao conteúdo mínimo ou essencial de cada direito social. Não havendo conteúdo tão constitucionalmente determinado a percutir justiciabilidade plena, observa que mesmo à sobrevivência fisiológica, ainda caberia ao legislador a decisão “sobre os meios da respectiva garantia, isto é, a opção sobre o modo de realização, seja através de prestações materiais, de prestações monetárias ou de prestação de serviços, com a inerente consideração financeira dos custos respectivamente envolvidos”<sup>351</sup>.

Ademais, Novais entende que a criação do direito fundamental ao mínimo existencial enquanto condições mínimas de existência condigna se deve ao Tribunal Constitucional alemão, cuja inicial aceção, em 1951<sup>352</sup>, consistia apenas na faceta negativa e objetiva de não afetar, sobre patrimônio individual, um mínimo necessário à existência condigna (e.g. não tributar). Avançando com cautela, a corte alemã afirmou um direito subjetivo jusfundamental ao mínimo existencial só em 2010, com o caso *Hartz IV* (BVerfGE 125, 175<sup>353</sup>), e com cunho prestacional material e sociocultural dedutível em face do Estado só em 2012 (BVerfGE, 132, 134<sup>354</sup>)— ao passo que em Portugal assim já se afirmava desde o Acórdão 509/2002<sup>355</sup>.

<sup>348</sup> NOVAIS, *Direitos sociais* [...], op. cit., p. 85-86.

<sup>349</sup> *Ibid.*, p.103.

<sup>350</sup> Novais aponta, com razão, que, se o modelo de ponderação de Alexy permite, quanto aos direitos de liberdade, partir de uma máxima proteção seguindo-se de sua delimitação por balanceamentos, os direitos sociais não se permitem partir de um máximo universal, sob pena de manter o Estado em permanente omissão constitucional (*Ibid.*, p.229).

<sup>351</sup> *Ibid.*, p.232

<sup>352</sup> Novais o faz em remissão à lição J. SORIA. “Das Recht auf Sicherung des Existenzminimums, in JZ, 13, 2005, p.644. (*Ibid.*, p.235).

<sup>353</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 125, 175**. *Hartz IV*. 9 februar 2010. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv125175.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>354</sup> *Id.*, **BVerfGE 132, 134**. *Asylbewerberleistungsgesetz*. 18 juli 2012. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv132134.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>355</sup> NOVAIS, *Direitos sociais* [...], op. cit., p. 234-240, passim.

Questionando a compatibilidade e a utilidade desse mínimo existencial em Constituições com direitos sociais expressos, ao não se admitir a substituição destes por aquele, nem reconhecer aquele como mais um destes, aquele poderia ser entendido como garantia do próprio conteúdo ou núcleo essencial destes – um mínimo social de conteúdo não menos relativo e subjetivo. Esse modelo, porém, além de não escapar à polêmica da separação de poderes, teria efeito limitado aos casos extremos, evidentes, para os quais já concorrem direitos fundamentais à vida, à liberdade, ao desenvolvimento da personalidade bem como princípios estruturantes do Estado de Direito tais como da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proibição de excesso ou da proteção da confiança<sup>356</sup>.

Dando a exemplo um direito fundamental à habitação e o reconhecendo em seu *conteúdo mínimo* como o direito a um teto com instalação sanitária, Novais questiona se tudo que fosse legislado além disso estaria fora da proteção jusfundamental; ou se uma vez também previsto o direito do senhorio despejar o inquilino, para o exercício do seu direito fundamental de propriedade, deveria aquele garantir ao inquilino um teto com instalação sanitária sob pena de inconstitucionalidade; ou se poderia o legislador efetivar o direito fundamental à habitação por uma subvenção para aluguel de moradia. Eis a sua resposta:

Note-se que, com isto, não pretendemos que a hipotética lei ordinária que concedia a subvenção para arrendamento seja imutável, que não possa ser desvantajosamente modificada ou até suprimida. O que dizemos é que o direito que ela consagra não é direito derivado a prestação na livre disponibilidade do legislador; é direito fundamental social, está jusfundamentalmente protegido, não num mínimo, mas no seu todo; o direito que ela consagra, tal como acontece com os direitos de liberdade, pode ser restringido, como qualquer outro direito fundamental, mas com justificação suficiente e bastante, e só com base em razões capazes de fazer ceder um direito fundamental.<sup>357</sup>

Como qualquer direito fundamental, a possibilidade de exercício dos direitos sociais ou de algumas de suas dimensões podem “ser condicionas pelo preenchimento de requisitos específicos atinentes a circunstâncias, mas também à integração dos seus titulares em determinadas categorias ou à presença de atributos e qualidades particulares”. Da outra margem, se o dever de respeito a todos os direitos fundamentais compete a Estado e particulares, os deveres de proteção e de promoção cabem especial ou exclusivamente ao Estado, ainda que, excepcional e condicionalmente, este possa delegar sobre particulares alguns de seus aspectos específicos. Essa socialidade do Estado, assim, seria incompatível com um modelo meramente assistencialista ou com o ideal neoliberal de Estado mínimo<sup>358</sup>.

<sup>356</sup> NOVAIS, **Direitos sociais** [...], op. cit., p. 234-254, passim.

<sup>357</sup> Ibid., p. 193-194.

<sup>358</sup> Ibid., p. 208.

Ainda acompanhando a obra de Novais, quando nos anos 1970 se colocou em dúvida “a possibilidade de progredir indefinidamente nos benefícios sociais proporcionados pelo Estado social”, a doutrina alemã, “sem outra referência ou apoio textual”, *inventou* um princípio de proibição de retrocesso social a partir do “pouco denso” princípio constitucional do Estado Social, surpreendendo, mais do que por sua índole “restrita, maximalista e de alcance tão contundente”, pelo sucesso que alçou nas ordens constitucionais que, admitindo direitos fundamentais sociais, não tinham a “necessidade de *invenção* de princípios incertos ou inexistentes e [...] intrinsecamente contraditórios”<sup>359</sup>. A partir disso o autor afirma que, diante de um quadro de “*escassez moderada*, não é judicialmente exigível a realização progressiva dos direitos sociais independentemente da correspondente definição política de prioridades de aplicação dos recursos existentes”<sup>360</sup> – as quais “cabem primária e decisivamente ao legislador democrático e ao poder político instituído”<sup>361</sup> – e que “só uma crença supersticiosa, um optimismo inabalável ou uma concepção determinista da história” lhe dariam alguma plausibilidade”<sup>362</sup>. Mais adiante, aliás, aponta ser contraditória a posição de se aceitar “que dificuldades financeiras justificassem a não concessão imediata de uma determinada prestação, mas, uma vez ela concedida, sê-lo-ia para todo o sempre, mesmo que as dificuldades financeiras fossem posteriormente mais gravosas”<sup>363</sup>. Prossegue assinalando que o princípio “não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio de qualquer critério de simples razoabilidade”<sup>364</sup>, podendo “funcionar como *Leitmotiv* de luta política (*‘ni un passo atrás’*<sup>365</sup>), mas não como princípio jurídico e, muito menos, de valor constitucional”<sup>366</sup>.

Sobre a proibição relativa (retrocessos que só “afectem o *mínimo social*, que afectem o *conteúdo essencial* dos direitos em causa, que sejam *desproporcionados* ou *desrazoáveis*, ou que afectem a *proteção das confiança*, a *igualdade* ou a *dignidade da pessoa humana*”), alega que se aplicam as mesmas objeções da proibição absoluta e que, tal como sustenta Tiago Fidalgo de Freitas, não haveria autonomia dogmática àqueles ouros princípios a justificar sua

<sup>359</sup> NOVAIS, *Direitos sociais* [...], op. cit., p. 254-255, passim.

<sup>360</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>361</sup> *Ibid.*, p. 258.

<sup>362</sup> *Ibid.*, p. 257.

<sup>363</sup> *Ibid.*, p. 371.

<sup>364</sup> *Ibid.*, p. 259.

<sup>365</sup> Em clara referência à obra: COURTIS, Christian (Comp.). *Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales*. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

<sup>366</sup> NOVAIS, *Direitos sociais* [...], op. cit., p. 259.

existência, servindo apenas para obscurecê-los<sup>367</sup>. Ou seja, que os princípios e critérios usados pela proibição relativa (“igualdade, dignidade da pessoa humana, proibição de excesso, proporcionalidade, razoabilidade, proteção da confiança e segurança jurídica, garantia do conteúdo essencial”<sup>368</sup>) correspondem aos “limites constitucionais, próprios de Estado de Direito, que os poderes públicos têm de observar quando restringem direitos fundamentais”<sup>369</sup>, os chamados *limites aos limites* (*schranken der schranken*<sup>370</sup>), não havendo razão para não se recorrer simplesmente à teoria das restrições aos direitos fundamentais – cuja aplicação aos direitos de liberdade está sedimentada sem recurso a argumentos de *proibição de retrocesso liberal* ou *direitos derivados de liberdade*. A única razão, entende ele, seria a recusa, explícita ou implícita, da fundamentalidade aos direitos sociais, mesmo quando expressamente previstos, e, disso, a distinção “formalista e talhante” entre o direito fundamental social e direitos derivados a prestações – outra invenção alemã importada sem a devida filtragem<sup>371</sup>.

Após tantas e severas críticas, para a construção de sua teoria unitária dos direitos fundamentais, importa não a distinção entre liberdade e direito social, mas distinções quanto ao tipo de norma (regra ou princípio), tipo de dever estatal (respeitar, proteger ou promover) e o tipo de estrutural (positiva/ação ou negativa/omissão)<sup>372</sup>. Nesse caminho, porém, ele mesmo afirma que, no controle judicial de eventual violação de um direito positivo, afora a situações em que há norma constitucional com natureza de regra ou suficientemente determinada, “não é facilmente aplicável o padrão de controle típico das restrições aos direitos fundamentais”<sup>373</sup>, já que, se a proibição de excesso não exerce a mesma importância (visto que está a tratar, a rigor, de uma omissão, e não de uma ação), a proibição de insuficiência seria útil apenas para identificar um comando constitucional desatendido, e não a omissão em si, pois, podendo sua realização dar-se por diferentes vias, careceria o poder judicial de aptidão, competência e legitimidade para impor a realização de uma medida específica<sup>374</sup>.

Na solução que propõe, sobre direito social enquanto direito positivo (ou seja, ainda por fazer), entende que a margem de decisão política pode ser indiretamente/lateralmente diminuída pelos “chamados *guardas de flanco* dos direitos sociais, como sejam o princípio da

---

<sup>367</sup> Novais refere “TIAGO DE FREITAS, ‘O princípio da proibição de retrocesso social’ in Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcelo Caetano, II, p.280 et seq.” (NOVAIS, **Direitos sociais [...]**, op. cit., p. 259-260).

<sup>368</sup> Ibid., p. 263 e p.133.

<sup>369</sup> Ibid., p. 260-261.

<sup>370</sup> CANOTILHO, **Direito constitucional [...]**, op. cit., p.452.

<sup>371</sup> NOVAIS, **Direitos sociais [...]**, op. cit., p. 261-262

<sup>372</sup> Ibid., p. 13, 337 e 388.

<sup>373</sup> Ibid., p. 380.

<sup>374</sup> Ibid., p. 372-388, passim.

proibição do excesso, o princípio da proteção da confiança e, sobretudo, o princípio da igualdade”<sup>375</sup>. – o que, contudo, manteria sem saber quando a omissão de determinada prestação social é, em si mesma, inconstitucional<sup>376</sup>. A partir disso, Novais sugere uma cisão do princípio da proibição de insuficiência em duas máximas ou subprincípios. O primeiro é o subprincípio da realização do mínimo, pelo que há um *mínimo social*, identificado com o princípio da dignidade da pessoa humana (em sentido pleno e não só o *mínimo existencial*), que não cedem perante quaisquer outros valores (conteúdo absoluto), mas que são relativizados pelos níveis de desenvolvimento econômico e moral da sociedade, admitindo-se a hipótese de severa penúria econômica inabilitando tal garantia – o que também se sujeita a controle judicial. Nesse contexto, admite que não ser “possível estabelecer fronteiras rígidas e nítidas que marquem o espaço que o poder judicial pode frequentar sem risco de violação do princípio da separação de poderes”, aspecto no qual a jurisprudência contribui como “um fator não negligenciável de construção e interiorização social daquilo que uma sociedade entende como exigência de uma vida com dignidade”<sup>377</sup>. O segundo, o de razoabilidade, que, independente do conteúdo do direito, volta-se à “avaliação das consequências que a omissão estatal causa na esfera particular dos afectados” em relação a “padrões de um Estado de Direito social”, a fim de fazer uma “comparação com os efeitos que seriam previsivelmente gerados com uma outra actuação estatal de prestação objectivamente comportável no quadro dos recursos e disponibilidades do Estado”<sup>378</sup>.

Já na solução para o controle de constitucionalidade sobre direito social enquanto direito negativo (oponível ao Estado ou outros particulares), propõe ele que, para além dos deveres estatais de respeito e proteção (aos quais aplicável o mesmo regime das liberdades), aos deveres estatais de promoção de direitos sociais deve-se reconhecer dogmaticamente o *mínimo social* como parâmetro de identificação de eventual restrição, ainda que não implique fronteiras rígidas, e, uma vez tendo o legislador atuado na conformação do conteúdo do direito, identificar a afetação negativa a esses direitos como restrição ao direito fundamental (eliminando a implícita e equivocada recusa à natureza de direitos fundamentais representada pela categoria de *direitos derivados a prestações*)<sup>379</sup>. A propósito da reserva do (financeiramente<sup>380</sup>) possível, não sendo exclusivo dos direitos sociais (ainda que imanescentes a

---

<sup>375</sup> NOVAIS, *Direitos sociais* [...], op. cit., p. 391.

<sup>376</sup> *Ibid.*, p. 392.

<sup>377</sup> *Ibid.*, p. 393-395, *passim*.

<sup>378</sup> *Ibid.*, p. 396-397, *passim*.

<sup>379</sup> *Ibid.*, p. 397-401, *passim*.

<sup>380</sup> Segundo Novais, uma vez que todos os direitos fundamentais (liberais e sociais) se encontram limitados à razoabilidade e proporcionalidade, a reserva do possível seria *imanescente* aos direitos sociais, já que, tanto no

eles)<sup>381</sup>, diz ser argumento que tem peso jurídico só “quando invade o próprio conteúdo de alguns direitos, faculdades, pretensões ou garantias jusfundamentais no sentido de que o direito só foi constitucionalmente consagrado tendo em conta esse condicionamento”, de modo que esse alcance determina a própria violação (ou não) do direito em causa<sup>382</sup> (*ultra posse nemo obligatur*<sup>383</sup>). Ou seja, o próprio acolhimento constitucional, expresso ou implícito, de direitos teria se dado sob reserva das disponibilidades financeiras do Estado, excetuando-se apenas os casos em que a própria Constituição “impõe a realização de dimensões particulares desses direitos em termos definitivos, absolutos, inequivocadamente determinados” – exceção fora da qual o argumento financeiro é oponível, sendo juridicamente sindicável, quanto a pertinência dessa justificação, a competência do ente público sobre os recursos e a relevância do argumento no caso posto (inadmitidas discussões sobre existência ou disponibilidade dos recursos ou o mérito político na sua alocação em respeito à separação de poderes)<sup>384</sup>. Superada eventual oposição do argumento da reserva do possível, parte-se para um controle mais denso por via dos princípios constitucionais estruturantes, ou seja, os *limites aos limites*, da mesma maneira em que as restrições a demais direitos fundamentais<sup>385</sup>.

Nessa seara, destaque-se:

[...] a observância do princípio da dignidade da pessoa humana, na dimensão específica já referida e que se traduzia na sua utilização como fundamento para a delimitação de um mínimo constitucionalmente exigível na sua dimensão negativa; os princípios da igualdade e da proteção da confiança, tal como, de resto, eram já utilizáveis, com grande alcance prático, na dimensão positiva dos direitos sociais; e, com importância decisiva, tanto aqui como no controlo das restrições aos direitos de liberdade, o princípio da proibição de excesso, nas suas várias dimensões, agora plenamente aplicáveis por se tratar de controlo de acção restritiva: as máximas ou subprincípios da aptidão da indispensabilidade, da proporcionalidade, da razoabilidade – na aplicação específica já evidenciada na dimensão positiva dos direitos sociais – e também, ainda que com menor aplicabilidade no domínio dos direitos sociais, o subprincípio da determinabilidade.<sup>386</sup>

Ademais, faz remissão a outras obras, dentre as quais, a sua “As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição”, onde, investigando em qual medida o legislador está limitado ao efetivar limitações aos direitos fundamentais<sup>387</sup>, afirma que “só um certo tipo de normas jusfundamentais podem ser diretamente aplicáveis”, quais

---

âmbito fático (existência de recursos) quanto jurídico (competência orçamentária) a questão restringir-se-ia a uma “reserva do financeiramente possível” (NOVAIS, **Direitos sociais [...]**, op. cit., p. 93).

<sup>381</sup> Ibid., p. 95.

<sup>382</sup> Ibid., p. 131.

<sup>383</sup> Ibid., p. 92.

<sup>384</sup> Ibid., p. 131-132.

<sup>385</sup> Ibid., p. 403 e 133.

<sup>386</sup> Ibid., p.403-404.

<sup>387</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010, p.728

sejam os direitos, liberdades e garantias pessoais enunciados no Título II da Constituição portuguesa quando efetivamente assim demandados na condição de direitos de liberdade subjetivados<sup>388</sup>. Disso, acerca dos limites aos limites (art.18, n.2), enfoca os princípios da reserva de lei, da igualdade, da proibição de excesso e da proteção da confiança, neste último destacando, em atenção ao item 3 do artigo 18, tópico específico sobre a proibição da retroatividade das leis restritivas<sup>389</sup> - onde, porém, não realiza maiores desenvolvimentos.

Essa abordagem restritiva, além de gerar uma certa perplexidade pela ampliação dos casos de ineficácia imediata no bojo de uma proposta de teoria unitária dos direitos fundamentais, coloca Novais em contradição quando alegou não existir uma proibição de retrocesso liberal nem um mínimo liberal – a qual, diga-se desde já, só não comportou maiores discussões porque está expressamente e inequivocamente prevista na constituição, refletindo séculos de conquistas do liberalismo político. Curiosamente, também não repete contra o constituinte as pesadas críticas feitas aos adeptos da proibição de retrocesso senão em nota, onde, sempre sob uma ideia de proibição absoluta, nega aos direitos sociais “qualquer imposição juridicamente vinculante”, mesmo diante da ação do legislador ordinário, acompanhando Canotilho apenas quando este considera uma limitação da reversibilidade dos *direitos adquiridos* – já aí, porém, por “violação ao princípio da confiança ou da segurança jurídica próprios do Estado de Direito”<sup>390</sup>.

Em parte, as perplexidades apontadas são justificadas no prefácio à segunda edição, onde, esclarecendo ter mantido o texto original, anterior à citada obra “Direitos Sociais”<sup>391</sup>, reconhece que “apesar de a obra ter como objeto as restrições aos ‘direitos fundamentais’”, é fato “ela incidir quase exclusivamente sobre os direitos de liberdade, e, nestes, na sua dimensão de direitos negativos”<sup>392</sup>. A ressalva, porém, não modifica o fato de que tratou ele de uma proibição de retrocesso liberal no contexto de restrições a direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição, não obstante afirme a existência de um regime unitário. É certo que, coerentemente, o inseriu no contexto de um princípio da proteção da

---

<sup>388</sup> NOVAIS, *As restrições [...]*, op. cit., p.145-153, passim.

<sup>389</sup> *Ibid.*, p. 816-819.

<sup>390</sup> *Ibid.*, p. 138.

<sup>391</sup> A obra “As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição” é a dissertação apresentada a provas de doutoramento de Jorge Reis Novais na Faculdade de Direito de Lisboa, defendida em março de 2003. Quando a segunda edição dessa obra foi publicada em junho de 2010, a primeira edição do “Direitos Sociais”, de março de 2010, continha um Capítulo V denominado “Os Direitos Sociais na Ordem Jurídica Portuguesa”, a que o autor remete, naquela segunda edição, maiores desdobramentos sobre as restrições aos direitos fundamentais sociais. Porém, na ora consultada segunda edição da obra “Direitos Sociais”, de janeiro de 2017, houve uma grande revisão e reformulação que acabou levando ao desaparecimento do Capítulo V.

<sup>392</sup> NOVAIS, *As restrições [...]*, op. cit., p. 2.

confiança, mas, nesse contexto, reconheceu alguma pertinência da expressa disposição constitucional no sentido de que as restrições “não podem ter efeito retroactivo”<sup>393</sup>.

Nesse passo, afirma que uma lei restritiva com retroatividade autêntica, pela gravidade dos efeitos, é, desde logo, inconstitucional por violação ao princípio da proteção da confiança e, sendo limitada às situações passadas, uma ofensa ao carácter geral e abstrato exigido na primeira parte do item 3 do artigo 18 da Constituição portuguesa. Afirma, porém, que, conquanto gere uma presunção de inconstitucionalidade, tal proibição não é definitiva nem absoluta, admitindo “ponderação entre os interesses da segurança jurídica, da previsibilidade e da proteção da confiança dos cidadãos”. Já para a retrospectividade (ou reatratividade inautêntica), entende que a não consolidação da situação jurídica restringida diminui o peso dos interesses relativos à segurança jurídica e à proteção da confiança: “a proibição perde o seu sentido autónomo ou, no mínimo, apresenta uma menor intensidade normativa”, limitando-a a casos excessivos ou arbitrários e identificando-a, novamente, com aquele “mínimo de certeza e de segurança que as pessoas devem poder depositar na ordem jurídica de um Estado de Direito, mas que é susceptível de cedência face a interesses, princípios ou valores que, no caso, apresentem maior peso”, o princípio da proteção da confiança<sup>394</sup>. Ou seja, Novais reconhece a existência de uma proibição de retrocesso, ainda que relativa e no trato exclusivo dos direitos, liberdades e garantias enquanto efetivos direitos de liberdade subjetivados, dissolvendo-o completamente, porém, no princípio da proteção da confiança e em outros princípios estruturais.

Não há dúvida de que sua posição constitui importante crítica a ser enfrentada por quem quer que venha a se debruçar sobre o tema em questão – o que se fará mais adiante.

Jorge Miranda, com a 5ª edição de seu Manual de Direito Constitucional publicada a partir de 2012, revela sua vantagem temporal logo ao introduzir a questão em debate:

1 – Ao contrário do que fizemos na 3ª edição deste tomo, em que havíamos introduzido um princípio de não retorno de concretização das normas de direitos económicos, sociais e culturais, estimamos, desde a 4ª edição, que ele não tem autonomia, por (como já dissemos) estar conexo com o princípio da tutela da confiança e, sobretudo, com o princípio da reserva do possível. E, por outro lado, deixamos de o ligar à proibição de retrocesso social, pelos equívocos que a ideia tem gerado.<sup>395</sup>

Desta posição privilegiada, recapitula os posicionamentos da doutrina portuguesa sobre o ponto, dividindo-os como favoráveis (Gomes Canotilho, David Duarte, Cristina

<sup>393</sup> PORTUGAL. *Constituição* [...], op. cit.

<sup>394</sup> NOVAIS, *As restrições* [...], op. cit., p. 818-819, passim.

<sup>395</sup> MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV: Direitos Fundamentais, 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 485.

Queiroz), críticos (Manuel Afonso Vaz, Jorge Reis Novais, José Alexandrino) e os que, afastando ou rejeitando a ideia de proibição de retrocesso, acolhem alguma salvaguarda à concretização legislativa aos direitos sociais (João Caupers, Vasco Pereira da Silva, Rui Medeiros, Jorge Pereira da Silva, Vieira de Andrade, Tiago Fidalgo de Freitas e Paulo Otero). Também considera alguns acórdãos da corte constitucional lusitana, antes de afirmar que, uma vez cumprido o dever de legislar na concretização de normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, o legislador fica obrigado a não suprimir tal legislação, ou seja, não pode retornar à condição de omissão constitucional – situação esta que deriva da própria força normativa da Constituição. Desta forma, essas normas concretizadoras não tem sua força elevada à condição constitucional, não adquirem nenhuma consistência específica, nem prevalecem sobre as demais normas ordinárias, de modo que “o legislador, de acordo com os critérios provenientes do eleitorado, pode adotar outros modos e conteúdos de concretização”, inclusive “ora mais socializantes ora mais liberalizantes (insistimos)”.<sup>396</sup>

Propõe, assim, que, uma vez que os direitos econômicos, sociais e culturais se encontram sujeitos à reserva do possível, suas normas concretizadoras também estão, de forma que destas, quando favoráveis as condições econômicas, se deve extrair o máximo de satisfação; quando desfavoráveis, as prestações adequadas ao nível de sustentabilidade; e quando em escassez ou em exceção constitucional (estado de sítio ou emergência), sua suspensão até que restabelecida a normalidade. Como ele mesmo resume: “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório”. Em todo caso, mesmo diante de um estado de necessidade económico-social (ponto em que cita Gilberto Bercovici), deve sempre “ser garantido um conteúdo mínimo de direitos e o mínimo material de subsistência imposto pela dignidade da pessoa humana”<sup>397</sup>.

A posição é tão abertamente adepta da vinculação legal que, reconduzindo a questão toda sob a reserva do possível, mal consegue esconder o contingencial e indeterminado conteúdo da própria noção de reserva do possível – matéria essa a que o autor dedica apenas duas páginas do mesmo Tomo IV de seu manual e onde se destaca a opinião de que cabe aos órgãos políticos e legislativos (e não aos da administração nem aos tribunais) “a apreciação dos fatores económicos para uma tomada de decisão quanto às possibilidades e aos meios de efetivação dos direitos”<sup>398</sup>. De outro lado, o conteúdo mínimo (ou essencial) e a dignidade da pessoa humana tornam a surgir como balizas indeclináveis, sendo que, na sequência, após

---

<sup>396</sup> MIRANDA, op. cit., p. 485-494.

<sup>397</sup> Ibid., p. 494-496.

<sup>398</sup> Ibid., p. 484.

afirmar que o Estado social não equivale a um Estado mínimo nem a um Estado marxista, reconhece que “a fronteira entre necessidades básicas e outras necessidades não é nunca rígida, nem definitiva” dependendo “dos estágios de desenvolvimento económico, social e cultural e da situação do país”<sup>399</sup> – o que reconduz às opções político-legislativas.

Na temática, de destaque também são as posições defendidas por Catarina Santos Botelho. Quanto à fundamentalidade dos direitos sociais, sem descuidar da sua componente idiossincrática e histórico-política, a autora entende que da positivação constitucional não se retira mais do que o efeito retórico de atizar a consciência jurídica dos cidadãos, já que a proteção e efetivação dos direitos depende mais de questões jurídico-políticas do que de problemáticas jurídico-teóricas – ao que lembra existirem países sem um rol de direitos fundamentais sociais com condições de bem-estar social elevados<sup>400</sup>.

Nesse sentido, admite que, conquanto todos os direitos comportem custos, em termos de grau de comparação a onerosidade é mais evidente nos direitos sociais, sofrendo estes de um déficit de aplicabilidade e justiciabilidade pela indeterminação de seu conteúdo<sup>401</sup>. Não obstante, afastando-se de uma simples interpretação a *contrario sensu* do n. 1 do art.18 da Constituição portuguesa, reconhece ela alguma força normativa com aplicabilidade imediata a tais direitos, não por força de analogia, mas por uma interpretação relacional dos direitos fundamentais e um princípio da unidade da Constituição<sup>402</sup>. Não aceita, contudo, uma tese unitária dos direitos fundamentais em atenção à livre e democrática opção distintiva do constituinte originário português, que, evitando perenizar “direitos que dependem de uma conjuntura económica favorável que, como sabemos, é difícil de garantir *ad aeternum*”<sup>403</sup>, já teria feito muito ao trazer um vasto e generoso catálogo expresso de direitos sociais<sup>404</sup>. Nessa linha, embora reconheça o direito a um mínimo de existência condigna resultante do princípio da dignidade da pessoa humana, a autora se apressa em esclarecer que tal não significa a admissão de um conteúdo mínimo dos direitos sociais de modo inflexível<sup>405</sup> – ainda que sejam eles cruciais no constitucionalismo contemporâneo, endógenos à condição de cidadão e inerentes à lógica comunitária: “se a comunidade não o deve absorver, cerceando a sua

---

<sup>399</sup> MIRANDA, op. cit., p. 497-499.

<sup>400</sup> BOTELHO, op. cit., posição 16733.

<sup>401</sup> Ibid., posição 16693.

<sup>402</sup> Ibid., posição 16733.

<sup>403</sup> Ibid., posição 16815.

<sup>404</sup> Ibid., posição 16852.

<sup>405</sup> Ibid., posição 16893.

individualidade ou funcionalizando-o, também é certo que a condição de cidadão implica a partilha de responsabilidades sociais (contrato ético de cidadania)”<sup>406</sup>.

Lembrando que o *Estado-Prestador* vê-se financeiramente incapaz de promover no todo ou em parte o bem-estar social desde o quarto final do século XX, Catarina afirma que mais recentemente “a (in)sustentabilidade geracional do sistema de pensões tem servido de mote para aqueles que apregoam a morte do Estado social”, havendo quem invocasse até um novel princípio de “*in dubio* pro medidas anti-crise”. Disso discorda argumentando tratar-se de mais uma *metamorfose* de imprevisíveis resultados face as *propriedades camaleônicas* do Estado social, cuja menor intervenção e disponibilidade financeira não significam menor empenho social. Nesse passo, observa que o conceito germânico *Vorbehalt des Möglichen oder der Venunftigen* (reserva do possível ou do razoável) tem sido interpretado de modo restritivo (enquanto *reserva do financeiramente possível*) e relegado às opções político-legislativas<sup>407</sup> - ao que alerta:

[...]os *fatores económicos não podem ser sobrevalorizados* ou aperar como uma espécie de ‘bode expiatório’ de uma ineficiente promoção dos direitos sociais (e até dos direitos fundamentais como um todo). Em boa verdade, o *fator institucional* não pode ser de descurar, porquanto, v.g., a eficiência administrativa sempre exigirá que se reduza ao máximo o desperdício, que se combata eficazmente a corrupção, o ‘Estado-paralelo’, entre tantos outros fatores.<sup>408</sup>

Ou seja, mesmo quando a controvérsia não estabelece sobre as bases de uma impossibilidade financeira, o fator econômico pode ser reconduzido por via de apelos à eficiência e/ou economicidade administrativa – o que reintroduz o interesse e a possibilidade da sindicabilidade judicial.

Sobre a *tese* da proibição de retrocesso social ou a *teoria* da irreversibilidade, diz compreender que “a maior capacidade prestacional de um grande número de Estados [...] deu uma projeção acrescida e conferiu aos cidadãos expectativas quanto à contínua melhoria do apoio prestacional do Estado”, mas que não se constitui como princípio jurídico-constitucional, podendo operar alguma utilidade jurídica, para além de mote de luta política, em constituições sem direitos sociais:

<sup>406</sup> BOTELHO, op. cit., posição 17081.

<sup>407</sup> Ibid., posição 16974.

<sup>408</sup> Ibid., posição 16974. Aliás, no mesmo ponto propõe um princípio de hermenêutica jurídica *in dubio pro justitia socialis* sob pena de nos defrontarmos com uma “Constituição sombra: que se aplica, de forma paralela e desregulada, nos tempos de crise económica (constitucionalismo de exceccionalidade)” a par de uma Constituição integral para os tempos de normalidade constitucional. Trata-se de uma proposta no mínimo curiosa para lidar com o que, melhor delineado, Gilberto Bercovici denomina Estado de Exceção Económico ou, ainda, Estado de Exceção Permanente (BERCOVICI, **Constituição e estado** [...], op. cit.).

Em acréscimo, não existe nenhuma garantia de que o Estado seja capaz de assegurar a prestação integral de uma enorme panóplia de direitos sociais, a todas as pessoas e *aere perennius*, sem sobrecarregar o orçamento e conseguindo cumprir outras obrigações estatais. É importante salientar a ‘liberdade constitutiva e a autorrevisibilidade’ como características endógenas à função legislativa, sendo imperativo existir uma abertura a todas as opções políticas que se movam dentro do marco constitucional.

Não serão precisos dons adivinhatórios especiais para apreender que a proibição do retrocesso e a obrigação de progressividade, quando levadas ao limite e sem qualquer tipo de matização, assentam na perspectiva errónea ou na ilusão de que vivemos emergidos num festim dionísio de bens e recursos disponíveis. Tal não só não é verdade como acaba por ser irresponsável, mormente quanto à gestão eficiente que deles deve ser feita em ordem a preservar a qualidade de vida e o bem-estar da geração atual e daqueles que nos sucederão. Dizia já o princípio clássico: *ultra posse nemo obligatur* (ninguém pode ser obrigado para além do que pode fazer, ou, neste contexto, não pode buscar-se aquilo que não existe).

A par de óbvios sinais de saturação dogmática, não se justifica uma autonomização do princípio da proibição do retrocesso. Em sintonia, a jurisdição constitucional tem associado a violação da proibição do retrocesso à violação de outros princípios, tais como o princípio da proporcionalidade, da proteção da confiança legítima, tantas vezes parecendo que o TC apenas invoca proibição da *reformatio in pejus* por uma lógica de adesão/referência à jurisprudência anterior, acabando por afastar este princípio e centrar o seu julgamento nos outros princípios acima referidos.

A nosso ver, não se compreende a necessidade de se estar continuamente a falar sobre um princípio que não só está morto como também nunca existiu enquanto princípio jurídico-constitucional, pois não é compaginável com uma Constituição consagradora de direitos fundamentais sociais. É, quanto a nós, tempo de direcionar esforços jurisprudenciais e doutrinários na análise de outros princípios jurídico-constitucionais que – estes sim – resultam vertidos na nossa Constituição ou dela se retiram por interpretação: a proteção da confiança, a igualdade, a reserva do possível, o mínimo para uma existência condigna, e a justiça intergeracional. [...].<sup>409</sup>

Na solução que propõe, Catarina parte da preciosa observação de que “a fronteira entre a jurisdição e a política não está no *objeto*, mas sim no *fundamento* de suas decisões”. Disso, de um lado assume “que a Constituição é uma ‘decisão política’ que delimita opções políticas do legislador, que tem ‘efeitos políticos’ e é ‘garantida politicamente’ e, de outro, que todo Estado de Direito é também um ‘Estado «jurisdicional» de Direito” na linha de que a matéria constitucionalmente atribuída ao controle da jurisdição constitucional não pode deixar de ser decidida. Assim, se “a Constituição é aquilo que o juiz diz que ela é’ [...] o contrário é também verdade, pois se os juízes não estão preparados para a ‘defender’ (*to speak for it*), então a Constituição não é nada”<sup>410</sup>. E sintetiza:

O mérito da jurisdição constitucional é precisamente o de *dar vida à Constituição*, no sentido de a permitir adaptar-se às mudanças da realidade constitucional, mas sem admitir que esta se afaste dos seus compromissos fundamentais. [...].<sup>411</sup>

<sup>409</sup> BOTELHO, op. cit., posição 17011.

<sup>410</sup> Ibid., posição 17045. Na formidável formulação de Zagrebelsky: “Em resumo: a constituição não diz, somos nós que a fazemos dizer” (ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Miguel Carbonell (trad.). Torino: Minima Trotta, 1996, p. 88, tradução nossa).

<sup>411</sup> BOTELHO, op. cit., posição 17045.

Nesse ínterim, não obstante observar um certo equilíbrio entre autocontenção e ativismo judicial na jurisprudência constitucional portuguesa em relação aos direitos sociais, verifica “algumas contradições internas (ou quiçá, tentativas de compromisso) nos Acórdãos”. Ademais, se “opções políticas discutíveis” ou “medidas gravosas para os contribuintes” não implicam necessariamente em inconstitucionalidade, uma vez estando “em causa a própria *sallus publica* do Estado, não se nos afigura admissível deixar a proteção dos direitos fundamentais exclusivamente nas mãos do legislador” – pelo contrário, “é precisamente nesta fase difícil que se comprova a necessidade de uma jurisdição constitucional”<sup>412</sup>:

O Tribunal Constitucional deve inovar quando é preciso e ser conservador também quando for necessário. Urge afastar as tendências da opinião pública que classificam de ‘conservadora’ (num sentido pejorativo) ou de ‘ativista’ (como estando a assumir as dores de um determinado partido político) a atuação da jurisdição constitucional. Não haverá um meio-termo? É por esses motivos que o Tribunal Constitucional, como órgão de soberania, com legitimidade democrática indireta, deve tentar alhear-se de todo o ‘ruído’ à volta das suas decisões e os seus magistrados deverão assumir aquilo que foi designado como ‘dever de ingratidão’ (*devoir d’ingratitude*) perante o partido político que os tenha indicado.<sup>413</sup>

Portanto, sem se prestar a esconder ou mitigar uma faceta política da atuação jurisdicional, Catarina aponta para a necessidade do tribunal constitucional afastar-se da opinião pública e dos partidos políticos, mesmo os de base, para inovar quando é preciso e conservar quando for necessário.

Assim, distinguindo-se a jurisdição como *locus* de fundamentação jurídica (e não política), segundo se extrai da exposição da autora, uma atuação inovadora ou conservadora do tribunal constitucional acerca dos direitos fundamentais sociais em tempos de crise não deve mais ser pautada por uma *tese* de proibição de retrocesso, mas inovada de modo a ser resolvida a partir de princípios jurídico-constitucionais da proteção da confiança, da igualdade, da reserva do possível, do mínimo para uma existência condigna, e da justiça intergeracional.

Trata-se de uma formulação que aponta para a substituição de um critério de caráter considerado político (avanço/retrocesso) por outro, que toma em referência não um juízo político-jurídico (tal como a própria separação de poderes) sobre a atuação do magistrado ou tribunal em relação à Constituição ou demais poderes constituídos (ativista/conservador), mas uma distinção interna (sem adesão a opinião pública ou a partidos políticos) que o órgão jurisdicional faz em face do seu próprio histórico de atuação (inovação/conservação).

---

<sup>412</sup> BOTELHO, op. cit., posição 17045.

<sup>413</sup> Ibid., posição 17049-17081.

Nesse rumo, Catarina registra que a jurisprudência da crise<sup>414</sup> em Portugal possui uma clara linha evolutiva, iniciando com uma “adesão à retórica da crise” em favor da ação legislativa, seguida de uma “matização desta posição” apontando para uma redução da tolerância jurisdicional, e, por fim, dando por superado o argumento da crise, recuperando uma lógica de normalidade constitucional<sup>415</sup>. Não se investiga aí se o Tribunal Constitucional aderiu ou obstou avanços ou retrocessos, nem se foi ativista ou conservador no seu exercício jurisdicional em relação aos demais poderes ou aos atributos das disposições constitucionais (eficácia, justiciabilidade, força normativa etc.). Questiona-se tão somente se em relação à sua própria atuação o órgão jurisdicional conservou uma linha de atuação, ou, pelo contrário, de alguma forma inovou, rompendo com as expectativas dos seus observadores.

Essa observação que se faz da conduta do Tribunal Constitucional pode também ele fazer de si mesmo, permitindo-lhe decidir, de modo mais consciente (reflexivo), inovar quando assim entender preciso e conservar quando assim achar necessário. Uma decisão que, consoante se observada da crítica da autora portuguesa, pode significar inclusive o abandono de construções sedimentadas, como a proibição de retrocesso, e/ou a adoção ou ênfase de outros instrumentos.

Para além desses destacados exemplos da repercussão e desenvolvimentos da doutrina e jurisprudência portuguesa acerca do princípio de proibição de retrocesso social, a compreensão atual sobre o tema (bem como da expansiva exposição ultimada por Canotilho) parece não se fazer adequada sem ter em vista as implicações que se deram também na doutrina e na jurisprudência do contexto nacional. Isso, obviamente, sem prejuízo das construções doutrinárias e jurisprudenciais em outros países, como Alemanha, França, Itália, Espanha, África do Sul, Colômbia etc. – as quais, como já assinalado, infelizmente não possuem lugar no presente estudo, bastando a experiência portuguesa como intermediária imediata. Parte-se, assim, para o estudo dos desenvolvimentos nacionais.

### 3.2.2 Brasil

---

<sup>414</sup> Outros julgados que fazem parte desse conjunto são, a exemplo, o acórdão n. 396/11, que reconheceu a constitucionalidade da redução temporária das remunerações do setor público, incluindo o presidente da república, ministros, deputados, juizes, governadores, cargos eletivos regionais e locais etc. (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 396/11** [...], op. cit.) e o acórdão n. 353/12, que afirmou a inconstitucionalidade da suspensão do pagamento de subsídios de férias e de Natal ou a prestações correspondentes a 13º e/ou 14 salário às pessoas legalmente indicadas por violação do princípio da igualdade, porém, modulou os efeitos da decisão nos termos do art. 282, n. 4 da constituição (PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 353/12**. Processo n. 40/12. Relator: Cons. João Cura Mariano, 2012. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Acesso em: 20 fev. 2020)

<sup>415</sup> BOTELHO, op. cit., posição 17081.

Como já enfrentado em tópico progressivo, a que nos remetemos para maiores considerações, um dos primeiros e principais escritos sobre a proibição de retrocesso no Brasil constitui artigo publicado em 1999 por Ingo Wolfgang Sarlet<sup>416</sup>. Sua produção, porém, não se manteve estagnada, dedicando o autor à temática importante parte de sua *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cuja edição de 2018, resgata e desenvolve vários aspectos à luz de desenvolvimentos havidos nesse período. Um primeiro aspecto consiste em tratar, no âmbito de proteção dos direitos fundamentais em face de suas restrições (âmbito de proteção, limites e limites aos limites dos direitos fundamentais) a proibição de retrocesso ao lado do poder de reforma constitucional – opção metodológica que justifica por comodidade de continuar o tratamento que sempre havia dispensado, por ainda haver polêmica sobre sua existência e localização<sup>417</sup> e porque “pela sua relevância no âmbito do debate constitucional atual, ainda mais no Brasil, a abordagem em momento distinto e posterior [...] viabiliza uma análise mais detida e compreensível do tema, sem prejuízo das necessárias conexões com os outros tópicos”<sup>418</sup>.

Introduzindo sua exposição ressalta que “importa ter sempre presente a premissa de que a problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica”, estando há muito enraizada no pensamento constitucional contemporâneo “a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio e *num certo sentido* – um Estado da segurança jurídica”. Nesse sentido aponta que a corte constitucional alemã reiterou (BVerfGE, 105/73<sup>419</sup>) a proteção do particular em face de leis

---

<sup>416</sup> SARLET, *O Estado Social [...]*, op. cit.

<sup>417</sup> Quanto à sua autonomia, informa que a tese de Jorge Reis Novais deve ser levada a sério e destaca vínculos com outros princípios feitas por Cristina Santos Botelho (SARLET, *A Eficácia dos [...]*, op. cit., p. 470-473).

<sup>418</sup> *Ibid.*, p. 403-404.

<sup>419</sup> O julgado é deveras interessante quando afirma, por exemplo: que por razões de proteção de expectativas legítimas, uma alteração da tributação das pensões só pode produzir efeitos depois que um período transitório mais longo expirar, e, ao fazê-lo, deve-se garantir que não haja bitributação; que, uma vez considerada por especialistas financeira e sistematicamente incorreta a forma de tributação atual, estudos mostraram que uma transição de 35 anos cumpre os critérios de acessibilidade de proteção de expectativas legítimas; que embora do reconhecimento de inconstitucionalidade da norma se siga geralmente o dever do legislador reformar retroativamente a posição jurídica, isso pode se dar de modo diferente, tendo o tribunal constitucional repetidamente justificado isso no interesse de um planejamento financeiro e orçamentário confiável e da avaliação de regularidade administrativa por períodos mais amplos; que estando uma redução retroativa dos benefícios tributários sobre as pensões de seguridade social fora de questão por razões constitucionais, será tarefa do legislador decidir sobre um modelo de solução, no contexto de um amplo espectro de alternativas de reforma que foram preparadas há muito tempo, e estruturá-lo logicamente; que tanto no caso de decisões fundamentais que fazem pouco sentido quanto em termos de tipo e nível de disposições transitórias que protegem a confiança, o escopo da ação legislativa não é ilimitado; que o legislador poderá orientar-se em cálculos economicamente especializados e que também estão abertas outras áreas legislativas de tomada de decisão para equilibrar os requisitos de uma orientação consistente do imposto de renda com a eficiência econômica dos contribuintes e as necessidades de soluções simples, praticáveis e economicamente sólidas.

retroativas de modo a evitar que o cidadão “venha a ter frustrada a sua confiança na ordem jurídica, já que segurança jurídica significa, em primeira linha, proteção de confiança, que, por sua vez, possui hierarquia constitucional”. Assim, para além de um direito fundamental, a segurança jurídica constitui-se princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito, correspondendo em si “apenas uma das dimensões de um direito geral à segurança”, que abarca os direitos à segurança pessoal e à segurança social<sup>420</sup>.

Escorado na lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, enquanto uma das mais profundas aspirações do ser humano, a segurança jurídica, pela garantia de certa estabilidade das relações e da própria ordem jurídica, viabiliza os projetos de vida, vinculando-se, assim, umbilicalmente à dignidade da pessoa humana, que não estará respeitada quando diante de “um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas”. A própria proteção aos direitos fundamentais e humanos só é possível com um mínimo de segurança jurídica<sup>421</sup>.

Tomada em sentido amplo, Sarlet vê a noção de proibição de retrocesso abarcando tanto medidas retroativas (no que observa, entre nós, a garantia constitucional do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada, de demais restrições a atos e ações legislativas diante de direitos fundamentais bem como proteções contra ação do constituinte reformador) quanto medidas que, não obstante prospectivas, pelo poder público, relevam-se retrocessivas. Afirmando, assim, sobre essas últimas uma noção de proibição de retrocesso em sentido estrito e reconhecendo não se tratar de situação restrita à esfera dos direitos fundamentais sociais<sup>422</sup>, Sarlet alerta que não se deve confundir o problema da concretização legislativa dos direitos fundamentais com a questão mais ampla da manutenção dos níveis gerais (materiais) de proteção social alcançados no âmbito do Estado Social, tratando-se, sim, de investigar se, como e em que medida os direitos fundamentais sociais (não restritos aos de cunho prestacional) podem ser assegurados contra supressões ou restrições.<sup>423</sup>

Nessa linha, em que pese a determinação do conteúdo dos direitos fundamentais sociais dependam de intervenção legislativa e sua liberdade de conformação abarque a autonomia para voltar atrás no que diz respeito às suas próprias decisões, essa liberdade está

---

(ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 105, 73**. Pensionsbesteuerung. 6 März 2002. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv105073.html>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>420</sup> SARLET, A **Eficácia dos [...]**, op. cit., p. 452.

<sup>421</sup> Ibid., p. 453.

<sup>422</sup> Com razão, registra que, diferentemente das constituições ibéricas, a Constituição de 1988 não diferenciou regime jurídico entre direitos de defesa e direitos sociais a prestações (Ibid., p. 469).

<sup>423</sup> Ibid., p. 454-458.

“limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas”. Entende Sarlet que “estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição” ao se admitir a “ausência de vinculação mínima do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social”, não se admitindo um esvaziamento da eficácia jurídica das normas constitucionais e nem se opondo, no âmbito do núcleo essencial mínimo judicialmente exigível dos direitos a prestações para uma vida condigna, a reserva do possível, o princípio democrático ou a separação de poderes.<sup>424</sup>

Enquanto princípio constitucional implícito, Sarlet elenca oito fundamentos<sup>425</sup>:

Do princípio do Estado democrático e social de Direito, que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o qual necessariamente abrange a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo de um modo geral;<sup>426</sup>

Também sustenta: a dignidade da pessoa humana inviabiliza medidas que fiquem aquém de uma existência condigna; o princípio de máxima efetividade (CR/88, art.5º, §1º), “necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais; e as previsões constitucionais expressas em face de medidas retroativas (e.g. CR/88, art.5º, XXXVI) “não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica” (CR/88, art.5º, caput)<sup>427</sup>. Prossegue:

O princípio de proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (além de sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas;<sup>428</sup>

Ademais, os órgãos estatais vinculam-se não só “às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores” – algo que, na Alemanha, lembra, é discutido em termos bastante restritivos sob a ideia de vinculação sistêmica do legislador. Outrossim, aduz que negar a proibição de retrocesso seria admitir uma liberdade do legislador ainda que em contrariedade à expressa vontade do constituinte, sendo uma de suas funções principais “impedir a recriação de omissões legislativas, ainda que tal função não corresponda, é preciso

<sup>424</sup> SARLET, **A Eficácia dos [...]**, op. cit., p. 462-464.

<sup>425</sup> Ibid., p. 465-467.

<sup>426</sup> Ibid., p. 465.

<sup>427</sup> Ibid., p. 465-466.

<sup>428</sup> Ibid., p. 466.

ênfatizar, a integralidade das [suas] consequências jurídicas”. Por fim, como o sistema de proteção internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais “impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados”<sup>429</sup>.

Neste contexto, conclui que o Estado “não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade”. Uma proibição que, não obstante a força dessa sua defesa, não é absoluta em face da peculiar autorrevisibilidade das opções legislativas, sendo indispensável a reavaliação dos meios utilizados para a realização dos fins estatais, razão pela qual, como princípio, não estando sujeito à lógica do tudo ou nada, a discussão transitaria em torno da amplitude de proteção<sup>430</sup> – aspecto no qual adiante admite, até mesmo, a eventualidade “de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto”<sup>431</sup>.

Segundo propõe, sem enumerar, alude pressupostos ou critérios necessários. Além do já apontado núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, com o qual não se confunde, há de se atender a um mínimo existencial decorrente da dignidade da pessoa humana – que, por sua vez, não equivale ao mínimo vital enquanto mera garantia de sobrevivência física ou de exercício das liberdades fundamentais. Também entende dever ser vista qualquer medida restritiva em termos de direitos sociais como “medida ‘suspeita’ e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade”, sujeita a um controle de proporcionalidade entre outras exigências – dentre as quais vai ênfaticamente enfatizar a isonomia e a proteção da confiança, que, junto com a proporcionalidade (tanto como proibição de excesso quanto proibição de proteção insuficiente), “exigem a adoção não apenas de regras razoáveis de transição, mas também a imposição de soluções suficientemente diferenciadas e proporcionais mesmo no âmbito interno das regras de transição”<sup>432</sup>.

Adicionalmente, ao longo de toda sua exposição, Sarlet reúne diversos trabalhos que, com maior ou menor especificidade, com diferentes graus de aprofundamento, independente do status acadêmico, fornecem boa amostra das abordagens realizadas desde então no Brasil e em Portugal. Uma colheita bibliográfica que também foi realizada praticamente à exaustão por José Vicente dos Santos Mendonça em artigo publicado logo na virada do milênio, ao que se apontava a parca produção nacional e o pouco aprofundamento – sobretudo quando

---

<sup>429</sup> SARLET, **A Eficácia dos [...]**, op. cit., p. 466-466.

<sup>430</sup> Ibid., p. 467-468.

<sup>431</sup> Ibid., p. 471.

<sup>432</sup> Ibid., p. 471-476.

comparada à portuguesa e à alemã<sup>433</sup>. Não obstante tenha havido desde então um evidente incremento na pesquisa nacional (a par, obviamente, da portuguesa), é de se considerar que uma revisão bibliográfica exaustiva das produções dedicadas ao assunto, tanto em Portugal quanto no Brasil, não se impõe como requisito essencial à consecução dos objetivos do presente estudo, senão naquilo que atualmente se logra identificar como inovação ao que é redundante – o que não deixa de ser um desafio na sociedade de (volume de) informação.

Nessa linha, Mendonça, negando a vedação de retrocesso enquanto modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais – como aponta fazer Ana Paula de Barcellos (eficácia vedativa de retrocesso) – afirma-o como princípio constitucional implícito, que, distinto de uma dimensão histórico-teleológica que se queira dar ou de qualquer apelo político, juridicamente comporta duas acepções: uma *genérica*, fundado na eficácia e força normativa da constituição, que invalida a revogação da norma infraconstitucional que confere eficácia a ditame constitucional; e uma *específica*, que, sobre os princípios do Estado Social e do Estado de Direito, na modalidade da proteção da confiança, enquanto objetivo dever de proteção e eficácia defensiva de direitos prestacionais, é aplicável apenas ao regime dos direitos fundamentais sociais quando em face de uma redução dos padrões de efetivação desses direitos pela via legislativa infraconstitucional. Sobre sua aplicação, diante do problema *estrutural* de extração de direitos subjetivos a partir da baixa densidade normativa de direitos fundamentais sociais prestacionais, e do problema *conjuntural* do economicamente possível, seria “guiada, à vista do caso concreto, por um juízo ponderativo filtrado pelo princípio da dignidade da pessoa humana no seu núcleo de mínimo existencial”<sup>434</sup>.

Ademais, Mendonça aponta aquela que teria sido a primeira manifestação de que se tem registro acerca da aplicação da proibição de retrocesso no Supremo Tribunal Federal. Trata-se do voto do ministro relator Sepúlveda Pertence na ADI 2.065/DF, distribuída em 20/09/1999, em face do artigo 17 da Medida Provisória n. 1.911, de 27/08/1999, que, revogando artigos das Leis n. 8.212 e 8.213, simplesmente extinguiu o Conselho Nacional de Seguridade Social (CNSS) e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Aduziu-se, para tanto, a violação do artigo 194, inciso VII, da Constituição, por retirar desses conselhos, nas esferas federal, estadual e municipal, “suas competências constitucionais de também participar e assim influir na gestão da Seguridade Social e, especificamente, da

---

<sup>433</sup> De semelhante varredura se ocupou Derbli (DERBLI, op. cit., p.166-197). Ademais, em apresentação, Sarlet elogia a ampla pesquisa bibliográfica em língua portuguesa e espanhola realizada por Luísa Cristina Pinto e Netto (PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 18)

<sup>434</sup> MENDONÇA, op. cit., p. 234-235.

Previdência Social”; e violação do artigo 246 da Constituição, por acabar regulamentando dispositivo constitucional via medida provisória. Do relator, colhe-se o argumento:

[...] quando, já vigente a Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.<sup>435</sup>

Conforme ressalta, não se trata de “emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição”. Pode o legislador substituí-la por outra com igual função, o que não pode é o “retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária”. Na sequência, avançando sobre o pedido cautelar, afirma que tanto a redação anterior quanto aquela que foi dada pela EC 20/98 “só concretiza a exigência de democratização do sistema, ao impor a participação, além do governo, de trabalhadores, empregadores e aposentados na direção dos organismos colegiados de seguridade social”. Ou seja, a supressão da expressão “participação da comunidade, em especial de trabalhadores, empresários e aposentados” equivaleria ou se substituiria, sem prejuízo, à “gestão quadripartite, com participação de trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do governo nos órgãos colegiados”<sup>436</sup>.

Cuida-se de situação muito parecida à do acórdão 39/84 da corte constitucional portuguesa<sup>437</sup>, mas que, aqui, acabou não sendo conhecido ao argumento majoritário de que se trataria de violação reflexa à constituição, não sendo cabível a ação direta de

<sup>435</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 2065/DF**. Processo n. 0003778-80.1999.0.01.0000. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 17 fev. 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>436</sup> Entendendo pela existência de prejuízo, em nota acima, já se apontou a posição de Strapazzon (STRAPAZZON, op. cit., p. 796). Mais recentemente, por liminar deferida em parte na ADI 6.121/DF, o §2º do artigo 1º do Decreto n. 9.759/2019 (BRASIL. **Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019**. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm). Acesso em: 20 fev. 2020), na redação dada pelo Decreto n. 9.812/2019 (Id., **Decreto n. 9.812, de 30 de maio de 2019**. Altera o Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019, que extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9812.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9812.htm). Acesso em: 20 fev. 2020), teve sua eficácia suspensa quanto à extinção de colegiados da administração pública federal direta, autárquica e fundacional cuja existência conste em lei em sentido formal. Pelo deferimento total da liminar, suspendendo também a eficácia do artigo 5º do mesmo Decreto, os Ministros Fachin e Barroso sustentaram a aplicação do princípio da vedação do retrocesso, o primeiro em relação à restrição ao direito de participação popular e o segundo porque a generalizada extinção não permitiria o teste de proporcionalidade em sentido estrito quanto ao aludido princípio sobre colegiados atinentes a direitos sociais, como a Comissão Nacional de Erradicação do Trabalho Escravo. (Id., Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 6121MC/DF**. Processo n. 0021125-71.2019.1.00.0000. Relator: Min. Marco Aurélio, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>437</sup> Assim também registra Derbli (DERBLI, op. cit., p. 189).

inconstitucionalidade. Isso faz questionar, se acaso uma medida provisória do executivo ou uma lei de pertinente hierarquia e devido processo legislativo viesse hoje a simplesmente revogar toda a lei de benefícios da previdência social (Lei n. 8.212) ou mesmo a lei de ações e serviços de saúde (Lei n. 8.080), se o STF repetiria o entendimento acima esposado. Fato é que, diferente do caso lusitano, os apontados Conselhos não possuíam expresso assento constitucional, de modo que, se inconstitucionalidade houve, esta, a princípio, poderia se atribuir à EC 20/98 ao argumento de que a participação “em especial” de trabalhadores, empregadores e aposentador tornou-se exclusividade ao lado do governo e “em órgãos colegiados”, sugerindo um déficit democrático em relação à formulação anterior<sup>438</sup>.

Com quase uma década após artigo de Mendonça, Sarlet elogia a ampla pesquisa bibliográfica em língua portuguesa e espanhola realizada por Luísa Cristina Pinto e Netto, que entende que o princípio de proibição de retrocesso, implícito nas ordens constitucionais brasileira e portuguesa, fica adstrito ao núcleo essencial dos direitos sociais, o que, todavia, sem implicar sua irrestringibilidade, admitem (uma vez que princípio ponderável, e não regra absoluta de proibição <sup>439</sup>) proporcional intervenção, desde que, racionalmente fundada, demonstre que: não esvazia nem diminui a eficácia prestacional do núcleo essencial do direito social; insere-se como política pública adequada às tarefas constitucionalmente previstas; é um meio apto a atingir ao fim constitucionalmente legítimo visado; é a alternativa menos gravosa para o direito social, para o sistema de direitos fundamentais e para o sistema constitucional; considera a intensidade da restrição ao direito social em relação ao bem objetivado; coaduna-se com a igualdade, segurança jurídica e com a proteção da confiança; está voltada ao aproveitamento pleno e otimizado dos recursos disponíveis; conforma-se, segundo as normas aplicáveis, à participação social na definição de políticas públicas<sup>440</sup>. Conforme esclarece, tais parâmetros decorrem, além da vinculação do princípio ao núcleo essencial do direito social, da proporcionalidade em sentido amplo e seus subprincípios, da igualdade e da segurança jurídica, da democracia participativa e do planejamento e gestão racional e eficiente dos recursos (não só financeiros) do Estado<sup>441</sup>.

Outro autor brasileiro que vincula a proibição de retrocesso exclusivamente aos direitos sociais é Felipe Derbli, cuja obra mereceu menção do Ministro Luiz Fux na ADC 42/DF<sup>442</sup>, na ADI 4350<sup>443</sup> – onde, contudo, não se aferiu violações – e na ADI 4.543 MC/DF,

---

<sup>438</sup> Nessa linha crítica: STRAPAZZON, op. cit., p. 796.

<sup>439</sup> PINTO E NETTO, op. cit., p. 196.

<sup>440</sup> Ibid., p. 216-217.

<sup>441</sup> Ibid., p. 218-219.

<sup>442</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADC n. 42/DF [...], op. cit.

onde, em adesão à relatoria, afirmou tratar-se de “um moderno princípio informativo material do Direto Constitucional”<sup>444</sup>. Do autor, ademais, se destaca a defesa do caráter dirigente da Constituição em face do papel decisivo do Estado no combate à opressão e na realização da justiça social. Caráter este que, através da máxima efetividade (art.5º, §1º), redundando no comando de não retroceder na densificação das normas constitucionais, e, juntamente com o objetivo de progressiva redução das desigualdades regionais e sociais e à construção de uma sociedade livre e solidária formam (art.5º, §2º, art.7º, caput, art.3º, I e III, art. 170, caput e VII e VIII) traz os fundamentos pelos quais é possível reconhecer um princípio de proibição de retrocesso social. Negando, ademais, uma modalidade genérica e outra específica a partir de tipologias de normas constitucionais, conclui ser possível ao legislador uma *reformatio in pejus* “mediante um juízo de proporcionalidade, suficiente para prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alçado o consenso básico na sociedade”<sup>445</sup>.

Publicado em 2007, o livro de Derbli, além da ADI 2.065/DF, cita uma segunda oportunidade em que se defendeu no STF a aplicação do princípio de proibição do retrocesso: trata-se do voto do Ministro Celso de Mello, que, vencido, na ADI 3.105/DF entendeu pela inconstitucionalidade integral do artigo 4º da EC n. 41/2003 que passou a prever, de imediato, a contribuição por servidores inativos e pensionistas. Ao final de suas considerações, lembrou manifestação do Ministro Carlos Britto que, em sessão recente da corte, acerca das cláusulas pétreas, acentuou que estas ““não cumprem uma função conservadora, mas, sim, impeditiva de retrocesso, ou seja, garantem o progresso...”, advertindo [...] que ‘o progresso então obtido é preciso ser salvaguardado’”<sup>446</sup>. Aliás, sem prejuízo de outras referências mais breves, Celso de Mello arrazoou de modo muito semelhante no STA n. 175 AgR<sup>447</sup>, no ARE 745.745

---

<sup>443</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 4350/DF**. Processo n. 0774320-76.2009.1.00.0000. Relator: Min. Luiz Fux, 23 out. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020. Reiteradas menções ao voto do Ministro Luiz Fux são feitas em atenção à sua afirmação de que “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”. Vladimir Brega Filho lembra que em outras oportunidades (ADC 29, ADC 30 e ADIN 4578) o Ministro Luiz Fux afirmou que, pelo princípio da proibição de retrocesso, “seria inconstitucional a redução arbitrária do grau de concretização legislativa de um direito fundamental”, sem, contudo, ser o caso de sua aplicação (BREGA FILHO, **Proibição [...]**, op. cit., p.117).

<sup>444</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 4543 MC/DF**. Processo n. 9353187-16.2011.1.00.0000. Relator: Min. Cármen Lúcia, 19 out. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>445</sup> DERBLI, op. cit., p.298.

<sup>446</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 3105/DF**. Processo n. 0004950-18.2003.0.01.0000. Relator: Min. Ellen Gracie, 18 ago. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>447</sup> Id., **STA n. 175 AgR/CE**. Processo n. 0005936-30.2007.0.01.0000. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 mar. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

AgR/MG<sup>448</sup>, no ARE n. 727.864 AgR/PR<sup>449</sup>, no ARE 581.352/AM<sup>450</sup>, e no ARE n. 639.337 AgR, Deste último, do qual foi relator, extrai-se da ementa:

[...]. A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados. [...].<sup>451</sup>

A partir do julgamento da ADI 3.105/DF, Mario de Conto seguiu investigando manifestações do STF<sup>452</sup> a respeito do direito adquirido e da noção de (ir)retroatividade que lhe é correlata, pesquisa a partir da qual constata que, com raras exceções, o instituto do direito adquirido não é ponderado ao lado dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança. De um dos julgados mais relevantes que aponta, a ADI 605-MC, extrai-se:

[...]. É plausível, em face do ordenamento constitucional brasileiro, o reconhecimento da admissibilidade das leis interpretativas, que configuram instrumento juridicamente idôneo de veiculação da denominada interpretação autêntica. [...] O princípio da irretroatividade "somente" condiciona a atividade jurídica do Estado nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição, em ordem a inibir a ação do poder público eventualmente configuradora de restrição gravosa (a) ao 'status libertatis' da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao status subjectionis do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) a "segurança" jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI). Na medida em que a

<sup>448</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ARE n. 745745 AgR/MG**. Processo n. 3494148-31.2007.8.13.0024. Relator: Min. Celso de Mello, 2 dez. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>449</sup> Id., **ARE n. 727864 AgR/PR**. Processo sem número único. Relator: Min. Celso de Mello, 4 nov. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>450</sup> Id., **ARE n. 581352 AgR/AM**. Processo sem número único. Relator: Min. Celso de Mello, 29 out. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>451</sup> Id., **ARE n. 639337 AgR/SP**. Processo sem número único. Relator: Min. Celso de Mello, 23 ago. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020. Vale aqui consignar que, embora também constante da ementa do STA 223 AgR, a referência à proibição de retrocesso não se fez presente no teor do acórdão. (Id., **STA n. 223 AgR/PE**. Processo n. 0001018-46.2008.0.01.0000. Relator: Min. Ellen Gracie, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020)

<sup>452</sup> Especificamente: a ADI 493 (Id., **ADI n. 493/DF**. Processo 0000620-95.1991.0.01.0000. Relator: Min. Moreira Alves, 25 jun. 1992. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020), o RE 394661 AgR (Id., **RE n. 394661 AgR /RS**. Processo sem número único. Relator: Min. Carlos Velloso, 20 set. 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020), o MS 24872 (Id., **MS n. 24872/DF**. Processo n. 0001150-45.2004.0.01.0000. Relator: Min. Marco Aurélio, 30 jun. 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020) e a ADI 605MC (Id., **ADI n. 605 MC/DF**. Processo n. 0001805-71.1991.0.01.0000. Relator: Min. Celso de Mello, 23 out. 1991. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020).

retroprojeção normativa da lei "não" gere "nem" produza os gravames referidos, nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo. As leis, em face do caráter prospectivo de que se revestem, devem, "ordinariamente", dispor para o futuro. O sistema jurídico-constitucional brasileiro, contudo, "não" assentou, como postulado absoluto, incondicional e inderrogável, o princípio da irretroatividade. A questão da retroatividade das leis interpretativas.<sup>453</sup>

A partir de manifestações do tipo, Mario de Conto critica que, pelo uso de diversos conceitos para um viés objetivado do instituto do direito adquirido, se torna possível lesão aos direitos fundamentais. Sobre o ponto e sua relação com a proibição de retrocesso aclara:

Nesse contexto [cumprimento das promessas da modernidade], surge a ideia da dupla face do princípio da proporcionalidade e da proibição da proteção deficiente. Dito de outro modo, tal proibição surge da constatação de que o Estado deve intervir, ativamente, em prol da consecução dos Direitos Fundamentais Sociais (garantismo positivo). Em decorrência da proibição da proteção deficiente, surge a ideia de que o Estado deve se abster de atentar contra os Direitos Fundamentais implementados, seja através de atos administrativos ou de legislação que venha a atingir o núcleo fundamental de tais direitos. Dessa forma, considerado em seu viés negativo, o Princípio da Proibição Deficiente importa na vedação ao Estado de atentar contra Direitos Fundamentais Sociais implementados. É essa ideia que leva à constatação da existência de um Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Dessa forma, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, ponderado com os princípios da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança, procura ser um mecanismo de proteção aos Direitos Fundamentais em face de medidas de cunho retrocessivo. Rompe-se, nesse sentido, com uma visão objetificada do instituto do Direito Adquirido que acaba por manifestar-se como um entrave metafísico à proteção aos Direitos Fundamentais.

A partir dos pressupostos da Hermêutica Filosófica, considerou-se que a Segurança Jurídica que o Estado Democrático de Direito visa conferir às relações sociais não se exaure nas categorias conceituais do 'Direito Adquirido' e que a postura metafísica da Dogmática Jurídica leva, muitas vezes, à utilização do instituto do 'Direito Adquirido' a consubstanciar-se em uma 'capa de verdade', onde todas as situações que não subsumam ao seu conceito estariam desprotegidas pelo sistema.

Nesse sentido, à noção de Estado de Direito é inerente a ideia de garantir a segurança das relações sociais. Mesmo que não expressamente positivados na Constituição Federal, os Princípios da Segurança Jurídica, da Proteção da Confiança e da Proibição do Retrocesso Social têm por escopo a realização do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, possibilitando ao cidadão as condições mínimas para o exercício da cidadania e de uma vida digna.<sup>454</sup>

Semelhante aproximação parece realizar Marcelene Ramos ao considerar que eventual afetação por comprovada incapacidade material estatal, além de não poder aniquilar o conteúdo essencial do direito, também não faz frente ao direito adquirido, no que ressalva que mesmo o direito regulado infraconstitucionalmente que não se constitua direito adquirido deve ter sua proteção (e sua consequente proibição de retroceder) deduzida "do princípio

<sup>453</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI n. 605 MC/DF [...], op. cit.

<sup>454</sup> CONTO, Mario de. **O princípio da proibição do retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p.146.

constitucional democrático e de seus corolários: princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança” – algo que estaria mais próximo aos portugueses dos que aos brasileiros<sup>455</sup>.

Ademais, segundo Vladimir Brega Filho, o princípio de proibição de retrocesso social, “fundado na força normativa da Constituição e nos princípios da confiança e da segurança jurídica, impede que os direitos sociais venham a ser arbitrariamente diminuídos pelo legislador”<sup>456</sup>. Assim, se de um lado se “exige do intérprete um compromisso com a concretização dos direitos estabelecidos em uma Constituição”, de outro “o cidadão faz escolhas em sua vida que não podem ficar à mercê da vontade momentânea dos governantes”, pelo que explicita: “muitas vezes as pessoas fazem opções relacionadas à carreira, à saúde, à educação, entre outros direitos sociais, imaginando um cenário estável. Perdem em alguns momentos, para ganhar em outros”<sup>457</sup>. Ao que acrescenta a seguinte lição de Novais:

Os particulares têm não apenas o direito de saber com o que podem legitimamente contar por parte do Estado, como também o direito a não verem frustradas as expectativas que legitimamente formaram quanto à permanência de um dado quadro ou curso legislativo, desde que essas expectativas sejam legítimas, haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado e os particulares não possam ou não devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso do desenvolvimento legislativo normal.<sup>458</sup>

Sem obliterar a liberdade de conformação do legislador ou afirmar-se qualquer direito social como absoluto, admite Brega Filho, “em situações extremas e justificadas”, diminuição desses direitos mediante alternativas e compensações – desde que não ultrapassado o limite do núcleo essencial do direito. Não obstante, tanto a definição desse núcleo quanto a afirmação da inconstitucionalidade por retrocesso proibido só são possíveis no caso concreto<sup>459</sup>. Em última análise, considerando estar o Brasil ainda na luta para a efetivação dos direitos sociais, pondera que “não há como retroceder naquilo que sequer se efetivou”<sup>460</sup>.

Segundo Eduardo Cambi, o princípio da proibição de retrocesso pode ser extraído da garantia fundamental do devido processo legal em sentido substancial (tal como a proibição

---

<sup>455</sup> Mais explicitamente: “o constitucionalismo portuguesa parece mais favorável no que versa sobre a aplicação do princípio da proibição de retrocesso com base na subjetivação prévia jusfundamental, bastando a vigência de lei regulamentadora do direito fundamental para impedir a superveniência de lei que a modificando, retire a exequibilidade dos direitos fundamentais nela consagrados. (RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva Ramos. **Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental**: aplicabilidade. Curitiba: Juruá, 2009, p.114). Aqui vale recordar a lição de Cristina Queiroz pela qual se revela que o que no Brasil se denomina direito adquirido, extraído estrita e diretamente da constituição, é em Portugal trabalhado sob a noção de direito subjetivado ou de sua caracterização como direito subjetivo público. (QUEIROZ, op. cit., p. 104.)

<sup>456</sup> BREGA FILHO, **Proibição [...]**, p. 121.

<sup>457</sup> Ibid., p.107-108.

<sup>458</sup> NOVAIS, **As restrições [...]**, op. cit., p. 263.

<sup>459</sup> BREGA FILHO, **Proibição [...]**, p. 121.

<sup>460</sup> Ibid., p.122.

de excesso e proibição de insuficiência), da noção de Estado Democrático de Direito (CR/88, art.1º), do princípio da segurança jurídica (CR/88, art.5º) e da cláusula pétrea contida no art.60, §4º, IV da CR/88<sup>461</sup>. Observa que a infeliz nomenclatura pode “ser substituída por outros conceitos derivados dos princípios da segurança jurídica ou da proteção da confiança”<sup>462</sup>. Ademais, uma vez que a Constituição é um quadro normativo aberto e não pode ser visto como programa de governo, que regula de forma exaustiva as situações e fatos políticos, a “proibição de retrocesso não é absoluta, não servindo para engessar a argumentação e os espaços democráticos, mas apenas para assegurar condições materiais básicas para o exercício democrático de todos”<sup>463</sup>. Além do postulado da proporcionalidade, qualquer ação legislativa, administrativa ou judicial que implique algum retrocesso “deve ser motivada pela comprovação da existência de alternativas ou compensações, bem como de que todos os recursos públicos disponíveis foram aplicados”, estando desde logo submetida a uma presunção de inconstitucionalidade, de modo a transferir ao poder público o ônus de comprovar a razoabilidade e proporcionalidade da medida. Entende, ademais, aplicável o princípio nas relações privadas, ou seja, na dimensão horizontal dos direitos fundamentais<sup>464</sup>.

Prosseguindo com as decisões do STF, noutro caso, a ADI 4543 MC/DF, concedendo, à unanimidade, a medida cautelar de suspensão ao artigo 5º da Lei n. 12.034/2009, que implantava o voto impresso a partir das eleições de 2014, a relatora Ministra Cármen Lúcia aduziu entre suas ponderações um princípio da proibição de retrocesso político:

[...]. Com maior frequência adotado no âmbito dos direitos sociais pode-se ter como também aplicável aos direitos políticos, como é o direito de ter o cidadão invulnerado o segredo do seu voto, que ficaria comprometido pela norma questionada.

[...]

O princípio democrático (art.1º da Constituição brasileira) garante o voto sigiloso, que o aperfeiçoamento do sistema nacional adotado, sem as alterações do art. 5º da Lei n. 12.034/09, propicia. A alteração do processo conduz à desconfiança que é o contrário do que o sistema democrático constitucional impõe. Ao invés da confiança, o regime previsto no art. 5º ora em questão gera a desconfiança no sistema eleitoral. E desconfiança é próprio das ditaduras, não é garantia de democracia. Um sistema que se vem mostrando seguro e eficiente poderia vir a ter quebrantada esta referência de impessoalidade se prevalecesse o artigo questionado.<sup>465</sup>

Ayres Britto afirmou aplaudir a tese de que a Constituição, no artigo 60, § 4º, inciso II, proíbe o retrocesso – o que informa ter defendido em sua Teoria da Constituição, que cita:

<sup>461</sup> CAMBI, op. cit., p. 229.

<sup>462</sup> Ibid., p. 228.

<sup>463</sup> Ibid., p. 229.

<sup>464</sup> Ibid., p. 231-232.

<sup>465</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI n. 4543 MC/DF [...], op. cit..

[...]. "Tais cláusulas [as pétreas] operam, em verdade, como garantia do avanço então obtido. Como penhor de não-retrocesso das conquistas jurídicas a que democraticamente se chegou [...]".

Não podia ser diferente porque as cláusulas pétreas, em última análise, revelam e garantem a identidade da Constituição. Elas são os mais expressivos traços fisionômicos da Constituição. Então, elas – repito - revelam e garantem a identidade da Constituição. E, ao erigi-las assim a cláusulas intangíveis ou imodificáveis, ou irreformáveis, a Constituição revela uma estima ou apreço por si mesma, dizendo que se trata de uma Constituição pra valer, de sorte a inculcar na população o que Conrad Hesse, no livro *A Força Normativa da Constituição*, tão bem-prefaciado pelo Ministro Gilmar Mendes, chamou de sentimento de Constituição. É preciso que o povo tenha um sentimento de Constituição; tenha apreço, estimo, admiração pela sua Constituição; seja reverente a ela e até grato a essa Constituição, que realmente faz no Brasil a mais avançada democracia coincidir com o mais entranhado humanismo.<sup>466</sup>

Em seguida, Gilmar Mendes após ressalva sobre o ponto alegando temer que as leis consideradas boas passem a integral o conceito constitucional. Em debate, afirmou seu objetivo de destacar que estão a julgar o direito positivo, de modo que, com a publicação da ementa, ninguém “estará citando isso como um critério definitivo, inclusive, de interpretação” constitucional. Nesse âmbito, alegou que “Portugal pagou um preço altíssimo, por exemplo, para adentrar a Comunidade Europeia, quando fez a própria revisão de cláusulas pétreas”, e que, “se mais direitos houvesse, mais haveria direitos revogados nesse contexto”. Conclui sua ressalva ao emprego do princípio (ainda que *obiter dictum*) fazendo alusão ao Legislador:

[...]. Na medida em que esses modelos que consideramos positivos passam a ser insuscetíveis, eventualmente, de revisão, estamos diminuindo a chamada discricionariedade legislativa, porque, de alguma forma, pelo menos pela feição hermenêutica, como eu disse, isso passa a integrar o parâmetro de controle.<sup>467</sup>

A referência à proibição de retrocesso não constou da ementa do julgado.

Sobre o direito sucessório (e, portanto, sem implicação imediata em direitos prestacionais pelo Estado), constituindo Tema de Repercussão Geral sob n. 809, no RE 878.694/MG, o STF acordou que ser ilegítimo, para fins sucessórios, distinguir a família formada pelo casamento e a formada por união estável, padecendo de inconstitucionalidade o art. 1790 do Código Civil, que, ao revogar as Leis n.s 8.971/94 e 9.278/96, “entra em contraste com os princípios da igualdade, da dignidade humana, da proporcionalidade como vedação à proteção deficiente, e da vedação do retrocesso”. Nesse julgado, vencidos Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli, este divergiu especificamente quanto ao tema em apreço ao argumento de que “a proibição do efeito “catraca” ou cliquet tem aplicação somente quando a restrição ao direito fundamental ultrapassa o limite de seu núcleo essencial,

<sup>466</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADI n. 4543 MC/DF [...], op. cit.

<sup>467</sup> Ibid.

o que não é a hipótese em questão”. Lembrando os estudos de Edson Fachin, Barroso resume: “a Constituição não hierarquizou as famílias; a legislação equiparava a companheira e a esposa, e o Código Civil produz um retrocesso nesse tratamento jurídico equiparado, dizendo que a mulher casada vale mais do que a companheira para fins de sucessão”<sup>468</sup>.

Como bem previu Vladimir Brega Filho<sup>469</sup>, também o advento do Novo Código Florestal foi enfrentado à luz da temática junto à Suprema Corte – em duas oportunidades. Na ADI 4717/DF<sup>470</sup>, a relatora Ministra Cármen Lúcia, após transitar brevemente pela doutrina especializada<sup>471</sup> e registrar que Nota Técnica apontou redução percentual de algumas áreas de unidades conservação, conclui que as alterações promovidas ofenderam o princípio da proibição de retrocesso socioambiental por atingirem o núcleo essencial do direito fundamental ao meio ambiente ecologicamente equilibrado (CR/88, art.225) – parte em que, sem declarar nulidade, a ação foi julgada procedente. De discussão bem mais ampla, apesar do destaque dado ao argumento, a violação do princípio de proibição de retrocesso ambiental não foi reconhecida na ADC 42/DF, restando assim ementada:

11. Por outro lado, as políticas públicas ambientais devem conciliar-se com outros valores democraticamente eleitos pelos legisladores como o mercado de trabalho, o desenvolvimento social, o atendimento às necessidades básicas de consumo dos cidadãos etc. Dessa forma, não é adequado desqualificar determinada regra legal como contrária ao comando constitucional de defesa do meio ambiente (art. 225, caput, CRFB), ou mesmo sob o genérico e subjetivo rótulo de retrocesso ambiental, ignorando as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interesses conflitantes por meio de regras gerais e objetivas. [...]19. O Princípio da vedação do retrocesso não se sobrepõe ao princípio democrático no afã de transferir ao Judiciário funções inerentes aos Poderes Legislativo e Executivo, nem justifica afastar arranjos legais mais eficientes para o desenvolvimento sustentável do país como um todo. 20. A propósito, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal demonstra deferência judicial ao planejamento estruturado pelos demais Poderes no que tange às políticas públicas ambientais. No julgamento do Recurso Extraordinário n. 586.224/SP (Rel. ministro Luiz Fux, julgamento em 05/03/2016), [...]. Afastou-se, assim, a tese de que a norma mais favorável ao meio ambiente deve sempre prevalecer (in dubio pro natura), reconhecendo-se a possibilidade de o regulador distribuir os recursos escassos com vistas à satisfação de outros interesses legítimos, mesmo que não

<sup>468</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 878694/MG**. Processo n. 1037481-72.2009.8.13.0439. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 maio 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>469</sup> BREGA FILHO, **Proibição [...]**, op. cit., p.117.

<sup>470</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 4717/DF**. Processo n. 9940164-17.2012.1.00.0000. Relator: Min. Cármen Lúcia, 5 abr. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>471</sup> Sobre a aplicação da proibição de retrocesso especificamente em matéria ambiental cita: (BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (org.). **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, DF: Senado Federal; SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente**. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013). A propósito, anatem-se também: MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; e AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi de. **Retrocessos no novo código florestal: análise das mudanças relativas às áreas de preservação permanente e reserva legal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

promova os interesses ambientais no máximo patamar possível. Idêntica lição deve ser transportada para o presente julgamento, a fim de que seja refutada a aplicação automática da tese de vedação ao retrocesso para anular opções validamente eleitas pelo legislador.<sup>472</sup>

O relator, Fux, alegou 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’”, sendo que aquilo “que se qualifica como vedada é a omissão do Estado quanto ao atendimento do núcleo essencial de uma ordem constitucional inequívoca a ele dirigida”. Sendo a escassez elemento base da realidade, “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”. Marco Aurélio referiu que tal princípio na seara ambiental desafia conhecimentos técnicos e que “a compreensão isolada dos preceitos pode conduzir à equivocada conclusão de ter-se retrocesso quando a aplicação conjunta dos dispositivos revela o robustecimento da tutela ambiental”. Em especial, a redução de limites em relação aos da lei anterior não poderia ser admitida como prova incontestada de retrocesso ambiental, representando uma restrição injustificada da esfera de tomada de decisão das instâncias democráticas e representativas. Alexandre de Moraes entendeu que, numa ponderação entre as exigências de proteção ambiental e de fruição econômica dos recursos disponíveis, a opção legislativa só será inconstitucional se comprometedora do núcleo essencial. Segundo ele, não se pode deixar de rever instrumentos legislativos obsoletos e superados pelo desenvolvimento técnico-científico da exploração dos recursos naturais. Constatou, ademais, que o legislador “procedeu em atenção a outros interesses sociais de igual relevância, sem atentar ou comprometer o núcleo essencial de proteção ao meio ambiente” restando atendido “um processo legislativo amplo, aberto, democrático e que mobilizou intensamente a sociedade brasileira”. Também frisou que “a delimitação de espaços protegidos não é o único mecanismo de proteção ambiental previsto na Constituição, a permitir a afirmação de que a sua redução implicaria proteção deficiente ao direito fundamental”, carecendo a ação de prova “técnica e científica da alegada insuficiência total da nova legislação em assegurar um padrão mínimo essencial de proteção ambiental”.<sup>473</sup>

De destaque, ainda, considerações feitas por Gilmar Mendes:

Embora se possa entender que a proibição de retrocesso tem em vista assegurar a preservação de direitos consolidados, especialmente aqueles direitos de caráter prestacional, não se pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a

---

<sup>472</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). ADC n. 42/DF [...], op. cit.

<sup>473</sup> Ibid.

capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de compreender-se *cum grano salis* tal garantia e de não lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças.

Portugal, há pouco tempo, passou por uma crise financeira gravíssima e teve que reduzir salários e impor medidas restritivas de caráter financeiro às pessoas. Alguns agentes estatais, tais como juízes e professores, passaram a receber menos dois mil euros como vencimento. Questiona-se? Por que lá não se aplicou o princípio da proibição do retrocesso? Simples: Não há barreira absoluta, nem em sede de irredutibilidade salarial, como aqui existe.

Relembro-me das lições do caro professor Konrad Hesse: "Not kennt kein Gebot" (necessidade não conhece princípio).

[...]

No mesmo sentido, inclusive, leciona George Marmelstein: "é extremamente difícil reconhecer com absoluta certeza o que é retrocesso e o que é avanço em matéria de direitos fundamentais". [...].

Uma medida legislativa poderá aparentar retrocesso em relação ao desenvolvimento de determinado direito, mas, ao mesmo tempo, representar grande avanço para a efetivação de outro direito igualmente amparado pela Constituição. [...].<sup>474</sup>

Considerando ser a proibição de retrocesso um "pouco mais do que a ideia do núcleo essencial à proteção de direito fundamental que não pode ser eliminado" (CR/88, art.60, §4º), Mendes entende que a afirmação de violação não pode ter como parâmetro a legislação de 1965: "não é admissível o argumento de que deve ser obstada, indiscriminadamente, qualquer alteração nas normas protetivas anteriormente fixadas sob outra visão de desenvolvimento sustentável – científica e historicamente ultrapassada". E acrescenta: "Nessa seara técnico-científica, é preciso ter segurança absoluta para afirmar que aquela ou esta escolha é inconstitucional, sem que ocorra ingerência indevida em tema que não é afeto à área jurídica". Tofolli, aliás, concorda que "a revisão das premissas adotadas pelo Poder Legislativo na tomada de decisão em matéria de natureza técnico-científica encontra limites na capacidade institucional do STF, recomendando uma postura de autocontenção", ao que cita o escólio de Barroso: "Temas envolvendo aspectos técnicos ou científicos de grande complexidade podem não ter no juiz de direito o árbitro mais qualificado, por falta de informação ou de conhecimento específico"<sup>475</sup>. Ademais, refere que decisões precedidas de amplo debate democrático "somente podem ser revistas pelo Poder Judiciário quando se tratar de inconstitucionalidade cuja constatação não requeira profunda revisão das premissas fáticas e técnico-jurídicas adotadas na tomada da decisão legislativa". Nesse quadro, entende não ser

<sup>474</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADC n. 42/DF** [...], op. cit.

<sup>475</sup> Em contraponto a específico argumento, vale ressaltar que Barroso sustentou em seu voto que, "justamente porque não se tem como prever com exatidão a extensão de danos e retrocesso em matéria ambiental até que este efetivamente ocorra", o princípio da precaução "exige a proibição de atuações potencialmente lesivas, mesmo que essa potencialidade não seja cientificamente indubitável". Um mesmo raciocínio pode ser aplicado, por exemplo, a temas como biotecnologia, mas não cobre todas as situações. Como visto, embora um déficit do sistema previdenciário seja ainda carecedor de dados fidedignos, a iniciativa de adotar um princípio precaução em termos de equilíbrio atuarial previdenciário não detém o mesmo impacto que à matéria ambiental se deve reconhecer.

adequado a invocação do princípio da vedação do retrocesso já que “ignora as diversas nuances que permeiam o processo decisório do legislador, democraticamente investido da função de apaziguar interessantes conflitantes por meio de regras gerais e objetivas”.<sup>476</sup>

Apesar de não se reconhecer a imputada violação, este último julgado constituiu a oportunidade em que todos os ministros, sem negar-lhe a existência ou aplicabilidade na ordem constitucional brasileira (e não apenas no universo dos direitos fundamentais sociais), de um modo ou de outro e com variados alcances, versaram sobre o princípio de proibição de retrocesso. Ainda que seus contornos e termos permaneçam ainda bastante vagos e abertos enquanto autêntica manifestação pretoriana, pode ser considerar inequívoca sua admissão pelo STF, ao menos como argumento jurídico constitucional válido a franco debate<sup>477</sup>.

Feitas tais considerações acerca do atual cenário jurídico-científico sobre o denominado princípio de proibição de retrocesso social, sem prejuízo de outras preciosas contribuições ao aprofundamento do debate além das já citadas<sup>478</sup>, forçoso estabelecer dentre as diversas balizas fornecidas, aquelas pelas quais, *prima facie*, o presente estudo se afirma e desenvolve como tese jurídica.

### 3.3 FUNDAMENTOS LIMITES E SENTIDO

Ao final de toda a exposição sobre as origens e os desenvolvimentos que o nomeado princípio de proibição de retrocesso social galgou junto à doutrina e jurisprudência lusitana e nacional, cumpre aqui especificar o sentido, os fundamentos e os limites identificados.

E a primeiro aspecto a enfrentar diz respeito à sua existência e suas condições de existência. Como se pode verificar, a corte constitucional portuguesa nega a iniciativa de aplicação de proibição de retrocesso aos direitos sociais por via da aplicação do artigo 18.3 combinado com a parte final do artigo 17, ficando aqueles efeitos expressamente restritos ao regime de direitos, liberdades e garantias. Portanto, a alegação de previsão constitucional

---

<sup>476</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADC n. 42/DF** [...], op. cit.

<sup>477</sup> Num panorama jurisprudencial nacional mais amplo, vale registrar alguns destaques dados por parte da doutrina: Felipe Derbli, em 2007, cita os processos 2003.60.84.002388-1 e n. 2003.60.84.002458-7 da Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul e a Apelação Cível n. 70004480182-2002 do TJRS (DERBLI, op. cit., p.186-195). Mário de Conto, em 2008, cita: Apelação Cível n. 2001.51.01.025096-9 do TRF da 2ª Região, a ADIN n. 70005054010 do TJRS; o Agravo em Execução n. 70008951568 do TJRS, Apelação Cível n. 598193845 do TJRS, o Agravo de Petição n. 00646-1999-751-04-00-9 do TRT da 4ª Região (CONTO, op. cit., p.119-143). Dilmanoel de Araujo Soares, em 2011, acrescenta a Apelação Cível n. 097.863.0/2-00 do TJSP (SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direito sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011, p.229-245).

<sup>478</sup> A exemplo: SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

expressa de um princípio de proibição de retrocesso social em Portugal não se sustenta, constituindo, tal como no Brasil, desenvolvimento doutrinário com alguma aceitação jurisprudencial, ou seja, como elemento normativo de um constructo jurídico-científico e não como dado positivo de estrita legalidade constitucional. Daí porque tem sido afirmado como princípio constitucional implícito – o que, ver-se-á, é parcialmente verdadeiro.

Com efeito, uma vez que sobre o regime dos direitos, liberdades e garantias da constituição portuguesa distinguem-se restrições feitas diretamente, restrições expressamente autorizadas e restrições não expressamente autorizadas pela Constituição, Canotilho<sup>479</sup>, observando que nos dois primeiros casos não compete falar em direitos irrestritos ou irrestringíveis, passa a observar quanto ao terceiro grupo que, além dos requisitos da exigência de autorização expressa de restrição (art.18.º/2), de lei formal (art.18.º/2), da generalidade e abstração da lei restritiva (art.18.º/3), da proibição do excesso (art.18.º/2) e da salvaguarda do núcleo essencial (art.18.º/3), cumpre observar – por expressa disposição constitucional – a não retroatividade da lei restritiva (art.18.º/3):

O **princípio da não retroactividade** não é um princípio constitucional irrestritamente válido na ordem jurídica portuguesa (cfr. *supra*), mas é-o, sem quaisquer excepções, no que respeita a leis restritivas de direitos, liberdades e garantias ou de direitos análogos (cfr. Arts. 18.º/3 e 17.º). [...].

Um problema de relevante interesse prático é o de saber se a proibição de leis retroactivas restritivas de direitos, liberdade e garantias tem em vista apenas a retroactividade total ou autêntica (*echte Rückwirkung*) – aplicação de uma nova lei a factos pertencentes ao passado e definitivamente estabilizados – ou se é extensiva também a *retroactividade parcial ou inautêntica* (*unechte Rückwirkung*) caracterizada pela aplicação imediata de uma lei a situações de facto nascidas no passado mas que continuam a existir no presente («quase-retroactividade»). Hoje, a doutrina prefere falar em retroatividade e retrospectividade. Uma lei restritiva de direitos, liberdades e garantias será retroactiva (*Rückbewirkung*) quando as consequências jurídicas atribuídas aos factos por ela regulados se produzirem no passado, ou seja, numa data anterior à da sua entrada em vigor. É óbvio que esta retroactividade, em matéria de leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, é inconstitucional, o que, de resto, já resultava dos princípios da proteção da confiança e da segurança jurídica. Todavia, também a retrospectividade – tomada em consideração a factos anteriores à entrada em vigor da lei – não pode deixar de ser inconstitucional, precisamente quando é arbitrária ou restringe direitos, liberdades e garantias. Assim, por exemplo, será inconstitucional uma lei que sujeita a imposto rendimentos recebidos antes de sua entrada em vigor e, que, face à legislação anterior, estavam isentos de tributação fiscal (retroactividade) (cfr., agora, sem quaisquer dúvidas, o art. 103.º/3 na redacção da Lei 1/97); é inconstitucional uma lei que vem estabelecer novos regimes de incompatibilidades entre cargos e mandatos electivos e aplicar esse regime a autarcas já eleitos (retrospectividade) (cf. Acs. TC 256/90, 287/90, 795/95).<sup>480</sup>

Ou seja, não só um dos seus principais defensores em língua portuguesa admite a existência de uma não retroatividade para o regime de direitos, liberdades e garantias, como

<sup>479</sup> CANOTILHO, **Direito constitucional** [...], op. cit., p. 452.

<sup>480</sup> Ibid., p.456-457.

isso se faz por expressa previsão constitucional – o que parece, *prima facie*, lançar por terra o argumento de Novais da inexistência de um não-retrocesso liberal. A dúvida fica por conta de que a constituição usa a expressão “efeitos retroativos”: a partir da diferença entre atividade e efeitos da atividade surge a distinção de uma retroatividade autêntica (retroatividade) a par de uma retroatividade inautêntica – que, curiosamente, Canotilho qualifica de retrospectividade (e não retrocessividade, como quando faz em relação aos direitos sociais).

O ponto merece atenção. A retroatividade é uma característica que se atribui a uma ação, uma ação retroativa, que produz efeitos para trás ou, mais especificamente, pretéritos em relação ao próprio momento da ação. A retrocessividade é uma qualidade que se atribui não à ação, mas diretamente ao seu produto, efeito ou resultado. A distinção é importante porque a característica de retroatividade é vinculada à ação, de modo que retroativa é a ação que gerar efeitos que se direcionam para trás, a situações pretéritas – tratar-se de um juízo de fato. Já o retrocesso é uma adjetivação que, embora dirigido ao resultado, não está ligado de modo inerente a ele, mas sim ao julgamento que se faz dele – trata-se de um juízo de valor. Ambos os juízos se encontram sujeitos a variações, porém, este muito mais do que aquele quando se considera um maior caráter subjetivo dos juízos de valor. Portanto, observa-se que há ações retroativas que podem não ser considerados retrocessos, mas progressos, bem como ações prospectivas que haja quem considere retrocessos, e não progressos.

Isso revela que não há sinonímia entre retroatividade inautêntica e retrocesso: um é juízo de fato, o outro, de valor – confirmando, mais uma vez, o forte caráter ideológico de que se revestiu não a sua origem, mas a sua recepção lusitana<sup>481</sup>. Ademais, nota-se a distinção entre retroatividade autêntica ou própria, sempre relacionada à ação, se faz tão somente em acréscimo da distinção entre a ação que autenticamente produz efeitos pretéritos em relação ao próprio momento da ação (retroatividade autêntica ou própria) e a ação que (inautenticamente ou impropriamente) assim o faz apesar de ser prospectiva, ou seja, não distinguir a produção de efeitos pretéritos em relação ao próprio momento da ação<sup>482</sup>.

Todavia, mesmo que retroatividade (autêntica ou inautêntica) e retrocesso não se equivalham nem andem necessariamente juntos, existe uma certa expectativa geral de que, assim como o tempo, as coisas sigam adiante, se transformem e de certa forma avancem,

---

<sup>481</sup> Se a retroatividade é um juízo de fato acerca de uma característica de dada ação e a retrocessividade um juízo de valor sobre os efeitos produzidos por uma dada ação, a retrospectividade se liga ao aspecto (a certo modo também temporal) que se apresenta a um expectador situado. Conquanto não implique por si qualquer juízo de valor, assume posição altamente subjetiva quando não considerado em termos objetivamente cronológicos – situação em que, portanto, parece oferecer pouca serventia em substituição à retroatividade.

<sup>482</sup> Isso, inclusive, se dá independentemente de se aderir à sua dimensão de vigência ou à sua dimensão de eficácia, designadamente, a distinção que se opera pela *vacatio legis* na ação legislativa.

progridam, ainda que com alguns revezes e contratempos. Juízo de fato e juízo de valor, assim, estabelecem uma relação através da noção de temporalidade.

A retroatividade (autêntica ou inautêntica) não é algo comum, despertando certa apreensão quando se tem em mente a possibilidade de alteração de algo que era dado como exaurido – e, assim como o próprio tempo, a história e as memórias, inalterável, intocável, intangível. Gera, portanto, algum desconforto e certa desconfiança a iniciativa de quem se dispõem a revolver e afetar relações pretéritas – sobretudo quando tais relações são jurídicas e a iniciativa é de um legislador, de um administrador ou mesmo de um magistrado ou corte judicial. Ora, conforme aclarou Brega Filho, quem de bom grado colocaria em risco seus projetos de vida? Talvez só quem expectativa alguma alimentasse sobre a vida ou uma boa vida – o que, paradoxalmente, parece permitir extrair dessa intervenção algum valor positivo a quem fica à margem das expectativas sociais em geral. Assim, note-se que quando os efeitos da intervenção retroativa são considerados maléficis (para si, para outrem ou para terceiros sob dado contexto, condições ou recorte), há quem possa qualificar (propriamente) tais efeitos como retrocessos ou (impropriamente) a ação em si de “retrocesso” (o correto seria retrocessiva, qualidade do que produz retrocesso). Já quando a atuação retroativa produz efeitos considerados benéficos (para si, para outrem ou para terceiros sob dado contexto, condições ou recorte), já não há retrocesso – ainda que permaneça evidente o caráter retroativo da ação.

Nesse âmbito, a constituição portuguesa se dedica expressamente a “leis restritivas de direitos” quando, sobre o regime dos direitos, liberdades e garantias, estipula limites a tais restrições – precisamente, limites aos limites. Para esse específico regime constitucional português, portanto, há expressa proibição da ação legislativa que, sem expressa autorização Constitucional, restringindo direitos, liberdades e garantias<sup>483</sup>: não se dê por lei formal de caráter geral e abstrato; não se mostre proporcional (adequado, necessário e proporcional em sentido estrito) em proteção a outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos; tenha efeito retroativo; ou diminua a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais. Ou seja, a constituição portuguesa não veda em absoluto uma lei restritiva de direitos, pelo contrário, a admite condicionalmente, inserindo-a, de antemão, na condição de categoria suspeita, sujeita a um controle estrito de constitucionalidade, formal e substancial<sup>484</sup>.

---

<sup>483</sup> Ou direitos fundamentais de natureza análoga (art.17, in fine) – o que já se declarou não ser o caso dos direitos sociais por lá.

<sup>484</sup> Note-se que a condição de categoria suspeita não significa uma presunção de inconstitucionalidade dado que, em regra e inquestionados, os atos estatais pressupõem-se constitucionais e legais.

Nesse controle, percebe-se, pois, que a retroatividade e a afetação negativa em amplitude ou intensidade do núcleo essencial do direito fundamental são claramente tratadas como situações distintas. Isso permite reconhecer que a constituição portuguesa exerce de modo autêntico um juízo (de valor) negativo acerca das medidas restritivas (retroativas ou não) que diminuam a extensão (amplitude) ou o alcance (intensidade/profundidade) do núcleo essencial dos direitos – o que se pode chamar, enquanto interpretação constitucional autêntica, de retrocesso proibido.

Assim, se de um lado a medida restritiva de direito pode ser retrocessiva sem ser retroativa, ou retroativa sem ser retrocessiva (ambas inconstitucionais), uma medida ampliativa ou intensificadora de direito pode ser retroativa (ou não) sem se revestir de retrocessividade – senão indiretamente por desproporcional afetação negativa de outro direito ou interesse constitucionalmente protegido.

Todavia, mesmo medidas retroativas que possam ser amplamente consideradas benéficas não se esquivam dessa má impressão que a ação retroativa, por si, portanto, provoca. Neste aspecto, havendo situações jurídicas já exauridas e situações que, em andamento, ainda não se estabilizaram, com razão, Novais<sup>485</sup> e Canotilho<sup>486</sup> admitem uma menor surpresa junto a estas em relação àquelas. Mas há que se convir que uma relação cujo exaurimento se protraia em alguns dias ou meses (lapso em que é provável alguma alteração legislativa ou decisória) provavelmente merecerá tratamento diverso daquela que se perpetua por anos e até décadas na expectativa da produção dos seus efeitos. Certamente esta deve contar com uma estabilidade muito maior em termos de regulação e adequação às condições contextuais (sociais, políticas, econômicas etc.) do que aquela. Caso contrário, o desvio em relação ao resultado inicialmente esperado tende a ser cada vez mais severo à medida em que se sujeita a variações, sobretudo quando com efeitos cumulativos e até exponenciais. Uma tal relação de risco é tanto mais admissível quando disponíveis os interesses em jogo. Ao que, por outro lado, quando em questão se coloca o interesse público (e já nomeadamente a própria segurança da sociedade), ou mesmo as condições (materiais ou não) de efetivação da dignidade da pessoa humana, tanto menor tende a ser essa tolerância, reservando-se a casos cada vez mais extremados e, portanto, difíceis (tanto para quem deles decide dispor quando para aqueles que eventualmente tenha de decidir acerca dessa decisão).

Nesse contexto de escolhas trágicas, constatando haver expressa previsão constitucional em Portugal tanto acerca de uma proibição de retroatividade quanto de

---

<sup>485</sup> NOVAIS, *As restrições [...]*, op. cit., p. 819.

<sup>486</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional [...]*, op. cit., p. 262.

proibição de retrocesso relativamente a leis restritivas de direitos, liberdades e garantias (e direitos fundamentais de natureza análoga) não expressamente autorizadas pela Constituição, há também, quanto às restrições de direitos, liberdades e garantias feitas diretamente ou expressamente autorizadas pela Constituição portuguesa, a exemplo, a declaração do estado de Sítio ou a estado de emergência que, ao mesmo tempo que protege alguns direitos, liberdades e garantias de qualquer afetação, permite, justificadamente, a suspensão do exercício de outros (artigo 19.5 e 19.6<sup>487</sup>). Quer isso dizer que, mesmo sob esse especial regime constitucional, há admissão de excepcionais restrições a atingir, em seu núcleo essencial, direitos, liberdades e garantias constitucionais.

Como se pode observar, a aplicação do regime constitucional do artigo 18 para direitos que se encontravam fora do Título II foi efetivamente tentada, sem sucesso, por alegação de sua natureza análoga – conforme parte final do artigo 17 (Ac 39/1984). Sem prejuízo, a doutrina (no que se destaca a tese doutoral de Canotilho, largamente amparada na experiência alemã), em torno de noções de força normativa da constituição, constituição dirigente, normas programáticas, imposições constitucionais, radicação subjetiva de direitos derivados a prestações etc., desenvolveu, ao lado de uma retomada da omissão inconstitucional por medidas estatais que, sem alternativas e compensações, significassem uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples do núcleo essencial dos direitos sociais já realizados infraconstitucionalmente, uma limitação do poder de conformação do legislador (especificamente a autorrevisibilidade). Sem uma imposição legiferante, tal hipótese de “ação judicial contra o retrocesso” amparava-se na existência do direito constitucionalmente garantido (conteúdo essencial), na existência de norma programática (força normativa da constituição) e na existência de um nível já realizado legislativamente – e que não poderia, portanto, ter seu grau de efetivação legal retrocedido. A afetação constitucional e o enraizamento subjetivo da posição jurídica alcançada confeririam a esses direitos sociais a mesma oponibilidade dos direitos de defesa em sentido formal.

Pode-se afirmar que semelhante empecilho não subsistiria no Brasil, já que, desde a Constituição de 1988, há maior aceitação da eficácia imediata dos direitos fundamentais sociais, já que, aqui, diferente de Portugal, houve a previsão expressa – a qual, embora

---

<sup>487</sup> In verbis: “Artigo 19.º (Suspensão do exercício de direitos): [...]. 5. A declaração do estado de Sítio ou do estado de emergência é adequadamente fundamentada e contém a especificação dos direitos, liberdades e garantias cujo exercício fica suspenso, não podendo o estado declarado ter duração superior a quinze dias, ou à duração fixada por lei quando em consequência de declaração de guerra, sem prejuízo de eventuais renovações, com salvaguarda dos mesmos limites. 6. A declaração do estado de Sítio ou do estado de emergência em nenhum caso pode afectar os direitos à vida, à integridade pessoal, à identidade pessoal, à capacidade civil e à cidadania, a não retroactividade da lei criminal, o direito de defesa dos arguidos e a liberdade de consciência e de religião. [...]” (PORTUGAL. **Constituição** [...], op. cit.).

estabelecida no §1º do artigo 5º, faz remissão ao Título II da Constituição, tratando tanto direitos e deveres individuais e coletivos (art.5º), quanto direitos sociais (art.6º a 11), além da nacionalidade (art.12 a 13), dos direitos políticos (art.14 a 16) e dos partidos políticos (art.17). Ademais, não só houve a previsão de uma ação de controle concentrado em face da omissão constitucional (ADIn por omissão – art.103) como também da garantia do Mandado de Injunção “sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania” (CR/88, art.5º, LXXI) – que, a despeito da lenta evolução jurisprudencial rumo a uma posição concretista e de sua regulamentação só em 2016 (Lei n. 13.300, de 23 de junho de 2016), é manejável por qualquer pessoa em controle difuso de constitucionalidade, inclusive para fins de efetivação de direitos fundamentais sociais<sup>488</sup>.

Porém, diante da ressalva de Canotilho sobre uma “acrítica transferência do princípio da aplicabilidade imediata” na Constituição brasileira (art.5º, LXXVII e §1º) e do “alargamento não sustentável da força normativa directa das normas constitucionais a situações necessariamente carecedoras da interpositio legislativa”<sup>489</sup>, deve-se, a par da disposição legal, reconhecer um amplo questionamento acerca de problemas *estruturais*<sup>490</sup> em torno da alegada reduzida densidade normativa das normas de direitos fundamentais sociais, a, segundo uns, dificultar-lhes a aplicabilidade e justiciabilidade pela indeterminação de conteúdo<sup>491</sup>, ou mesmo a, segundo outros, afastar-lhes a aplicabilidade imediata ou a própria material fundamentalidade<sup>492</sup>.

Nesse sentido, em Portugal, é de se acolher a posição de Catarina dos Santos Botelho<sup>493</sup> quando extrai a força normativa e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais a partir de uma interpretação relacional dos direitos fundamentais e do princípio da unidade da Constituição. Também a de Cristina Queiroz<sup>494</sup>, quando, além da universalidade dos direitos fundamentais, aponta (na linha do mínimo de eficácia kelseniano), a sua efetividade como condição de existência do próprio direito – imputando, pois, o efeito

---

<sup>488</sup> Diante da crítica de que os direitos fundamentais sociais não seriam justiciáveis, Alexy afirma que “o tribunal constitucional não é, de modo algum, impotente em face de um legislador omissor”, podendo tomar medidas que vão desde a inconstitucionalidade por omissão, passando pela fixação de prazo para legislar e chegando a medidas judiciais concretas – algo que parece tornar a Alemanha mais próxima do Brasil do que Portugal. (ALEXY, Robert. **Teoria Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 514)

<sup>489</sup>CANOTILHO, **Constituição Dirigente [...]**, op. cit., prefácio, XVI.

<sup>490</sup> MENDONÇA, op. cit., p. 234-235.

<sup>491</sup> BOTELHO, op. cit., posição 16693.

<sup>492</sup> ANDRADE, op. cit., p.311 e 345-346.

<sup>493</sup> BOTELHO, op. cit., posição 16733.

<sup>494</sup> QUEIROZ, op. cit., p. 63-67, passim.

concretizador à própria justiciabilidade (direito é direito minimamente eficaz). Nessa linha, como afirma Alexy: “se um direito existe, ele é justiciável”<sup>495</sup>. Ademais, já no contexto de uma teoria unitária dos direitos fundamentais, Novais tem razão ao reconhecer que as condições fáticas não obstam o reconhecimento de conteúdo normativo aos direitos sociais.

No Brasil, também no contexto de um regime único dos direitos fundamentais, melhor posição parece ser a de Brega Filho e Virgílio Afonso no sentido de que alguma eficácia normativa sempre há, embora nunca seja plena. Leciona Brega Filho:

O princípio da dignidade da pessoa humana força-nos a concluir que a expressão direitos individuais posta no art. 60, §4º, inciso IV, da Constituição deve ser interpretada de forma ampla, de modo a garantir a eficácia dos direitos fundamentais. Não há vida digna sem reconhecimento de todos os direitos fundamentais.

Além disso, as características da indivisibilidade e da interdependência exigem que todas as espécies de direitos fundamentais sejam tratadas sob um mesmo regime jurídico. Não é possível tratarmos os direitos individuais e os direitos sociais de forma diferente, pois eles são indivisíveis e interdependentes. Sem os direitos sociais, não existem verdadeiramente os direitos individuais e sem os direitos individuais, não sobrevivem isoladamente os direitos sociais. Dessa forma, não só os direitos individuais são cláusulas pétreas da Constituição, mas sim todos os direitos fundamentais.

Contudo, não significa isso que os dispositivos que reconheçam direitos fundamentais não possam ser modificados. O que é irreformável é o conteúdo essencial destes direitos e assim desde que este seja preservado, é possível modificarmos o texto constitucional.<sup>496</sup>

---

<sup>495</sup> ALEXY, op. cit., p. 514. Aliás, numa sucinta análise da sua posição acerca dos direitos fundamentais sociais, Alexy, sob os critérios de se tratarem (i) de direitos subjetivos dos indivíduos ou deveres objetivos do Estado, (ii) de normas vinculantes ou programáticos (não-vinculantes), e (iii) de direitos ou deveres definitivos ou prima facie, enumera oito possibilidades de estruturação desses direitos, aos quais, substancialmente, pode-se atribuir um conteúdo minimalista (direitos mínimos) ou maximalista (realização plena). (Ibid., p.499-503) Sua posição é a de que se tratam de direitos vinculantes, subjetivos e prima facie, exceto no caso dos direitos mínimos, quando se mostram definitivos – o que se dá em razão do princípio de liberdade fática ter um peso maior em face dos demais princípios colidentes. (Ibid., p.502 e 517). A propósito do seu modelo de sopesamento levar à constatação de que “aquilo que é devido prima facie seja mais amplo do que aquilo que é devido definitivamente”, levando a ilusões e, após, frustrações” (Ibid., p.514), Alexy afirma: “[...]. O caráter prima facie desse direito é expressado de forma precisa quando o tribunal afirma que o direito é conferido a seu titular como um direito ‘em si’ e que ele é restringível. Fica claro que o direito, enquanto direito prima facie, é um direito vinculante, e não um simples enunciado programático, quando o tribunal afirma que o direito, ‘em sua validade normativa, não [pode] depender de um menor ou maior grau de possibilidades de realização’. Mas a natureza de direito prima facie vinculante implica que a cláusula de restrição desse direito – a ‘reserva do possível, no sentido daquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade’ – não pode levar a um esvaziamento do direito. Essa cláusula expressa simplesmente a necessidade de sopesamento desse direito. [...]” (Ibid., p.515). Ou seja, o direito fundamental social enquanto direito vinculante não pode ter sua validade normativa questionada, mas enquanto direito prima facie ao mesmo tempo que está sujeito a restrições por sopesamento, estas restrições não podem levar ao seu completo esvaziamento. Embora Alexy esclareça de maneira coerente sua posição, não resolve o fato de que essa construção pode levar sim a concretas ilusões e frustrações sociais. Mesmo sobre quais direitos fundamentais sociais definitivos o indivíduo tem, Alexy responde tratar-se de uma tarefa da dogmática jurídica, devendo, cuidar-se de uma exigência do princípio de liberdade fática e que afete em pequena medida os princípios democrático, de separação de poderes e demais princípios materiais colidentes (Ibid., p.512). Porém, como se verá adiante, essas ilusões e frustrações não podem ser imputadas à teoria de Alexy, nem em particular a outro tipo de teoria a título de suplemento argumentativo da decisão jurídica.

<sup>496</sup> BREGA FILHO, **Direito fundamentais [...]**, op. cit., p. 107.

Afirma Vigílio Afonso da Silva que “toda norma que garante um direito fundamental tem alguma limitação na sua eficácia” e que, assim, “todas as normas são de eficácia limitada”<sup>497</sup>. De um lado, isso poderia levar à noção de que nada mais precisa ser feito sobre as normas de eficácia plena. Porém:

De outro, a constatação de que algumas normas têm eficácia meramente limitada pode levar a duas posturas diversas: com base em uma determinada concepção de separação de poderes pode-se imaginar que nada resta aos operadores do direito, sobretudo aos juizes, senão esperar por uma ação dos poderes políticos; com base em concepção diversa, pode-se imaginar que a tarefa do operador do direito, sobretudo do juiz, é substituir os juízos de conveniência e oportunidade dos poderes políticos pelos seus próprios. Segundo o modelo que aqui se defende, nem uma nem outra posturas são as mais adequadas.

Com a ênfase, reiterada a todo instante, nas exigências argumentativas que as restrições e a proteção aos direitos fundamentais impõem, a postura mais adequada parece ser aquele que se disponha a um desenvolvimento e a uma proteção dos direitos fundamentais baseados nem na omissão nem na ação isolada e irracional, mas a partir de um diálogo constitucional fundado nessas premissas de comunicação intersubjetiva entre os poderes estatais e a comunidade.<sup>498</sup>

Portanto, formal e materialmente, não há que se questionar a fundamentalidade, a normatividade e a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais na CR/88.

É verdade que essa solução, sem prejuízo, não elide a polêmica sobre a definição do conteúdo normativo juridicamente afetado, o qual, viu-se, não raro varia entre o mínimo existencial extraído da dignidade humana e o conteúdo essencial do direito fundamental.

Longe de constituir tarefa fácil<sup>499</sup>, a definição desse conteúdo não parece se reduzir apenas a um “núcleo”, como aduz Canotilho, e, ainda que tenha por base o princípio que dá unidade ao sistema constitucional, isso não confunde o regime de proteção dos direitos humanos com o regime dos direitos fundamentais, conforme afirma Brega Filho<sup>500</sup>.

O problema maior talvez seja definir qual seja este conteúdo essencial. Obviamente que ele terá como base o princípio que dá unidade ao sistema constitucional, ou seja, o princípio da dignidade humana. Baseado neste princípio, caberá ao Supremo Tribunal Federal definir o conteúdo essencial dos direitos fundamentais e declarar inconstitucionais as Emendas que violem esse núcleo essencial. Embora exista o perigo do subjetivismo do intérprete (STF), não há como fugirmos desse fato, pois a descoberta do núcleo essencial da Constituição sempre será um trabalho de interpretação.<sup>501</sup>

Com efeito, o conteúdo essencial ainda que não determinado *prima facie* é concretamente determinável, configurando, sim, uma cláusula aberta a serviço da função de

<sup>497</sup> SILVA, V., op. cit., p.255-256.

<sup>498</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>499</sup> CANOTILHO, O **Direito Constitucional como [...]**, op. cit.

<sup>500</sup> BREGA FILHO, **Direito fundamentais [...]**, op. cit., p. 107.

<sup>501</sup> Ibid., loc. cit.

decidibilidade<sup>502</sup> (e não à arbitrariedade) do sistema de direito; uma tecnologia a serviço da busca de uma concordância prática entre a proibição de excesso e a proibição de insuficiência, de um equilíbrio entre fatos, valores e normas que a situação materialmente contextualizada exige. Não sem alguma discordância, as ponderações de Novais merecem referência:

Como diz impressivamente CARRASCO PERERA, para lá de uma função como elemento de referência dos controlos de proporcionalidade/razoabilidade, a garantia do conteúdo essencial tem apenas uma função discursiva, consistindo como que um instrumento argumentativo em branco que funciona como tópico fundamentador de uma decisão que, na realidade, o Tribunal já pré-compreendera sem que o conteúdo essencial desempenhasse qualquer papel decisivo na solução encontrada. Em nosso entender, a garantia do conteúdo essencial [...] pode, quando muito, constituir um elemento de sinalização da necessidade de preservar no direito fundamental, tanto quanto possível, um conteúdo essencial, ou seja, um mínimo de conteúdo, objetivo ou subjectivo, demarcado materialmente pelo princípio da dignidade da pessoa humana e, funcionalmente, pela natureza dos direitos fundamentais enquanto trunfos contra a maioria. [...].<sup>503</sup>

Conquanto se adira a essa mesma acepção relativa (em oposição à absoluta), discorda-se que aí assuma caráter supérfluo, como vem a concluir Novais<sup>504</sup>. Como referido, a abertura semântica que implica, seja sob a noção de conteúdo essencial ou de limite material pétreo (CR/88, art.60, §4º, IV), constitui dispositivo sistêmico-funcional indispensável ao sistema de direito. O que absolutamente em nada prejudica ou impede a existência de outros dispositivos, mesmo que de alguma forma redundantes.

Assim, sem óbice, a explícita adesão ao sistema internacional de proteção dos direitos humanos (e.g., CR/88, art.1º, III, art.4º, II, e art.5º, §3º) permite que, como decorrência, também se adira ao decorrente conceito de mínimo existencial – o qual, embora encontre seus primeiros traços reconhecidos na Alemanha<sup>505</sup>, teve aceitação e desenvolvimento tanto em Portugal<sup>506</sup> quanto no Brasil, onde inclusive já identificado no STF como núcleo básico de direitos sociais prestacionais<sup>507</sup>. Sendo, pois, compatíveis sem se confundirem, dada a maior amplitude que a constituição parece conferir aos direitos fundamentais frente os direitos humanos (mais restritos, ainda que não necessariamente menos intensos), nada obsta, a

<sup>502</sup> DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 195.

<sup>503</sup> NOVAIS, **As restrições [...]**, op. cit., p. 797-798.

<sup>504</sup> *Ibid.*, p. 798.

<sup>505</sup> NOVAIS, **Direitos sociais [...]**, op. cit., p. 235.

<sup>506</sup> PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 509/02 [...]**, op. cit.

<sup>507</sup> Ver: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **STA n. 223 AgR/PE [...]**, op. cit.; Id., **ADPF n. 45 MC/DF**. Processo n. 0003880-63.2003.0.01.0000. Relator: Min. Celso de Mello, 29 abr. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>; e também em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/200\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/200_1.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020; e Id., **ARE n. 639337 AgR/SP [...]**, op. cit.

princípio<sup>508</sup>, a interpretação destes como conteúdo essencial daqueles – havendo inclusive uma pertinência histórico-semântica pela precedência do humanismo sobre o constitucionalismo.

Essa estratégia, no entanto, não torna menos relativo e subjetivo o conteúdo essencial do direito fundamental nem o faz escapar à polêmica da separação de poderes<sup>509</sup>. Nem mesmo o mínimo existencial enquanto mínimo liberal (indispensável ao exercício das liberdades fundamentais) ou mínimo fisiológico<sup>510</sup> (bastante à manutenção da existência biológica) se afirmam e modo absoluto e inequívoco. A lição de Hesse transmitida por Mendes é trágica e não menos verdadeira: necessidade não conhece princípio<sup>511</sup>. Do mesmo modo, Fux no mesmo julgamento<sup>512</sup> a pontuar a escassez como dado base da realidade, recuperando de Holmes e Sustain o que há tempos enfatizaram: levar os direitos a sério significa levar a escassez a sério<sup>513</sup>.

Esse conjunto de múltiplos *mínimos* não favorece a clareza na interpretação, mas, como já exposto, também não a impede, admitindo a proposta de diferentes esquemas de harmonização. A rigor, se nenhum deles é absoluto, nenhum deles é também irretroagível. Desse modo, de um lado, se confirma a inviabilidade de um princípio de proibição em sentido absoluto, porém, de outro, parece reforçada sua autonomia enquanto princípio. Com efeito, vinculando-se ao conteúdo do direito fundamental como um todo (pertinente proposta de Novais<sup>514</sup>) ou apenas ao seu núcleo essencial ou básico (atual posição do STF), o princípio de vedação de retrocesso alinha-se não a um grau de efetivação material absoluto, fixo, histórico ou imediatamente anterior, mas a condições materiais mínimas em termos atuais – e essa é uma distinção significativa. De outro lado, desvinculando-se, passaria a guiar-se apenas pelo plano legal.

---

<sup>508</sup> A princípio, pois a dignidade da pessoa humana surge como fundamento do Estado Democrático de Direito brasileiro ao lado da soberania (CR/88, art.1º, I e III) assim como a independência nacional (inclusive enquanto autodeterminação dos povos) ao lado da prevalência dos direitos humanos (CR/88, art.4º, I, II e III). A eventual divergência que o plano internacional venha a implicar por inovação no plano nacional desafia o grau de inserção da república na comunidade internacional através de sua vinculação normativa – divergência esta que, à luz da sua aceitação como núcleo básico, só há de ocorrer caso o conteúdo do direito humano venha a superar o conteúdo do direito fundamental, no que passaria a ser pertinente não a questão da proibição de retrocesso, mas a discussão em torno da afetação normativa ante a interpretação a contrário sensu do disposto no §3º do artigo 5º.

<sup>509</sup> NOVAIS, **Direitos sociais [...]**, op. cit., p. 234-254, passim.

<sup>510</sup> Em sede de escolhas trágicas, impõe-se uma decisão, não entre quem ganha e quem perde, mas uma decisão em que todos perdem algo, restando saber o quê. O célebre livro indicado nos primeiros anos de academia jurídica, *O Caso dos Exploradores de Caverna* (FULLER, Lon F. **O Caso dos Exploradores de Cavernas**, trad., 10. Reimp. Porto Alegre: Fabris, 1999) ilustra situações-limite como essas. Para muitos de nós, certamente casos excepcionais, *hard cases*; para outros, porém, talvez um exercício diário.

<sup>511</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADC n. 42/DF [...]**, op. cit.

<sup>512</sup> *Ibid.*

<sup>513</sup> HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes** New York: W. W. Norton & Company, 1999, p.94, tradução nossa.

<sup>514</sup> NOVAIS, **Direitos sociais [...]**, op. cit., p. 84-85.

Como reconhece Canotilho, o princípio da proibição de retrocesso nada pode fazer em relação a uma reversibilidade fática<sup>515</sup>. Porém, num contexto de *escassez moderada*<sup>516</sup>, as razões jurídicas das opções políticas que circulam em torno desses parâmetros materiais passam a ganhar sentido (vinculação) a partir do clássico princípio ético e jurídico do *ultra posse nemo obligatur*: ninguém se obriga para além do que é possível – como bem aduziram Novais<sup>517</sup> e Botelho<sup>518</sup>. Ou seja, em sua aplicação, a obrigação jurídica passa a se fundamentar e justificar pelo binômio necessidade-possibilidade num contexto material e atual (mutável e amplamente contingente, pois). Os múltiplos mínimos aí se articulam e funcionam como diferentes etapas, instâncias ou recortes para interpretação, fundamentação e decisão em torno da busca do ponto ótimo de equilíbrio entre a normatividade do mínimo idealmente lançado (construído) e do que se mostra concretamente possível (dado<sup>519</sup>).

Como se percebe, o próximo ponto de enfrentamento é a chamada reserva do possível, que, como bem expos Botelho<sup>520</sup>, em oposição a Novais, que parece entendê-lo como uma dimensão estritamente financeira ou orçamentária de razoabilidade ou proporcionalidade<sup>521</sup> – do que se diverge pois, a uma, no limite tudo pode ser visto ou entendido sob um parâmetro de razoabilidade ou proporcionalidade; a duas, o critério financeiro como diferença específica, como destacou Botelho<sup>522</sup>, não faz jus nem ao seu conceito alemão original, adequando-se muito mais ao uso estrito que dele se tem feito com frequência pelo poder público na tentativa de fazê-lo escapar à sindicabilidade judicial.

Uma concepção ampla de reserva do possível comporta alegações tanto acerca de limites materiais quanto de limites cognitivos (e.g., ausência de desenvolvimento científico ou tecnológico seguro e eficaz ao tratamento de certa doença). É verdade que essa concepção ampla de reserva do possível confunde-se com o brocardo latino *ultra posse nemo obligatur*, princípio já pressuposto juridicamente. Porém, os recursos (materiais ou cognitivos) precisam ser geridos num contexto de múltiplos interesses. Nesse sentido, tal como, mesmo quando a controvérsia não estabelece sobre as bases de uma impossibilidade financeira, o fator econômico pode ser reconduzido por via de apelos à eficiência ou economicidade (reintroduzindo o interesse e a possibilidade da sindicabilidade judicial), a administração da

---

<sup>515</sup> CANOTILHO, *Direito constitucional* [...], op. cit., p. 338-340.

<sup>516</sup> NOVAIS, *Direitos sociais* [...], op. cit., p. 257.

<sup>517</sup> *Ibid.*, p. 92.

<sup>518</sup> BOTELHO, op. cit., posição 17011.

<sup>519</sup> Na perspectiva sistêmico-funcional que se adotada adiante, também o dado é, a certo modo, um construído – não, porém, no mesmo sentido da tradicional teoria subjetivista.

<sup>520</sup> *Ibid.*, posição 16974.

<sup>521</sup> NOVAIS, *Direitos sociais* [...], op. cit., p. 93.

<sup>522</sup> BOTELHO, op. cit., posição 16974.

informação e do conhecimento também implica certa posição estratégica, seja em função de interesses ou de riscos envolvidos. A administração desses recursos materiais e cognitivos cabem, sem dúvida, primariamente à esfera de competência administrativa e legislativa, porém não escapam à sindicabilidade judicial, que fica restrita, contudo, juridicamente e nos termos em que aduzidos em alegação ou defesa, a serem admitidos apenas quando pautados por pertinentes e suficientes dados técnicos – inclusive sobre existência e disponibilidade dos recursos<sup>523</sup>. Há, assim, uma presunção relativa de legalidade e constitucionalidade sobre a administração dos recursos materiais e cognitivos, sendo juridicamente (e não politicamente) sindicável, quando e nos termos em que alegada a reserva do possível.

Esse aspecto marca a distinção do sempre pressuposto princípio jurídico do *ultra posse nemo obligatur*, da concreta, específica e não necessária argumentação da reserva do possível. Ou seja: fala-se em reserva do possível como argumento-tipo não necessário, deduzido no caso concreto como matéria de mérito de alegação ou defesa; e em *ultra posse nemo obligatur* como princípio jurídico onipresente, sempre pressuposto em qualquer relação jurídica, podendo ser afirmado a qualquer momento de ofício ou por qualquer das partes. Num e noutro caso, a evocação atrai de plano o dever de ofertar pertinente justificativa e evidencia<sup>524</sup>.

Dito isso, uma vez que o princípio de vedação de retrocesso não se vincula a qualquer grau de efetivação material absoluto, fixo, histórico ou imediatamente anterior, mas a uma obrigação jurídica que se fundamenta e justifica pelo binômio necessidade-possibilidade num contexto concreto e atual (mutável e amplamente contingente, pois); e considerando também que essa necessidade, enquanto parâmetro jurídico (mínimo existencial fisiológico, liberal, decorrente da dignidade da pessoa humana, do núcleo essencial ou do direito fundamental, quer como norma programática ou como imposição constitucional), e essa possibilidade (material ou cognitiva), num contexto de escassez moderada, não são fixos ou imutáveis, insta questionar se o princípio de proibição de retrocesso não acabaria se confundindo com uma proibição de insuficiência<sup>525</sup> (*untermassverbot*) ou de excesso (*übermassverbot*)<sup>526</sup>.

---

<sup>523</sup> Em sentido contrário: NOVAIS, **Direitos sociais** [...], op. cit., p.131-132

<sup>524</sup> Portanto, embora goze de presunção de legalidade e constitucionalidade, ao evocar a reserva do possível o poder público atrai para si a responsabilidade de comprovar a pertinência do argumento e das justificativas apresentadas bem como o ônus de provar essa concreta impossibilidade. De outro lado, naturalmente, a alegação da existência de recursos disponível para o atendimento da demanda leva ao correspondente ônus processual, aspecto sobre o qual a falta de publicidade ou transparência sobre os dados do estado e do governo, sem agasalho em uma república democrática (no que se cogita raríssimas exceções), importa em relevante motivo (ainda que não suficiente no caso concreto) para inversão do ônus probatório.

<sup>525</sup> CAMBI, op. cit., p. 227 e 231.

<sup>526</sup> SARLET, **O Estado Social** [...], op. cit., p. 121-122 e 127.

E a resposta parece estar em perceber que ambas as proibições, de insuficiência e excesso, se inserem como instrumental de dupla face num contexto muito específico, de proporcionalidade em sentido estrito, a passo que o princípio de proibição de retrocesso não necessita chegar a esse grau de ponderação para ser evocado. Com efeito, assim como a reserva do possível não é argumento indispensável a justificar medida que se alegou ser um retrocesso proibido, a proibição de insuficiência e seu reverso também não são. Ou seja, pode-se muito bem sustentar a existência ou não de aplicação do princípio de proibição de retrocesso sem se alegar caracterizado qualquer excesso ou insuficiência. Obviamente, em qualquer caso do tipo se pode sustentar que o legislador se excedeu no seu direito de conformação legislativa e que o judiciário protegeu os direitos de modo insuficiente, ou, ainda, de que o próprio judiciário se excedeu não conferindo suficiente respeito e proteção ao poder de conformação do legislador, e, assim, ao próprio princípio democrático – questões, que, como se verifica, demandar profunda ponderação em cada caso.

Nesta altura do estudo, retomando os oito fundamentos elencados por Sarlet<sup>527</sup>, parece ser possível afirmar uma autonomia do princípio de proibição de retrocesso por não se confundir com o princípio da dignidade da pessoa humana, figurando este como um dos múltiplos mínimos materiais já cogitados como parâmetro (absoluto ou relativo) de piso de direitos. Da mesma forma, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (CR/88, art.5º, §1º), tal como o próprio ideal de progressividade que permeou o ideário dos direitos humanos com após a 2ª Guerra Mundial, plasmando-se em diversos instrumentos do sistema internacional de proteção dos direitos humanos, denuncia não só tal influência sobre a constituinte de 1988 como também a necessidade de, enquanto ponto ótimo de efetivação de todos os direitos envolvidos, estabelecer equilíbrio crítico com a realidade concreta – porquanto trata-se de uma obrigação de meio e não de fim. Aliás, uma obrigação que permanece mesmo quando diante da necessidade de retroceder em direitos já há muito concretizados – no que as previsões constitucionais do Estado de Sítio e do Estado de Defesa são exemplos de tal limitação mesmo no contexto de direitos fundamentais ditos de liberdade ou não-prestacionais.

Ademais, no Brasil, presente um regime único de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais (CR/88, art.5º, §1º), a inconstitucionalidade por omissão não só possui via processual própria em sede de controle de constitucionalidade concentrado como o possui também em sede de controle difuso – o que parece apontar que, no Brasil, a efetivação dos

---

<sup>527</sup> SARLET, A Eficácia dos [...], op. cit., p. 465-467.

direito fundamentais estaria menos dependente da função conformadora do legislador do que em Portugal. Isso não significa que o retorno a uma situação de omissão constitucional seja menos grave no Brasil que em Portugal – o que, pior do que a omissão original, configura vácuo proposital, (re)criado pelo poder estatal. Todavia, a observação reforça a noção de que tanto o legislador e o administrador têm sua liberdade de conformação adstrita à moldura constitucional quanto o judiciário também, compondo todos uma sociedade aberta de intérpretes da constituição<sup>528</sup>.

Ou seja, fora o fato da restrição de direitos constituir uma categoria (muito) suspeita, nada há que *por si* justifique pressupor que a interpretação constitucional conferida pelo legislador ou administrador seja inconstitucional. Pelo contrário: como poder público gozam da presunção relativa de legalidade e constitucionalidade bem como, na qualidade de representantes eleitos, gozam de legitimidade democrática para agir com certo grau de discricionariedade sobre o campo de opções políticas juridicamente disponíveis – inclusive para revisar as já anteriormente feitas.

Um outro argumento levantado por Sarlet trata-se de “uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores” – algo que, na Alemanha estar-se-ia a discutir em termos bastante restritivos sob a ideia de vinculação sistêmica do legislador<sup>529</sup>. Como já referido ao tratar da máxima efetividade, assim como não se admite uma proteção insuficiente dos direitos, também não se admite um excesso de proteção. A questão de início pode suscitar alguma surpresa, sobretudo na seara dos direitos econômicos, sociais e culturais – afinal, como se poderia pensar em um excesso de saúde, de educação etc.? No entanto, considerando que, num contexto de escassez moderada de recursos materiais e cognitivos, existe um custo para os direitos, gerando implicações tanto para o Estado quanto para a sociedade, a questão começa a ser colocada em termos mais contextualizados e, portanto, relativos. A multiplicidade de fins e a diversidade meios, suas relações intrínsecas e suas mútuas e múltiplas implicações recíprocas colocam em relevo não só a complexidade e a contingência da realidade como a necessidade de eleger e se fidelizar a um conjunto mais ou menos coerente de estratégias – aspecto no qual é valiosa a lição de Bobbio no sentido de que os fins

---

<sup>528</sup> Embora vá se dar maior destaque a esse ponto adiante, vale aqui consignar lição que Luiz Fux transmite do Professor da Universidade de Stanford, Larry D. Kramer: “Existe [...]um mundo de diferença entre ter a última palavra e ter a única palavra: entre supremacia judicial e soberania judicial”. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADC n. 42/DF** [...], op. cit.

<sup>529</sup> SARLET, **A Eficácia dos [...]**, op. cit., p. 466.

justificam os meios quando os meios não corrompem os fins<sup>530</sup>. Ou seja, os fins vinculam os meios, e não o contrário<sup>531</sup>.

Embora esse argumento não signifique uma impossibilidade da autorrevisibilidade, ressalta que, muito embora haja essa possibilidade no campo de escolhas juridicamente legítimas franqueadas ao legislador e ao administrador, mesmo essas escolhas não escapam a um contexto de motivação racional – inclusive à luz de um histórico de escolhas e resultados já obtidos ou que, razoavelmente, se espera obter. Essa perspectiva revela sua ligação direta com os argumentos de que o Estado democrático e social de Direito impõe um patamar mínimo de segurança jurídica e que as previsões constitucionais expressas em face de medias retroativas (e.g. CR/88, art.5º, XXXVI) “não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica” (CR/88, art.5º, caput)<sup>532</sup>.

Nesse ponto Mario de Conto parece ter tocado em um aspecto fundamental para a uma adequada concepção e aplicação do princípio de proibição de retrocesso, qual seja, sua relevância histórico-pragmática na consecução dos objetivos constitucionais e da dignidade da pessoa humana, o que só se faz pela interação crítica com as correlatas funções sistêmicas dos princípios de segurança jurídica e proteção da confiança – todos, a certo modo, gravitando numa zona cinzenta e relativamente desprotegida em torno de um mais tradicional instituto jurídico do direito adquirido enquanto garantia de irretroatividade.

De um dos julgados que Conto cita, a ADI 605 MC, assentou-se que a irretroatividade só limita a atividade estatal “nas hipóteses expressamente previstas pela Constituição” a fim de inibir restrições gravosas “(a) ao ‘status libertatis’ da pessoa (CF, art. 5º, XL), (b) ao status subjectionis do contribuinte em matéria tributária (CF, art. 150, III, a) e (c) a ‘segurança’ jurídica no domínio das relações sociais (CF, art. 5º, XXXVI)”. Fora disso, “nada impede que o Estado edite e prescreva atos normativos com efeito retroativo”<sup>533</sup>.

Ora, a proibição de retrocesso foi recebida em Portugal e desenvolvida como uma retroatividade imprópria ou inautêntica, ou seja, um tipo de retroatividade. Contudo, viu-se que a reatroatividade não se confunde com retrocessividade. A retroatividade é uma característica que se atribui a uma ação, uma ação retroativa, que produz efeitos para trás ou,

---

<sup>530</sup> BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?**: discussão de uma alternativa. 4. ed. Tradução de Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011, p. 88.

<sup>531</sup> Ainda que, por vezes, a análise do conjunto de meios permita indícios na investigação e descoberta de ainda obscuros fins – o que, obviamente, move-se no terreno da hipótese e não raro sob a pretensão de sua confirmação.

<sup>532</sup> SARLET, **A Eficácia dos [...]**, op. cit., p. 465-466.

<sup>533</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 605 MC/DF [...]**, op. cit. Acredita-se que isso é afirmado relativamente a um contexto de normalidade constitucional, havendo, ainda, as restrições possíveis nos estados de defesa e de sítio (CR/88, art.136, §1º, I, e arts.138 e 139).

mais especificamente, pretéritos em relação ao próprio momento da ação. A retrocessividade é uma qualidade que se atribui não à ação, mas diretamente ao seu produto, efeito ou resultado. A característica de retroatividade é inerente à ação, em jeito que retroativa é a ação que gerar efeitos que se direcionam para trás, a situações pretéritas – tratar-se de um juízo de fato. Já o retrocesso é uma adjetivação que, embora dirigido ao resultado, não está ligado de modo inerente a ele, mas ao julgamento que se faz dele – trata-se de um juízo de valor.

Note-se, portanto, que a ADI 605 MC tratou de casos de (ir)retroatividade, afetos diretamente ao segurança jurídica, dando a exemplo, justamente, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada e o direito adquirido (CF, art. 5º, XXXVI). Ora, a segurança jurídica não se resume a direito adquirido, nem a proibição de retrocesso assim o faz, e muito menos parece assim fazer o princípio de proteção da confiança. Brega Filho, entre outros, afirma que o princípio de proibição de retrocesso funda-se, inclusive, nos princípios da confiança e da segurança jurídica, impedindo que os direitos venham a ser *arbitrariamente* diminuídos pelo legislador<sup>534</sup>. Mas na conjunção entre estes três princípios há algo mais: justamente o critério que permite conferir limite, identidade, autonomia, ao princípio de proibição de retrocesso.

Em sendo o retrocesso um juízo de valor resta evidente que tal juízo pode variar, como de fato varia, de sujeito para sujeito. Nessas circunstâncias, pelo princípio democrático, a vontade da maioria estaria representada pelas opções políticas – o que, por sua vez, desfaria os direitos fundamentais na sua condição de trunfos constitucionais contra a maioria, submetida esta, porém, a escrutínio de uma maioria menor (e tão subjetiva quanto, apesar de juridicamente mais qualificada): a dos ministros da suprema corte. Saídas democraticamente mais participativas, além de não escapar ao questionamento constitucional, enfrentariam sérios problemas relativos à adequada compreensão das complexas questões, sobretudo técnicas, não raro implicadas na adequada solução. Outrossim, conforme restou consignado no primeiro capítulo, a ampla apropriação político-ideológica ou político-partidária que a expressão *retrocesso* permite, flerta hoje não com a judicialização da política, nem à politização do judiciário, mas a uma radicalização dos discursos (rumo à intolerância) ou a uma apropriação pessoal (desinstitucionalização) da função jurisdicional.

Nesse contexto, o juízo de valor juridicamente implicado na concepção e aplicação de um princípio de proibição de retrocesso só há de ser um juízo criteriosamente extraído do próprio sistema normativo – uma perspectiva sistêmica de retrocesso juridicamente proibido, para cuja descoberta a presente tese se vale da teoria dos sistemas de Niklas Luhmann.

---

<sup>534</sup> BREGA FILHO, **Proibição [...]**, op. cit, p.121.

#### 4 INSTRUMENTAL: A TEORIA DOS SISTEMAS DE LUHMANN

Dando continuidade à exposição, uma vez observadas as dificuldades que se apresentam para a aplicação do princípio de proibição de retrocesso no Brasil, sustenta-se a tese de que a teoria dos sistemas de Luhmann é instrumental apto a promover sua adequada concepção e aplicação, inclusive junto ao seguro social brasileiro.

Justifica-se a escolha dessa teoria por se entender que ela permite ao decisor observar sociologicamente uma terceira posição em relação aos interessados no debate jurídico sobre o retrocesso proibido, qual seja, a posição do próprio Sistema de Direito. Afinal, quem melhor do que o próprio sistema de direito para distinguir o que é ou não conforme com o direito? Nesse sentido, registre-se amostra da perspectiva científica promovida Luhmann:

Distintos observadores externos – Heinrich von Kleist, Franz Kafka, Walter Benjamin – podem identificar o sistema do direito de formas diversas. Quando se quer saber como o fazem, se deve observar o observador. O sistema de direito é menos livre em suas auto-observações e autodescrições, mas, para compensar essa falta de liberdade, está melhor e mais seguramente informado. O direito tem que ajustar a observação e a descrição com as operações do sistema clausurado. Isso significa: conferir à observação e à descrição mesmas um estatuto normativo e uma adjudicação ao código direito/não-direito. O direito pode dizer que é totalmente conforme ao direito distinguir o conforme (e o discrepante) ao direito, ainda que os observadores externos pudessem ver nisso precisamente uma discrepância com o direito. A teoria dos sistemas enclausurados em sua operação, até aqui, não é somente uma teoria referida a objetos, mas que também compreende os esforços de reflexão de um sistema que se tem descrito precisamente como sistema-que-se-descreve-a-si-mesmo.<sup>535</sup>

Ou seja, sem tomar em perspectiva a posição de um ou outro interessado, considera-se que, na reflexão que o Sistema de Direito faz de si mesmo, se pode operar distinções que, mais do que revelar uma relação inovação/conservação (ou melhor, redundância/variação) num contexto de evolução, permite também uma distinção da forma confiança/desconfiança.

Entende-se que essa distinção sociologicamente relevante é também realizada pelo Sistema de Direito através do que juridicamente se convencionou chamar de princípio da proteção da confiança e que, suspeita-se, constitui base indelével da espécie princípio da proibição de retrocesso. Ou seja, se o próprio Sistema de Direito é capaz de distinguir sistemicamente entre redundância/variação e confiança/desconfiança, é também ele capaz de distinguir a variação que se relaciona com a desconfiança e, mais precisamente, distinguir a desconfiança que se relaciona a expectativas futuras em variação à confiança que redundava do histórico de operações passadas – qual seja, aquilo que se pode qualificar como um

---

<sup>535</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 131, tradução nossa.

*retrocesso* no contexto jurídico de proteção da confiança legítima ou, numa perspectiva sistêmica, distinguir como disfuncionalidade e/ou inconsistência.

A perspectiva sistêmica além de provocar um distanciamento em relação a partes e interesses concretos a reboque da dureza das formas da teoria luhmanniana, gerando um sensível incremento na objetividade teórica, fornece um critério significativamente mais objetivo de aferição de *retrocessos* a serem juridicamente evitados num contexto de proteção de expectativas legítimas.

Sem embargo de críticas que se formulem acerca do seu modelo teórico ou de outros esquemas acadêmicos erigidos a par no estudo da teoria dos sistemas no Direito, Luhmann não só se destaca pelo pioneirismo, pela originalidade e pela vastidão de seu trabalho, constituindo este por si um imenso campo a ser urgentemente mais explorado e desenvolvido junto às letras jurídicas no Brasil, como também se firma no horizonte sociológico e jurídico como inescusável referencial quando o assunto é a teoria dos sistemas. Encerrando, assim, o substrato teórico mais sedimentado e o principal ponto de referência em termos de teoria dos sistemas no Direito nacional, sem prejuízo de outras honrosas formulações, decide-se pelo uso da teoria dos sistemas de Luhmann como ponto de observação para desenvolvimento da tese.

Niklas Luhmann, jurista de formação, deu início aos seus estudos de sociologia em Cambridge, onde teve aulas com Talcott Parsons, um dos sociólogos que se prestaram ao estudo e de uma sociologia ligada a uma teoria geral dos sistemas, proposta por Ludwig von Bertalanffy. Nos seus estudos Luhmann fez incorporar muitos conceitos correntes nessa teoria, que, por geral, foram reunidos a partir de diversos campos do conhecimento (filosofia, matemática, artes, física, química, biologia, etc.). Como relata Simioni, a obra de Luhmann é gigantesca e de abstração inclemente, sua linguagem e estruturação de conceitos são únicos, constituindo uma teoria sem princípios, sem hierarquia, sem linearidade metodológica, e que parte da distinção – e não de coisas, entidades, objetos, essências ou signos linguísticos – como unidade analítica<sup>536</sup>.

Diante dessa dificuldade, para uma melhor compreensão da percepção das ideias de Luhmann e da sua própria localização científica, impõe-se compreender tanto esse seu ambiente teórico originário quanto a forma como sua obra se apresenta nas ciências sociais tão próxima de outras ciências a ponto de lhe permite valer-se de seus conceitos (e.g. *autopoiese*, *programação*, *re-entry* e *feedback*). Quando se ignora esse pano de fundo e esse

---

<sup>536</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014, p. 597.

modo de fazer sistêmico<sup>537</sup> encontra-se, não raro, dificuldades adicionais na apreensão dessas ideias, cujos desenvolvimentos no campo das ciências sociais contam tanto com as contribuições do giro linguístico como de grandes descobertas científicas e tecnológicas do terço final do século XX.

Com isso, opta-se por iniciar esta parte do estudo seguindo uma linha de evolução histórica ao entorno de conceitos que foram incorporados por Luhmann em sua obra, permitindo, ademais, traçar quadro do contexto teórico a partir do qual ele mesmo realizou sua construção. À medida que bem estabelecida essa base e aclarada sua distinção teórica, substitui-se o enfoque histórico-evolutivo por um expositivo-analítico com foco sobre os aspectos teóricos gerais da teoria dos sistemas sociais luhmanniana que se mostram de maior importância ao presente estudo.

Sendo o Sistema de Direito um sistema social específico, de posse dessas informações de base, em tópico próprio, o segundo, avança-se também resumidamente sobre aspectos jurídicos de maior relevância dentro da teoria luhmanniana tanto para sua melhor localização dentro da ciência jurídica quanto para o despoje das coordenadas que conduzem a uma localização do princípio de proibição de retrocesso.

Uma vez a par dos principais aspectos tanto da teoria dos sistemas sociais em geral quanto do sistema social do direito em Luhmann, o terceiro tópico se debruça sobre aquele que se apresenta como potencial ligação entre o princípio jurídico de proibição de retrocesso com a teoria dos sistemas sociais luhmanniana: a confiança. Uma confiança que é tratada por Luhmann como um fundamental mecanismo de redução de complexidade social em estudo exclusivo e que, de certa forma já incorporada ao sistema jurídico alemão como princípio da proteção da confiança ao tempo de sua publicação do estudo, em 1968, como uma sombra parece ter sempre acompanhado o princípio de proibição de retrocesso, ganhando pouco ou destaque na doutrina e jurisprudência nacionais.

De posse desses elementos do referencial teórico eleito, torna-se possível partir para um último capítulo da presente tese, onde se analisam os resultados obtidos e se aplicam tanto em vista da concepção de um retrocesso juridicamente proibido quanto de sua aplicação sobre o seguro social brasileiro.

#### 4.1 BASES DA TEORIA DOS SISTEMAS SOCIAIS DE LUHMANN

---

<sup>537</sup> Luhmann mesmo pondera que pode vir a ser considerada uma desvantagem na teoria dos sistemas é a “suma complexidade e abstração de seus conceitos”, estabelecidos fragmentariamente no campo interdisciplinar e com o qual se encontra fortemente compromissada. (LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 77 e 92, tradução nossa).

Como já ressaltado, uma adequada incursão acerca da teoria dos sistemas sociais exige, ainda que brevemente, uma exposição acerca da própria noção de sistema e de uma teoria dos sistemas que não remonta exatamente à ciência social, mas a um campo marcadamente transdisciplinar, e que, por ser raramente apresentado sobretudo ao investigador da seara jurídica, gera dificuldades desnecessárias. Feito essa introdução sobre a teoria dos sistemas de modo geral, mas com vistas aos desdobramentos sociais empreendidos por Luhmann, lança-se especificamente sobre aquelas ideias que configuram, para o presente estudo, as principais bases sobre as quais Luhmann constrói sua teoria dos sistemas sociais bem como, nela, sua concepção de sistema de direito.

#### 4.1.1 Sobre a teoria dos sistemas

Apesar de muito corrente e até intuitivo nos dias de hoje, o termo sistema parece não passar imune a um breve questionamento acerca de sua origem e seu sentido.

Capra e Luisi alegam que a palavra sistema deriva da composição grega *syn* + *histanai* significando *colocar junto*<sup>538</sup>. Etimologicamente, do grego antigo (σύστημα ou συστήματα) a preposição *syn* ou *sún* (σύν) corresponderia a: com, junto com, juntamente com ou em companhia de; enquanto que a raiz proto-indo-europeia de *histanai* ou *hístēmi* (ἵστημι) seria *sta* ou *steh<sub>2</sub>-*, que alude a: estar ou fazer firme. *Histanai*, portanto, não podendo corresponder apenas a estar ou fazer firme, lhe é atribuído o sentido de *causa para estar*<sup>539</sup> ou, numa relação causal, *fazer ficar*<sup>540</sup>. Daí porque sistema corresponderia a *causa para estar junto* ou ao *colocar junto por uma causa*.

A *causa*, no sentido de motivo – ou melhor, de razão –, embora suprimida na interpretação de Luisi e Capra, nos parece ser ponto central. Note-se que uma biblioteca, uma discoteca e uma pinacoteca são, na mesma sequência, conjuntos de livros, discos e pinturas. Estão assim reunidos em um conjunto por causa da sua natureza. Ou seja, há uma causa, um motivo, uma razão para estarem juntos. Mas normalmente essa reunião não nos basta,

<sup>538</sup> CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas**. Tradução de Mayra Teruya Eichemberg e Newton Roberval Eichemberg. São Paulo: Cultrix, 2014, p.94.

<sup>539</sup> Verbetes *system*, *syn*, *\*sta* e *histanai* em (HARPER, Douglas. **Online Etymology Dictionary**. System. [S.l.:s.d.]. Disponível em: <https://www.etymonline.com/word/system>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>540</sup> LIDDELL, Henry George; SCOTT, Robert. **A Greek-English Lexicon**. revised and augmented throughout by. Sir Henry Stuart Jones. with the assistance of. Roderick McKenzie. Oxford: Clarendon Press. 1940. Disponível em: [http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0057:entry=i/\(sthmi\)](http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0057:entry=i/(sthmi)). Acesso em: 20 fev. 2020.

precisamos organizá-los em razão de alguma função: um uso, uma utilidade, uma ordem, uma pesquisa, um processo, uma importância, um discurso como contar uma história ou expor um argumento, entre outros. Nesta segunda perspectiva, são colocados juntos por uma causa, por um motivo, por uma razão.

A razão pela qual há ou se opera a junção ou organização do conjunto constitui a sistematização, deflagra, pois, o sistema. Trata-se, portanto, de uma concepção abstrata, uma referência a uma relação ou a um conjunto de relações que, explícitas ou implícitas, dadas ou construídas, constituem algo além do que as partes isoladamente ou à sua mera junção, o todo.

Ainda que isso se apresente de modo muito natural e claro, não é possível aqui afirmar que o signo linguístico que encerra corresponda sempre ao seu uso original. Roland Müller aponta duas obras de Bartholomaeus Keckermannus, ambas datadas de 1600, como as primeiras a usar a palavra sistema em seus títulos: *Systema logicae, tribus libris adornatum, pleniore praeceptorum methodo, et commentariis scriptis ad praeceptorum illustrationem. Hanoviae: Antonius 1600*; e *Systema grammaticae Hebraeae, sive, sanctae linguae exactior methodus. Hanoviae: Antonius, ca. 1600*. Esses livros compõem um conjunto de obras do mesmo autor igualmente iniciadas com a palavra sistema<sup>541</sup>.

Roland Müller ainda aponta que Basilius Faber, no *Thesaurus Eruditionis Scholasticae*, de 1572, já previa o verbete sistema relacionando-o à música, precisamente à conjugação métrica de intervalos entre duas ou mais pautas musicais: “*systema, med. prod. systema, Musicorum vocabulum est, significans complexum certum intervallorum*”<sup>542</sup>.

E, precisamente, dentre um conjunto de obras clássicas que Müller aponta como tendo utilizado a palavra sistema, extrai-se do Filebo, de Platão – possivelmente o mais antigo registro da palavra – o trecho em que Sócrates, referindo ao sistema métrico de intervalos musicais, fala da relação entre o uno e o múltiplo:

Mas, quando tiveres aprendido quais sons são agudos e quais são graves, e o número e a natureza dos intervalos [583], e seus limites ou proporções, e os sistemas compostos a partir deles, os quais nossos pais descobriram e transmitiram a nós que somos seus descendentes sob o nome de harmonias; e as afeições correspondentes a eles nos movimentos do corpo humano, que quando medidos por números devem, como dizem, ser chamados de ritmo e medida, e eles nos dizem que o mesmo princípio deve ser aplicado a tudo que é uno e múltiplo; – quando houveres aprendido tudo isso, só então, eu digo, meu querido amigo, tu és perfeito; e pode-se dizer que entendes qualquer outro assunto quando tiveres semelhante compreensão disso. Mas a infinidade de tipos e a infinidade de indivíduos que estão em cada um

<sup>541</sup> THE POST-REFORMATION DIGITAL LIBRARY – PRDL. **Bartholomäus Keckermann**. Grand Rapids: Junius Institute, [s.d.]. Disponível em: [http://www.prdl.org/author\\_view.php?a\\_id=6](http://www.prdl.org/author_view.php?a_id=6). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>542</sup> MÜLLER, Roland. Mueller Science. **Definitionen von "System"**. [S.l.:s.d.]. Disponível em: [http://www.muellerscience.com/SPEZIALITAETEN/System/System\\_Definitionen.htm](http://www.muellerscience.com/SPEZIALITAETEN/System/System_Definitionen.htm). Acesso em: 20 fev. 2020. Anote-se a presença da noção de complexidade, que mais adiante será abordada.

deles, quando não classificados, cria em cada um de nós um estado de infinita ignorância; e aquele que nunca procura por número em nada, não será ele mesmo procurado no número de homens famosos.<sup>543</sup>

Tem-se, pois, alguma evidência de que, mais remotamente, sistema não corresponderia apenas a *causa* para estar junto ou a colocar junto *por uma causa*, mas a colocar junto por uma *razão matemática* ou a *razão matemática de colocar junto*. Em matemática, a razão (*ratio*) corresponde à relação entre dois elementos de conjuntos não vazios, não raro associada à operação de divisão pela qual se obtém seu quociente, um divisor comum, e, eventualmente, um resto. Dessa relação, ademais, pode-se extrair matematicamente múltiplos comuns.

Uma busca por σύστημα (ou su/sthma, sistema em grego), a Biblioteca Digital Perseus oferece uma vasta relação de obras clássicas já contendo a expressão grega, com franco destaque a Histórias, de Polybio (203-120 a.C.)<sup>544</sup>. Nesta, onde retratadas muitas batalhas, é compreensível o uso da palavra pois a música desde aquela época conduzia o ritmo das atividades atléticas e militares, permitindo a ampla, e por isso mais harmônica e disciplinada, comunicação (codificada) de ordens do que o uso de palavras, sendo, pois, mais estratégica<sup>545</sup>.

Roland Müller também formula um quadro sinótico<sup>546</sup> do desenvolvimento histórico da palavra sistema em que as referências mais remotas são atribuídas à música e à astronomia. Com efeito, a observação dos astros, relacionados entre si por proporções matemáticas no seu *ballet* celestial, dá origem ao próprio tempo enquanto ordem cronológica de fenômenos,

<sup>543</sup> PLATO. **The Dialogues of Plato**. Translated into English with Analyses and Introductions by B. Jowett, M. A. in Five Volumes. 3rd edition revised and corrected. v. 4: Parmenides, Theaetetus, Sophist, Statesman, Philebus. Oxford: Oxford University Press, 1892, tradução nossa. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/plato-dialogues-vol-4-parmenides-theaetetus-sophist-statesman-philebus>. Acesso em: 20 fev. 2020. Do original, em grego, observa-se a palavra συστήματα. (PLATO. **Platonis Opera**, Philebus, 17d, ed. John Burnet. Oxford: Oxford University Press, 1903. Disponível em: <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0059.tlg010.perseus-grc1:17d>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>544</sup> PERSEUS DIGITAL LIBRARY. **Word frequency information for σύστημα**. Ed. Gregory R. Crane. Medford: Tufts University, [s.d.]. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/wordfreq?lang=greek&lookup=su%2Fsthma>. Acesso em: 20 fev. 2020. Ver também: os links relacionados: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph?l=su%2Fsthma&la=greek&can=su%2Fsthma0#Perseus:text:1999.04.0057:entry=su/sthma-contents>;

e <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/morph?l=su%2Fsthma&la=greek&can=su%2Fsthma0#Perseus:text:1999.04.0058:entry=su/sthma-contents>. Para as histórias de Polybio, vide: POLYBIUS. **The Histories of Polybius**. 2 v. Translated from the text of F. Hultsch by Evelyn S. Shuckburgh, M. A. London: MacMillan and Co. and New York, 1889. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2013. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/author/42603>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>545</sup> CERQUEIRA, Fabio Vergara. Música e Guerra na Grécia Antiga: o testemunho dos textos antigos e da iconografia. In: **Revista Phoênix**, v. 8, n.1, 2002. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em: [http://phoenix.historia.ufrj.br/media/uploads/artigos/8\\_-\\_Musica\\_e\\_guerra\\_na\\_Grecia\\_Antiga\\_-\\_Fabio\\_Vergara.pdf](http://phoenix.historia.ufrj.br/media/uploads/artigos/8_-_Musica_e_guerra_na_Grecia_Antiga_-_Fabio_Vergara.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>546</sup> MÜLLER, Roland. Mueller Science. **Uebersicht historisch gesetzt**. [S.l.:s.d.]. Disponível em: [http://www.muellerscience.com/SPEZIALITAETEN/System/Uebersicht\\_historisch\\_gesetzt.html](http://www.muellerscience.com/SPEZIALITAETEN/System/Uebersicht_historisch_gesetzt.html). Acesso em: 20 fev. 2020.

permitindo adotar um determinado ritmo (solar, lunar etc.) como unidade referencial. A partir de 1500, avança para filosofia, teologia, física, direito, economia, biologia e química.

Entre as aplicações do termo sistema após 1500, destaca-se que Hugo Grotius (1583-1645), em 1614, já a usa com desenvoltura e sem conceituações<sup>547</sup>. Em trecho extraído de seu O Direito de Guerra e Paz, de 1625, a relação entre as partes e o todo é ressaltada:

Na moral, todo o sistema frequentemente deriva seu nome de uma das partes principais, como observa Cícero, no quinto livro de seu *Limites do Bem e do Mal*, e Galeno observa que uma mistura é frequentemente chamada pelo nome de seu ingrediente principal. Disso Cícero não está totalmente correto ao dizer que um estado não está meramente doente, mas inteiramente destruído pela injustiça de seus líderes e membros componentes. Pois um corpo moribundo ainda é um corpo, e um estado, ainda que terrivelmente doente, ainda é um ser político, desde que suas leis e tribunais e outras partes necessárias da sua constituição permaneçam, para administrar a justiça e dar reparação aos estrangeiros, não menos do que aos sujeitos privados em suas ações uns contra os outros.<sup>548</sup>

Hobbes, no *Leviatã* (1651), mantém o foco na relação entre partes e o todo procurando, porém, ser mais conceitual:

Após discernir sobre a geração, forma e poder de um Estado, vamos estudar as partes que o constituem. Em primeiro lugar dos sistemas, que se parecem com as partes semelhantes ou músculos de um corpo natural. Entendo por sistema qualquer número de homens unidos por um interesse ou um negócio. [...].<sup>549</sup>

A este tempo, Rene Descartes (1596-1650), já havia publicado seu *Discurso sobre o Método* (1637)<sup>550</sup>, marcando o ato inaugural do ingresso da análise matemática sobre toda a

---

<sup>547</sup> GROTIUS, Hugo. **Traité du Pouvoir du Magistrat Politique sur les choses sacrées**. Traduit du Latin de Grotius. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2005. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/14905>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>548</sup> Id., **The Rights of War and Peace**. Translated from the original latin of Grotius with notes and illustrations from political and legal writers by A. C. Campbell, A. M.. New York; London, 1901. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2014, tradução nossa. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/46564>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>549</sup> HOBBS, Thomas. **Leviatã** – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martins Claret, verão de 2002, p. 168. Ver também: Id., **Leviathan**. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2013. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/3207>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>550</sup> Não há porque não poupar longas pesquisas sobre célebre trecho do trabalho histórico: “[...]. E, enfim, considerando que quaisquer pensamentos que nos ocorrem quando estamos acordados nos podem também ocorrer enquanto dormimos, sem que exista nenhum, nesse caso, que seja correto, decidi fazer de conta que todas as coisas que até então haviam entrado no meu espírito não eram mais corretas do que as ilusões de meus sonhos. Porém, logo em seguida, percebi que, ao mesmo tempo que eu queria pensar que tudo era falso, fazia-se necessário que eu, que pensava, fosse alguma coisa. E, ao notar que esta verdade: eu penso, logo existo, era tão sólida e tão correta que as mais extravagantes suposições dos cétricos não seriam capazes de lhe causar abalo, julguei que podia considerá-la, sem escrúpulo algum, o primeiro princípio da filosofia que eu procurava. Mais tarde, ao analisar com atenção o que eu era, e vendo que podia presumir que não possuía corpo algum e que não havia mundo algum, ou lugar onde eu existisse, mas que nem por isso podia supor que não existia; e que, ao contrário, pelo fato mesmo de eu pensar em duvidar da verdade das outras coisas, resultava com bastante evidência e certeza que eu existia; ao passo que, se somente tivesse parado de pensar, apesar de que tudo o mais que alguma vez imaginara fosse verdadeiro, já não teria razão alguma de acreditar que eu tivesse existido; compreendi, então, que eu era uma substância cuja essência ou natureza consiste apenas no pensar, e que, para ser, não necessita de lugar algum, nem depende de qualquer coisa material. De maneira que esse eu, ou seja, a

ciência moderna. Sua obra não só é um marco da Revolução Científica (ao lado de Galileu, Copérnico, Bacon e Newton), como é pedra fundamental do chamado paradigma cartesiano, referência a partir da qual o próprio método científico passou a desenvolver-se enquanto sinônimo de deduzir logicamente o todo a partir das suas partes. O reducionismo do determinismo mecanicista – justamente por partir do modelo de redução dos objetos de conhecimento à soma das partes unidas por uma razão empírica causal – não tardou, porém, em encontrar resistência.

Leibniz (1646-1716) não só difunde modernamente<sup>551</sup> o sistema numérico binário (zero e um) com seu artigo *Explication de l'Arithmétique Binaire*<sup>552</sup>, de 1703, pelo qual se funda a tecnologia binária (ou digital) hodierna, como introduziu modernamente o conceito de contingência, qual seja, a qualidade daquilo que não é nem necessário nem impossível, de modo que não pode ser demonstrado nem negado de modo absoluto, variando conforme o que é dado pelo contexto<sup>553</sup>. Distinguem-se disso tautologias, que são proposições necessariamente verdadeiras (e.g. nenhum morto está vivo); contradições, que são proposições necessariamente falsas (e.g. x é maior e é menor que y); e proposições contingentes, que não são nem necessariamente verdadeiras, nem necessariamente falsas (e.g. existe mais de uma lua). Nesta linha, Leibniz, admitindo que as disciplinas “constituem nada mais do que arranjos

---

alma, por causa da qual sou o que sou, é completamente distinta do corpo e, também, que é mais fácil de conhecer do que ele, e, mesmo que este nada fosse, ela não deixaria de ser tudo o que é. Depois disso, considere o que é necessário a uma proposição para ser verdadeira e correta; pois, já que encontrara uma que eu sabia ser exatamente assim, pensei que devia saber também em que consiste essa certeza. E, ao perceber que nada há no eu penso, logo existo, que me dê a certeza de que digo a verdade, salvo que vejo muito claramente que, para pensar, é preciso existir, concluí que poderia tomar por regra geral que as coisas que concebemos muito clara e distintamente são todas verdadeiras, havendo somente alguma dificuldade em notar bem quais são as que concebemos distintamente.” (DESCARTES, René. **Discurso do Método**. [S.l. s.d.]. Disponível em: [http://www.intratext.com/IXT/POR0305/\\_P5.HTM](http://www.intratext.com/IXT/POR0305/_P5.HTM). Acesso em: 20 fev. 2020). Um original pode ser visto em Linda Hall Library: <http://lhldigital.lindahall.org/cdm/ref/collection/philsci/id/14760>.

<sup>551</sup> Assim como o Cálculo foi objeto de infamante disputa na Royal Society com Isaac Newton (Ver: SCHRADER, Dorothy V. The Newton-Leibniz Controversy concerning the Discovery of the Calculus. **The Mathematics Teacher**, v.55, n. 55, may 1962, p. 385-396. [S.l.]: National Council of Teachers of Mathematics, 1962. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/27956626>>. Acesso em: 20 fev. 2020). No Brasil anote-se: CONTIERI, Roberto Pepi. **Disputa entre Newton e Leibniz sobre o cálculo**: uma divergência, analisada sobre as correspondências na Royal Society. Dissertação (Mestrado em História da Ciência) – PUC-SP, São Paulo, 2006. Há quem atribua a autoria da numeração binária, e.g., a Thomas Harriot e/ou a Juan Caramuel (ARES, J.; LARA, J.; LIZCANO, D. et al. Who Discovered the Binary System and Arithmetic? Did Leibniz Plagiarize Caramuel? In: **Science and Engineering Ethics**, v. 24, n. 1, february, 2018, p.173-188 [S.l.]: Springer Netherlands, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.1007/s11948-017-9890-6>. Acesso em: 20 fev. 2020). Sem demérito de tais divergências, deve-se à divulgação de Leibniz a produção dos aludidos desenvolvimentos.

<sup>552</sup> LOPES, Frederico José Andries. Leibniz e a aritmética binária. **Revista Brasileira de História da Matemática**, v. 11, n. 22, p.89-94. Campo Grande: UFMT, out/2011-mar/2012. Disponível em: <http://www.rbhm.org.br/issues/RBHM%20-%20vol.11,no22/5%20-%20Fred.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>553</sup> Luhmann afirma que a noção de que “contingente é algo que não é necessário, nem impossível; portanto, algo que pode ser assim como é (ou era ou será), embora seja possível de outro modo” remete a Aristóteles (LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais**: esboço de uma teoria geral. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis (RJ): Vozes, 2016, p. 129).

diversos das mesmas verdades, de forma que o que é aí decisivo não são as matérias de que se trata, mas o encadeamento delas”, tem a concepção cartesiana como uma das possíveis:

[...]. Com a metáfora do oceano, que expressa a sua própria posição, Leibniz indica que essas divisões não são consequência da própria natureza do conhecimento, mas sim do nosso arbítrio. Ou seja, dado que a ciência é una, são as nossas divisões que são arbitrarias (não no sentido de que são desprovidas de sentido, mas sim no de que somos nós que as realizamos), mas não a verdade, cujo fundamento consiste justamente na proporção entre os caracteres e as coisas, quer dizer, em uma analogia entre a conexão que há entre os elementos de um discurso e a conexão que há entre as coisas que se propõe examinar ("Diálogo...", GP VII, 192). Assim, a fim de classificar as verdades, o mais relevante é pensar nas suas relações ou conexões do que propriamente nessa divisão de objetos, que coloca a natureza de um lado e o homem enquanto agente, de outro.<sup>554</sup>

Advertindo, assim, “que a verdade não é relativa: ela pode valer para alguns casos e para outros não”<sup>555</sup>, Celi Hirata conclui acerca do sistema leibniziano,

Tal como o mundo, no qual cada ser, cada fenômeno, remete a todos os demais de múltiplas maneiras, constituindo o sistema por excelência, na ordem sistemática do conhecimento subsistem várias conexões entre os dogmas, de forma que há várias ordens possíveis de exposição das teses. Respeitando a concepção segundo a qual o fundamento da verdade reside na proporção entre os caracteres e as coisas, quer dizer, entre o discurso e a realidade, o sistema, entanto doutrina articulada, expressa o sistema do mundo, sistema que se caracteriza pela harmonia, isto é, pela existência da unidade na multiplicidade. Ora, visto que, para Leibniz, a ordem sistemática permite diversos arranjos possíveis, de modo que as teses não precisam estar inseridas numa ordem dedutiva, progressiva e irreversível para serem válidas, torna-se possível o rearranjo das melhores teses dos sistemas legados pela tradição no seu próprio sistema, que, aos olhos de seu autor, acaba por se tornar o sistema dos sistemas [...].<sup>556</sup>

Note-se que a relação entre o uno e o múltiplo extraída do Filebo não se reduz a uma noção de implícita subordinação ou hierarquia de partes e todo ou mesmo de gênero e espécie. Trata-se, sim, da relação em si, pura proporção, pura forma, que não está no objeto mas na própria mira de quem observa. Essa perspectiva, muito mais complexa e holística, embora reste de modo geral por séculos cientificamente suplantada pelo paradigma cartesiano, ressurgiu de modo referencial<sup>557</sup> na condução dos estudos da cibernética por Norbert Wiener.

Na cibernética foram desenvolvidos muitos conceitos utilizados pela teoria geral dos sistemas, que, influenciadora da sociologia luhmanniana, prescinde de alguns apontamentos

<sup>554</sup> HIRATA, Celi. Sistema em Leibniz e Descartes. In: **Trans/form/ação**, v. 35, n. 1, abr. 2012, p. 23-36. Marília: UNESP, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732012000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732012000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31732012000100003>.

<sup>555</sup> Ibid.

<sup>556</sup> Ibid.

<sup>557</sup> “Se eu fosse escolher na história da ciência um santo patrono para a cibernética, elegeria Leibniz” (WIENER, Norbert. **Cibernética**: ou controle e comunicação no animal e na máquina. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2017, p.35)

quanto àqueles termos, conceitos e expressões que muito implicaram na característica linguagem observada na teoria dos sistemas sociais de Luhmann. Embora em princípio dissociada do Direito, entende-se que a compreensão dessa terminologia e seu contexto é tarefa imprescindível à adequada compreensão dos desenvolvimentos, adaptações e contribuições que sobre ela Luhmann vai operar no processo de construção de sua teoria.

Assim, uma vez tendo caminhado indistintamente de Sócrates a Leibniz, o estudo dos sistemas que se segue até Wiener e deste até a sociologia de Parsons encontra-se aparentemente dissociado do Direito até que Luhmann, aluno de Parsons, reestabeleça a relação aproveitando muito daquilo que nesse período foi desenvolvido por outros ramos da ciência. Esse lapso temporal é muito representativo da evolução do pensamento sistêmico também impactando o desenvolvimento da presente tese, como se passa a verificar.

Em plena revolução industrial e, portanto, em meio a máquinas à vapor e ainda aos auspícios do paradigma mecanicista, Nicolas Léonard Sadi Carnot (1796-1832) lança as bases da termodinâmica, sobre as quais Rudolf Clausius (1822-1888) vai desenvolver o conceito de *entropia* (do grego *τρέπειν*, mudança, significando *aquilo em transformação*<sup>558</sup>) podendo assim ser entendida como a medida da quantidade de energia térmica que não pode ser recuperada de uma transformação termodinâmica, esta operada entre duas ou mais fontes de temperaturas diferentes. Sua enunciação pela chamada segunda lei da termodinâmica implica que a entropia de qualquer *sistema fechado* (isolado termicamente) tende a aumentar com o tempo, até alcançar um valor máximo. Na prática, significa que a energia térmica de uma das partes do sistema fechado tende a ser compartilhada com as demais partes do sistema<sup>559</sup> até que se alcance o equilíbrio térmico – condição de máxima entropia. Veja-se que isso só se modifica mediante acréscimo de elemento até então externo ao sistema<sup>560</sup>, com o qual passará a compartilhar energia térmica até, novamente, voltar ao equilíbrio – daí porque a entropia é uma medida de irreversibilidade na termodinâmica.

Entre outros, Ludwig Boltzmann (1844-1906) se dedicou ao estudo da entropia de modo estatístico, sobressaindo a observação de que a transformação tendente ao equilíbrio térmico (aumento de entropia) equivale à transformação de um estado mais improvável a um

---

<sup>558</sup> Verbetes *entropy* em (HARPER, Douglas. **Online Etymology Dictionary**. Entropy. [S.l.:s.d.]. Disponível em: <https://www.etymonline.com/word/entropy>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>559</sup> Um sistema pode ser assim definido como um conjunto de partes inter-relacionadas que interagem por meio de algum processo condutor (PIDWIRNY, Michael. **Fundamentals of Physical Geography**. 2. ed. Disponível em: <http://www.physicalgeography.net/fundamentals/4a.html>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>560</sup> Além disso, não se trabalha em absoluto com sistemas fechados, isolados termicamente. Sempre há o desperdício de parte da energia para o meio na forma de calor, barulho, atrito, trepidação, etc, de modo que, os processos de transformação (e.g. de calor em energia cinética na máquina à vapor) nunca serão totalmente eficientes. Isso, aliás, é o que impede a existência de uma máquina térmica ideal, ou *máquina de Carnot*.

estado mais provável. Para entender como uma situação de equilíbrio pode ser algo mais provável é necessário perceber que num estado de maior energia térmica os átomos e moléculas estão em maior agitação, colidindo uns com os outros. Ao inverso, numa situação de menor energia térmica, a agitação diminui e as colisões também. À temperatura de zero Kelvin, tem-se a menor energia possível e, também, a menor entropia possível – portanto, o ponto em que os átomos estão na sua condição de máxima organização (terceira lei da termodinâmica). Mas o zero Kelvin é algo extraordinário, sendo entropia em sistemas fechados sempre crescente e irreversível, de modo que a segunda lei da termodinâmica, em termos de colisão de partículas microscópicas, termina por afirmar que os estados desordenados são naturalmente os mais prováveis. Em resumo, um estado final de máxima uniformidade macroscópica equivale a um estado de máxima perturbação microscópica – ambos representados pela condição de máxima entropia.

Com isso, portanto, acaba-se por associar a entropia como uma medida de desordem na mecânica estatística<sup>561</sup>. Admitindo-se, como na termodinâmica, que a entropia é sempre crescente e irreversível em um sistema fechado, e admitindo-se o universo como tudo que existe (um sistema fechado, pois não há nada fora dele), a entropia seria testemunho do próprio transcurso do tempo no universo, apontando sempre para um estado mais equilibrado e desorganizado. Percepções de assimetrias como essas (térmica, organizacional, cosmológica) permitirão Arthur Stanley Eddington (1822-1944), em 1928, cunhar a expressão *flecha do tempo*:

Sem qualquer apelo místico à consciência, é possível encontrar uma direção do tempo no mapa quadridimensional por um estudo da organização. Vamos desenhar uma flecha arbitrariamente. Se seguindo a flecha encontrarmos mais e mais elementos aleatórios no estado do mundo, a flecha está apontada para o futuro; se o elemento aleatório diminui, a flecha está apontada para o passado. Essa é a única distinção conhecida pela física. Isso se segue de imediato se admitida nossa afirmação fundamental de que a introdução de aleatoriedade é a única coisa que não pode ser desfeita.

Eu vou usar a expressão “flecha do tempo” para expressar essa propriedade unidirecional do tempo que não possui análogo no espaço. [...].<sup>562</sup>

Uma vez que as equações são formalmente válidas tanto *para frente* quanto *para trás*, nada permitiria, nesse contexto, explicar teoricamente a percepção do fluxo do tempo, a distinção entre passado e futuro. Porém, diante da persistente percepção do tempo e seu transcurso, a entropia (enquanto crescente desordem) foi o que se apresentou de mais próximo

<sup>561</sup> “A sucessão de nomes Maxwell-Boltzmann-Gibbs representa uma redução progressiva da termodinâmica à mecânica estatística” (WIENER, op. cit., p. 60).

<sup>562</sup> EDDINGTON, Sir Arthur Stanley. **The Nature of The Physical World**. Cambridge: The University Press, 1948, p.35, tradução nossa. Disponível em: <http://henry.pha.jhu.edu/Eddington.2008.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

a uma possível resposta<sup>563</sup>. Nessa linha, é fato que as teorias que concebem o universo em expansão, hoje genericamente reunidas sob a alcunha de *Big Bang*, ganharam, desde o início do século XX, grande reforço teórico e empírico em face de teóricos do universo estacionário.

Uma importante pergunta que decorre dessa constatação é: em um universo condenado à desordem, como criar ordem? Em 1871, James Clerk Maxwell (1831-1879), havia elaborado um experimento mental em que, supostamente, a segunda lei da termodinâmica poderia ser violada: um ente microscópico e inteligente, um demônio<sup>564</sup>, poderia controlar uma porta entre duas câmaras de gás permitindo que apenas moléculas rápidas passassem para um lado e apenas moléculas lentas passassem para o outro até que uma das câmaras estivesse totalmente quente e a outra totalmente fria. Uma das principais considerações feitas sobre esse problema é a de que o dispositivo adiciona energia para obter a informação se a molécula é rápida ou lenta, de modo que ele próprio passa a integrar o sistema<sup>565</sup> – ou seja, a entropia total do sistema fechado não diminui, negando a hipótese. Porém, seguindo o rastro da entropia, uma série de decorrências científicas surgiram dos estudos de Maxwell<sup>566</sup>, importando aqui a intersecção que permitiu com a teoria da informação.

Em 1948, Claude Elwood Shannon (1916-2001) publicou o artigo *A Mathematical Theory of Communication*<sup>567</sup> que, posteriormente acrescido de capítulo introdutório e explicativo por Warren Weaver (1894-1978), converte-se em livro do mesmo nome no ano seguinte. Dali podem ser pinçados esclarecimentos como os de que, nessa teoria, *informação* não deve ser confundida com seu uso comum e, em particular, não deve ser confundida com significado, de modo que, entendida enquanto “medida de liberdade de escolha quando se seleciona uma mensagem”, informação não está mais relacionada ao que se diz quanto ao que se poderia dizer<sup>568</sup>:

---

<sup>563</sup> “Tal transição de um tempo newtoniano, reversível, para um tempo gibbsiano, irreversível, teve seus ecos filosóficos. Bergson salientou a diferença entre o tempo reversível da física, no qual nada de novo acontece, e o tempo irreversível da evolução e da biologia, nos quais há sempre algo de novo. A compreensão de que a física newtoniana não era a moldura apropriada à biologia constitui talvez o ponto central da velha controvérsia entre vitalismo e mecanicismo [...]” (WIENER, op. cit., p. 61)

<sup>564</sup> O emprego do termo não parece despropositado. Da raiz proto-indo-européia *dā-* (dividir), a expressão grega *daimōn* não carrega conotação negativa, designando “o divisor” – de fortuna ou destinos (HARPER, Douglas. **Online Etymology Dictionary**. Demon. [S.l.:s.d.]. Disponível em: <https://www.etymonline.com/word/demon>. Acesso em: 20 fev. 2020). Portanto, demônio é aquele que cria diferença, divisão, separação, distinção.

<sup>565</sup> WIENER, op. cit., p. 82-84.

<sup>566</sup> RAPOPORT, Anatol. Aspectos matemáticos da análise geral dos sistemas. In: BERTALANFFY, Ludwig von. et al. **Teoria dos Sistemas**. Tradução de Maria da Graça Lustosa Beckskeházy. 1. ed, p. 21-46. Rio de Janeiro: FGV, 1976, p.34.

<sup>567</sup> SHANNON, Claude Elwood. A Mathematical Theory of Communication. In: **The Bell System Technical Journal**, v. 27, p.379-423, 623-656, July, October, 1948. [S.l.]:1948. Disponível em: <https://www.qsl.net/n9zia/pdf/shannon1948.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>568</sup> SHANNON, Claude Elwood. WEAVER, Warren. **The Mathematical Theory of Communication**. [S.l.]: The University of Illinois Press; Urbana, 1964, p.15-16, tradução nossa.

[...]. Uma situação mais natural e mais importante é aquela na qual a fonte de informação faz uma sequência de escolhas a partir de símbolos elementares, a sequência selecionada que está formando a mensagem. Assim, um homem pode escolher uma palavra após a outra, e então somar essas palavras individualmente selecionadas para formar uma mensagem.

Nesse ponto uma consideração importante que tem ficado em segundo plano, até agora, vem à frente para maior atenção. Isto é, o papel que a probabilidade desempenha na geração da mensagem. Pois, como sucessivos símbolos são escolhidos, essas escolhas são, pelo menos do ponto de vista do sistema de comunicação, governado por probabilidades; e, de fato, por probabilidades que não são independentes, mas que, em qualquer estágio do processo, dependem das escolhas precedentes. [...].<sup>569</sup>

Mimetizando o exemplo trazido na sequência por Warren, imagine que uma pessoa (fonte de informação) estava redigindo uma carta (mensagem) em língua portuguesa e que o último símbolo escrito (escolhido) foi o artigo definido “o”. A probabilidade de que a próxima palavra seja um outro artigo é muito pequena<sup>570</sup>. Entendendo-se, assim, por entropia a quantidade de símbolos possíveis que naturalmente atendem aos requisitos necessários<sup>571</sup>, tem-se que uma situação com uma pequena quantidade de escolhas possíveis possui uma pequena quantidade de símbolos envolvidos (entropia), sendo também pequena a quantidade de informação. Como a liberdade de escolha e a aleatoriedade também são, logicamente, ao inverso, há um alto grau de organização, de probabilidade<sup>572</sup>.

Numa mensagem real, a razão da entropia real pela entropia máxima da fonte de informação é chamada de entropia relativa. Ou seja, na sua escolha de símbolos para formar uma mensagem, essa entropia relativa é a fração de quão livre a fonte de informação é em relação ao máximo de liberdade que poderia ter com os mesmos símbolos. A fração que resta disso, que não está na esfera de livre escolha, é chamada de redundância

Esta é a fração da estrutura da mensagem que é determinada não pela livre escolha do remetente, mas pelas regras estatísticas aceitas que governam o uso dos símbolos em questão. Ela é sensatamente chamada de redundância pois essa fração da mensagem é de fato redundante a algo próximo ao senso comum; diga-se, esta fração da mensagem é desnecessária (e, portanto, repetitiva ou redundante) no sentido de que, se estivesse faltando, a mensagem ainda seria essencialmente completa ou, pelo menos, poderia ser completada.<sup>573</sup>

<sup>569</sup> SHANNON; WEAVER, op. cit., p. 17-18, tradução nossa.

<sup>570</sup> Frise-se, novamente, que o sentido estatístico da informação não se ocupa de um significado individual da mensagem construída. Informação, no presente contexto, não é sentido, apenas informação. Nesse sentido, em nota: LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 164.

<sup>571</sup> SHANNON; WEAVER, op. cit., p. 19.

<sup>572</sup> “A noção de quantidade de informação liga-se muito naturalmente a uma noção clássica em mecânica estatística: a da entropia. Assim como a quantidade de informação em um sistema é a medida de seu grau de organização, a entropia de um sistema é a medida de seu grau de desorganização; e uma é simplesmente a negativa da outra. Esse ponto de vista nos conduz a certas considerações sobre a segunda lei da termodinâmica, e ao estudo da possibilidade dos chamados demônios de Maxwell” (WIENER, op. cit., p. 33).

<sup>573</sup> SHANNON; WEAVER, op. cit., p. 20.

A exemplo, Shannon calcula que o inglês é cerca de 50% redundante, de modo que, com uma *codificação* adequada e um canal sem *ruído* poderia reduzir-se em metade o tempo das comunicações em inglês<sup>574</sup>.

Sobre o ruído também há importantes as explicações de Weaver:

Como o ruído afeta a informação? Informação é, devemos lembrar constantemente, uma medida da liberdade de escolha de alguém ao selecionar uma mensagem. Quanto maior essa liberdade de escolha, e, portanto, maior a informação, maior é a incerteza de que a mensagem selecionada é uma em particular. Assim, maior liberdade de escolha, maior incerteza e maior informação andam de mãos dadas.

Se ruído é introduzido, então a mensagem recebida contém certas distorções, certos erros, certos materiais estranhos, que certamente levariam alguém a dizer que a mensagem recebida exhibe, por conta dos efeitos do ruído, um aumento da incerteza. Mas se a incerteza é aumentada, a informação é aumentada, e isso soa como se o ruído fosse benéfico!

Geralmente é verdade que quando há ruído, o sinal recebido exhibe mais informação – ou melhor, o sinal recebido está selecionado de um conjunto mais variado do que o sinal transmitido. Essa é uma situação que belamente ilustra a armadilha semântica na qual se pode cair caso não se lembre que “informação” é usada aqui com um significado especial que mede a liberdade de escolha e, portanto, a incerteza quanto a escolha feita. Desse modo é possível que a palavra informação tenha boas ou más conotações. A incerteza que surge em virtude da liberdade de escolha por parte do remetente é uma incerteza desejável. A incerteza que surge por causa de erros ou por influência de ruído é uma incerteza indesejável.<sup>575</sup>

Mais adiante, observa-se um efeito positivo da redundância face o ruído:

Quando há ruído em um canal, no entanto, há alguma vantagem real em não usar um processo de codificação que elimine toda a redundância. Pois a redundância remanescente ajuda a combater o ruído. Isso é muito fácil de ver, pois pelo fato da redundância do inglês ser alta, por exemplo, há pouca ou nenhuma hesitação em se corrigir erros ortográficos que tenham surgido durante a transmissão.<sup>576</sup>

Nessa seara envolvendo informação, redundância, canal, controlem código, ruído, mensagem, incerteza e correção, surge um outro conceito indispensável à cibernética e à teoria dos sistemas: o *feedback*. Para além da literal realimentação ou retroalimentação bem como do seu corrente uso corporativo de resposta ou retorno de mensagens e ordens trocadas na gestão administrativa, o *Oxford Dictionary of Current English* o define inclusive como “o retorno de uma fração da saída de um amplificador, microfone ou outro dispositivo para a saída do mesmo dispositivo, causando distorção ou som estridente”<sup>577</sup>. Com efeito, embora seja antiga e controversa a origem da palavra, a fonte mais próxima de seu uso cibernético se ligaria aos amplificadores eletrônicos. Isso fica claro quando, Norbert Wiener (1894-1964), tratando de estudos sobre artilharia antiaérea da 2ª Grande Guerra e admitindo que “predizer o

<sup>574</sup> SHANNON; WEAVER, op. cit., p. 29.

<sup>575</sup> Ibid., p. 25-26.

<sup>576</sup> Ibid., p. 29.

<sup>577</sup> OXFORD Dictionary of Current English. Third edition. [S.l.]: Oxford University Press, 2001, p. 328.

futuro de uma curva é efetuar certa operação sobre seu passado”<sup>578</sup>, refere que um fator de extrema importância nessa atividade é o que os técnicos de controle denominam *feedback*:

[...]. quando desejamos que um movimento obedeça a um dado padrão, a diferença entre este padrão e o movimento realmente efetuado é usada como um novo input, isto é, um novo input para levar a parte regulada a mover-se de maneira a aproximar o seu movimento daquele fornecido pelo padrão.<sup>579</sup>

Wiener lembra que, na marinha, um subordinado ao receber uma ordem deve repeti-la imediatamente ao seu superior para certificar-lhe de que a ouviu e entendeu corretamente<sup>580</sup>. Note-se que aí a redundância como um fator de controle e de conseguinte correção, ao que se segue de novo controle por redundância e, se necessário, nova correção.

Fazendo alusão a descobertas da neurofisiologia, Wiener afirma que algumas das atividades cerebrais “são explicáveis apenas como processos circulares, que emergem do sistema nervoso para os músculos e voltam a entrar no sistema nervoso pelos órgãos dos sentidos”<sup>581</sup>. Ele dá o exemplo de levantar uma lapiseira, em que a existência e adequado funcionamento dos diversos *mecanismos* sensoriais (cinestésico, visual, etc.) são fundamentais para que o cérebro tenha um *feedback* dos seus comandos (*outputs*) de modo a poder *controlar* continuamente a posição da lapiseira por conseguintes comandos motores<sup>582</sup>. Um exemplo bastante atual e simples de *feedback* mecânico é o termostato: se a temperatura real está abaixo da desejada, um dispositivo aumenta o fluxo de combustível; se está acima, o dispositivo diminui ou interrompe o fluxo. Ainda:

Outro exemplo de sistema de feedback puramente mecânico – o originalmente abordado por Clerk Maxwell<sup>583</sup> – é o do regulador de uma máquina a vapor, que serve para regular a sua velocidade sob variantes condições de carga. Na forma original projetada por Watt, consiste de duas bolas ligadas a barras de um pêndulo e oscilando em direções opostas à de um eixo giratório. São mantidas embaixo pelo seu próprio peso ou por meio de uma mola, e são lançadas para cima graças a uma ação centrífuga que depende da velocidade angular do eixo. Assumem assim uma posição de compromisso igualmente dependente da velocidade angular. Tal posição é transmitida por outras barras a uma argola em torno do cilindro quando a máquina a vapor fica mais lenta e as bolas caem, e para fechá-las quando aumenta a velocidade da máquina a vapor e as bolas sobem. Observe-se que o feedback tende a opor-se ao que o sistema já está realizando, e assim é negativa.<sup>584</sup>

<sup>578</sup> WIENER, op. cit., p. 28.

<sup>579</sup> Ibid., p. 29.

<sup>580</sup> Ibid., p. 124.

<sup>581</sup> Ibid., p. 30-31.

<sup>582</sup> Ibid., loc. cit.

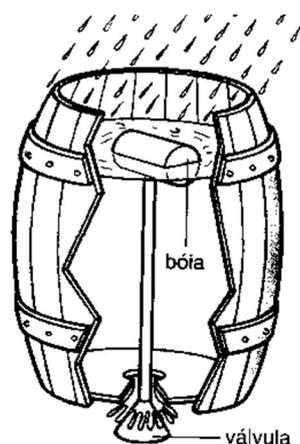
<sup>583</sup> MAXWELL, James Clerk. **On Governors**. Proceedings of the Royal Society, n. 100. [S.l.]: 1868. Disponível em: [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/b/b1/On\\_Governors.pdf](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/b/b1/On_Governors.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>584</sup> WIENER, op. cit., p. 125.

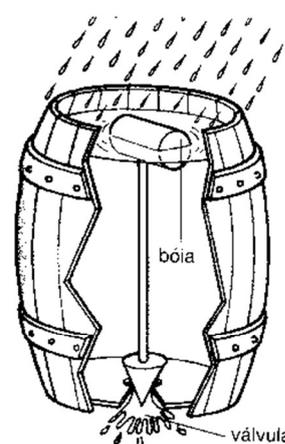
Vale ressaltar que, embora o *feedback* para fins de equilíbrio seja em geral negativo, existe também tipos de *feedback* positivo.

Em 1956, William Ross Ashby, negando uma importância maior à exata definição de *feedback*, o conceitua como circularidade de ação existente entre as partes de um sistema dinâmico<sup>585</sup>. Perceba-se que na redundância já há uma percepção de dinamicidade, contudo, sob a noção de *feedback* tem-se a possibilidade de inovação – inserir um novo *input* no *loop* – conferindo-lhe um extraordinário poder de controle na medida em que não é mais apenas redundante, é também adaptativo; ou seja, pode ser programado para corrigir-se continuamente (*feedback corretivo*) na perseguição de um determinado fim.

Jose Luis Soares, exemplificando a função homeostática exercida pelos hormônios no corpo humano, didaticamente ilustra o funcionamento do *feedback* positivo e negativo:



**fig. 211** Um modelo de *feedback* positivo. Conforme o barril vai enchendo, a válvula sobe, fechando a saída de água. Daí por diante, quanto mais o barril enche, mais segura fica a válvula fechando a saída. O barril, então, transborda.



**fig. 212** Modelo de *feedback* negativo. O nível do barril sobe. A válvula abre a saída de água. Se o escoamento for maior do que a entrada de água no barril (chuva), o nível desce até que a válvula torne a fechar a saída. Em breve o nível tornará a subir e tudo começará de novo. O barril nunca transborda, nem esvazia. O próprio enchimento cria uma condição para o esvaziamento e vice-versa.

Imagem 1 – Feedback (SOARES, José Luis. **Biologia no terceiro milênio**, v. 2. São Paulo: Scipione, 1999, p. 187)

A homeostase é um outro conceito relevante que deve ser trabalhado. Walter Bradford Cannon (1871-1945), em seu livro *Wisdom of the Body*, de 1932, desenvolve o conceito de homeostase a partir da ideia de *milieu intérieur* (ambiente interior ou meio interno) do fisiologista francês Claude Bernard (1813-1878)<sup>586</sup>. Por homeostase se define o constante estado de *equilíbrio dinâmico* que os seres vivos conseguem manter em seu meio interno mesmo que diante de perturbações (irritações) do ambiente (externo).

<sup>585</sup> ASHBY, William Ross. **An Introduction to Cybernetics**. 2. imp. London: Chapman & Hall Ltd, 1957, p. 53. Disponível em: <http://pespmc1.vub.ac.be/books/IntroCyb.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>586</sup> GROSS, Charles G. Claude Bernard and the Constancy of the Internal Environment. In: **Neuroscientist**, v. 4, sep. 1998, p. 380-385. Princeton: Princeton University, 1998.

Equilíbrio térmico, eletrolítico, hidrossalino, hormonal, de ácidos e bases compoem ao mesmo tempo uma complexa e contínua rede de impulsos e *feedbacks* a fim de manter o ponto ótimo para a continuidade da vida do organismo a qualquer custo frente às irritações do ambiente. Não é preciso muito para perceber que o fascínio despertado pela complexidade do equilíbrio homeostático significou passo fundamental no aprofundamento das relações entre o paradigma mecânico e o paradigma orgânico.

Não por acaso, a historicamente constante figura do autômato é resgatada por Wiener, sob sua expressa advertência de que “o pensamento de cada época se reflete em sua técnica”<sup>587</sup>:

A qualquer estágio da técnica, desde Dédalo ou Heron de Alexandria, a habilidade do artífice em produzir um simulacro operante de um organismo vivo sempre intrigou o povo. Esse desejo de produzir e estudar autômatos foi sempre expresso em termos de uma técnica viva da época. Nos dias da magia, tivemos o conceito bizarro e sinistro do Golem, esta figura de barro na qual o Rabi de Praga soprou vida com a blasfêmia do inefável nome de Deus. Nos tempos de Newton, o autômato torna-se a caixinha de música com corda, em cuja tampa pequenas efígies rígidas faziam piruetas. No século XIX, o autômato é a glorificada máquina a vapor, queimando algum combustível em do glicogênio dos músculos humanos. Finalmente, o autômato atual abre portas por meio de fotocélulas ou aponta canhões para o ponto em que um feixe de radar colhe um avião, ou computa a solução de uma equação diferencial.”<sup>588</sup>

[...] Em suma, o estudo mais recente dos autômatos, sejam de metal ou de carne e osso, é um ramo da tecnologia da comunicação e suas noções cardeais são as de mensagem, quantidade de distúrbio ou ‘ruído’ – um termo tomado da tecnologia telefônica – quantidade de informação, técnica de codificação, e assim por diante.<sup>589</sup>

Mais do que fisiologia, metabolismo, músculos e neurônios, a informação genética acrescenta ao panorama de efervescência científica. Em *What is Life?*, de 1944, Erwin Schrödinger, em meio a descobertas da genética e observando que as mutações ali eram menores do que a estatística Boltzmann pressupunha, vislumbrou que, embora a matéria viva não escapasse às “leis” da física (*[statistical] order from disorder*), havia um “mecanismo”<sup>590</sup> de manutenção de uma ordem biológica (*order from order*) – uma entropia com símbolo negativo<sup>591</sup> (posteriormente também conhecida por negentropia ou sintropia).

Em 1959, Heinz Von Foerster cunha a expressão *order from noise*<sup>592</sup> ao propor, em resumo, que os sistemas complexos não se alimentam (*feed*) só de ordem, mas também tem

<sup>587</sup> WIENER, op. cit., p. 61.

<sup>588</sup> Ibid., p. 63.

<sup>589</sup> Ibid., p. 66.

<sup>590</sup> SCHRÖDINGER, Erwin. **What is Life?: the physical aspect of the living cell.** [S.l.]: 1944, p. 28. Disponível em: <http://www.whatislife.ie/downloads/What-is-Life.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>591</sup> Ibid., p. 26.

<sup>592</sup> Embora *noise* permita uma ligação direta com barulho e confusão e, portanto, desordem, Von Foerster faz uso de *noise* enquanto ruído em expressa distinção à fórmula *order from disorder* de Schrödinger. (FOERSTER,

ruído em seu cardápio<sup>593</sup>. Mais do que com um trocadilho, Foerster impulsionou o estudo interdisciplinar em torno da ideia de sistemas auto-organizados:

Assim, eu nomearia dois mecanismos como pistas importantes para o entendimento dos sistemas auto-organizados, um que nós podemos chamar de princípio de “ordem da ordem”, como Schrodinger sugeriu, e outro de princípio de “ordem do ruído”, ambos a exigir a cooperação de nossos demônios, que são criados juntos com os elementos do nosso sistema e se manifestam em algumas das propriedades estruturais desses elementos.<sup>594</sup>

Uma organização surgida da interação entre as partes de um conjunto a partir das propriedades intrínsecas dessas partes (e não exterior a elas), permitindo, mediante *loops* de *feedback* positivo (amplificação), a emergência de uma redução de entropia é algo que surpreende, tanto como conceito quanto em constatação por diversas disciplinas científicas. Foerster exemplifica seu raciocínio dispondo acerca de um conjunto de cubos magnetizados jogados em uma caixa que se auto-organizam, mas, receoso da simplicidade do seu modelo teórico, emenda com as descobertas do próximo palestrante sobre a reorganização de células embrionárias:

Posso ser acusado de ter apresentado um caso quase trivial na tentativa de desenvolver meu princípio de ordem do ruído. Concordo. No entanto, estou convencido de que eu manteria uma posição muito mais forte se não tivesse revelado meu pequeno truque com as superfícies magnetizadas. Assim, sou muito grato pelos responsáveis desta conferência terem convidado o Dr. Auerbach, que mais adiante nesta reunião vai nos contar sobre seus belos experimentos sobre a reorganização de células *in vitro* de determinados órgãos após serem completamente separadas e misturadas. Se ao Dr. Auerbach ocorre de conhecer o truque pelo qual isso se realiza, eu espero que ele não o revele. Porque, se ele permanecer em silêncio, posso recuperar minha tese de que, sem ter conhecimento dos mecanismos envolvidos, meu exemplo não era afinal tão trivial, e os sistemas auto-organizados continuam como coisa miraculosa.<sup>595</sup>

Como se pode perceber, a associação entre controle e comunicação no animal e na máquina, embora vanguardista, já não era mais exatamente algo revolucionário<sup>596</sup> ao tempo que Norbert Wiener, navegando por águas interdisciplinares, batizou, em 1948, a Cibernética:

Por muitos anos, o dr. Rosenblueth e eu partilhávamos da convicção de que as áreas mais fecundas para o desenvolvimento das ciências eram aquelas que foram negligenciadas como terra-de-ninguém entre os vários campos estabelecidos. Desde Leibniz, talvez não tenha existido um homem que dispusesse de pleno domínio de

---

Heinz Von. On Self-Organizing Systems and Their Environments, p.1-19. In: FOERSTER, Heinz Von. *Understanding Understanding: essays on Cybernetics and Cognition*. New York: Springer, 2003, p.11).

<sup>593</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>594</sup> Ibid., p. 13, tradução nossa.

<sup>595</sup> Ibid., p. 13-14, tradução nossa. Além da auto-organização celular já não restar como coisa miraculosa, outro exemplo bastante simples e mecânico de sistema auto-organizado é a convecção granular ou *Brazil nut effect*.

<sup>596</sup> Sobre uma concepção mecanicista da corporeidade, Silvino Santin lembra L’Home Machine publicado em 1748 por Julien Offray de La Mettrie (SILVINO, Santin. *A biomecânica entre a vida e a máquina: um acesso filosófico*. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2000, p. 81).

toda a atividade intelectual de seus dias. Desde aquele tempo, a ciência tornou-se cada vez mais tarefa de especialistas, em campos que tendem a estreitar-se progressivamente. [...].<sup>597</sup>

Continua ele esperançoso, mas não alheio às dificuldades:

São estas regiões fronteiriças da ciência que oferecem as mais ricas oportunidades ao investigador qualificado. São, ao mesmo tempo, as mais refratárias às técnicas aceitas de ataque em massa e de divisão de trabalho. [...].<sup>598</sup>

A criação do próprio nome *cibernética* seria um retrato desse tipo de raciocínio:

Assim, há pelo menos quatro anos, o grupo de cientistas à volta do dr. Rosenblueth e de mim mesmo já estava cômico da unidade essencial do conjunto de problemas centrados na comunicação, no controle e na mecânica estatística, seja na máquina ou no tecido vivo. De outro lado, fomos seriamente estorvados pela falta de unidade da literatura relativa a esses domínios e pela ausência de qualquer terminologia comum, ou mesmo de um nome único para o campo. Após muita ponderação, [...] como acontece com muita frequência com os cientistas, fomos forçados a cunhar pelo menos uma expressão artificial neogrega para preencher a lacuna. Decidimos designar o campo inteiro da teoria da comunicação e controle, seja máquina ou no animal, com o nome de Cibernética, que formamos do grego κυβερνήτης ou timoneiro. Ao escolher este termo, quisemos reconhecer que o primeiro trabalho significativo sobre mecanismos de feedback foi um artigo acerca de reguladores, publicado por Clerk Maxwell em 1868<sup>599</sup>, e que gubernator (regulador) é derivado de uma corruptela latina de κυβερνήτης. Desejávamos também referir ao fato de que os engenhos de pilotagem de um navio são na verdade uma das primeiras e mais bem desenvolvidas formas de mecanismos de feedback.<sup>600</sup>

O grupo composto por Wiener, porém, não foi o primeiro a usar o termo. Andre-Marie Ampere (1775-1836), no seu *Essai sur la philosophie des sciences*, de 1843, extrai a palavra *Cybernetique*, de κυβερνητική, enquanto arte de governar um navio, conferindo-lhe um uso muito mais extenso, dado pelos próprios gregos<sup>601</sup>, como arte de governar em geral:

[...] com o conhecimento de tudo o que é relativo à nação que ele governa, seu caráter, suas maneiras, suas opiniões, sua história, sua religião, seus meios de existência e prosperidade, suas organizações e suas leis, que pode fazer regras gerais de conduta, que o guiam em cada caso particular. É, portanto, só depois de todas as ciências que se preocupam com esses vários objetos que devemos colocar o que estamos falando aqui e que eu chamo de Cibernética [...].<sup>602</sup>

<sup>597</sup> WIENER, op. cit., p. 24.

<sup>598</sup> Ibid., p. 25.

<sup>599</sup> Ver: MAXWELL, op. cit.

<sup>600</sup> WIENER, op. cit., p. 34.

<sup>601</sup> O termo κυβερνήτης ou κυβερνητική pode ser encontrado designando piloto (de navegação), por exemplo, no item 332e do Livro 1 de A República, de Platão (PLATO. **Platonis Opera**, Republic, 332 e, ed. John Burnet. Oxford: Oxford University Press. 1903. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0167:book=1:section=332e>. Acesso em: 20 fev. 2020) e também no item 125c de Alcibiades I, de Platão (Id., **Platonis Opera**, Alcibiades 1, 125 c, ed. John Burnet. Oxford: Oxford University Press. 1903. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0175%3Atext%3DAlc.+1%3Asecti on%3D125c>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>602</sup> AMPERE, Andre-Marie. **Essai sur la philosophie des sciences** – ou exposition analytique d'une classification naturelle de tous les connaissances humaines. Part II. Paris: Bachelier libraire-éditeur, 1843,

Na mesma linha, em 1968, Ludwig von Bertalanffy, reunindo e adaptando escritos seus a partir de 1940, lança uma perspectiva muito mais abrangente do que a cibernética sob a ideia de teoria geral dos sistemas, assim compreendida sob três aspectos principais: um ciência dos sistemas, uma tecnologia de sistemas e uma filosofia de sistemas, esta última assim compreendida como uma “reorientação do pensamento e da concepção de mundo decorrente da introdução do ‘sistema’ como um novo paradigma científico (em contraste com o paradigma analítico, mecanicista, causal numa só direção da ciência clássica)” – na concepção da expressão por Thomas Kuhn, que em 1962 havia publicado seu *Estruturas das Revoluções Científicas*.

Segundo Bertalanffy, “um sistema pode ser definido como um complexo de elementos em interação”<sup>603</sup>. Na avaliação de Simioni, Bertalanffy proporcionou “um grande passo na conceituação de sistema, com graus mais altos de abstração e complexidade” na medida em que substituiu o conceito de sistema enquanto representação das partes de um todo (todo/partes) pela relação diferencial entre sistema e ambiente (sistema/ambiente), inaugurando o paradigma dos sistemas abertos, quais sejam, aqueles que se relacionam com os demais sistemas (ou ambiente)<sup>604</sup>. Como exemplos de sistemas abertos existem os ecossistemas e os sistemas meteorológicos, sendo ainda bastante utilizadas em estudos das organizações sociais. Já um exemplo de sistema fechado é um relógio, cujo trabalho mecânico (*clockwork*) muitas vezes extrai sua energia de uma bateria interna. Outro exemplo são os terrários, aperfeiçoamento das Caixas de Ward em que plantas, com alguma terra, água e microrganismos, crescem e se desenvolvem em recipientes completamente fechados tendo como única fonte de energia (*input*) a luz solar. O projeto Biosfera 2, da Universidade do Arizona (EUA), a certo modo foi também uma fracassada tentativa de reproduzir isso em uma grande escala e com alta complexidade, incluindo seres humanos. Essa variedade de sistemas que a concepção permite abriu uma série de conexões com diversos ramos do conhecimento.

Sob a alcunha *tektologia*, e não cibernética ou teoria geral dos sistemas, há quem atribua a Alexander Bogdanov a antecipação de importantes avanços na mesma direção que

---

p.140-141, tradução nossa. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=ltAEAAAAYAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.br/books?id=ltAEAAAAYAAJ&redir_esc=y). Acesso em: 20 fev. 2020. O achado se deve a TSIEN, Hsue-Shen. **Engineering Cybernetics**. New York: McGraw-Hill,1954.

<sup>603</sup> BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015, p.84 e 118.

<sup>604</sup> SIMIONI, op. cit., p .619-620.

estas e em muitos outros campos do conhecimento dada sua abrangência maior até mesmo do que a conferida por Bertalanffy, admitindo inclusive enlaces com a cultura popular<sup>605</sup>.

Sobre essas regiões fronteiriças e terras de ninguém é costume chamar pioneiro ou desbravador um herói em *memória*. Porém, mais comedido, Bertalanffy, ciente das críticas inerentes a tais iniciativas arriscadas (quando não chamadas infantis, inocentes, ingênuas), registra, como aviso e resposta a objeções que sofreu, considerações sobre o uso de analogias:

Outra objeção é a que acentua o perigo da teoria geral dos sistemas acabar em analogias sem significação. Este perigo realmente existe. [...].

Mas a teoria geral dos sistemas não consiste na procura de vagas e superficiais analogias. São de pouco valor as analogias, pois ao lado das semelhanças entre fenômenos podem também ser sempre encontradas dessemelhanças. O isomorfismo de que aqui se trata é muito mais do que mera analogia. É uma consequência do fato de, sob certos aspectos, poderem ser aplicadas abstrações correspondentes e modelos conceituais a fenômenos diferentes. As leis dos sistemas só se aplicam em vista desses aspectos. Isto não difere do procedimento geral da ciência. [...].<sup>606</sup>

Bertalanffy prossegue distinguindo isomorfismos, homologias, explicações entre outros recursos, se esforça para distanciar a teoria geral dos sistemas do mero uso genérico de analogias. Esse é um ponto de incômodo recorrente em trabalhos de pesquisadores de diversas áreas do conhecimento pelas quais a presente pesquisa transitou: o receio da simplicidade ou trivialidade das abordagens em si, exemplos, analogias, metáforas e modelos formulados para o esclarecimento das ideias propostas. A princípio tomado como um ato de humildade científica, uma estratégia para estabelecer empatia com a plateia ou leitor, ou mesmo uma manifestação de falsa modéstia pela sua já proeminente figura, a certo ponto percebeu-se como manifestação inconsciente (ou quase) do real desconforto causada pela sensação de abandono de uma zona de conforto epistêmica que muitas dessas descobertas e comunicações científicas representaram em boa parte do século XX.

A reunião desses trabalhos e estudiosos sob o nome de cibernética e depois, mais amplamente, pela teoria geral dos sistemas, pode ser vista não só como ato fundacional de uma seara (ou uma estratégia) própria de investigação, conferindo algum conforto aos seus entusiastas, mas também como um ato de autoafirmação científica. Trata-se, contudo, de um movimento ainda hoje estigmatizado, reclamando, de muitas formas, alguma revisão de obras e autores de um conturbado período histórico, também obscurecido pela pesada penumbra de

---

<sup>605</sup> MATTOS, Max Cirino de; DUDLEY, Peter. Uma introdução à Tectologia de Bogdanov: reflexões para a transdisciplinaridade? In: **Prismas.com** – Revista de Ciência e Tecnologias de Informação e Comunicação, n.18, 2012. Porto (Portugal): Universidade do Porto, 2012. DOI: 10.21747/16463153. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/prismacom/article/view/1954>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>606</sup> BERTALANFFY, op. cit., p. 60.

fortes atratores ideológicos e doutrinários. Isso não só no seio de ciências mais empíricas e zetetáticas, como física e biologia, mas também em áreas dogmáticas, como a sociologia.

Nesse sentido, Léo Peixoto Rodrigues sustenta que, embora Vilfredo Pareto (1848-1923) seja reconhecido como precursor da utilização do termo sistema para descrever a sociedade, com frequência foi criticado na sociologia por ter feito uso de analogias mecanicistas e de um mecanicismo sociológico, quando, na verdade, “embora Pareto tenha tido uma visão sociológica interdisciplinar na produção do conhecimento sociológico, a utilização do conceito de sistema foi profundamente original e vanguardista”<sup>607</sup>, extrapolando qualquer fundamentação epistemológica mecanicista. Alega ele que, quando Pareto propõe “o sistema social, entendemos este sistema considerado tanto em momento determinado quanto nas transformações sucessivas que experimentam em um determinado espaço de tempo”<sup>608</sup>, de modo que não se teria feito uma analogia entre o funcionamento do sistema solar e do sistema social, mas da transposição entre dois sistemas complexos de noções de manutenção de equilíbrio dinâmico<sup>609</sup>.

Fato é que Rodrigues comprova que Talcott Parsons, ao publicar *A Estrutura da Ação Social*, em 1937, agradece a L. J. Handerson (1878-1942) pela ajuda na interpretação da obra de Pareto – o que se repete em *Social System*, de 1951, onde se atribui o título da obra à “insistência do Professor L. J. Henderson pela importância extrema do conceito de sistema na teoria científica e pelo seu claro entendimento de que a tentativa de delinear o sistema social como um sistema constitui a contribuição mais importante da grande obra de Pareto”<sup>610</sup>. Ocorre que Lawrence Joseph Henderson era um médico fisiologista de formação professor em Harvard à mesma época que o colega de formação, pesquisa e profissão Walter Bradford Cannon, desenvolvedor do conceito de homeostase. Apesar disso, grande conhecedor da obra de Pareto, Henderson havia publicado, em 1935, *Pareto's general sociology: a physiologist's interpretation* destacando que o sistema social proposto por Pareto – notadamente em *Tratato di sociologia general*, de 1916/1917 – teoricamente se equiparava a outros tipos de sistemas que não eram explicados em termos causais, mas dinâmicos, no que, para sua explicação, Henderson usa de esquema e noção de sistema complexo proposto por Josiah Willard Gibbs (1839-1903) – fundador da mecânica estatística com Boltzmann e Maxwell. Porém,

<sup>607</sup> RODRIGUES, Léo Peixoto. Da fisiologia à sociologia?: Elementos para uma revisão da história teórica da sociologia sistêmica. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, jun. 2013, p. 165-178. São Paulo: ANPOCS, 2013, p. 176. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092013000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092013000200010&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092013000200010>.

<sup>608</sup> Pareto apud Ibid., p. 172-173.

<sup>609</sup> Ibid., loc. cit.

<sup>610</sup> Parsons apud Ibid., p. 169.

Rodrigues adverte: “não existe a menor razão para acreditar que Pareto tenha conduzido sua teoria através da consideração de propriedades dos sistemas físico-químicos. Também o seu trabalho não é de forma alguma a aplicação da ciência natural à ciência social”<sup>611</sup>. Assim, Rodrigues lamenta que os sociólogos do início do século XX estivessem afoitos em se livrar de qualquer analogia com as ciências naturais, ignorando a original contribuição paretiana<sup>612</sup>.

Em outro estudo, Léo Peixoto Rodrigues avança em face da própria negativa ou minimização da importância de analogias, modelos e metáforas na lógica das inovações científicas pela tradição epistemológica analítica. Após retrospectiva histórica, pondera:

Se assumirmos que os modelos, as analogias, e as metáforas, desempenham, cognitivamente, um papel semelhante ao do processo indutivo, podemos, então, assumir também que o pensamento analógico, metafórico e modelar parece não ser (formalmente) ensinado a ninguém, emergindo como uma propriedade da própria inteligência (logos)humana. Isso nos leva a crer que a analogia pode bem ser vista como um ato cognitivo, como uma faculdade da cognição mesma, em que a razão busca comparações, correlações e similaridades de modelos, linguagens, formas, funções, estruturas, estéticas, etc., entre dois ou mais domínios distintos de objetos de conhecimento em que pelo menos um desses domínios já seja conhecido, mapeado, compreendido, modelado, aceito. [...].<sup>613</sup>

Retomando as lições sobre metáfora de Michael Ruse, para quem, suas raízes culturais “se por um lado produzem o próprio enriquecimento epistêmico na atividade científica, por outro lado, ‘maculam’ o fazer científico com as marcas da subjetividade cultural”, Rodrigues relata que tem tido dificuldades de se manter a distância entre uma visão estritamente positivista e uma visão hermenêutica: aquela típica das ciências naturais e marcada pela relação entre objetividade e prova, prova da validade do conhecimento num contexto de justificação alheio ao contexto de descoberta; e esta afeta às ciências humanas e marcada pela relação entre subjetividade e gênese, gênese do conhecimento num contexto de descoberta que é inerente ao contexto de justificação para sua validade<sup>614</sup>.

Sustenta Rodrigues que, admitindo foro ou domínio-base como conhecimento que já faz parte do próprio contexto social, inclusive científico, como fazem Perelman e Gentner e Jeziorski, ou paradigma científico como consenso social na comunidade científica, como faz Kuhn, o que se tem com a analogia seria uma explicação daquilo que não é conhecido por algo que já é conhecido, pois este conhecido já está legitimado, aceito <sup>615</sup> <sup>616</sup>.

<sup>611</sup> Henderson apud RODRIGUES, **Da fisiologia [...]**, op. cit., p. 171.

<sup>612</sup> Ibid., passim.

<sup>613</sup> RODRIGUES, Léo Peixoto. Analogias, modelos e metáforas na produção do conhecimento em ciências sociais. In: **Pensamento Plural**, n. 1, julho/dezembro 2007, p.11-28. Pelotas: UFP, 2007, p. 21.

<sup>614</sup> Ibid., p. 22.

<sup>615</sup> RODRIGUES, Analogias [...], op. cit., p. 23-24.

<sup>616</sup> Como termos a oportunidade de afirmar adiante, não criamos o mundo *ex nihilo*.

Rodrigues conclui criticando a contradição: enquanto nas ciências ditas naturais e exatas, cientes dos limites de uma abordagem vinculada a uma epistemologia exclusivamente analítica e positivista do fazer científico, incorpora elementos complexos e hermenêuticos mesmo que lentamente e ainda de forma conservadora, particularmente “a Sociologia (ainda) tem se esforçado em se esquivar de toda e qualquer analogia, sobretudo se for originada das ciências naturais”<sup>617</sup>.

Embora a cibernética e a própria teoria geral dos sistemas tenham se candidatado de certo modo a constituir um novo paradigma científico, só quando o núcleo do paradigma cartesiano passou a sofrer sérios questionamentos em praticamente todos os ramos da ciência, portanto no panorama transdisciplinar, chegando a comprometer a própria “ciência” enquanto sinonímia do reducionismo hermético e analítico, é que, já em meio a uma revolução de costumes, no plano epistemológico, o paradigma da complexidade (ou do pensamento complexo) galga mais adequadamente a posição de estabelecimento de um novo paradigma científico nos termos propostos por Thomas Kuhn<sup>618</sup>.

Ainda assim, não se trata de questão tranquila, sobretudo quando a tradição cartesiana oferece resistência mesmo em temas mais afetos ao pensamento complexo, como a ecologia. Todavia, partindo de linhas mais holísticas de filosofias orientais como adotada pelo físico Fitjof Capra, passando por sólidos legados epistêmico-científicos tais como o de Edgard Morin, e alcançando os mais mirabolantes e sérios debates atuais sobre teorias da lógica, matemática, física e astronomia (paradoxalmente de forte apelo popular através de ficções científicas), chega-se a um ponto em comum muito bem representado pelo princípio psicológico da *Gestalt* (referido por Wiener já em 1948<sup>619</sup>), pelo qual o todo não equivale à soma de suas partes<sup>620</sup>, na mais clara e direta contrariedade ao paradigma cartesiano<sup>621</sup>. No atual panorama, porém, é difícil acreditar que o paradigma da complexidade se disponha a substituir o cartesiano<sup>622</sup>, parecendo ser mais proveitoso crer e trabalhar pelo estabelecimento de uma nova dinâmica metodológica pela busca por conhecimento – inclusive o científico.

---

<sup>617</sup> RODRIGUES, Analogias [...], op. cit., p. 26-27.

<sup>618</sup> Sem aderir à classificação de Kuhn, em sentido semelhante já apontava Luhmann (LUHMANN, **Sistemas** [...], op. cit., p. 17 e 20).

<sup>619</sup> WIENER, op. cit., p. 41.

<sup>620</sup> CAPRA; LUISI, op. cit., p.97.

<sup>621</sup> MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Saways; revisão técnica de Edgard Assis Carvalho. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011, p. 25.

<sup>622</sup> André Folloni tece considerações sobre como é problemática a própria afirmação da complexidade como novo paradigma (FOLLONI, André. **Introdução à teoria da complexidade**. Curitiba: Juruá, 2016, p.117).

Em seu livro, Wiener destacada a presença de psicólogos da Gestalt, sociólogos e antropólogos nas Conferências de Macy, cujos debates deram impulso ao advento da cibernética, dedicando capítulo próprio (o último) às relações entre informação, linguagem e sociedade. Logo na sua introdução, Wiener destaca um dos aspectos mais caros à teoria jurídico-política, a própria constituição do corpo político e seu controle:

O conceito de uma organização, cujos elementos são por seu turno pequenas organizações, não é desconhecido nem novo. As frouxas federações da Grécia antiga, o Sacro Império Romano e seus contemporâneos feudais similarmente constituídos, os Companheiros Suíços do Jura, as Províncias Unidas, os Estados Unidos da América e os muitos Estados Unidos ao sul deste, a União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, são todos exemplos de hierarquias de organizações na esfera política. O Leviafã de Hobbes, o Homem-Estado composto de homens menores, é uma ilustração da mesma ideia, um estágio mais baixo na escala, enquanto o tratamento leibniziano de organismo vivo como um *plerum* real, no qual outros organismos vivos, tais como os corpúsculos de sangue, têm sua vida, não é senão outro passo na mesma direção. [...]. O grau de integração da vida da comunidade pode aproximar-se perfeitamente ao nível exibido na conduta de um único indivíduo [...]. Como então atua a colmeia em uníssono, e nisto, em uníssono muito variável, adaptado e organizado? Evidentemente, o segredo reside na intercomunicação de seus membros.<sup>623</sup>

Disso, pontua que “a comunidade estende-se apenas até o ponto onde se estende uma efetiva transmissão de informação”<sup>624</sup>, muito embora pondere que nem toda a informação disponível no grupo seja fácil e plenamente acessível a cada indivíduo, dando a exemplo ramos altamente especializados do conhecimento científico. Também não ignora a questão da intersubjetividade<sup>625</sup>. Prossegue, assim, afirmando que “um dos fatos mais surpreendentes com respeito ao corpo político é a sua extrema carência de processos homeostáticos eficientes”, ao que exemplifica a falha em considerar como tal a livre competição, preferindo o enfoque da economia a partir da teoria dos jogos – sem, também, efeitos homeostáticos. Aponta que pequenas comunidades são mais equilibradas do que as maiores, fazendo, com isso, direta

<sup>623</sup> WIENER, op. cit., p. 187-188.

<sup>624</sup> Ibid., p. 190.

<sup>625</sup> “Os odores percebidos por uma formiga parecem conduzir a um curso de conduta altamente padronizado; mas o valor de um simples estímulo, como um odor, para transmitir informação depende não só da informação transmitida pelo próprio estímulo, mas de toda constituição nervosa do remetente bem como do receptor do estímulo. Suponhamos que eu me encontre na selva com um selvagem inteligente que não sabe falar a minha língua e cuja língua eu não sei falar. Mesmo sem qualquer código de signos de linguagem comum a ambos, possa aprender um bocado de coisas do selvagem. É preciso apenas que eu esteja alerta àqueles momentos em que ele exhibe os sinais de emoção ou interesse. Lanço então os olhos à minha volta, prestando, talvez, especial atenção ao rumo de seu olhar, e fixo em minha memória o que vejo e ouço. Não demorará muito e descobrirei as coisas que parecem importantes para ele, não porque as tenha comunicado a mim através da linguagem, mas porque eu mesmo as observara. Em outras palavras, um sinal sem conteúdo intrínseco pode adquirir significado em sua mente pelo que ele observa no momento e na minha mente pelo que eu observo no momento. A sua capacidade de captar momentos de minha atenção ativa, especial, é em si mesma uma linguagem tão variada em possibilidades quanto o âmbito de impressões que ambos conseguimos abranger. Assim, os animais sociais podem dispor de meios de comunicação flexíveis, inteligentes e ativos, muito antes do desenvolvimento da linguagem” (Ibid., p.189).

crítica ao controle dos meios de comunicação<sup>626</sup> através do poder e do dinheiro, “principais elementos antihomeostáticos da comunidade”<sup>627</sup>. Nessa linha, julga falsas as esperanças de que seu livro possa contribuir na extensão aos campos da antropologia, sociologia e economia, objetando, inclusive, que nas ciências sociais o “acoplamento entre o fenômeno observado e o observador é mais difícil de minimizar” não podendo o cientista social, por mais inteligente, perito e honesto, “mirar os seus objetos a partir das frias alturas da eternidade e ubiquidade”, pelo que conclui: “há muitas coisas que devemos abandonar, seja ou não de nosso agrado, ao método narrativo não ‘científico’ do historiador profissional”<sup>628</sup>.

O ponto onde Wiener se vê desiludido é de onde parte Luhmann, que vê a complexidade<sup>629</sup> social e a dupla contingência<sup>630</sup> não apenas como um problema, mas como problema que constitui a própria condição de possibilidade de análise sociológica funcional: o problema da redução<sup>631</sup> da complexidade. Daí a sua proposta: “a sociologia deve aqui recorrer a uma teoria transcendental da constituição intersubjetiva do sentido”<sup>632</sup>.

---

<sup>626</sup> Explica o autor: “Uma das lições do presente livro é que todo organismo se conserva unido em sua ação devido à posse de meios para a aquisição, uso, retenção e transmissão de informação. Em uma sociedade demasiado ampla para o contato direto de seus membros, tais meios são a imprensa, quer no referente a livros, que no referente a jornais, rádio, sistema telefônico, telégrafo, correios, teatro, cinema, escola e igreja. Afora sua importância intrínseca como meios de comunicação, cada um desses serve ao outro em funções secundárias.” (Ibid., p. 193).

<sup>627</sup> WIENER, op. cit., p. 190-194.

<sup>628</sup> Ibid., p. 194-196.

<sup>629</sup> LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico, p.19-70. In: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. [Covilhã (Portugal)]: Universidade da Beira Interior, 2005, p. 40. Disponível em: [http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/201607061748-o\\_pensamento\\_de\\_niklas.pdf](http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/201607061748-o_pensamento_de_niklas.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020. Em outra obra explica ele: “[...] designamos complexidade uma quantidade conexa de elementos, quando, em virtude de restrições imanentes à capacidade de conexão dos elementos, cada elemento não puder mais a qualquer momento ser conectado com qualquer outro elemento. O conceito ‘restrição imanente’ refere-se à [...] complexidade interior dos elementos, a qual ao mesmo tempo possibilita a ‘capacidade de unidade’ desses elementos. Nesse sentido, complexidade é um estado de coisas autocondicionante [...]. Complexidade, no sentido acima referido, significa pressão seletiva, pressão seletiva significa contingência e contingência significa risco.” (Id., **Sistemas [...]**, op. cit., p. 42-43). Ademais, negando uma assimetria ontológica entre o simples e complexo, propõe uma acepção de complexidade como diferença entre complexidades: “complexidade é a informação que falta ao sistema para ele poder apreender e descrever plenamente seu ambiente (complexidade do ambiente) ou a si mesmo (complexidade do sistema)”. (Ibid., p. 46).

<sup>630</sup> Melhor enfrentada adiante.

<sup>631</sup> Sobre a ideia de redução, desenvolve: “Medição e comparação pode partir tanto do número dos elementos como também do número das relações realizadas entre eles. Pode-se sempre falar, então, de complexidade mais elevada ou mais baixa (diferença de complexidade, desnível de complexidade), quando em ambas as perspectivas houver baixa complexidade. Esse é o caso na relação de um sistema para com o seu ambiente. Por sua vez, então, dever-se-ia falar de redução de complexidade quando um plexo relacional de uma concatenação complexa é reconstruído mediante uma segunda concatenação com menos relações. Somente complexidade pode reduzir complexidade. Esse pode ser caso na relação exterior, mas também na relação interior do sistema consigo mesmo. [...]. A redução de complexidade, como todo relacionamento, também parte de elementos. Mas o conceito de redução não designa mais que um relacionamento das relações.”. Disso, a partir da acepção de complexidade enquanto indeterminabilidade ou falta de informação, quer quanto ao ambiente, quer quanto ao próprio sistema, expõe a redução de complexidade como “redução de uma complexidade [incompreensível] por outra [estruturada, porém, contingentemente seletiva]”. (Ibid., loc. cit.)

<sup>632</sup> Id., **Iluminismo (...)**, op. cit., p. 37.

#### 4.1.2 Sobre a teoria dos sistemas sociais de Luhmann

Se por um lado a sociologia não poderia ignorar os aspectos subjetivos sob pena de perder seu próprio objeto, por outro isso a levava a uma contraditória condição de ciência *objetiva* da ação *subjetiva*, sendo também uma incongruência a sociologia como ciência buscar apreender mais complexidade do que a concretizada na ação social <sup>633</sup>. Com isso, Luhmann entende que uma teoria focada no problema da redução de complexidade deve passar “da linguagem dos axiomas e das suas consequências para a linguagem dos problemas e das suas soluções e ser, paralelamente, reestruturada nas suas formas proposicionais e nos seus objectivos cognitivos”<sup>634</sup>. Isso implica que:

[...] a análise funcional deve ser libertada dos seus vínculos às representações da lei causal e desfraldar-se como método comparativo, e a teoria estrutural-funcional deve ampliar-se em teoria funcional-estrutural, para que ela se possa referir ao problema da complexidade e, sob este ponto de vista, aprender a indagar a função dos sistemas e das estruturas. [...].<sup>635</sup>

Ainda que Talcott Parsons já houvesse incorporado em sua teoria dos sistemas sociais a distinção sistema/entorno de Bertalanffy, ainda lhe restava esse passo fundamental para abandonar uma concepção ontológica do sistema, articulada em torno de totalidades determinadas e estruturadas, para uma teoria sistêmico-funcional que “apreende os sistemas como identidades complexas, que se podem manter, num ambiente extremamente complexo, indiscernível e flutuante, como ordenamento extremamente valioso”<sup>636</sup>.

Sobre esse salto teórico, Mansilla afirma:

(...) Aparentemente, a teoria parsoniana não consegue dar o passo definitivo do paradigma todo/parte ao paradigma sistema/entorno, que havia sido assinalada pela teoria dos sistemas abertos de Ludwig von Bertalanffy. Além disso, Parsons subordina o conceito de função ao de estrutura pelo que se encontra obrigado a se perguntar pelas condições necessárias para a manutenção de um dado sistema sem sequer questionar o tema da função cumprida pelo sistema ou pelo seu surgimento. A partir dessa crítica, Luhmann define sua postura teórica como funcional-estruturalismo, a que, à diferença do estrutural-funcionalismo parsoniano, não considera que haja certas estruturas dadas que devam ser sustentadas por funções requisitadas, mas que é a função – que pode ser cumprida por diferentes equivalentes funcionais – que antecede a estrutura. Com isso, é possível armar um emaranhado teórico capaz de perguntar inclusive pela função da construção de um dado sistema. Essa função – assinala Luhmann – consiste na compreensão e redução da complexidade. Dessa maneira, a teoria sociológica se vê enriquecida com uma temática proveniente da cibernética: a complexidade, que nessa perspectiva não deve ser vista como um obstáculo nem uma dificuldade para a construção de um sistema,

<sup>633</sup> LUHMANN, **Iluminismo (...)**, op. cit., p. 39.

<sup>634</sup> Ibid., p. 40.

<sup>635</sup> Ibid., p. 41.

<sup>636</sup> Ibid., p. 42.

mas sim como a própria condição que a torna possível. Um sistema surge de um processo de redução de complexidade; é menos complexo que seu entorno e seus limites não são físicos, mas de sentido. O problema da extrema complexidade do mundo, que havia levado a sociologia a desistir da intenção de elaboração de teorias universais, passa a ser, por conseguinte, precisamente a condição pela qual que faz possível – e frutífera – essa intenção.<sup>637</sup>

Unindo esforços em torno da redução da complexidade, Luhmann identifica a fenomenologia transcendental, atribuindo a Husserl a decisiva “descoberta da constituição intersubjetiva e, assim, da contingência social do mundo em geral”, de forma que, tomada em suas consequências, a reflexão transcendental fenomenológica evidencia “não como caminho para evidências de saber último, mas como uma técnica metódica de transmutar todas as evidências em problemas”, ao que propõe:

As teorias sistêmicas, que aceitam e pretendem elaborar amplamente esta proposta de problemas, devem ser teorias não só estruturais-funcionais, que iniciam a investigação com os problemas sistêmicos de estruturas determinadas pré-dadas; devem ser também teorias funcionais-estruturais, que pré-ordenam a função da estrutura, investigam a solução de um problema da complexidade do mundo mediante a construção estrutural e o projeto do meio ambiente, vendo aí a função da disposição sistêmica e abordam todos os problemas sistêmicos como problemas já derivados, como problemas mundanos redefinidos com menor complexidade. No marco de referência de semelhante investigação fenomenológico-transcendental dos problemas, a ilustração sociológica já não se pode entender como representação de estados de coisas corretos ou como um estabelecimento de estados de coisas adequados ao fim, segundo o critério da razão humana comum. O seu sentido reside, então, numa concepção teórica ou prática, na intensificação do potencial humano para a apreensão e a redução da complexidade do mundo através da organização sistêmica.<sup>638</sup>

Note-se que a internalização da complexidade pela seletividade sistêmica não reduz a complexidade original senão simbolicamente<sup>639</sup> em seu interior, ao que uma racionalidade sistêmico-funcional repousa não sobre o conteúdo das ações (inclusive comunicativas) humanas concretas, mas sobre seu valor simbólico. Explica Mansilla:

[...]. Luhmann estima que a teoria da ação já cumpriu seu ciclo e que deve ser substituída por uma teoria da comunicação (e não timidamente complementada por uma teoria da ação <<comunicativa>>, se se quiser avançar na elaboração de conceitos capazes de dar conta efetivamente das características da sociedade moderna.<sup>640</sup>

<sup>637</sup> LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. 1. reimp. Barcelona; Santiago de Chile; Ciudad de México: Anthropos Editorial; Pontificia Universidad Católica de Chile; Universidad Iberoamericana, 2005, p.XII-XIII, tradução nossa.

<sup>638</sup> Id., **Iluminismo (...)**, op. cit., p. 48. Ademais: Id., **Confianza (...)**, op. cit., p.30-31 e 36.

<sup>639</sup> Como se passa a explanar, o simbólico não equivale a um *meramente* simbólico, como a título de pura retórica ou demagogia política. Nessa linha, inclusive, o problema de uma constitucionalização simbólica é um problema de constitucionalização *meramente* simbólica, ensejando uma frustração generalizada de expectativas normativas. Sobre o tema da constitucionalização simbólica, anote-se: NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

<sup>640</sup> LUHMANN, **Confianza (...)**, op. cit., p. XIX, tradução nossa.

Bertalanffy já destacava que, ao contrário da ciência natural, que lida com entidades físicas no tempo e no espaço, “a ciência social tem de tratar com seres humanos no universo cultural criado por eles” e “o universo cultural é essencialmente um universo simbólico” – começando pela linguagem<sup>641</sup>. Se de um lado o signo não reflete mas sim refrata a realidade, inaugurando a arena da disputa de sentido<sup>642</sup>, de outro, sem ele, não haveria sobre o que se disputar: “mediante a simbolização se expressa (e por isso se faz comunicável) que na diferença repousa uma unidade e que o separado está unido, de tal sorte que se pode utilizar o significante em representação do significado – e tão somente como alusão ao significado”<sup>643</sup>. Portanto, os símbolos, os signos, a linguagem, a cultura, a sociedade, são, a um mesmo tempo, ponto de convergência e de divergência. O simbólico encerra, pois, a própria condição de possibilidade de um conteúdo de sentido social<sup>644</sup>.

E é o sentido que constitui “o meio mais geral – e irredutível – que torna possível os sistemas psíquicos e sociais”<sup>645</sup>, pois é o sentido que está tanto nos monólogos internos da consciência individual<sup>646</sup> quanto nas operações comunicativas que constituem os sistemas sociais. É esse *medium* de sentido, mediador comum, que permite interpenetrarem-se mutuamente configurando-se como ambiente um para o outro<sup>647</sup>.

O sentido, assim, representa para ambos uma forma inescusável de processar a experiência e “está orientado ao problema da pluralidade de referências sistêmicas, sob as condições de interpretação”, de forma que, tanto sob a contingencialidade da experiência individual quanto sob a dupla contingência das operações de comunicação, “o sentido apresenta um excedente de possibilidades”. De todos os sentidos em potencial, cada sistema

<sup>641</sup> BERTALANFFY, op. cit., p. 251.

<sup>642</sup> SILVA, D., op. cit., p. 141. Ver também: POSSENTI, Sírío; BARONAS, Roberto Leiser. A linguagem politicamente correta no Brasil: uma língua de madeira? **Polifonia**. v. 12, n. 2. Cuiaba: EdUFMT, 2006.

<sup>643</sup> LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Tradución: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca, Rafael Mesa Iturbide y Areli Montes Suárez. Ciudad de México: Helder; Universidad Iberoamericana, 2007, p.248, tradução nossa.

<sup>644</sup> Nafarrate desenvolve: “O processo primário da comunicação opera criando, por assim dizer, uma ilusão ótica: a existência de igualdade com a ‘identidade da percepção’. Ao falar em identidade da percepção busca-se significar que a comunicação considera o signo comunicativo como algo que verdadeiramente corresponde à percepção da consciência. Por outras palavras, a comunicação não pode distinguir entre condições de possibilidade de existência e condições de conhecimento das percepções da consciência. [...]” (NAFARRETE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 51, 2000, p. 144-161. São Paulo: CEDEC, 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452000000300009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452000000300009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI:<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452000000300009>).

<sup>645</sup> LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. Tradución: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. 1. ed. en español. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005, p.179, tradução nossa.

<sup>646</sup> Id., **La Sociedad (...)**, op. cit., p. XXVIII, tradução nossa.

<sup>647</sup> Id., **¿Cómo es posible el orden social?** Traducción de Pedro Morandé Court. Corrección de estilo de Arieli Montes. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2009, p.116-119. Ademais: Id., **Sistemas [...]**, op. cit., p. 241-242.

observa (atualiza) uma seleção (distinção) de sentido para si, permitindo, a cada momento, uma redução da complexidade a partir desse entorno semântico mais complexo<sup>648</sup>. Daí porque, explica Simioni, “Luhmann define o sentido como a unidade da diferença entre realidade e possibilidade ou atualidade e possibilidade, a partir da qual a realidade atual é simbolizada pela forma de distinção e a possibilidade ou potencialidade é simbolizada pelo *medium*”<sup>649</sup>.

A distinção de um sentido atual em detrimento dos demais potenciais pode alterar-se com a variação de tempo e contexto para um mesmo sistema, ou repetir-se e estabilizar-se a ponto de constituir uma estrutura<sup>650</sup> (semântica), sobre as quais outras seleções de sentido podem ser operadas, criando estruturas cada vez mais complexas. A sociedade e os seus sistemas sociais, portanto, são observados por Luhmann enquanto pura comunicação, uma comunicação que reduz a complexidade do universo ao permitir que, a partir dela, uma realidade experiencial seja simbolicamente constituída e compartilhada, enfim, socializada.

Nesse ponto, vale registrar que Luhmann desenvolveu sua teoria da sociedade ao longo de trinta anos de profícua produção acadêmica<sup>651</sup>, sendo que, por conta dessa amplitude, haja quem organize sua obra por fases<sup>652</sup>. Isso também se refletiu na progressiva incorporação de novas ideias ao longo desse período, que, sem importar negação ou reforma de escritos passados, incorporou aspectos cada vez mais profundos e abstratos à sua análise. Além de despicienda uma reconstrução dessa evolução que perdurou por décadas, as profundas implicações que se operam com o acréscimo da lógica de Spencer Brown e da noção de autopoiese de Maturana e Varela tornam conveniente, para fins do presente estudo, o abandono da exposição evolutiva e uma análise mais detida e recortada dos aspectos teóricos relevantes ao desenvolvimento da tese proposta.

Escapando à tradição do sistema como totalidade composta de partes, Luhmann, na linha de Bertalanffy, substitui a diferença da relação todo/parte (e.g. sociedade/indivíduo) pela diferença na relação sistema/ambiente (ou sistema/entorno) pelo qual a “diferenciação

<sup>648</sup> LUHMANN, *¿Cómo [...]*, op. cit., p. 119-120, tradução nossa.

<sup>649</sup> SIMIONI, op. cit., p. 644.

<sup>650</sup> Ibid., p. 645.

<sup>651</sup> A propósito registre-se a indicação de Artur Stamford da Silva para uma lista de 377 artigos em [http://www.maroki.de/pub/sociology/luhmann/mr\\_luhba.html](http://www.maroki.de/pub/sociology/luhmann/mr_luhba.html) ; e uma lista de livros em <http://agso.uni-graz.at/lexikon/pdfs/luhmann.pdf> (SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016, p. 29). Veja-se também: Id., Niklas Luhmann: 20 anos do sociedade da sociedade. O lugar do ao mesmo tempo na teoria do direito. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, v. 10, n. 1, jan.-abr. 2018, p. 27-40. São Leopoldo: Unisinos, 2018, p.28-30. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.03>. Acesso em: 20 fev. 2020. GUIBENTIF, Pierre. Obras de Niklas Luhmann, In: ARNAUD, Jean-André; LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Traduções de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.371-389.

<sup>652</sup> Nesse Sentido Artur Stamford da Silva aponta Pierre Guibentif (SILVA, A. **10 lições [...]**, op. cit., p. 37).

sistêmica não é outra coisa senão a repetição da diferença entre sistema e ambiente no interior dos sistemas”<sup>653</sup>. Como explica Simioni, “um sistema é a diferença entre ele e o seu ambiente”, de modo que “um sistema só é um sistema enquanto puder manter suas operações no tempo sem se confundir com o seu ambiente”<sup>654</sup>. Disso, faz-se necessário substituir ambas as posições de sujeito e objeto por sistemas, um na condição de sistema observador e outro na posição de sistema observado<sup>655</sup>.

Mansilla, assim, verifica a “elaboração de uma superteoria<sup>656</sup>, com pretensões de universalidade para todo o fenômeno social”, mas sem reclamar exclusividade:

Ao incluir elementos de outras áreas do saber, tais como a cibernética, a biologia, a matemática, etc., permitiu-se pela primeira vez observar o fenômeno social a partir da perspectiva de sua criação no próprio ato de conhecer, superando, assim, a velha dicotomia entre sujeito e objeto. [...]. [Em seu lugar] O observado e o observador restam, por conseguinte, integrados no ato criativo do conhecimento, de onde – contudo – permanece um ponto cego imanente a toda observação: os esquemas de distinção utilizados pelo observador de segunda ordem. Esses esquemas de distinção pode ser, por sua vez, vistos pelo observador de segunda ordem, aquele que observa um observador observado, mas – novamente – este observador de segunda ordem não pode ser testemunha de seus próprios esquemas de distinção. Não existe, portanto, um super observador científico possuidor da verdade absoluta e disso se depreende que a teoria dos sistemas de Niklas Luhmann tem a pretensão de ser aplicável a qualquer fenômeno social, mas que não pode pretender a exclusividade nem reclamar para si a posição única do observador último, dono da verdade definitiva.<sup>657</sup>

Disso se pode entender que a teoria dos sistemas de Luhmann, apesar de toda sua dureza formal e pretensão universal, é uma teoria essencialmente tolerante, admitindo diferentes conteúdos sob variados contextos – daí, inclusive, por que entendemos que, a certo modo, Luhmann faz na sociologia o mesmo que Kelsen no direito. Isso dá uma noção da profundidade e do alcance do seu impacto teórico, mas não o torna imune a críticas<sup>658</sup>; muito pelo contrário: essa condição também já foi considerada uma indiferença ou negação a um

<sup>653</sup> LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 21-23.

<sup>654</sup> SIMIONI, op. cit., 2014, p.620. Ademais, no mesmo ponto, conceitua sistema como “uma sequencialização temporal de operações estruturadas na forma de uma diferença em relação a todos os outros tipos de operações estruturadas que ocorrem no ambiente do sistema” (ibid., loc. cit.).

<sup>655</sup> Sobre a distinção de Luhmann e a tradição sociológica, anote-se: RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. *A sociologia de Niklas Luhmann*. Petrópolis (RJ): Vozes, 2017, p. 166-167.

<sup>656</sup> Na definição de Luhmann “superteorias são teorias com pretensões de universalistas (e isso significa também que elas incluem a si mesmas e seus adversários)” (LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 20).

<sup>657</sup> Id., *Confianza (...)*, op. cit., p. VIII-IX, tradução nossa.

<sup>658</sup> Sobre as críticas, anote-se, em especial sobre aquelas de origem anglo-americana, anote-se: KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. *A verdade sobre a autopoiese no direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 41-97.

conteúdo humano na sociologia<sup>659</sup>, assim como foi o normativismo kelseniano (a-social e a-valorativo) ao aceitar teoricamente Estados *de Direito* mesmo sob regimes totalitários.

Monteagudo, em prefácio, lembra que Luhmann não relaciona sociedade e ser humano como entidades distintas porque sua unidade de observação não são *entidades*, mas *sistemas* - sistemas sociais enquanto pura comunicação. Disso, “para poder observar algo, esta teoria busca operações [comunicativas] que constituam sistemas [sociais] e o ser humano não pode ser concebido como uma operação”<sup>660</sup> – o que seria contrário mesmo à noção de dignidade da pessoa humana que um humanismo pretenderia prestigiar<sup>661</sup>. Ademais, embora o ser humano possa ser visto como um sistema composto de muitos subsistemas (respiratório, circulatório, digestório etc.), sua relevância teórica aí se dará apenas enquanto sistema psíquico<sup>662</sup>, já que “as consciências dos indivíduos operam no *medium* de sentido”, ficando no *entorno* do sistema social<sup>663</sup> – assim como o sistema social em seu entorno<sup>664</sup>. Assim como os seres humanos, “a sociedade é um sistema que estabelece sentido”<sup>665</sup> – o sentido os une<sup>666</sup>.

Luhmann, aliás, também cuida de ressaltar *comparações* obscuras e equivocadas entre diferentes níveis de observação sistêmica, distinguindo dentre os sistemas em geral (objeto da Teoria Geral dos Sistemas), sistemas mecânicos, biológicos, psicológicos e sociais – estes dois últimos unidos enquanto sistemas de sentido<sup>667</sup>. Ainda, identifica uma teoria geral dos sistemas autopoieticos, assim entendidos os autorreferenciais operativamente enclausurados que se autoproduzem, na qual estão incluídos os sistemas sociais e o próprio sistema da sociedade (sistema omniabarcador, o sistema de todas as comunicações humanas de

---

<sup>659</sup> Villas Bôas Filho e Gonçalves citam a crítica de *La sociedad sin hombres*, de Ignacio Izuzquiza (GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais: direito e sociedade** na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 24).

<sup>660</sup> LUHMANN, **La Sociedad (...)**, op. cit., p. XXVIII, tradução nossa. Noutra obra, afirma: “Não nos obstinamos no absurdo de afirmar que haja direito sem sociedade, sem homens, sem as condições físico-químicas de nosso planeta. Apenas afirmamos que o sistema produz as relações com dito entorno a partir de seus próprios impulsos, a partir da realização de suas próprias operações [...]” (Id., **El derecho [...]**, op. cit., p. 132, tradução nossa)

<sup>661</sup> Id., **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 16, tradução nossa.

<sup>662</sup> Embora de modo geral a teoria dos sistemas sociais foque no sistema psíquico, sabe-se que suas relações com a corporeidade são muito mais complexas do que se supunha, situação que restou muito bem representada por Antônio R. Damásio (DAMÁSIO, Antônio R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Tradução portuguesa de Dora Vicente e Georgina Segurado. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001). Luhmann, ademais reconhece: “Interpenetrações referem-se não somente ao sistema psíquico do ser humano. O corpo também está envolvido” (LUHMANN, **Sistemas [...]**, op. cit., p. 274).

<sup>663</sup> Id., **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 16, tradução nossa. Ademais, escreve Luhmann: “A consciência dos sistemas psíquicos constitui um entorno necessário para a comunicação, sendo com eles que o sistema da sociedade realiza acoplamento estruturais exteriores a si” (Id., **El derecho [...]**, op. cit., p. 552, tradução nossa).

<sup>664</sup> Id., **¿Cómo [...]**, op. cit., p. 116.

<sup>665</sup> Id., **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 32, tradução nossa.

<sup>666</sup> Observa Nafarrete que o sentido é pré-linguístico (NAFARRETE, op. cit.). Com efeito, de outra forma Luhmann não teria admitido a comunicação não-linguística (LUHMANN, **El arte [...]**, op. cit., p. 25).

<sup>667</sup> Id., **Sistemas [...]**, op. cit., p. 17-19.

sentido<sup>668</sup>) através das operações comunicativas, “a única genuinamente social”<sup>669</sup> – distintiva sua, pois<sup>670</sup>.

Nessa linha, Nafarrete chega a afirmar que, como Hilbert na matemática, Luhmann teria visado no campo da Sociologia a “completa *formalização* da disciplina. Isso implica esvaziar de todo significado as expressões que se encontram articuladas dentro do sistema - também chamado cálculo”<sup>671</sup>. Adiante, prossegue Nafarrete com a analogia:

Assim, a Sociologia de Luhmann propõe um cálculo que, sendo capaz de conter o fenômeno social todo, ‘não oculte nada e contenha apenas aquilo expressamente posto nele’. Para a Sociologia essa formalização é possível se tomada como base a comunicação, em termos de sistemas de signos. Toda a obra de Luhmann pode ser catalogada como variações infundáveis da fórmula compacta: a comunicação é um cálculo. E para o cálculo mostrar sua própria consistência, será preciso formalizá-lo. Quando consegue-se formalizar o cálculo da comunicação, aparecem à vista as relações existentes entre as proposições. Ademais, é possível apreciar os nódulos a configurarem as diversas formas de comunicação - que no cálculo carecem de sentido normativo - além de observar como essas estruturas se combinam, se posicionam, se paradoxizam e se desparadoxizam.<sup>672</sup>

Ainda que Nafarrete tenha declarado isso para fins puramente didáticos, deve-se aqui ressaltar que, ao abraçar o teorema da incompletude de Kurt Gödel<sup>673</sup>, que, por sua vez, refutou a pretensão totalizante de Hilbert, Luhmann preferiu a consistência à totalidade do seu *cálculo* social. Ou seja, o cálculo de Luhmann é *capaz de operar (calcular)* todo e qualquer fenômeno social, mas se reconhece *incapaz de conter* eles todos, de modo completo, fechado, exaurido. Não é uma teoria total, mas uma teoria que se aplica a si mesma<sup>674</sup> e que, enquanto ciência, constrói a si mesma, sendo que a prova de sua consistência é também a prova de sua incompletude. Ainda que essa abertura contingencial aponte para algum decisionismo – que

<sup>668</sup> Ver: LUHMANN, **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 55-65. Ver também: Id., **El derecho [...]**, op. cit., p. 626. Ademais, Simioni (SIMIONI, op. cit., p. 641) e Stamford da Silva (SILVA, A. **10 lições [...]**, op. cit., p. 45) destacam que, ao contrário de teóricos da comunicação de Palo Alto (a exemplo: Paul Watzlawick, Janet Beavin e Don Jackson), Luhmann admite haver comunicação diversa da humana. Ademais a expressão “de sentido” é importante porque, a exemplo do Erro de Descartes (DAMÁSIO, op. cit.), abre o questionamento acerca da possibilidade da “comunicação” humana sem uso psíquico de esquemas de sentido (e.g. hormônios).

<sup>669</sup> Dá dois motivos: “pressupõe o concurso de um grande número de sistemas de consciência, mas, precisamente por isso, não se pode atribuir como unidade a nenhuma consciência individual” e “de nenhum modo e em nenhum sentido pode produzir-se uma consciência comum coletiva: a comunicação funciona sem que se possa chegar ao consenso no sentido pleno de um acordo verdadeiramente completo. (LUHMANN, **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 56-57, tradução nossa).

<sup>670</sup> Escreve Luhmann: “a consciência possui uma peculiaridade inapreensível para a comunicação da percepção, isto é, na imaginação intuitiva. A própria percepção não é comunicável, porque apenas a comunicação é comunicável.” (Id., **La ciencia de la sociedad**. México. Anthropos; Universidad Iberoamericana; Ileso, 1996, p.20).

<sup>671</sup> NAFARRETE, op. cit.

<sup>672</sup> Ibid.

<sup>673</sup> LUHMANN, **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 138. Ademais, ver: Id., A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito, p.33-108. In: ARNAUD, Jean-André; LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Traduções de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

<sup>674</sup>SIMIONI, op. cit., p. 618.

reconhece Luhmann (negando, porém, a arbitrariedade)<sup>675</sup> – pode-se parafraseá-lo para afirmar que todo observador último é sempre, pois, o penúltimo<sup>676</sup>.

Dessa forma, sua teoria dos sistemas sociais leva a efeito um conceito de sociedade radicalmente antihumanista (além de construtivista e antirregionalista<sup>677</sup>), que, se por um lado permite uma abstração formal potente o suficiente a alça-la à condição de superteoria, de outro possui um recorte científico-metodológico bastante específico, delicado<sup>678</sup>.

Nesse sentido, o *cálculo* luhmanniano encontrou na distinção da lógica formal de Spencer Brown sua unidade analítica<sup>679</sup> para operar. Tomando como dada as ideias de distinção e de indicação bem como que não se pode fazer uma indicação sem traçar uma distinção, Spencer-Brown toma a distinção em si como uma forma, uma forma de dois lados, o lado indicado (*marked*) e o lado não indicado (*unmarked*). Assim, denomina-se de *forma* a distinção (ou unidade distintiva) entre o lado indicado e o não indicado da distinção traçada<sup>680</sup>.

Conforme bem explica Simioni, “observar é indicar e distinguir. Indicação pressupõe distinção e distinção pressupõe indicação. Observar, portanto, é traçar uma marca que separa o indicado daquilo que é distinguido como não indicado”, de modo que Spencer-Brown

[...] coloca a observação sob um paradoxo: ele afirma que a identidade de algo só pode ser entendida a partir da sua diferença em relação a outras coisas. Se a identidade, nessa perspectiva, passa a ser entendida sob a forma de uma distinção entre dois lados, então essa distinção contém a si mesma – ‘*Distinction is perfect continence*’ – e isso significa que nada sustenta a identidade de algo senão a sua própria forma, isto é, a sua própria diferença em relação àquilo que não é indicado.<sup>681</sup>

<sup>675</sup> LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 12.

<sup>676</sup> Id., *El derecho [...]*, op. cit., p. 471.

<sup>677</sup> Id., *La Sociedad (...)*, op. cit., p. 20. Ver também: Id., *El derecho [...]*, p. 104.

<sup>678</sup> Uma outra crítica a Luhmann e às teorias dos sistemas de modo geral, a de que seu holismo seria também simplista, unidimensional, parte de Morin. Não necessariamente contrapostos, a posição de Luhmann não é contrária nem incompatível com a de Morin, na verdade só insuficiente – como, aliás, qualquer outra anterior – para abarcar a politotalidade proposta por Morin (JUNGES, Márcia; WOLFART, Graziela. Morin e a compreensão do Direito como um sistema: entrevista com a professora Angelita Maders. In: **Revista do Instituto Humanistas Unisinos**, ano XII, 402 ed., 10 set. 2012. São Leopoldo: Instituto Humanistas Unisinos, 2012. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/4636-angelita-maders>. Acesso em: 20 fev. 2020.). O que Morin faz é uma teoria epistemológica, do conhecimento, diferente de Luhmann, que faz uma teoria da sociedade, do fato social, estritamente a partir da lógica e da comunicação. O que importa a Luhmann são as relações sociais, a forma de relação social através da comunicação, independente da sua substância. Como já referido, de certa forma Luhmann parece fazer com a sociologia o que Kelsen fez com o Direito, retira-lhe o conteúdo e a valoração, possibilitando-lhe a universalidade teórica almejada. Luhmann é um cientista cujo trabalho por si revela que a percepção de conceitos de complexidade e contingência não anulam o velho paradigma científico, apenas o restabelece aos seus devidos termos e limites – no mais, os nossos limites. Admitir isso só ressalta a necessidade do diálogo na construção do conhecimento, este, sim, o bem mais amplo objeto de Morin.

<sup>679</sup> SIMIONI, op. cit., p. 597.

<sup>680</sup> SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: The Julian Press Inc., 1972, p.1.

<sup>681</sup> SIMIONI, op. cit., p. 638-639.

“Trace uma distinção”<sup>682</sup> – arbitrária mesmo – e a *forma* de dois lados bem como os dois lados da *forma* e estarão ambos lá: o que se distingue, porque se indica (*marked*) – e vice-versa; e o que, embora não se indique (*unmarked*), também se distingue por exclusão (pela inclusão), por diferença (por identidade), por negação (por afirmação) ao que é indicado.

É sobre o paradoxo da distinção, a negação recíproca dos dois lados da mesma forma, que, para Luhmann, o sentido encontra sua gênese: toda distinção produz sentido. Sua determinação só vai ocorrendo depois, pelas operações seguintes, para frente ou para trás. O gerúndio aí é proposital porque seja pela reafirmação da distinção nas operações seguintes em algum dos lados da forma original (*re-entry*<sup>683</sup>), ou seja pela observação de segunda ordem (observação da observação<sup>684</sup>), multiplicam-se os sentidos a cada operação (ainda que pela distinção com sentido/sem sentido<sup>685</sup>) – e isso tudo pode ser reconsiderado na operação seguinte. Em qualquer direção se é conduzido ao infinito, devendo-se aceitar a arbitrariedade de todo começo<sup>686</sup>. Sobre esse *médium* de sentido é que se estabelecem os sistemas de sentido, importando aqui para além dos psíquicos, os sociais, especificamente o sistema de direito.

Substituída a relação sujeito/objeto pela de observador/observado, por observação deve-se entender “o emprego operativo de uma distinção para descrever um lado (e não o outro)” de uma forma<sup>687</sup>. É por si uma operação cognitiva que implica sentido atual em detrimento dos outros possíveis sentidos. Se a observação é uma operação e toda operação do sistema social é uma operação comunicativa, a observação que se comunica, se socializa.

Assim como a complexidade, as operações comunicativas estão concebidas em três dimensões – temporal, objetiva e social<sup>688</sup> – que, como explica Mansilla, são também dimensões de sentido, ou seja, dimensões pelas quais um sistema seleciona (atualiza), dentre as possibilidades, o sentido a partir do entorno, mais complexo que ele:

(...). A complexidade, por conseguinte, é reduzida a partir do sistema, porém, na medida que se ampliam as capacidades do sistema para reduzir a complexidade de seu entorno [pelo aumento de sua complexidade interna], aumenta proporcionalmente a complexidade desse entorno [aumento da sua capacidade de selecionar sentido]. Embora o sistema se faça mais complexo, mais complexo é o

<sup>682</sup> SPENCER-BROWN, op. cit., p.3, tradução nossa.

<sup>683</sup> De modo sucinto, *re-entry* é a (re)introdução da forma em um dos lados da forma mesma (SIMIONI, op. cit., p. 651). Ver também: LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 132.

<sup>684</sup> Eis a lição de Luhmann: “quando se quer saber como se observa uma operação, deve-se observar o observador” (Ibid., p.106, tradução nossa). Na mesma obra, anatem-se as páginas p. 116-117, 126 e 131.

<sup>685</sup> Como conclui Simioni, o sentido é algo que não pode ser negado (SIMIONI, op. cit., p. 643). Ademais, ver: LUHMANN, *La Sociedad (...)*, op. cit., p. 33.

<sup>686</sup> Id., *A restituição (...)*, op. cit. Ver também: Id., *El arte [...]*, op. cit., p. 77; e SIMIONI, op. cit., p. 640.

<sup>687</sup> Note-se, porém, que “nem toda operação é uma observação” (LUHMANN, *El arte [...]*, op. cit., p. 71) mas “toda observação e toda descrição devem apoiar-se em uma distinção” (Id., *El derecho [...]*, op. cit., p. 79, 104-107, tradução nossa).

<sup>688</sup> Id., *Sistemas [...]*, op. cit., p. 96-115, passim.

entorno relacionado a ele. [...] ao entender a complexidade como um problema e sua redução como uma solução, o fenômeno se transforma numa relação funcional, em um esquema comparativo entre complexidade e sentido, entre problema e equivalentes funcionais de solução. Assim, o aumento de complexidade se corresponde com o aumento da capacidade de redução de dita complexidade. É por isso que não é uma contradição que Luhmann afirme que um sistema, ao reduzir complexidade, a aumenta.<sup>689</sup>

Nas palavras de Luhmann: “o aumento e a redução da complexidade devem estar juntos como aspectos complementares da estrutura da resposta humana ao mundo”<sup>690</sup>. A afirmação é paradoxal, mas não contraditória: a redução de complexidade gera complexidade e se harmoniza com a concepção cibernética de crescente entropia do universo. Todavia, na sociedade, os esquemas de seleção funcionalmente diferenciados de sentido (observador) não têm o poder de interferir na complexidade do entorno (observado) senão pela sua própria condição cognitivo-semântica de sistema de comunicação. Se num extremo é possível renegar-lhe qualquer sentido: o ambiente é sem sentido (o que, por si, encerra sentido<sup>691</sup>); noutro é possível expandi-lo continuamente, assim como a suas próprias capacidades funcionais de seleção de sentido – no que, pelo incremento de complexidade sistêmica (interna), permite-se observar a estruturação de subsistemas (diferenciação sistêmica<sup>692</sup>).

Esse aumento de complexidade, contudo, não serve como medida de tempo para fins da teoria social luhmanniana:

Toda a experiência humana do tempo tem como sua causa última a experiência de duração, apesar das impressões variáveis. Esta causa última, qualquer que seja, se presta a interpretações a partir de dois pontos de partida conflitivos: a duração e a variação. Sobre essa causa se forma, por meio de um processo de construção intersubjetiva, o tempo objetivo como um contínuo de pontos que é o mesmo para todos os seres humanos e que, embora possa incluir o que é constante e o que muda, por si mesmo permanece neutro para com essa distinção. Portanto, o paradoxo desta distinção está, por assim dizer, coberto pela noção de tempo, mas se mantém como contraste entre dois métodos mutuamente exclusivos de definição em termos de tempo.<sup>693</sup>

A partir disso, Luhmann propõe uma perspectiva diferente: se algo pode ser identificado como um evento, fixado em algum ponto do tempo, cuja definição temporal não possui nenhuma relação necessária com futuro, presente ou passado; algo também pode ser

<sup>689</sup> LUHMANN, *Confianza (...)*. op. cit., p. XXII-XXIII, tradução nossa. Ver também: Id., *El derecho [...]*, op. cit., p. 31.

<sup>690</sup> Id., *Confianza (...)*. op. cit., p. 13, tradução nossa.

<sup>691</sup> Id., *La Sociedad (...)*, op. cit., p. 33. Ver também: SIMIONI, op. cit., p. 643.

<sup>692</sup> Explica Luhmann: “Existem [...] duas diferentes possibilidades de se considerar a decomposição de um sistema. Uma tem como objetivo a formação de subsistemas (ou, mais exatamente: relações internas entre sistema e ambiente) no sistema. A outra decompõe em elementos e relações.” (LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 38).

<sup>693</sup> Id., *Confianza (...)*. op. cit., p. 17, tradução nossa.

identificado como um estado, que persiste apesar da mudança dos pontos no tempo, equivalendo ao presente continuamente atual:

Precisamente porque são mutuamente excludentes, ambas as formas de definição se reforçam uma a outra como negativas complementares. Em outras palavras: a variação como tal é inconcebível se não se pode supor entidades em relação às quais algo está mudando. Ambas as formas de definição negam (e assim fazem possível compreender) o que varia da outra. [...].<sup>694</sup>

A dimensão temporal é também uma forma de redução de complexidade: “o presente é meio pelo qual a complexidade inerente em outras possibilidades é reduzida à realidade, a qual pode ser experimentada verdadeiramente”. Assim, tanto a metáfora do presente como ponto que progride quanto a do presente como ponto estacionário sobre o rio do tempo são inadequadas imagens de movimento para “esse processo de mediação entre a complexidade do mundo e a atualidade da experiência, para o qual damos o nome de redução”<sup>695</sup>. Note-se, pois, que independentemente de uma concepção objetiva do tempo como flecha orientada ou mera ilusão, o tempo social luhmanniano acaba por se afirmar pela sua estrita natureza antientrópica, marcando a relação presente/ausente ou realidade/expectativa.

Embora a distinção adote o presente como termo forte (*marked*), não tem ele nenhuma duração específica senão a duração da própria operação em si, ou seja, o tempo de atualização (de sentido) do sistema. O tempo da operação é também uma diferença na forma irreversível/reversível. No presente, o ausente se faz possível como memória (o passado no presente, irreversível) ou como expectativa (o futuro no presente, reversível) – isso sem prejuízo de que expectativas se formulem tanto em relação ao futuro (futuro no presente e futuro no futuro) quanto em relação ao passado (passado no futuro). Ou seja, o ausente (*unmarked*) não só é contingente para futuro como para as interpretações que no futuro serão possíveis acerca do passado – no qual já estará inserido também o presente atual. No presente futuro outros sentidos serão possíveis para o passado futuro (que abarca o passado presente) e para o futuro futuro. O presente dura enquanto durar o “tornar-se irreversível”<sup>696</sup>.

A dimensão temporal vai permitir ao sistema dispor de uma memória, uma história das operações comunicativas passadas, as quais, na medida em que redundantes, recursivas, reiteradas, marcam não só a estabilização de sequências operativas que formam estruturas sistêmicas como também o poder de internamente distinguir redundância e variação.

<sup>694</sup> LUHMANN, *Confianza (...)*. op. cit., p. 17-18, tradução nossa.

<sup>695</sup> *Ibid.*, p. 25, tradução nossa.

<sup>696</sup> *Id.*, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 101.

A dimensão objetiva constitui-se pela objetividade do sentido operado pelas distinções sistêmicas. Isso porque o objeto da teoria dos sistemas é a *diferença* sistema/ambiente, de modo que o sistema produz sua própria objetividade<sup>697</sup>. Aqui importa avançar sobre a noção de autopoiese que Luhmann incorpora de Maturana e Varela. Não se trata de um salto teórico desde a distinção entre sistemas abertos e fechados, mas resultado do seu trabalho sociológico de aprofundamento sobre noções cibernéticas de autorreferência e auto-organização<sup>698</sup>.

Afirma Luhmann: “sistemas têm limites”, e “limites não são concebíveis sem um ‘do outro lado’”. Os limites ao mesmo tempo que separam, ligam: e “um limite separa elementos, não necessariamente relações”<sup>699</sup>. O limite estabiliza o desnível de complexidade entre sistema e ambiente, permitindo aos sistemas complexos desenvolver estratégias para lidar e se adaptar não só com a complexidade do entorno como também com o incremento de sua própria complexidade<sup>700</sup>: “visto a partir da perspectiva do sistema, então, trata-se de *self-generated-boundaries*: membranas, peles, paredes e portas, postos de fronteiras, pontos de contatos”<sup>701</sup>.

Disso, faz-se distinguir operações sistêmicas autorreferenciais (que se referem ao próprio sistema, inclusive na forma de reflexão) a heterorreferenciais (que se referem ao ambiente ou outro sistema, inclusive, respectivamente, na forma de função e prestação), bem como, sistemas que se auto-organizam e que se autoconstituem (autoproduzem).

Pode-se designar um sistema como autorreferencial, quando ele mesmo constitui, como unidades funcionais, os elementos dos quais ele se constitui e faz percorrer em todas as relações entre esses elementos uma referência a essa autoconstituição, de modo, portanto, a reproduzir continuamente a autoconstituição. Nesse sentido, sistemas autorreferenciais operam, necessariamente, por autocontato, e eles não têm outra forma para contato com o ambiente a não ser o autocontato. [...] no nível dessa organização autorreferencial, sistemas autorreferenciais são fechados, pois, em sua autodeterminação, não permitem outra forma de processamento.<sup>702</sup>

A repetição autorreferencial das operações sistêmicas implica um fechamento operacional sobre sua própria diferença-diretriz<sup>703</sup>, sua unidade de diferença, seu código<sup>704</sup>: o

<sup>697</sup> LUHMANN, **Sistemas** [...], op. cit., p. 99-100.

<sup>698</sup> Mansilla, explica: “[...]. A antiga preocupação luhmanniana pelo tema da autorreferência e da auto-organização pode – no conceito biológico da autopoiese – encontrar uma expressão muito mais acabada, que lhe permitirá referir-se aos sistemas sociais e psíquicos como possuindo a característica de gerar os próprios sistemas que os compõem. [...]” (Tradução nossa) (Id., **Confianza (...)**, op. cit., p. XVII, tradução nossa).

<sup>699</sup> Id., **Sistemas** [...], op. cit., p. 47. Sobre elementos e relações, o elemento adquire tal qualidade somente quando considerado relacionalmente, um com o outro, e relacionalmente condicionado: “sistemas não são simplesmente relações (no plural!) entre elementos. A conexão entre as relações tem de ser de algum modo regulada. Essa regulação emprega a forma básica de condicionamento”. E continua: “nesse sentido, relações entre elementos podem se condicionar reciprocamente; uma só ocorre quando a outra também ocorre” (Ibid., p. 38, 40-41).

<sup>700</sup> Ibid., p. 50-51.

<sup>701</sup> Ibid., p. 47.

<sup>702</sup> Ibid., p. 53.

<sup>703</sup> Ibid., p. 20.

sistema é o sistema, o sistema é o que o sistema produz e o que o sistema produz é o próprio sistema. Note-se a tautologia<sup>705</sup>.

Pela seletividade de uma diferença diretriz opera-se uma distinção sistema/ambiente. Ocorre que tudo que o sistema distingue é apenas a si próprio e o resto, o ambiente<sup>706</sup>. Ilustrativamente, uma vez admitindo que os seres vivos compostos por células, enquanto sistemas orgânicos, se diferenciam de todo o resto do universo não pela sua estrutura<sup>707</sup> mas por uma operação de auto-(re)conhecimento (autorreferência), encontra-se a nível do núcleo celular uma identidade (paradoxalmente afirmada por uma diferença sistema/ambiente) operada por um código: o código genético define *o que ele é* e também *o que é ele*. Ele é o seu código e tudo que tem o seu código é ele<sup>708</sup>. Quando o sistema de sentido encontra sentido em elementos do ambiente ele *se* encontra no ambiente, ele (re)conhece seu código. Ou seja, com a passagem da estrutura para o código, a diferença sistema/ambiente não se dá como elementos relacionados entre muros, mas interpenetrados como relações entre relações (ou complexidade entre complexidade) que condicionalmente selecionam seus próprios elementos: “cada sistema define, por meio da trama de suas próprias operações, aquele que pode participar como elemento especificamente próprio”<sup>709</sup>.

Esse fechamento em si não é um problema senão pela capacidade de conexão com o ambiente. Mas é justamente essa estabilização por autoprodução<sup>710</sup> (autopoiese) que permite ao sistema uma identidade – ou seja, a própria manutenção<sup>711</sup> da sua diferença em relação ao ambiente –, condição de possibilidade de uma problematização dessa conexão com o não-

<sup>704</sup> Leciona Luhmann: “Ocorrências têm, então, de ser diferenciadas em codificadas e não codificadas. Ocorrências codificadas atuam no processo comunicativo como informação, não codificadas como perturbação (ruído, *noise*).” (LUHMANN, **Sistemas [...]**, op. cit., p. 166).

<sup>705</sup> Id., **El derecho [...]**, op. cit., p. 226.

<sup>706</sup> Ibid., p. 108.

<sup>707</sup> Carl Seagan disse que somos feitos de poeira das estrelas, o que, de certa forma, nos confunde com elas. O mesmo de certa forma se dá potencialmente com aquilo de que nos alimentamos e com tudo aquilo que nos rodeia. Note-se que se trata de uma concepção do organismo vivo como um sistema aberto, mas não autorreferencial, tampouco autopoietico – o que se dá a nível de informação genética.

<sup>708</sup> Interessante observar que uma transfusão de sangue não se submete às mesmas complicações que um transplante de órgãos pois as hemácias não possuem núcleo, não possuem código genético, diferentemente das células que compõem os órgãos transplantados – exceção também feita à córnea, que não interage com as demais células do organismo receptor. A transfusão de sangue se condiciona pelo tipo sanguíneo, potencial gerador de rejeição pelo organismo receptor. Já o transplante de órgãos só é possível mediante um prévio controle de *tipagem* que permite definir a compatibilidade entre doador e receptor. Como se sabe, mesmo assim ao transplante se segue um rígido acompanhamento médico e medicamentoso (geralmente imunossuppressores) a fim de evitar que o sistema imunológico alcance êxito na expulsão do corpo de código estranho.

<sup>709</sup> LUHMANN, **El derecho [...]**, op. cit., p. 502, tradução nossa.

<sup>710</sup> Luhmann chega a considerar a expressão autopraxis e até a utilizar a expressão autogênese (Id., **Sistemas [...]**, op. cit., p. 153).

<sup>711</sup> Afirma Luhmann: “A autopoiese é uma dinâmica do sistema baseada em operações; e nestes sentido, é estabilidade dinâmica” (Id., **El derecho [...]**, op. cit., p. 525, tradução nossa)

sistema, o ambiente (heterorreferência)<sup>712</sup>. Com essa base existencial, limita-se o domínio de alterações estruturais e de aprendizado (variações), inclusive porque “nenhuma parte do sistema pode controlar outras partes sem que ela própria se subordine ao controle”<sup>713</sup>. Esse tipo de controle auto-organizacional exige uma acentuação da auto-observação:

[...]. [...], auto-observação é a introdução da diferença sistema/ambiente no sistema, que se constitui com auxílio dessa diferença; e ela é também fator operativo da auto-observação, porque na reprodução dos elementos tem de ser assegurado que eles sejam reproduzidos como elementos do sistema e não como outra coisa qualquer.<sup>714</sup>

Sem esse controle o sistema é corrompido<sup>715</sup> em sua própria base existencial, perdendo sua identidade, paradoxalmente constituída sobre a afirmação de sua diferença<sup>716</sup>.

Com a reentrada (*re-entry*) da diferença sistema/ambiente no sistema, permite-se ao sistema observar a si mesmo, tornar essa operação de observação uma reflexão<sup>717</sup>. Ressalvado que a observação não observa simultaneamente a si mesma, todas as operações podem ser observadas e também descritas<sup>718</sup>, ou seja, referenciadas como próprias do sistema (autorreferência) ou não (heterorreferência)<sup>719</sup>. Nessa linha, se faz possível não só a observação das observações já realizadas (uma observação de segunda ordem) como a construção de estruturas semânticas acerca do próprio operar sistêmico<sup>720</sup>.

A observação de segunda ordem enquanto observação de uma observação se faz possível através da dimensão de temporalidade<sup>721</sup>, visto que, como assinalado, uma observação não observa o observado e a si mesma ao mesmo tempo. Como o presente só tem a duração da própria operação, o necessário para o sistema atualizar-se, um sistema só pode observar a si mesmo no passado, interposta por uma descrição (uma referência, no caso à sua própria operação, e daí autodescrição e auto-observação) e, ainda assim, sempre com um

<sup>712</sup> Nas palavras de Luhmann “Não nos obstinamos no absurdo de afirmar que haja direito sem sociedade, sem homens, sem as condições físico-químicas de nosso planeta. Apenas afirmamos que o sistema produz as relações com dito entorno a partir de seus próprios impulsos, a partir da realização de suas próprias operações; essas operações são possíveis graças à integração de uma tessitura recursiva que designamos como clausura. Mais brevemente: a abertura é viável somente sobre a base do fechamento”. (LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 132, tradução nossa).

<sup>713</sup> Id., *Sistemas* [...], op. cit., p. 56.

<sup>714</sup> Ibid., p. 56.

<sup>715</sup> É o que se denomina de corrupção sistêmica e cuja melhor análise se faz adiante conjuntamente à noção de acoplamento. (Id., *El derecho* [...], op. cit., p. 137-138).

<sup>716</sup> Simioni destaca que Luhmann, ao afirmar a diferença entre identidade e diferença, e não em identidade entre identidade e diferença, se afasta da tradição dialética (SIMIONI, op. cit., p. 624).

<sup>717</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 623.

<sup>718</sup> Id., *La Sociedad* (...), op. cit., p. 425-426.

<sup>719</sup> SIMIONI, op. cit., p. 662.

<sup>720</sup> Ibid., p. 664-665.

<sup>721</sup> No mesmo sentido: Ibid., p. 650-651.

ponto cego<sup>722</sup> a cada observação realizada. Embora todas as operações consistam numa forma de sentido, observar é diferente de descrever assim como distinguir de indicar. Segundo afirma Luhmann “o sistema que alça a si mesmo, mediante uma discriminação operativa (e com isso se faz observável), se descreve a si mesmo como algo distinto do entorno e, com isso, se inclui [...] na observação”. Ou seja, “a autorreferência descreve o sistema sempre como objeto”<sup>723</sup> – e daí a razão de se afirmar que o sistema observa o ambiente quando observa a si mesmo e a si mesmo quando observa o ambiente<sup>724</sup>. Note-se o paradoxo.

Portanto, o sistema não é apenas autorreferente, operativamente enclausurado<sup>725</sup> em sua diferença-diretriz, condenado à eterna reflexão sobre suas próprias operações. Ele também é complexidade em meio à complexidade, interpenetrado, acoplado estruturalmente, heterorreferente. E num ambiente não só contingente mas também cambiante, tanto quanto redundância, requisita-se variedade. Luhmann faz expressa alusão à “*requisite variety*” de W. Ross Ashby ao sustentar que “a complexidade inerente ao sistema deve estar numa relação adequada à complexidade do meio ambiente”<sup>726</sup>, ao que ilustra:

[...]. Para os sistemas físicos e orgânicos (adaptativos) isto significa que a sua complexidade própria deve bastar para possibilitar as reacções preservadoras do sistema às alterações do meio ambiente, que afectam o sistema. O sistema deve poder aceitar estados bastante numerosos para conseguir persistir e adaptar-se num meio ambiente que se altera.<sup>727</sup>

Em outro estudo, observa:

“[...] existe uma espécie de pressão ecológica de complexidade não só como condição do surgimento senão também do funcionamento dos sistemas complexos. Ambas as condições, tomadas em conjunto, constituem a premissa das análises teórico-evolutivas que se ocupam não só da construção senão também da conservação e destruição de sistemas imersos em entornos que se transformam. [...]”<sup>728</sup>

O incremento de complexidade do ambiente (externa) força um incremento da complexidade estruturada sistemicamente (interna), pois, ou o sistema evolui ou não mais fará funcionalmente diferença em relação ao ambiente.

<sup>722</sup> Luhmann cita “une lumière qui, éclairant le reste, demeure à son origine dans l’obscurité” (ou, em tradução livre: “uma luz que, aclarando o resto, permanece em sua origem de obscuridade”) (MERLEAU-PONTY, Maurice, *Le visible at l’invisible*. Paris, 1964, p.172 apud LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 234)

<sup>723</sup> Ibid., p. 106-108, passim, tradução livre.

<sup>724</sup> SIMIONI, op. cit., p. 623. Note-se as implicações disso no campo da psicologia.

<sup>725</sup> “Por operativamente clausurado devem definir-se os sistemas que, para produção de suas próprias operações, remetem-se à rede de suas próprias operações e neste sentido se reproduzem a si mesmos” (LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 99, tradução nossa).

<sup>726</sup> Id., *Iluminismo (...)*, op. cit., p. 43.

<sup>727</sup> Ibid., p. 81-82, passim.

<sup>728</sup> Id., *¿Cómo [...]*, op. cit., p. 23-24, tradução nossa.

Em razão do fechamento operacional não existe nenhum contínuo de realidade pela qual as situações do entorno possam ser transferidas ao interior do sistema<sup>729</sup>, há sim uma (re)construção daquilo que é distinguido do entorno sob outras condições de existência, precisamente sob as condições de existência (código) do próprio sistema observador. Como enfatiza Simioni, o ambiente “não contém informação, é complexidade aberta, ruído, sem sentido” sendo que “somente no interior de cada um dos sistemas o ambiente ganha sentido”, e “um sentido diferente conforme a referência que o sistema estabelece na reprodução de suas próprias operações”<sup>730</sup>. Essa apreensão sistêmica de sentido não se dá apenas quando o sistema é irritado (provocado, estimulado, perturbado<sup>731</sup>) pelo entorno, ocorre também pela memória sistêmica, uma memória que não é irreversível, fixa no passado, mas sempre atualizada no presente. Artur Stamford da Silva revela um ponto sutil, mas fundamental ao avanço da pesquisa neste momento:

Devido a memória reproduzimos informações. Reproduzimos. Não repetimos informações. Reproduzir, na Teoria dos Sistemas, é alterar, mudar, o sentido anterior e, não repetir igualmente. Cada ato é único e irrepitível. [...].<sup>732</sup>

Cria-se uma pausa nesta citação para frisar, portanto, que reproduzir não é repetir, pois reproduzir implica a admissão de alguma margem de variabilidade. Deduz-se daí que a reprodução não importa na obtenção de uma cópia perfeita. Segue-se a continuação:

[...]. Cada ato é único e irrepitível. O que nos remete à linguística de Mickhail Bakhtin<sup>733</sup>. Não se repete no tempo. A passagem de experiências para expectativas

---

<sup>729</sup> Luhmann ressalta: “O fechamento não se deve entender como isolamento. Essa teoria não discute que existam relações causais entre o sistema e o entorno (embora as afirme a sua maneira) e que as interdependências causais sejam estruturalmente necessárias para o sistema. Apenas pense nas complexas condições físicas altamente seletivas da vida sobre a terra. [...]. Na teoria dos sistemas se aclarou há muito que a abertura (dependência do entorno) sobre a base da matéria ou da energia não contradiz a tese do fechamento informático ou semântico. Nós fazemos expressamente a distinção entre isolamento causal (isolation) e clausura operativa. A teoria da clausura operativa do sistema abstrai, na definição de seu objeto, das relações causais entre sistema e entorno” (LUHMANN, **El derecho** [...], op. cit., p. 99, tradução nossa)

<sup>730</sup> SIMIONI, op. cit., p. 626.

<sup>731</sup> LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011, p.138-139. Ademais, Luhmann anota que, assim como o acoplamento estrutural, “também a irritação é uma forma de percepção do sistema; mais precisamente, uma forma de percepção sem um correlato no entorno; O entorno mesmo não é irritado ao irritar o sistema e somente um observador pode formular a afirmação de que ‘o entorno irrita o sistema’. [...]. O conceito de irritação não contradiz a tese da clausura autopoietica e da determinação estrutural do sistema: na verdade, a supõe”. (Id., **El derecho** [...], op. cit., p. 510, tradução nossa).

<sup>732</sup> SILVA, A. **10 lições** [...], op. cit., p. 57-58.

<sup>733</sup> Certamente o autor se refere aqui a um aspecto da obra do filósofo da linguagem russo que parece bem explicitado em artigo assinado por Molon e Vianna: “[...] qualquer estudo sobre a língua tem que se debruçar sobre sua manifestação real e objetiva, e não em manifestações abstratas ou hipotéticas. A linguagem, portanto, é a expressão de um em relação ao outro num determinado momento sócio-historicamente situado e, assim, marcado na temporalidade como um evento único e irrepitível. A linguagem, cuja realidade fundamental é a interação verbal, é portanto uma atividade que, justamente por só existir em relação ao outro, objetiva-se na realidade concreta compartilhada entre o eu e o outro. E essa atividade, por ser um fenômeno real e concreto,

não se dá de maneira coordenada, afinal, o passado lida com redundância enquanto o futuro, com variação. A inovação, uma novidade, não deixa de conter elementos de redundância e variação. [...].<sup>734</sup>

Resgatando a máxima de Lavosier tem-se que “nada se cria, nada se perde, tudo se transforma”. Não criamos o mundo *ex nihilo*<sup>735</sup>. Tudo o que se cria, cria-se como transformação de algo que, de certa forma, já existia, ainda que sob outras condições de existência (memória do sistema ou irritação). Portanto, em termos sócio-sistêmicos, nem só conservação, nem só inovação, há uma contínua (re)produção de sentido que comporta variação a cada momento, a cada atualização do sistema.

Utilizando a terminologia de Heinz von Foerster, os sistemas de sentido não são máquinas triviais (“nas quais certos inputs [...] devem produzir outputs determinados”):

[...] todos os inputs têm de passar pela prova do estado momentâneo, que reforça os desvios, no qual se encontra a máquina. Perguntas – tais como: quem eu sou, qual é a minha disposição de ânimo, o que tenho feito, como levo adiante meus interesses? – são as que regulam a produção do output. As máquinas não triviais têm integrado, desse modo, um circuito pelo qual se referem a si mesmas (autorreferência). [...]. Esses artefatos não triviais se norteiam pelos êxitos anteriormente obtidos, e são conduzidos por um eixo de controle que se mantém constante e que decide o que deve ocorrer no momento seguinte. São máquinas recursivas, que, cada vez que operam, mudam suas regras de transformação. Ou seja, são máquinas sobre as quais

---

realiza-se num determinado espaço e num determinado momento únicos (já que o tempo não volta), sendo, portanto, irrepitível e sócio-historicamente situada. É justamente a essa atividade realizada que se dá o nome de enunciado concreto” (MOLON, Newton Duarte; VIANNA, Rodolfo. O Círculo de Bakhtin e a Linguística Aplicada. In: **Bakhtiniana**: Revista de Estudos do Discurso, v. 7, n. 2, p. 142-165, dez. 2012. São Paulo: LAEL/PUC-SP, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2176-45732012000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-45732012000200010&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S2176-45732012000200010>).

<sup>734</sup> SILVA, A. **10 lições [...]**, op. cit., p. 58.

<sup>735</sup> Em episódio do programa Chaves, estrelado por Roberto Gómez Bolaños – também conhecido por Chespirito, elogio diminutivo castelhanizado rendido ao “pequeno Shakespeare” –, a personagem Chaves entrega ao professor um desenho, um conjunto de rabiscos aleatórios multicoloridos, pelo que, questionado pelo professor sobre o que representa, afirma ser uma chiforimpola (ou cholofompila na dublagem brasileira). Questionado sobre o que é, Chaves diz ser uma coisa que ele inventou. Na sequência a personagem de Bolaños afirma retoricamente: “Esta muy identica, no es verdad?”, ao que o professor concorda no intuito de encerrar o assunto e informa que lhe dará uma nota seis. Nisso se segue o protesto de Chaves sob o argumento de que se está tão parecida deveria ter recebido um dez (EL CHAVO DEL 8. **Examen com los padres**. México: Televisa S.A., de C.V., 1976, de 4’25” a 5’25”). Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zyQ8F0Pngqg>. Acesso em: 20 fev. 2020). Da cena percebe-se que Chaves questiona uma decisão com o argumento de que o decisor estava sendo contraditório em seus argumentos: se a fidelidade da representação é critério de atribuição de nota e se o desenho de Chaves foi uma representação fiel, Chaves deve receber a nota máxima. A falha do decisor foi admitir a fidelidade de algo que, embora representado, é de seu inteiro desconhecimento ressalvada a informação que é uma coisa que Chaves inventou. Uma vez que Chaves é um péssimo desenhista, ninguém além de Chaves pode saber o que é uma chiforimpola. O absurdo do despropósito da *criação* de Chaves é precisamente o absurdo da total ausência de referência acerca de uma criação a partir do nada. Noutro giro, bastante ilustrativo o conceito de OVNI, ou objeto voador não-identificado, cujo conceito identificador é precisamente a negação de qualquer identificação – ressalvado apenas que se trata de um objeto que voa. Como já ressaltado a *falta de sentido* ou *nonsense* só se reproduz com sentido (LUHMANN, **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 33; Ver também: SIMIONI, op. cit., p. 643). No último exemplo dado, a ausência de identificação funcionou precisamente como elemento identificador do conceito.

não se pode fazer um cálculo, ou que só possibilitariam prever os outputs caso se soubesse em qual estado elas se encontram interiormente.<sup>736</sup>

A distinção entre a conduta trivial e não trivial faz questionar acerca da possibilidade de sistemas de sentido não triviais operarem como sistemas triviais, tornando improvável a própria conquista de uma ordem social – aspecto que, portanto, se vincula à dimensão social.

A dimensão social é também constituída por um horizonte duplo (ego e alter) e “se torna relevante na medida em que no vivenciar e no agir se evidencia que as perspectivas de concepção que um sistema refere a si mesmo não são compartilhadas por outros”, originando a oposição consenso/dissenso<sup>737</sup>:

É somente quando o dissenso se esboça como realidade ou como possibilidade que se tem a ocasião para recorrer ao horizonte duplo do social como dimensão orientadora especialmente importante no momento e somente na medida em que isso aconteça de modo especialmente frequente ou especialmente claro em contextos de sentido específicos é que surge na evolução da sociedade um semântica especial do social que, por sua vez, como teoria dessa diferença, pode ser reiteradamente capaz de consenso ou dissenso.<sup>738</sup>

Antes, porém, de implicar consenso/dissenso, há que se enfrentar a seleção de sentido operada pela comunicação e a dupla contingência. Segundo Luhmann, a comunicação é seletividade coordenada<sup>739</sup>, a síntese de três operações seletivas: informação, emissão e entendimento<sup>740</sup> – que inclui também o não-entendimento, pois conforme reforça Orlando Villas Boas Filho, esta:

[...] não pode ser entendida nesse contexto como um estado psíquico, mas apenas como uma condição para que uma comunicação possa seguir adiante. É por isso que o que Luhmann denomina compreensão não implica necessariamente que ego aceite a informação que foi emitida por alter. Assim, o ato de compreender (e com ele a comunicação) se realiza mesmo que ocorram mal-entendidos acerca dos motivos de alter, sobre a informação ou engano. O que efetivamente importa é que ego compreenda a diferença entre as duas seleções que são a emissão de alter e a informação.<sup>741</sup>

Ao selecionar uma informação (e não outra), uma forma de emissão (e não outra) e ao uma compreensão (e não outra), a comunicação se estabelece e tem condições de prosseguir –

<sup>736</sup> LUHMANN, **Introdução [...]**, op. cit., p. 108-109. Ver também: Id., **El derecho [...]**, op. cit., p. 254-255.

<sup>737</sup> Id., **Sistemas [...]**, op. cit., p. 103-104. Aliás, prossegue ele afirmando: “um horizonte duplo é, também nesse aspecto, constitutivo para a autonomia de uma dimensão de sentido, não se pode reduzir o social às prestações da consciência de um sujeito monadário. Nisso falharam todas as tentativas de uma teoria da constituição subjetiva da ‘intersubjetividade’”. (Ibid., p. 103-104).

<sup>738</sup> Ibid., p. 103-104. Aliás, prossegue ele afirmando: “um horizonte duplo é, também nesse aspecto, constitutivo para a autonomia de uma dimensão de sentido, não se pode reduzir o social às prestações da consciência de um sujeito monadário. Nisso falharam todas as tentativas de uma teoria da constituição subjetiva da ‘intersubjetividade’”. (Ibid., p. 103-104).

<sup>739</sup> Ibid., p. 177.

<sup>740</sup> Id., **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 49.

<sup>741</sup> VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006, p. 153

independente da sua aceitação ou rejeição, já que ambas possuem capacidade conectiva<sup>742</sup>. Ademais, entende Luhmann que “a comunicação é tipicamente, embora não necessariamente, um processo conduzido por temas”, os quais servem como “estruturas material-temporal-sociais do processo de comunicação”<sup>743</sup> e, sem estabelecer quais, quando, em qual ordem e por quem haverá contribuições, atuam como generalizações, permitindo com mais clareza perceber atualizações nas referências de sentido – algo que isoladamente seria mais difícil<sup>744</sup>.

Ao se falar de ego e alter “em relação a um potencial aberto para a determinação de sentido que é dada respectivamente sob a forma de horizonte àquele que vivencia esse potencial em si mesmo ou em outro”, conclui Luhmann que “o problema da dupla contingência sempre está virtualmente presente”<sup>745</sup>. Sejam psíquicos ou sociais, os sistemas “não são transparentes nem calculáveis entre si” – o que, inclusive, o leva a compará-los a *black boxes*, pois aquilo que deles se observa é sempre uma redução<sup>746</sup>:

[...]. Eles permanecem separados, não se fundem, não se entendem melhor do que antes; eles concentram-se naquilo que podem observar no outro como sistema-em-um-ambiente, como input e output, e em suas próprias perspectivas de observador aprendem respectivamente de modo autorreferencial. Eles podem tentar influenciar mediante seu próprio agir aquilo que eles observam, e podem, então, aprender com o feedback. Desse modo, pode originar-se uma ordem emergente, que é condicionada pela complexidade dos sistemas que a possibilitam, mas que não depende de que essa complexidade também possa ser calculada ou controlada. Designamos essa ordem emergente de sistema social.

[...]. O sistema social é justamente sistema porque não existe uma certeza basal sobre condição e nem um prognóstico de comportamento baseado nisso.

<sup>742</sup> LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 171-172 e 177-178.

<sup>743</sup> Um excelente exemplo prático é promovido por Artur Stamford da Silva e vale aqui uma síntese. Uma conversa começa com a escolha de um tema, pois, obrigatoriamente deve haver essa seleção. Não se conversa sobre tudo ao mesmo tempo nem sobre algo jamais pensado, imaginado ou acerca do qual se tenha informação mínima (um limite da comunicação, não da psiquê). A seleção do tema não elimina a variedade de temas deixados de fora e contém em si também uma variedade interna própria. Ainda assim, se conversa e se sabe seu tema, cuja limitação vai se dando pelo seu próprio desenrolar. Ocorre que para continua-la é necessário incluir novas informações e se realizar novas seleções. Essa limitação não determina quais novas informações podem ou serão incluídas, mas sim que as seleções precisam ser realizadas para que haja sentido na conversa. Com o passar do tempo a recursividade histórica das informações presentes permite observar se se está a prosseguir com o mesmo tema, se mudou de tema ou se está em outra conversa. Um mesmo tema pode receber diferentes abordagens dada sua relevância amorosa, artística, científica, jurídica, econômica, educacional, política, religiosa etc. Contudo, apesar da eventual contribuição de outros sistemas para a evolução da conversa (amor, arte, ciência, direito, economia, educação, política, religião etc.), eles não determinam as operações do sistema do qual se espera alguma conclusão (caso contrário, não seria mais esse sistema, mas um outro) Para mais, ver: SILVA, A. **10 lições [...]**, op. cit., p. 43-44 e 94-96. Um outro exemplo é um esquete cômico produzido pela Cia Barbixas de Humor pelo qual, numa primeira situação, a plateia vê o protagonista buscando o sentido da interlocução com uma segunda personagem; em seguida, a plateia se vê excluída da comunicação que passa ter sentido apenas entre protagonista e a segunda personagem; por fim, o surgimento de uma terceira personagem, que poderia lançar luz sobre o sentido buscado nas cenas anteriores, abruptamente exclui protagonista e plateia dessa possibilidade, pelo que a completa ausência de sentido das cenas encerra o absurdo que deflagra o efeito cômico (CIA BARBIXAS DE HUMOR. **O Coiso**, 3 ago 2008. [S.l.], 2008. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6-9nWt04oSI>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>744</sup> LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 181.

<sup>745</sup> *Ibid.*, p. 129.

<sup>746</sup> *Ibid.*, p. 132.

Controladas são somente as incertezas, disso resultantes, em relação ao próprio comportamento dos participantes. Por meio da formação sistêmica, são restringidas (estruturadas) as possibilidades de uma tal situação se assegurar no próprio comportamento. Somente assim se realiza uma reprodução autopoietica, a ação<sup>747</sup> se realizando com base em ação. A absorção da insegurança transcorre mediante estabilização de expectativas, não mediante estabilização do próprio comportamento. Isso pressupõe, naturalmente, que o comportamento não seja escolhido sem orientação por expectativas.<sup>748</sup>

É paradoxal, mas tal como Heinz Von Foerster percebeu do ruído o surgimento de ordem, da radicalização do problema da dupla contingência Luhmann afirma superar a improbabilidade da comunicação e dos sistemas sociais. A expectativa de obter uma resposta (*feedback*) positiva ou negativa do ambiente – ou da (outra) *black box* – põe em funcionamento um contínuo operar entre alter e ego<sup>749</sup> que permite não só a evolução do sentido, mas a constituição da própria dimensão social, onde a visibilidade da divergência das perspectivas sistêmicas dos participantes permite a formação dos sistemas sociais<sup>750</sup>:

Se cada um age contingentemente, ou seja, se cada um também pode agir de outro modo e se cada um sabe isso de si mesmo e do outro e leva isso em consideração, torna-se, então, inicialmente improvável que o próprio agir encontre pontos de conexão (e, com isso, atribuição de sentido) no agir dos outros; pois autodeterminação pressuporia que outros se autodeterminassem, e vice-versa. Além da improbabilidade da ordem social, essa concepção também esclarece a normalidade dessa ordem; pois, sob essa condição de dupla contingência, cada autodeterminação, tenha ela surgido acidental ou calculadamente, adquire valor informativo e conectivo para o agir do outro. Precisamente porque tal sistema é formado de modo autorreferencialmente fechado, ou seja, porque A é determinado por B e B por A, cada acidente, cada impulso, cada erro se torna produtivo. A gênese sistêmica pressupõe complexidade estruturada no sentido de distribuições não arbitrárias. Sem *noise* não há sistema. [...].

[...]. Se de maneira complementar à própria insegurança comportamental, a escolha comportamental do outro também é insegura e depende conjuntamente de seu próprio comportamento, surge a possibilidade de se orientar justamente por isso e, em relação a isso, determinar o próprio comportamento. [...].<sup>751</sup>

Ainda que ego não se deixe determinar em face de igual não condicionamento de alter, é essa “estrutura essencial extremamente instável” que constitui o “núcleo de cristalização para uma relação emergente entre sistema e ambiente”, o sistema social – o qual “realiza-se necessariamente como sistema autopoietico”, pois “trabalha com uma estrutura fundamental circularmente fechada que se desagrega de momento para momento”<sup>752</sup>.

<sup>747</sup> Luhmann afirma que “a unidade de sentido ‘ação’ é constituída como síntese de redução e abertura para possibilidades de seleção” sendo, por isso que “aquilo que ocorre na relação entre as black boxes lhes aparece como ação”. Pela ação, “a redução é fixada no vivenciar” (LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 135).

<sup>748</sup> Ibid., p. 133-134.

<sup>749</sup> Stamford registra que Luhmann propositalmente afirma que a comunicação começa com alter partilhando algo a ser compreendido por ego, fazendo assim uma inversão da tradicional perspectiva (psicológica) a fim de reforçar que a comunicação é social, e não psíquica (SILVA, A. *10 lições [...]*, op. cit., p. 53).

<sup>750</sup> LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 136-137.

<sup>751</sup> Ibid., p. 140.

<sup>752</sup> Ibid., p. 141-142.

Pela internalização de alter (alter ego) ego pode, pela dimensão temporal, buscar antecipar-se acerca da resposta de alter e determina-se (simetricamente) acerca dessa expectativa sua. As expectativas tornam-se reflexivas, convertem-se em expectativas de expectativas<sup>753</sup>. Essa antecipação das seleções dentre os sentidos possíveis (uma imbricação entre contingência e tempo) é o que permite uma ordem negociada<sup>754</sup>, o que, exemplifica Luhmann, justifica (ao contrário da moral social ou de uma norma fundamental kelseniana) formulações como o efeito vinculativo dos contratos (*pacta sunt servanda*)<sup>755</sup>.

Mas linguagem não é suficiente. Além dela os meios de difusão de comunicação, tais como a escrita, a imprensa, o rádio, o cinema, a televisão, a internet etc., realizam um importante papel de difundir as operações comunicativas para além dos interlocutores presentes e perenizar no meio de sentido as operações passadas, incrementando o potencial estabilizador e, ao mesmo tempo, evolutivo dos sistemas sociais. A par disso, também há a aglutinação da linguagem de modo fraco em torno de meios de comunicação que, também simbolicamente, se generalizam nesse meio de sentido e facilitam a troca comunicativa. Tratam-se dos meios de comunicação simbolicamente generalizados, tais como o dinheiro, a verdade, o poder, o amor. Destaca Simioni<sup>756</sup> que há uma autonomia da consciência individual em relação à linguagem, permitindo-se uma mediação e desenvolvimento autônomos.

[...]. Os meios de comunicação simbolicamente generalizados transformam, de maneira assombrosa, as probabilidades do *não* em probabilidades do *sim*; por exemplo, ao fazer possível oferecer pagamento por bens e serviços que se desejam obter. São ‘*simbólicos*’ enquanto utilizam a comunicação para produzir o acorde que por si é improvável. Porém são, ao mesmo tempo, *diabólicos* enquanto que ao realizar esta tarefa produzem novas diferenças. Assim, um problema de comunicação específico se resolve mediante um novo arranjo de unidade e diferença [...] <sup>757</sup>

Em outro estudo destaca:

Empregamos o conceito de meios generalizados de comunicação com o propósito de [...] designar mecanismos adicionais à linguagem cotidiana que são códigos de seleção simbolicamente generalizados, cuja função é promover a capacidade de transmissão intersubjetiva dos atos de seleção através de frases mais longas ou mais curtas. A verdade, o amor, o poder e o dinheiro são excelentes exemplos deste tipo de mecanismo, os quais se desenvolveram com muito êxito. Através da capacidade generalizadora de tais meios se formam as estruturas da expectativa e as normas de

<sup>753</sup> VILLAS BÔAS FILHO, op. cit., p. 186.

<sup>754</sup> Perceba-se um potencial antientrópico (ou melhor, estabilizador) dos sistemas de consciência, que, na contingência de corresponder às expectativas sobre si depositadas pode receber um *feedback* positivo de modo a reforçar um ciclo de expectativas que irrompem uma estabilidade capaz de sustentar novas expectativas, e, sobre essas, com *feedback* positivo, outras mais até o ponto em que pontuais frustrações não desestabilizem a relação como um todo.

<sup>755</sup> LUHMANN, **Sistemas** [...], op. cit., p. 149-150.

<sup>756</sup> SIMIONI, op. cit., p. 661.

<sup>757</sup> LUHMANN, **La Sociedad (...)**, op. cit., p. 248, tradução nossa.

motivação que fazem possível as seleções feitas por um indivíduo sejam pertinentes a outros, no sentido de que ele está consciente delas e também eu não as trata como problema aberto, e sim que realiza suas próprias seleções como consequências destas.<sup>758</sup>

Por ficarem no meio-caminho entre a linguagem em geral e os códigos de sistemas sociais específicos, os meios de comunicação simbolicamente generalizados (MCSG) se apresentam como catalizadores da formação de sistemas, são potentes dispositivos<sup>759</sup> de redução de complexidade a ponto de encerrarem sobre si a estruturação de códigos-diretrizes que facilitam a operação e adaptação dos sistemas e subsistemas ao meio de sentido<sup>760</sup>.

Além das estruturas de diferenciação dos sistemas, existem as “estruturas semânticas que identificam, retém, recordam ou deixam cair no esquecimento o sentido digno de ser conservado”<sup>761</sup> em cada sistema parcial. A semântica permite antecipar sentidos e confirmar outros de modo a manter o sentido da memória do sistema, permitindo, de um lado, antecipar possibilidades de desenvolvimento, e de outro, evidenciar a abertura para a variação, ou seja, para a evolução sistêmica mediante o incremento de complexidade estruturada internamente.

Assim, como resume Simioni, a operação social é operação comunicativa que estabelece ela mesma condições de ligação para operações subsequentes, delimitando-se em 3 dimensões de sentido: temporal (as operações criam a memória história do sistema na forma de estruturas); objetiva (operações produzem diferença); e social (operações cria diferença entre as intersubjetividades do sentido)<sup>762</sup>. A partir da comunicação, a linguagem, a tematização, os meios de difusão, os meios de comunicação simbolicamente generalizados, as estruturas semânticas e os códigos, tem-se a formação de verdadeiros (sub)sistemas sociais, parte da sociedade enquanto sistema omniembrador. Um desses sistemas é o direito.

#### 4.2 O DIREITO DA SOCIEDADE A PARTIR DE LUHMANN

Para uma primeira incursão sistêmico-jurídica, já a par de tudo quanto exposto, parece interessante, antes de partir para uma abordagem propriamente luhmanniana, trabalhar

<sup>758</sup> LUHMANN, *Confianza [...]*, op. cit., p.81-83, tradução nossa.

<sup>759</sup> As traduções das obras de Luhmann utilizam do termo “mecanismo”, o que torna evidente o apego ao paradigma mecanicista. Se se quer avançar no ponto, é preciso dar atenção a palavras como essas. Assim, inspirados na concepção de dispositivo que Agamben evolui a partir de Foucault (AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? In: *Revista Outra Travessia*, n. 5, jan. 2005, p. 9-16. Florianópolis: UFSC, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/view/12576/11743>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.). Sem prejuízo dessa origem, faz-se aqui o emprego indistinto dos termos dispositivo e mecanismo, mais por rechaço a este do que por apego àquele.

<sup>760</sup> SILVA, A. *10 lições [...]*, op. cit., p. 104.

<sup>761</sup> LUHMANN, *La Sociedad (...)*, op. cit., p. 425-426, tradução nossa.

<sup>762</sup> SIMIONI, op. cit., p. 645-651.

brevemente sobre uma breve questão: o sistema de direito brasileiro de hoje é o mesmo sistema de direito brasileiro do tempo do Império ou daquele que se segue à proclamação da república? Essa pergunta nos remete ao paradoxo do navio de Teseu, cuja referência mais remota é *Vidas Paralelas*, de Plutarco:

23. 1. O navio em que Teseu fez a travessia com os jovens e em que regressou são e salvo era uma embarcação de trinta remos que os Atenenses conservaram até ao tempo de Demétrio de Falero. Retiravam o madeiramento envelhecido e substituíam-no por pranchas robustas, que ajustavam às outras, de tal modo que, para os filósofos, este navio representava um exemplo adequado à discussão sobre o “argumento do crescimento”, defendendo uns que o navio continuava a ser o mesmo e outros que já o não era.<sup>763</sup>

O navio de Teseu, mesmo após ter todas as suas peças substituídas ao longo da viagem, continua sendo o mesmo navio? Ou é outro navio? Muitos filósofos e estudiosos se debruçaram sobre a questão, interessando-nos aqui a percepção da Leibniz:

[...]. A organização ou configuração sem um princípio de vida subsistente, que denomino *mônada*, não bastaria para fazer com que permaneça *idem numero* ou o mesmo indivíduo; pois a configuração pode permanecer especificamente, sem permanecer individualmente. [...]. Ora, a figura é um acidente, que não passa de um sujeito ao outro (*de subiecto in subiectum*). Assim, é necessário dizer que os corpos organizados, bem como os outros, só permanecem os mesmos em aparência, e não se falarmos a rigor. É mais ou menos como um rio, que sempre muda de água, ou como o navio de Teseu, que os atenienses reparavam constantemente. Quanto às substâncias, que possuem em si uma verdadeira unidade substancial, à qual possam pertencer as ações vitais propriamente ditas, e quanto aos seres substanciais, *quae uno spiritu continentur*, como diz um antigo jurisconsulto, isto é, que um certo espírito indivisível anima, tem-se razão em dizer que permanecem perfeitamente o mesmo indivíduo por esta alma ou este espírito, que constitui o *eu* nas substâncias capazes de pensar.<sup>764</sup>

Se os seres vivos são identificados pela sua *organização vital*, e não apenas pelo corpo material organizado a dado instante (aparência), sua verdadeira unidade (*união vital*) se dá por uma razão, igualmente *vital*, a saber suas propriedades e relações. Uma das conclusões de Leibniz, a chamada Lei de Leibniz, pode ser genericamente assim enunciada: X é o mesmo que Y, se, e apenas se, X tem as mesmas propriedades e relações que Y, de modo que tudo que é verdade para um é verdade também para o outro<sup>765</sup>.

<sup>763</sup> PLUTARCO. **Vidas Paralelas**: Teseu e Rómulo. Tradução do grego, introdução e notas de Delfim F. Leão e Maria do Céu Fialho. 1. ed. Centro de Estudos Clássicos. Série Autores Gregos e Latinos – tradução, introdução e comentário. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008, p. 68-69. Disponível em: [https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/2412/7/vidas\\_teseu\\_e\\_romulo.pdf](https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/2412/7/vidas_teseu_e_romulo.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>764</sup> LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984, p.173.

<sup>765</sup> GRACHER, Kherian. Identidade, Indiscernibilidade e lógica. In: **Fundamento**: revista de pesquisa em filosofia, n. 10, jan-jun 2015, p.21-40. Ouro Preto (MG): UFOP, 2015. Disponível em: <http://www.revistafundamento.ufop.br/index.php/fundamento/article/view/228>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Voltando ao exemplo, o que torna o navio de Teseu o navio de Teseu não são as partes que isoladamente o constituem, mas o fato destas partes formarem um navio, e não qualquer navio, e sim o navio de Teseu. Ou seja, suas propriedades e relações contínuas ao longo do tempo. O que faz o sistema de direito brasileiro ser o mesmo, apesar dos séculos que separam o corpo jurídico-normativo atual dos anteriores são essas suas características e relações, essa concepção sistêmica de identidade. Essa identidade, admitida nos sistemas formais, particularmente na lógica clássica, não só revela um liame com a esposada noção de sistema, razão de ser/estar junto, como apresenta alguma relação com a lógica formal que Luhmann vai, a partir de Spencer Brown, trazer à construção de sua teoria sociológica – apesar dos séculos de distância.

Com o título *O Direito da Sociedade*, Luhmann, em sua última grande obra dedicada especialmente ao Direito, negando a existência de um direito fora da sociedade, propõe uma análise sociológica que continua a consistir numa descrição externa ao sistema jurídico, mas que, no entanto, descreve o sistema como um sistema que também observa e descreve a si mesmo<sup>766</sup>, apto a desenvolver suas próprias teorias de modo construtivista, ou seja, sem intenção de representação do mundo exterior<sup>767</sup>. Precisamente para desvendar como se pode descrever o direito enquanto uma unidade, Luhmann aplica a teoria dos sistemas, ou seja, define a unidade do direito como um sistema<sup>768</sup>. Assim, abraçando uma distinção, a de sistema/entorno, ao invés de um princípio (justiça, cálculo de utilidade, força), Luhmann se dispõe a descrever o sistema de direito como um sistema parcial (subsistema)<sup>769</sup> da sociedade autodiferenciador e autopoietico. Ou seja: “o próprio direito produz todas as distinções e descrições que utiliza sendo a unidade do direito nada mais do que o fato de sua autoprodução: ‘autopoiese’”<sup>770</sup>.

<sup>766</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 66-70.

<sup>767</sup> *Ibid.*, p. 77-97.

<sup>768</sup> *Ibid.*, p. 73.

<sup>769</sup> *Ibid.*, p. 88 e 91.

<sup>770</sup> *Ibid.*, p. 85, tradução nossa. Luhmann não ignora que o que tem de revolucionário tem também de polêmico o emprego do conceito de autopoiese sem que implique analogia, metáfora ou falseamento do seu uso original por Maturana e Varela (*Ibid.*, p. 100-103). Apenas do conjunto de juristas brasileiros se verifica uma ampla discussão em torno do tema, consistindo, por isso, aspecto cuja solução por si só demandaria amplo estudo – algo inviável aqui. A exemplo, entre outros:

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013; SCHWARTZ, Germano; PŘIBÁŇ, Jiří; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoietica das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015; ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009; LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito: o direito e o processo à luz dos sistemas de Niklas Luhmann**. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012; FERRO, Ana Luiza Almeida. **Justiça em Kelsen e Direito em Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2018. TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria

Consistindo a análise sociológica uma descrição externa ao direito, seu destinatário não é o sistema de direito, mas o sistema da ciência, o que lhe permite desvencilhar de aspectos internos ao sistema de direito sem aniquilá-los. Nesse sentido, a análise proposta não possui qualquer implicação normativa, ficando restrita ao nível dos fatos e conceitos sociologicamente observáveis (ainda que diante de dificuldades empíricas)<sup>771</sup>.

Nesse âmbito, a positividade do direito é entendida não como algo restrito à lei ou ao texto legal, isso é insuficiente para retratar sua realidade, que consiste em comunicação: a rede de operações comunicativas que, atreladas ao sistema jurídico, produzem e reproduzem especificamente o sentido jurídico na sociedade)<sup>772</sup>.

Como visto, apesar de ser contingente, a comunicação não impede o surgimento de expectativas. As expectativas existem ou não existem<sup>773</sup>. Elas podem ser funcionalmente classificadas como *cognitivas*, pois admitem ser alteradas a cada novo conhecimento, ou *normativas*, também ditas *contrafáticas* uma vez que permanecem diante do desengano. Daí afirmar-se que “as normas são expectativas de comportamento estabilizadas em termos contrafáticos” e que, uma vez que toda expectativa é fática (abrangendo o normativo), o contraponto *funcional* ao normativo (dever-ser) não é o fático (ser), mas o cognitivo<sup>774</sup>.

Diante disso, as normas jurídicas antecipam normativamente o que é possível esperar normativamente<sup>775</sup>, ou seja, em vista de um sem número de expectativas normativas (costumes, exigências morais<sup>776</sup>, hábitos etc.) que, ao serem violados, ganham notoriedade por fugir à normalidade, há uma seleção das expectativas a se proteger especificamente por uma normatividade jurídica (normalidade/normatividade)<sup>777</sup>. Nesse contexto, note-se que a norma jurídica não se orienta pelas motivações para cumpri-la ou descumpri-la (isso está além de suas possibilidades face a contingência e outros dispositivos, instrumentos ou equivalentes funcionais simbólicos envolvidos, ainda que não necessários, como a sanção); o que a norma

do Advogado, 2008. Por remissão, assim, refere-se à autopoiese nas condições e limites propostos por Luhmann, sem embargo das controvérsias que disso decorra.

<sup>771</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 85-86.

<sup>772</sup> *Ibid.*, p. 89, 93-94 e 97.

<sup>773</sup> *Ibid.*, p. 86.

<sup>774</sup> *Id.*, *Sociologia do direito I*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983, p. 57. Ver também: *Id.*, *El derecho [...]*, op. cit., p. 191.

<sup>775</sup> *Id.*, *El derecho [...]*, op. cit., p. 86.

<sup>776</sup> Segundo Luhmann “não se pode negar a circunstância de que as fundamentações éticas e jurídicas podem coincidir”, ainda que não se deva superestimar a relevância prática dessas convergências (*Ibid.*, p.135, tradução nossa). Da mesma forma, reconhece que, embora “o sistema de direito não possa atribuir ao entorno normas, mas apenas conhecimentos”, “obviamente o direito pode aceitar metas normativas preestabelecidas por parte da moral ou de outras fontes sociais. No entanto, isto deve ter lugar através de uma transformação explícita no direito” (*Ibid.*, p. 141, tradução nossa). Fato é que “a moral (ou sua forma reflexiva, a ética) não é apropriada para fundamentar a validade da norma jurídica” (*Ibid.*, p. 194, tradução nossa).

<sup>777</sup> *Ibid.*, p. 194-196.

faz é estabelecer-se conforme os fatos e, sem assegurar um comportamento conforme a si, protege quem nutre essa expectativa<sup>778</sup>. Sobre esse inalienável estilo normativo das expectativas se estabelece a base de processamento das comunicações jurídicas<sup>779</sup>.

Quanto à imposição jurídica da norma, Luhmann considera como “a condição de estabilidade de toda proteção normativa. Sem expectativa alguma de que se cumpra, a norma dificilmente pode se sustentar”<sup>780</sup>. Ou seja, há também uma expectativa de “que as expectativas normativas se mantenham e se imponham – o apoio social geral do sistema jurídico depende em grande parte de que isso se suceda”<sup>781</sup>. Porém, como se verá melhor adiante, é justamente porque existe a expectativa de que a expectativa venha a ser frustrada que ela se faz afirmar como expectativa normativa; caso assim não fosse, podendo a expectativa afirmar-se: como certeza de sua própria imposição, a expectativa perderia essa qualidade – o que, contudo, só se faz possível pela atualização da dimensão temporal; como imposição das decisões jurídicas pela força, o direito assumiria a responsabilidade pela ineficiência da realização de planos políticos – o que, contudo, por meio de acoplamentos estruturais, torna-se possível<sup>782</sup>.

Nesse contexto, não estando nem a positividade nem a normatividade do direito atreladas nem ao problema da legitimação nem, preliminarmente, à diferença entre direito natural e direito racional, abre-se o problema do decisionismo, da decisão arbitrária. Se por um lado o direito não deve ser arbitrário, de outro a decisão não é uma decisão fundamental (Schmitt) nem uma norma fundamental (Kelsen) mas “a operação que atualiza o sistema do direito dentro de uma rede histórica de outras operações”<sup>783</sup>. Assim, Luhmann revela que por sistema não se considera “um emaranhado congruente de regras, mas um emaranhado de operações fáticas que, como operações sociais, devem ser comunicações – independentemente do que essas comunicações afirmem a respeito do direito”<sup>784</sup>, ou seja, do seu conteúdo. Com isso, deve-se partir de outro ponto: “como as operações produzem a diferença entre sistema e entorno, e como essa diferença requer necessariamente uma recursividade para que as operações possam reconhecer o tipo de operações que lhes pertence”. Com essa clausura operativa, “o direito não adquire realidade por uma idealidade estável, mas a cabo daquelas

---

<sup>778</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 191-193.

<sup>779</sup> *Ibid.*, p. 149.

<sup>780</sup> *Ibid.*, p. 192, tradução nossa.

<sup>781</sup> *Ibid.*, p. 136, tradução nossa.

<sup>782</sup> *Ibid.*, p. 209-211.

<sup>783</sup> SIMIONI, op. cit., p. 610.

<sup>784</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 96, tradução nossa

operações que produzem e reproduzem o sentido específico do direito”<sup>785</sup>. Isso lança luzes sobre as questões da função, da validade e do código do sistema de direito.

Quanto à função, impõe-se ressaltar que seu conceito não corresponde a nenhum sentido normativo, axiológico ou teleológico, vinculando-se a uma questão social cuja resolução é premissa para uma evolução de graus mais altos de complexidade do sistema<sup>786</sup>. Assim, de modo bastante direto, Luhmann afirma que “o sistema jurídico realiza a função de estabilizar expectativas normativas”<sup>787</sup> – aquelas que valem proteger juridicamente<sup>788</sup>. De modo mais dilatado, acaba revelando um vínculo funcional com a confiança:

[...]. Em concreto, se trata da função de estabilização das expectativas normativas através da regulação da generalização temporal, objetiva e social. O direito permite saber quais expectativas possuem um respaldo social (e quais não). Existindo essa segurança que conferem as expectativas, se pode enfrentar os desenganos da vida cotidiana; ou pelo menos se pode estar seguro de não se ver desacreditado com relação a suas expectativas. Permite-se um maior grau de confiança (até uma imprudência) ou de desconfiança, quando se pode confiar no direito. E isso significa que é possível viver em uma sociedade mais complexa na qual já não bastam os mecanismos personalizados ou de interação para obter a segurança da confiança. Sem embargo, o direito também tem propensão às crises de confiança que se transmitem simbolicamente. Quando já não se respeita o direito ou quando, até onde é possível, já não se impõe, as consequências excedem em muito o que de imediato se apresenta como violação da lei. Então, o sistema tem que recorrer a formas mais naturais para restaurar, de novo, a confiança.<sup>789</sup>

Segundo Luhmann, o sistema jurídico dispõe de um símbolo com o qual gera a unidade do sistema entrelaçando as suas operações – algo indispensável a uma recursividade independente do observador. Trata-se da *validade jurídica* que, enquanto símbolo operativo, não carrega nenhum valor intrínseco (mais ou menos válido), mas, assim como o dinheiro, significa apenas uma aceitação da comunicação<sup>790</sup>. Uma forma pela qual se aceita conduzir a troca comunicativa. Como esclarece Simioni, “a validade como faticidade significa a

<sup>785</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 97, tradução nossa.

<sup>786</sup> Ibid., p. 87. A exemplo, note-se que há uma sensível diferença entre objetivar “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (fim último) e atuar por uma sociedade *mais* livre, justa e solidária (função constante) – o caráter de ponderação e adaptação constantes às condições do meio nesse último caso fica melhor evidenciado do que na ideia de fim a qualquer ou apesar dos custos. A perspectiva de continuidade do sistema é também a perspectiva de superação das contingências pela evolução (incremento de complexidade interna, estruturada) do sistema. Precisamente, ao mesmo tempo que o funcionalismo luhmanniano não se confunde com as perspectivas normativista, axiológicas ou teleológicas, também não impede que estas se formulem, se relacionem e se sucedam de qualquer modo. Seu estrito formalismo lógico lhe permite isso.

<sup>787</sup> Ibid., p. 283, tradução nossa.

<sup>788</sup> Ibid., p. 192.

<sup>789</sup> Ibid., p. 189, tradução nossa.

<sup>790</sup> Ibid., p. 154-155.

existência (fática) de um símbolo de validade”<sup>791</sup>: “o direito é válido quando está acompanhado pelo símbolo de validade – e quando não, não”<sup>792</sup>.

Neste ponto Luhmann expressamente se diferencia de Habermas lembrando que este sustenta que a validade do direito está sustentado sobre a qualificação normativa da legitimidade, de forma que válidas seriam aquelas formas de ação nas quais os possíveis afetados, participando de um discurso racional, podem dar seu consentimento. Segundo Luhmann, Habermas, no fundo, generaliza a velha regra liberal de que qualquer um pode dispor de sua liberdade desde que isso não cause dano aos demais, objetando que essa distinção de validade/não-validade não pode ser posta à prova no tribunal, não é justiciável, ou seja, não é praticável dentro do próprio sistema jurídico. Ademais, argumenta Luhmann: “supõe-se que o requerimento de um consentimento racional se cumpre se se observam as regras habituais de procedimento reguladas pelo direito público” – inclusive sem prejuízo de eventuais propostas de melhorias aos procedimentos legais, porém, sem efeitos para a questão da validade jurídica<sup>793</sup>.

Sob a perspectiva histórica, a admissão da validade como símbolo de unidade teria o poder de substituir a pergunta das teorias positivistas sobre as fontes do direito (fundamentação) já que se a tomaria como unidade de sentido, como uma coisa puramente interna que circula dentro do sistema – daí se aplicar, pois, somente às modificações das disposições internas do direito.

Já acerca das fontes do direito, admitindo que todo direito é direito vigente e que direito não vigente não é direito, a norma fundamental de Kelsen seria o reconhecimento de que “a regra que faz reconhecível a validade não pode ser uma entre as regras vigentes”. Ou seja, não pode haver no sistema jurídico uma regra que regule a validade de todas as regras<sup>794</sup>. Daí a proposta de Luhmann:

(...). Deve-se ‘gödelizar’ (Gödel) recorrendo a uma referência externa. Então a linguagem, ou seja, a sociedade é uma saída convincente, dado que o direito é finalmente uma área parcial da comunidade linguística, além do que todas as linguagens científicas devem restar ao final integradas à linguagem cotidiana. O desdobramento<sup>795</sup> da tautologia ‘direito é direito vigente’ por meio da distinção de vários níveis de regulação tem sua verdadeira razão no fato da diferenciação social; ou seja, na diferenciação de um sistema jurídico dentro do sistema social.<sup>796</sup>

<sup>791</sup> SIMIONI, op. cit., p. 666.

<sup>792</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p.87, tradução nossa.

<sup>793</sup> Ibid., p. 155-156, tradução nossa.

<sup>794</sup> Ibid., loc. cit., tradução nossa.

<sup>795</sup> Como explica “‘Desdobramento’ significa aqui, seguindo Tarski y Löfgren: ruptura da identidade (direito é direito) recorrendo a distinções – a unidade da própria distinção (e não distinção do distinguido) ocupa o lugar da identidade” (Ibid., p. 112, tradução nossa)

<sup>796</sup> Ibid., p. 158, tradução nossa.

Pela metáfora do décimo segundo camelo, Luhmann buscou ilustrar, para sua teoria no Direito, algumas implicações dos teoremas da incompletude de Kurt Gödel, publicados em seu Sobre Proposições Formalmente Indecidíveis de *Principia Mathematica* e Sistemas Relacionados, de 1931<sup>797</sup>, em resposta ao segundo dos 23 problemas que David Hilbert, em 1900, indicou que ainda precisavam ser solucionados para formalizar completamente toda a matemática<sup>798</sup>. Segundo expõe Jairo José da Silva:

[...]. Nele, Gödel desferia dois golpes quase fatais no programa formalista de Hilbert. O primeiro, Gödel demonstrava que a aritmética formal, e por extensão a maior parte das teorias matemáticas interessantes, era incompleta (e, pior, incompletável). Isso respondia negativamente a uma questão proposta pelo próprio Hilbert no Congresso Internacional de Matemáticos de Bolonha, em 1928. O segundo, Gödel mostrava que a demonstração da consistência da aritmética formal era impossível por métodos que pudessem ser formalizados na própria aritmética formal. Logo, não pode haver uma demonstração de consistência da aritmética formal em APR [Aritmética Primitiva Recursiva].<sup>799</sup>

Pelo primeiro teorema, afirma-se, em síntese, que um sistema formal ou é consistente e incompleto ou é completo e inconsistente<sup>800</sup>. Ou seja, existem afirmações em um sistema que, embora verdadeiras, podem não ser comprováveis dentro desse mesmo sistema. Já pelo segundo, reforçando o primeiro, um sistema não pode afirmar sua própria consistência, já que incompleto. Ou seja, se um sistema é consistente, é incompleto, e se é incompleto, não pode se observar completamente e, assim, afirmar sua própria consistência. Como se extrai das

<sup>797</sup> GÖDEL, Kurt. **On Formally Undecidable Propositions of Principia Mathematica and Related Systems**. Translated by B. Meltzer; Introduction by R. B. Braithwaite. New York: Dover Publications, 1992.

<sup>798</sup> HILBERT, David. **Mathematical Problems**. Palestra. Paris: 2º Congresso Internacional de Matemáticos, 1900. Disponível em: <https://mathcs.clarku.edu/~djoyce/hilbert/problems.html>. Acesso em: 20 fev. 2020. Veja também: HILBERT, David. Problemas matemáticos – Conferência proferida no 2º Congresso Internacional de Matemáticos realizado em Paris em 1900 (traduzida do alemão para o português por Sergio Nobre). **Revista Brasileira de História da Matemática**, v. 3, n. 5, p. 5-12, abril-setembro de 2003. [S.l.]: Sociedade Brasileira de História da Matemática – SBHMat, 2003. Disponível em: <http://www.rbhm.org.br/vo3-no5.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>799</sup> SILVA, Jairo José da. O segundo problema de Hilbert. **Revista Brasileira de História da Matemática**, v. 3, n. 5, p. 29-37, abril-setembro de 2003. [S.l.]: Sociedade Brasileira de História da Matemática – SBHMat, 2003, p.34. Disponível em: <http://www.rbhm.org.br/vo3-no5.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>800</sup> Newton Costa, resenhando para a Folha de São Paulo a primeira edição da tradução portuguesa de Gödel, Escher, Bach, de Douglas Hofstadter, por José Viegas Filho, promove a seguinte explicação: “Um sistema formal S constitui aparato simbólico, sujeito a regras bem determinadas, por meio das quais derivamos combinações simbólicas que se chamam teoremas de S. As regras e as combinações simbólicas devem ser definidas de maneira efetiva, isto é, há métodos para se decidir efetivamente, por exemplo, se uma combinação simbólica é combinação aceitável em S e se dada aplicação das regras é correta. S pode ser tal que certos arranjos simbólicos expressem sentenças e que a aritmética elementar esteja nele contida. Condições como essas sendo satisfeitas, o teorema de incompletude basilar de Gödel pode ser enunciado assim: Se S for consistente (ele não contém teoremas um dos quais é a negação do outro), então existem sentenças aritméticas verdadeiras que não são teoremas de S” (COSTA, Newton. Aquiles e a tartaruga. **Folha de S. Paulo**, Jornal de Resenhas, São Paulo, sábado, 11 de agosto de 2011. São Paulo: Folha da Manhã, 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/resenha/rs1108200103.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020).

lições acima, um sistema não pode se observar (por completo<sup>801</sup>), há sempre um ponto cego, exigindo um observador de segunda ordem que também padece da mesma condição. O décimo segundo camelo é justamente esse ficto observador inobservável, que surge e se vai junto com a decisão na forma de suplemento o argumentativo da fundamentação<sup>802</sup>.

Note-se que um observador não pode distinguir (designar) algo (de algo ou do resto) ao mesmo tempo em que afirma a sua unidade (identidade) (com algo ou com o resto). A um mesmo tempo, ou se observa a identidade (unidade) ou se observa a diferença (pluralidade). Disso na pergunta pela unidade da pluralidade de níveis acerca do direito o que se torna problemático em soluções como a norma fundamental de Kelsen é a diferença de níveis ou da linguagem (ou seja, direito e seu ambiente) ou da regulamentação em si (interior ao direito) – ou um ou outro. Uma vez que se busca designar (distinguir, pois) o direito vigente (justamente o paradigma positivo), Luhmann translada o problema da validade para o nível operativo (de regulamentação interna) considerando o símbolo de validade jurídica somente na transição de uma situação de direito para outras, “ou seja: a unidade da diferença entre um estado de direito vigente em relação a um vigente posteriormente”<sup>803</sup>.

Ora, um direito vigente anterior não é mais direito vigente e, portanto, é direito não-vigente. Porém ambos estão reunidos sob a unidade de validade, ambos são direito. Validade, assim, não é uma condição de cognoscibilidade pelo sistema jurídico (é possível conhecer direito inválido), não serve como efeito de uma validez transcendente ou imanente ao próprio direito (não é exterior ao próprio direito) e tão pouco configura por si uma norma, uma norma fundamental ou uma metanorma (não é deontológico, ou tem validade ou não tem)<sup>804</sup>.

Desta forma, a pretensão de validade do direito não é um impedimento para a modificação do direito. O que é impeditivo é a normatividade do procedimento que regula e limita como se pode gerar a validade jurídica, ou seja, como se pode modificar o direito.

[...]. Dentro do direito constitucional existe inclusive normas que determinam que não se pode modificar certas normas – incluídas elas mesmas. Isso desemboca em

---

<sup>801</sup> Claudia Maria Barbosa registra que para a dogmática jurídica tradicional, o ordenamento jurídico é consistente e completo. Afirma também que, diante de dilemas deontológicos, e.g., envolvendo conceitos vagos e ambíguos, o direito apontaria para a admissão de contradições no contexto de uma lógica paraconsistente. (BARBOSA, Claudia Maria. *Lógica & Direito: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos*. 1. ed. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2012, p.45-47 e 79). Como se observa, a solução de Luhmann, amparado em Gödel, é diversa: reconhece-se a incompletude do sistema, que, mantido aberto e em constante operação, não se dá a conhecer de contradições insolúveis pelo próprio sistema nessas condições.

<sup>802</sup> Em semelhante sentido, Simioni (SIMIONI, op. cit., p. 739-740) com a ressalva de que este entende que a escolha do suplemento argumentativo é uma questão política, ao passo que aqui se entende ser resultado do acoplamento do direito, via dogmática ou tribunais, com a sociedade (sem negar, obviamente, o de todo inevitável acoplamento com o sistema de consciência do julgador, aí também, supõe-se, levado ao seu limite).

<sup>803</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 158-159, tradução nossa.

<sup>804</sup> *Ibid.*, p. 159.

um paradoxo que se tem discutido amplamente. Poder-se-ia modificar a disposição que proíbe a modificação – e seguir-se dessa maneira em um regresso *ad infinitum*. Por isso, o problema não se pode controlar normativamente: deve-se gödelizá-lo fazendo intervir a política. Isso significa: vigiá-lo politicamente. Dito de outra maneira: o paradoxo da modificação pode ser desdobrado, diferenciando entre normatividade e validade, e, depois, contando com a proibição de modificar a Constituição – assim, a natureza desse processo enquanto infração à norma é paradoxal, e, precisamente por isso, não possui consequências.<sup>805</sup>

Ou seja, só quem pode proibir a modificação é quem pode modificar a proibição de modificação. Dessa forma, o direito não pode proibir-se de modificar-se se não tiver o poder de modificar a proibição de modificar-se. Só algo externo ao direito poderia proibir o direito de modificar-se. Segundo Luhmann caberia à política o poder decidir (normativamente) sobre a proibição ou não da proibição ou não de modificação do direito – decisão esta que se impõe sob o prisma de normatividade, e não de validade. Daí porque, sendo exterior ao direito, o direito mesmo não poderia questionar sobre a validade da modificação da proibição de modificação – escapando ao regresso *ad infinitum*<sup>806</sup>.

Luhmann cuida de lembrar que sua proposta de maneira alguma exclui a possibilidade de sindicância de, e.g., contratos imorais ou leis inconstitucionais, o que se dará não por uma qualidade intrínseca do ato normativo mas sob as condições que o direito vigente lhe atribua validade jurídica. Especificamente acerca das leis inconstitucionais, Luhmann acrescenta que, conforme a doutrina positivista, se forem consideradas iguais inconstitucionalidade da lei e invalidade da lei “isto paralisaria em definitivo a coragem do tribunal constitucional no que diz respeito ao controle de constitucionalidade do legislador em face das consequências – o que se poderia considerar como desejável ou também como desvantajoso”<sup>807</sup>. Ou seja, a confusão entre normatividade (inconstitucionalidade como valor positivo) e validade (invalidade como valor intrínseco) lançaria, com esta última, o controle de constitucionalidade para além da questão constitucional, ou seja, em meio a questões de ordem extrajurídica – tais como desejável ou inconveniente (algo próprio da política). Uma tal situação parece ter chegado ao ápice quando Otto Bachof questionou acerca da possibilidade do reconhecimento de inconstitucionalidade de norma constitucional originária em face de outra norma constitucional originária. Segundo lembra Coêlho<sup>808</sup>, a corte constitucional alemã, no acórdão

<sup>805</sup> LUHMANN, **El derecho [...]**, op. cit., p. 160, tradução nossa.

<sup>806</sup> Para maior aprofundamento, vide nota adiante acerca da informulabilidade da regra.

<sup>807</sup> *Ibid.*, p. 155, tradução nossa.

<sup>808</sup> COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O controle de constitucionalidade de normas constitucionais. A Nova Constituição, 10 jul. 2016. In: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo: 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-10/constituicao-control-e-constitucionalidade-normas-constitucionais>. Acesso em: 20 fev. 2020.

III ZR 153/50 de março de 1951, decidiu pela negativa, mesma posição do STF na ADI 815<sup>809</sup> – questão diversa (não é custoso ressaltar) do controle de constitucionalidade sobre o poder constituinte derivado (decorrente, reformador ou revisor). Como se sabe, questão mais interessante, tormentosa e sem solução de continuidade se apresenta no controle de constitucionalidade, difuso ou concentrado, quando colidentes direitos fundamentais.

Postas essas balizas, avançar ou retroceder em termos de validade jurídica no âmbito da teoria luhmanniana não possui qualquer significado senão o de observar historicamente (expectativa para o futuro ou memória do passado) o entrelaçamento de operações jurídicas, sem que se possa com isso atribuir qualquer juízo valorativo tampouco normativo.

O próximo passo consiste em investigar o código do sistema de direito. Continua-se a tratar de expectativas jurídico-normativas, que se cumprem ou se frustram – plano em que se estabelece a função do direito. Porém, a especificação funcional não basta para explicar o sistema de direito: “só a codificação é correlato da universalidade do direito no sentido da possibilidade de ser aplicado a todo estado de coisa e no sentido de que pode ser irritado por qualquer comunicação, independentemente da motivação do observador primário”<sup>810</sup>. É necessário, pois, a complementação da especificação funcional por uma observação de segunda ordem orientada pelo código jurídico diferenciado para tal; ele se reserva “o direito de certificar se a expectativa ou a conduta decepcionante é (foi ou será) conforme (ou não conforme) com o direito”<sup>811</sup>.

Um dos primeiros aspectos a esclarecer neste ponto do estudo é o sentido atribuído (e daí a pertinente tradução) que se oferece ao código *Recht/Unrecht* em *Das Recht der Gesellschaft*. Com a mesma dificuldade certamente se deparou todo aquele que se propôs a

---

<sup>809</sup> “EMENTA: - Ação direta de inconstitucionalidade. Parágrafos 1º e 2º do artigo 45 da Constituição Federal. - A tese de que há hierarquia entre normas constitucionais originárias dando azo à declaração de inconstitucionalidade de umas em face de outras e impossível com o sistema de Constituição rígida. - Na atual Carta Magna "compete ao Supremo Tribunal Federal, precipuamente, a guarda da Constituição" (artigo 102, "caput"), o que implica dizer que essa jurisdição lhe é atribuída para impedir que se desrespeite a Constituição como um todo, e não para, com relação a ela, exercer o papel de fiscal do Poder Constituinte originário, a fim de verificar se este teria, ou não, violado os princípios de direito suprapositivo que ele próprio havia incluído no texto da mesma Constituição. - Por outro lado, as cláusulas pétreas não podem ser invocadas para sustentação da tese da inconstitucionalidade de normas constitucionais inferiores em face de normas constitucionais superiores, porquanto a Constituição as prevê apenas como limites ao Poder Constituinte derivado ao rever ou ao emendar a Constituição elaborada pelo Poder Constituinte originário, e não como abrangendo normas cuja observância se impôs ao próprio Poder Constituinte originário com relação as outras que não sejam consideradas como cláusulas pétreas, e, portanto, possam ser emendadas. Ação não conhecida por impossibilidade jurídica do pedido.” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 815/DF**. Processo n. 0002061-77.1992.0.01.0000. Relator: Min. Moreira Alves, 28 mar. 1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>810</sup> LUHMANN, **El derecho** [...], op. cit., p. 127-128, tradução nossa.

<sup>811</sup> *Ibid.*, p. 224-225, tradução nossa. Mais explicitamente: “O código – conforme-o-direito/não-conforme-o-direito – só pode ser manejado no plano da observação de segunda ordem, ou seja, no nível da observação dos observadores” (*Ibid.*, p. 126, tradução nossa)

traduzir do alemão para o português alguma obra jurídica. Assim como termo em inglês *law* comporta tanto as traduções lei e direito (coisas bem diferentes entre si conforme a leitura jurídico-científica que se faz), *Recht* e *Unrecht* tem assumido diferentes traduções em português bem como em outras línguas<sup>812</sup>.

Orlando Villas Bôas Filho refere que as dificuldades da forma *Recht/Unrecht* também se verificam no francês e no próprio alemão, optando por aderir à tradição direito/não-direito “a fim de que se enfatize a conotação puramente técnica e desvinculada de conteúdos morais ou de qualquer outra ordem, uma vez que é essa a intenção de Luhmann”<sup>813</sup>.

Zapater acolhe a ressalva de Guilherme Leite Gonçalves de que a tradução direito/não-direito “dá a impressão (falsa) de que o outro lado da distinção (não direito) está fora do direito”, e por isso adota a tradução lícito/ilícito<sup>814</sup>. De outra sorte, a tradução lícito/ilícito traz a dificuldade de identificar direito e lei, dando a impressão (falsa) de que a teoria luhmanniana é estritamente legalista – ao que se deve concluir que a distinção licitude/ilicitude não representa adequadamente o código do sistema de direito.

Conforme se expõe em longa nota dos tradutores da versão em espanhol de *O Direito da Sociedade*<sup>815</sup>, a polêmica só se intensifica quando se percebe que Luhmann usa de três fórmulas ao longo de sua obra, ali traduzidas como: *derecho/no-derecho*; *derecho de una parte/no-derecho-del otra parte*; e *conforme a derecho/no conforme a derecho*<sup>816</sup>. A principal trecho que ilustra essa dificuldade diz respeito a como o código do direito se desdobra de uma distinção a um atrator evolutivo do sistema jurídico:

O que desde sempre foi constituído como direito e designado como tal e que, por isso mesmo, se havia distinguido [distinção] de outras coisas (1) duplica-se e enfaticamente se reafirma [reafirmação] convertendo-se na tautologia ‘direito é direito’ (2). Mediante a introdução de uma negação [negação], a tautologia se converte em um paradoxo: ‘o direito de uma parte é um não-direito da outra’ (3); no sistema da sociedade, isso quer dizer que ambos aparecem em uma correlação inevitável: o direito de um é o não-direito do outro – mesmo que ambos sejam membros da sociedade [ou seja, direito implica não direito]. Mediante outra negação [dupla negação], esta forma se conduz a um antagonismo: ‘o direito de um não é o não-direito do outro’ (4), de modo que tanto aquele que está em seu direito como aquele que não está, podem e devem contar com esse *estatuto*, tanto no sentido temporal quanto no contexto social. A afirmação de que alguém, estando em seu direito [estatuto] estaria ao mesmo tempo em seu não-direito [em dada sociedade a certo tempo] seria uma contradição impedida pela lógica. Por fim, esse antagonismo resta excluído mediante condicionamentos [disjunção] (5), e só assim, então, que se desdobra a tautologia ou se resolve o paradoxo: ou direito é direito ou direito é não-

<sup>812</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 81-82.

<sup>813</sup> VILLAS BÔAS FILHO, op. cit., p. 198-199.

<sup>814</sup> ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. **Reformas processuais na teoria dos sistemas**: certeza do direito e as decisões judiciais. De acordo com o novo código de processo civil. Curitiba: Juruá, 2016, p.29.

<sup>815</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 81-82.

<sup>816</sup> VILLAS BÔAS FILHO, op. cit., p. 198-199.

direito quando se cumprem as condições indicadas pelos programas do sistema jurídico. Nesse nível de programação (autoestruturação), o sistema pode se expor a variações temporais e fazer-se independente da casualidade dos conflitos existentes, determinando ele mesmo aquilo que pode ser tratado como conflito sujeito a decisões. Desta maneira, o próprio sistema atua como atrator evolutivo dos casos jurídicos. [...].<sup>817</sup>

Há, portanto, as fases de distinção (1), de reafirmação gerando tautologia (2), de negação gerando paradoxo (3); de dupla negação gerando contradição (4) e de disjunção condicional gerando desdobramento (5). A chave para a solução da confusão (lícito/ilícito ou direito/não-direito) parece estar na palavra *estatuto*, a única grifada com itálico no período e ponto a partir do qual a alegação de impossibilidade lógica se faz entre sentenças de fases diferentes (3 e 4). Com efeito, ali, quando Luhmann aponta a contradição daquele que está em seu não-direito (não-direito) também está em seu direito (direito), apenas demonstra que o não-direito enquanto faticidade social e temporal foi capturado pelo direito como estatuto<sup>818</sup>, de onde se faz necessário apresentar condicionamentos. Nesse plano, substituindo as posições por símbolos (direito como “D” e não-direito como “-D”) pode-se obter o seguinte esquema:

fase 1 (distinção: direito é distinto de outras coisas)	D é
fase 2 (reafirmação: direito é direito)	D = D
fase 3 (negação: direito é não-direito)	D = -D
fase 4 (dupla negação: direito não é não-direito)	D = -(-D)
fase 5 (disjunção condicional: direito é direito ou não-direito se)	D = D/-D se

O “de um” ou “de uma parte” e o “de outro” ou “de outra parte” incluem uma reveladora (e aparentemente proposital) confusão na exposição, só desfeita pela afirmação do direito como *estatuto* – e não como algo de um ou de outro. Essa posição recebe reforço pela referência a outro trecho de O Direito da Sociedade, precisamente seu capítulo 1, onde Luhmann faz crítica ao enfoque jusnaturalista, pelo qual:

[...] o não-direito (Unrecht) de um, não é o direito (Recht) do outro. Mas este não-direito de uma das partes não pode ser distinguido teoricamente daquilo que em absoluto não pertence ao mundo do direito (Nicht-recht) – precisamente porque nem todo atuar suscita necessariamente um problema jurídico. Esse não-poder-distinguir reafirma, de sua parte, a impressão de que a ordem jurídica é inevitável.<sup>819</sup>

<sup>817</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 226-227, tradução nossa.

<sup>818</sup> Sobre a ideia de direito como estatuto, em outra obra Luhmann escreve: “Dessa forma podemos reduzir o conceito da positividade à formulação de que o direito não só está *estatuído* (ou seja, escolhido) através de decisões, mas também vige por força de decisões (sendo então contingente e modificável)” (Id., *Sociologia do direito II*. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985, p.10).

<sup>819</sup> Id., *El derecho* [...], op. cit., p. 80, tradução nossa.

Ou seja, à luz da teoria jusnaturalista todo direito é direito, pois só existe direito se for conforme a natureza; com isso, do outro lado da fórmula, o ajurídico (*Nicht-recht*) desaparece ao ser incorporado ao antijurídico (*Unrecht*) – o que não é correto, já que “nem todo atuar suscita necessariamente um problema jurídico”<sup>820</sup>.

Contudo, se Luhmann distingue o *Unrecht* e o *Nicht-recht*, por qual razão, então, não usa de ambas as formas *Recht/Unrecht* e *Recht/Nicht-recht*? A resposta parece ser porque o código direito/não-direito (*Recht/Unrecht*) “não há absolutamente nenhuma comunicação jurídica fora do sistema do direito”<sup>821</sup>, ou seja, “não existe nenhuma outra instância na sociedade que possa determinar o que é conforme (ou discrepante) com o direito”<sup>822</sup>. No esboço de sua teoria geral, sobre sua própria afirmação de que “o sistema jurídico entra em função sempre que se trabalha com o esquema legal/ilegal”, Luhmann, em nota, registrou:

Não é preciso acentuar expressamente o fato de que o esquema legal/ilegal não designa nenhum limite do sistema; pois isso teria como consequência o fato de que todo agir legítimo pertenceria ao sistema jurídico e de que nenhum agir legítimo ocorreria em seu ambiente, e vice-versa para o que é ilegal.<sup>823</sup>

Isso se reforça quando Luhmann escreve que “a referência do valor negativo (o discrepante com o direito) possui o mesmo efeito de atribuição que a referência do valor positivo (conforme o direito)”<sup>824</sup>, e que “se uma comunicação não se identifica com o código – conforme -o-direito/não-conforme-o-direito, não é, por isso, ilegal nem impossível. Apenas que não se adjudica ao sistema jurídico, e sim que se atribui ao entorno”<sup>825</sup>. Essa posição torna possível admitir, em língua portuguesa, as distinções entre jurídico, ajurídico (no sentido de não-jurídico) e antijurídico – situação em que o jurídico indica, em ambivalência, tanto a relevância para o sistema jurídico quanto a conformidade com o direito. A expressão ajurídico revela uma indiferença, uma irrelevância para o sistema jurídico. Já a expressão antijurídico manifesta ao mesmo tempo a relevância para o sistema jurídico quanto sua desconformidade com o direito. Ou seja, *Recht/Nicht-recht* está para jurídico/ajurídico, assim como *Recht/Unrecht* está para jurídico/antijurídico.

Ocorre que se o sistema internaliza a distinção sistema/ambiente para se auto-observar, há também dentro do sistema um não-sistema sistematicamente observado, ou seja, condicionalmente observado (até porque aberto cognitivamente). Com isso, o sistema concebe

<sup>820</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p.80, tradução nossa.

<sup>821</sup> *Ibid.*, p.125, tradução nossa.

<sup>822</sup> *Ibid.*, p.125, tradução nossa.

<sup>823</sup> *Id.*, *Sistemas* [...], op. cit., p.425. Isso se confirma no inglês: *Id.*, *Social Systems*. Translated by John Bednarz, Jr., with Dirk Baecker. Foreword by Eva M. Knodt. Stanford: Stanford University, 1995, p. 375 e 592.

<sup>824</sup> *Id.*, *El derecho* [...], op. cit., p.125, tradução nossa.

<sup>825</sup> *Ibid.*, p.151, tradução nossa.

(em heterorreferência) um não-sistema (um *Nicht-recht*), infinitamente contingencial, cujo conhecimento, contudo, está limitado não por aspectos ambientais, mas pelas suas próprias limitações cognitivas, pelas próprias limitações do seu código constitutivo (autorreferência). Em outras palavras: o ambiente que o sistema conhece só conhece a partir de seu próprio código sistêmico, de modo que o sistema não é capaz de conhecer algo para além disso. Mesmo no caso de prestações de outros sistemas, estas assim como estes são também parte do ambiente e só são recebidos naquilo que é observável pelo código sistêmico. Ilustrativamente, o olho humano não é sensível à luz infravermelha ou ultravioleta, nos sendo dado a conhecê-las por instrumentos, anteparos, dispositivos, que nos permitem interpretar sua existência – ou pelo menos nos permitem bons fundamentos para assim decidir interpretar. Caso não fôssemos capazes de interpretar os resultados prestados por eles não seríamos também capazes de deles dispor em função de qualquer fundamentação ou decisão acerca da observação dessas frequências de luz.

Nesse contexto, uma vez reconhecido que sua incursão sociológica se dá externamente ao direito, observando-o como um sistema que se observa e se descreve a si mesmo, não só o esquema *Recht/Nicht-recht* revela-se bastante limitado na auto-observação, como, no todo, resta já muito bem representado pela relação sistema/entorno. Sem prejuízo de tal fórmula ter sido expressamente admitida, a dupla função do código (*Recht*), internamente e externamente, denota também sua ambivalência e seu paradoxo, pois todas as distinções que se seguem no interior do sistema de direito trazem também em si pressuposta a distinção original, o código que o distingue de seu ambiente (sistema/entorno ou *Recht/Nicht-recht*). A cada distinção que se realiza está presente não só a distinção jurídico/antijurídico (uma bi-estabilidade<sup>826</sup>) como também a distinção jurídico/ajurídico<sup>827</sup> – justamente porque sempre presente, também sempre aberto a conhecer de irritações<sup>828</sup> do entorno.

Prosseguindo, uma vez que “o código representa o modo como o sistema produz e reproduz sua própria unidade” (a sua autopoiese) “um sistema codificado, ou está adaptado ou não existe”, pois a dureza do código “não oferece nenhuma possibilidade de adaptação do sistema ao entorno”<sup>829</sup> – não há um gradualismo autopoietico<sup>830</sup>. Daí a importância dos

<sup>826</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 234-236, tradução nossa.

<sup>827</sup> Nas suas palavras: “Ou seja, o sistema pode especificar ambos os lados de seu código; porém, só pode fazê-lo de modo que precisamente assim se produza um efeito de exclusão, que converte o resto do mundo (enquanto algo que não se pode especificar no sistema), em entorno.” (Ibid., p. 236, tradução nossa).

<sup>828</sup> Segundo Luhmann: “o sistema jurídico pode levar em consideração fatos externos, mas só como informação que tenha sido gerada internamente: apenas como ‘difference that makes difference’” (Ibid., p. 140-141, tradução nossa)

<sup>829</sup> Ibid., p. 246, tradução nossa.

programas. Luhmann chama de “programa a regra que decide acerca da atribuição de valores (independentemente da margem de interpretação)” de modo que “ao nível da programação, pode-se determinar quais aspectos e em quais ocasiões o sistema tende a processar cognições”<sup>831</sup>. Uma vez que os programas regulam a distribuição dos valores positivos e negativos do código<sup>832</sup>, permite-se que através deles, sempre sob a condição do código direito/não-direito, o sistema observe pontualmente aqueles outros valores, excluídos a nível de código<sup>833</sup>. Com a ajuda da programação, o próprio código direito/não-direito cruza os limites das distinções, exigindo-se disso uma codificação eficiente, sem erros, a tecnicização do código<sup>834</sup>. Não constituindo direito/não-direito nenhum critério em si para a decisão jurídica, os programas, enquanto suplementos da codificação, dão direção à sua semântica condicionada, permitindo não só reintegrar o direito na sociedade como, em contraste à dureza do código, admitir modificações sem a perda da identidade do sistema em si<sup>835</sup>. Luhmann registra o avanço da distinção código/programa destacando sua implicação para a segurança do direito:

A segurança do direito deve consistir em primeiro lugar, e sobretudo, na segurança de que os assuntos, quando assim se desejar, sejam tratados exclusivamente de acordo com o código do direito, e não de acordo com o código do poder ou de qualquer outro interesse contemplado pelo direito.<sup>836</sup>

De outro lado, ao nível da programação, a segurança do direito pode dizer respeito à previsibilidade das decisões dos tribunais, o que (plasmada sobre a invariabilidade) assim se converteria em algo bastante inseguro, se mostrando preferível a busca de caminhos alternativos à solução de conflitos sempre que assim exija o código do direito<sup>837</sup>. Nesse contexto, torna-se também bastante claro a razão pela qual Luhmann considera os programas condicionais como uma grande conquista evolutiva da sociedade:

O sistema jurídico, ao programar-se de maneira condicional [se isso/então isso], constrói a si mesmo como máquina trivial, apesar (ou precisamente) de ter de partir do fato de que o entorno não opera assim e que a própria sociedade opera como uma máquina histórica que reflete em cada caso seu próprio estado; i.e. que opera como uma máquina não trivial.<sup>838</sup>

---

<sup>830</sup> SIMIONI, Rafael Lazzarotto et al. Direitos e gradualismo autopoietico: o debate entre Luhmann e Teubner a respeito da autopoiese jurídica como um processo gradativo. In: **Argumenta Journal Law**, n. 24, p. 281-300, jul. 2016. Jacarezinho: UENP, 2016, p. 288. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/758>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i24.758>.

<sup>831</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 149, tradução nossa.

<sup>832</sup> *Ibid.*, p. 502-503.

<sup>833</sup> *Ibid.*, p. 240.

<sup>834</sup> *Ibid.*, p. 242-243.

<sup>835</sup> *Ibid.*, p. 246-252.

<sup>836</sup> *Ibid.*, p. 153, tradução nossa.

<sup>837</sup> *Ibid.*, p. 153.

<sup>838</sup> *Ibid.*, p. 254-255, tradução nossa.

Estabelecendo as condições pelas quais algo é ou não conforme o direito, a programação condicional alimenta a decisão (presente) de fatos (passados), de modo que, com o passar do tempo (o operar do sistema), a cada nova decisão o sistema é retroalimentado, ou seja, alimentado inclusive pelas próprias decisões passadas<sup>839</sup>. Os programas condicionais não se confundem com os programas finalísticos, que, orientados a fins, condicionariam a conformidade (ou não) com o direito a um evento futuro e, por isso, incerto – o que é incompatível com o sistema jurídico: tanto porque “ao invés da generalização de normas, produzir-se-ia então uma generalização da frustração”<sup>840</sup> como porque “no possível, o direito deve ser previsível ou, ao menos, um instrumento cujos efeitos podem ser calculados”<sup>841</sup>. Não obstante, nada impede que os programas finalísticos de outros sistemas façam remissão ao direito, como programas orientados a fins políticos em referência ao direito constitucional<sup>842</sup>.

Nesse contexto, Zapater questiona se o modelo de sociedade funcionalmente diferenciada se aplicaria no caso brasileiro, que, diferente do Europeu, não foi marcado historicamente “pela estratificação, mas pelo patriarcalismo e uma religiosidade difusa” – ao que recorda que, na falta de autonomia do código do direito diante de outros (como da política e da economia), Marcelo Neves já afirmou que a “alopoiese do sistema jurídico é um problema fundamentalmente da modernidade periférica”<sup>843</sup>. Em sentido oposto, porém, Zapater adere a autores como Celso Fernandes Campilongo e Orlando Villas Bôas Filho:

[...]. O direito brasileiro, como em outros países, encontra resistência para manutenção da sua autonomia e, frequentemente, vê seu código corrompido ou sendo sobreposto por outro, mas continua a ser um direito de uma sociedade moderna e que, no seu todo, é ainda autônomo e autopoietico. Como coloca Villas Bôas Filho, o desafio é fazer as devidas mediações para aplicar o modelo autopoietico ao direito brasileiro, superando concepções ‘universalistas e homogeneizantes’ de modernidade, como se apenas determinados modelos de modernidade (dos países centrais) pudessem ser considerados modernos.<sup>844</sup>

Conforme já afirmado, a teoria dos sistemas sociais de Luhmann é uma teoria que se aplica a si mesma. Ou seja, é uma teoria que se permite auto-observar. O fato de permitir a observação de uma evolução social e uma memória sistêmica não significa que os sistemas

<sup>839</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 256.

<sup>840</sup> Id., *Sociologia do direito II* [...], op. cit., p. 82.

<sup>841</sup> Id., *El derecho* [...], op. cit., p. 72, tradução nossa.

<sup>842</sup> Ibid., p. 262.

<sup>843</sup> NEVES, apud ZAPATER, op. cit., p. 207-208. Sem prejuízo de ser analiticamente frutífera a distinção entre modernidades centrais e periféricas desenvolvida por Marcelo Neves (a exemplo, ver: NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas*. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008, p. 226 et. seq.), entende-se que o referencial luhmanniano é suficiente à construção da presente proposta teórica. Dessa aderência tem-se por natural que posições derivadas, críticas ou complementares à teoria luhmanniana (referencial) encontrem semelhantes repercussões em face deste estudo.

<sup>844</sup> Ibid., p. 207-209.

sociais do passado ou periféricos não eram também autopoieticos e assim evoluíram. Por óbvio, se observa de modo geral uma diferenciação funcional muito maior nos sistemas sociais de sociedades dos ditos países economicamente centrais, o que, porém, não parece interferir necessariamente<sup>845</sup> na condição de autopoiese. Com efeito, o fato de determinadas sociedades, e.g., fundirem suas relações jurídicas com suas relações religiosas pode significar (a partir da observação feita pelos sistemas sociais economicamente centrais) que aqueles sistemas sociais possuem baixa<sup>846</sup> distinção funcional; contudo, isso não torna aqueles sistemas (que fundem direito e religião sob um, outro ou um terceiro código) menos autopoieticos em si – e, *prima facie*, nem piores, nem indesejáveis e nem mesmo necessariamente disfuncionais (já que a teoria luhmanniana não é valorativa nem normativa).

De modo geral no Brasil a sociedade diferencia funcionalmente um sistema de direito dos demais sistemas sociais (política, economia, religião, artes etc.), cabendo, porém, sim, questionar até qual liminar essa sociedade percebe (indica e distingue) a corrupção sistêmica.

Note-se que o Direito possui em si representações de outros sistemas, tanto que se que lhe permite versar juridicamente sobre eles através de normas, e.g., de direito econômico, de direito eleitoral, sobre a liberdade de expressão e direitos autorais. O Direito observa esses sistemas em função de si, assim como esses sistemas observam o Direito sempre a partir e em função de seus próprios códigos. A exemplo, o Direito observa a economia para garantir a propriedade dos frutos civis e para prestar justiça social ao definir diferentes alíquotas de tributação; bem como observa a política para prestar e garantir participação eleitoral e preservar a representação democrática. Também a política assim faz com a economia e o direito<sup>847</sup> bem como a economia com a política e o direito, revelando a existência de verdadeiros acoplamentos estruturais, assim entendidos como meios comuns que “restringem o campo de possíveis estruturas com as quais um sistema pode executar sua autopoiese”<sup>848</sup>. A propósito, resumindo a lição de Luhmann<sup>849</sup>, Mansilla exemplifica:

---

<sup>845</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 549.

<sup>846</sup> Afirma Luhmann: “Nunca existiu uma sociedade sem direito” (Ibid., p. 661, tradução nossa)

<sup>847</sup> Nesse sentido: “Visto da perspectiva do sistema jurídico, a fórmula Estado de Direito é uma tautologia grandiosa: ‘The law and the rule cover the same ground’ [...]. Mesmo que se trate de uma tautologia ‘obcecada’ que se volta contra as intromissões da política, o direito é, visto a partir do sistema político, um instrumento que possibilita a realização de fins políticos”. (Ibid., p. 491, tradução nossa).

<sup>848</sup> Id., *La Sociedad (...)*, op. cit., p. 72. Ou, ainda, em excelente explicação de Simioni, acoplamento: “É um meio através do qual dois ou mais sistemas compartilham elementos de sentido, influenciando-se reciprocamente. Mas através do compartilhamento, não se compartilha o sentido dos elementos. Compartilham-se apenas os elementos, cujo sentido é sempre uma reconstrução interna própria de cada sistema”. Lembra, ademais, que esses acoplamentos podem ser classificados em acoplamentos estruturais (quando compartilhadas estruturas – e.g. Constituição) e acoplamentos operacionais (quando compartilhadas operações, portanto, de duração momentânea – e.g. audiências e consultas públicas em processos judiciais). (SIMIONI, op. cit., p. 674-675). Nesse âmbito, anote-se que Vaz e Flores sugerem o Tribunal do Júri e o julgamento do impeachment como

- a) O acoplamento estrutural entre Direito e Política é regulada por meio da Constituição. A constituição, de uma parte, ato o sistema político ao direito, com a consequência de que o comportamento contrário ao direito conduz ao fracasso político. Por outra parte, a constituição permite que o sistema político – mediante promulgação de leis – inunde com novidades o sistema de direito. Apesar deste acoplamento estrutural, as operações recursivas internas de cada sistema se mantêm separadas: o significado político de uma lei é distinto de sua validade jurídica.
- b) O Direito se acopla estruturalmente à Economia mediante a propriedade e o contrato. Em sua qualidade jurídica, estas instituições oferecerem importantes fundamentos para direitos e obrigações. Para o subsistema econômico, ambas as instituições constroem o próprio código do sistema ter/não-ter e constituem, ademais, o pressuposto para as operações do sistema: os pagamentos no contexto das transações econômicas.<sup>850</sup>

Tais acoplamentos se dão, porém, sempre conforme o código de cada sistema observador, sob pena de corrupção sistêmica<sup>851</sup>.

Também aqui tem validade a regra geral: o sistema jurídico, conquanto se encontre submetido de maneira irrestrita às pressões de seu entorno social, é incapaz de concentrar-se em determinadas perturbações. Toda pressão imaginável deforma o direito, seja a que ignore ou se esquiva do direito vigente; seja a que em certos casos faça com que o sistema declare como discrepante o que é conforme o direito, ou como conforme o que é discrepante. Sem acoplamentos estruturais na relação dos subsistemas sociais entre si, o direito – no sentido do uso moderno da palavra – permanece como algo corrompido.<sup>852</sup>

Embora seu sentido seja evidentemente pejorativo, Luhmann propõe ver a questão para além do seu combate, propondo sua realocação por meio de acoplamentos estruturais que promovam a redução de sua complexidade e o aumento das influências do ambiente no sistema de direito<sup>853</sup>. Ou seja, medidas de realocação comunicativa que melhorem a comunicação do direito com a sociedade por via de acoplamentos com os demais sistemas sociais para tornar ruído disfuncional em informação funcional – o que, obviamente, pressupõe a suficiente eficácia, eficiência e efetividade de tais meios.

Nesse sentido, Luhmann apresenta a próprias Constituição como um acoplamento estrutural que permite com “que o direito positivo se converta em um meio de conformação

formas de acoplamento estrutural (VAZ, Paulo Afonso Brum; FLORES, Vinicius Letti. O impeachment e o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista Direitos Fundamentais & Democracia**. v.21, n. 21, dez. 2016, edição temática: impeachment, p.106-135. Curitiba: Unibrazil, 2016).

<sup>849</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 473-566. Ver também: Id., *La Sociedad (...)*, op. cit., p. 615-625.

<sup>850</sup> Id., *El derecho [...]*, op. cit., p. 51, tradução nossa.

<sup>851</sup> Embora nem sempre o que se denomina de corrupção sistêmica seja tipificada, entende-se que a violação de cada código pode, sim, ser captada por situações descritas para além da própria noção genérica de atos de corrupção. Nesse sentido, Luhmann até avança sobre noções de terror político, corrupção política e utilização de posições jurídicas na economia para a obtenção de poder político (Ibid., p.540-541, tradução nossa), o que permite, no Brasil, avançar para conceitos mais específicos como prevaricação, peculato, corrupção ativa e passiva, abuso do poder econômico, traição política, infidelidade partidária, lobby (legal ou ilegal), improbidade administrativa, escândalo político, etc. Assim como os acoplamentos, a corrupção sistêmica pode ser classificada como estrutural ou operacional ao envolver estruturas ou operações.

<sup>852</sup> Ibid., p. 513, tradução nossa.

<sup>853</sup> Ibid., p. 513.

política assim como o direito constitucional se reverta em um instrumento jurídico para a implantação de uma disciplina política”, permitindo, assim, em ambos os lados, a “realização de graus de liberdades superiores assim como uma notável aceleração da dinâmica própria de cada um desses sistemas”<sup>854</sup>. Antes disso, porém, Luhmann reafirma e explica a autonomia dos sistemas jurídico e político, apesar do ocultamento que historicamente se fez pelas formas aparentemente unitárias de soberania e de Estado de Direito:

[...]. O conceito de soberania – ou de poder soberano – encobria um jogo de dois conceitos muito diferentes de poder político: a noção de capacidade generalizada de garantir a obediência das ordens, e a noção de força de lei, que fazia reconhecer que o poder se apresentava e se impunha conforme o direito; ou seja, de forma já previamente especificada. [...]. Por ele, a soberania significava, desde a segunda metade do século XVI fundamentalmente: controle político centralizado da jurisdição, anulando as jurisdições feudais, eclesiásticas e corporativas, que se justificavam a partir de direitos próprios. Soberania significou registro e unificação dos direitos regionais, mediante o uso da imprensa. [...]. Soberania significou crescente atividade legislativa. Por isso se pode falar, segundo uma feliz formulação de Fritz Neumann, de ‘um conceito político de lei’, e ver nele uma categoria de transição entre a razão política e a validade jurídica. [...].<sup>855</sup>

Através do direito natural política e direito reuniram-se sob a arbitrariedade do soberano, segundo suspeita Luhmann, na busca pela paz hobbesiana. Num contexto em que direito, moral e religião não se separavam totalmente, essa *autorictas*, fundada/justificada sobre si mesma, permitiu o surgimento do direito de resistência: “de que outro modo o direito poderia se ocupar da arbitrariedade das pretensões conflitantes se não com sua própria atividade baseada em uma validade politicamente garantida?”<sup>856</sup>.

Essa fusão, ademais, atendia aos interesses políticos, que, no entanto, passaram a ser contestados em razão estado de exceção que importava a suspensão do direito em face da própria “pessoa” do soberano, importando, posteriormente, no advento das cartas de direitos civis na *Common Law* – “e isto não se trata de outra coisa senão da clausura operativa dos sistemas funcionais”<sup>857</sup>. Assim, pela formulação de *Estado de Direito*, o Estado se mostrava, “simultaneamente, uma instituição jurídica e uma instância de responsabilidade política que olhava pelo direito: pela imposição e pelo consequente desenvolvimento jurídico; pela adaptação às cambiantes circunstâncias sociais e aos fins políticos realizáveis”<sup>858</sup>.

Embora seja compreensível a confusão que gere, direito e política não são um sistema único, podendo o sistema jurídico prescindir do soberano e também da forma *Estado de*

<sup>854</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 540, tradução nossa.

<sup>855</sup> *Ibid.*, p. 476-477, tradução nossa.

<sup>856</sup> *Ibid.*, p. 477-478.

<sup>857</sup> *Ibid.*, p. 478-481, tradução nossa.

<sup>858</sup> *Ibid.*, p. 481, tradução nossa.

*Direito* para resolver seus paradoxos – por exemplo, por meio de procedimentos<sup>859</sup>. Nesse contexto, se de um lado “o direito tem de decidir sobre as demandas que lhe são dirigidas”, de outro, “o sistema político permite que o paradoxo de seu código culmine na fórmula da soberania”, podendo inclusive decidir se decide ou não. Porém, “na concepção da soberania do povo, o paradoxo implica que o soberano definitivamente não pode decidir” visto que tanto a questão sobre se decide e quanto a questão acerca de como decide convertem-se em uma questão política. Nesse sentido, resta “óbvio que no sistema jurídico não há nenhum equivalente funcional para a codificação democrática do poder: o esquema governo/oposição”, que se converte na forma (o código) do sistema político. Assim, “a separação de ambos os sistemas funcionais se mostra, em particular, em sua diferente codificação”<sup>860</sup>. Disso, conclui:

Em resumo: a fórmula Estado de Direito expressa uma relação parasitária entre política e direito. O sistema político se beneficia do fato de que em outra parte (no direito) se encontra codificada e administrada a diferença entre os que é conforme o direito e o discrepante. Ao inverso, o sistema jurídico se beneficia com o fato de que a paz – a diferença de poderes claramente estabelecida e o fato de as decisões poderem ser impostas pela força – está assegurada em outra parte: no sistema político<sup>861</sup>. O termo ‘parasitário não expressa outra coisa aqui do que a possibilidade de crescer graças a uma diferença externa.’<sup>862</sup>

Com isso, sobre a afirmação do marco constitucional enquanto forma de acoplamento estrutural, Luhmann explica o próprio advento da democracia como forma estrutural escolhida para redução da complexidade daí resultante:

---

<sup>859</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 484. Ou seja, a legitimação pelo procedimento é uma possibilidade, mas o sistema de direito em si não depende de legitimação alguma – daí porque a crítica de Bercovici no sentido de que Luhmann conceberia uma constituição sem política não parece adequada. Deve-se aí observar o observador, e o direito não observa nada além do seu próprio código. (BERCOVICI, Gilberto. *Constituição e política: uma relação difícil*. In: *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, n. 61, 2004, p. 5-24. São Paulo: CEDEC, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>).

<sup>860</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 481-488, tradução nossa.

<sup>861</sup> A propósito da administração pública, vale anotar que Luhmann escapa ao modelo de tripartição de poderes registrando que, “aquilo que da perspectiva jurídica surge como aplicação da lei, a administração pública pratica como comportamento orientado à resolução de problemas”, desenvolvendo critérios (políticos) próprios de êxito ou fracasso: “Diante deste estado de coisa, seria equivocado considerar que o fundamental da administração pública consiste na aplicação das leis. [...]. A obrigação de observar a lei por parte da administração pública, lograda no século XIX, continua incontestada. Mas essa obrigação só oferece a possibilidade de que se recorra ao direito em caso de surgirem dificuldades. E mesmo análises atuais, que investigam a ‘implementação’ de programas aprovados juridicamente [...] frequentemente partem do preconceito de que as deveriam ser postas ‘em prática’. O governo estatal e a administração são, não obstante, de acima a baixo, uma organização do sistema político. Esse sistema realiza política e não direito – ainda que com a ressalva de que em qualquer momento possa surgir a pergunta se isso ocorre legal ou ilegalmente. Mas, com esta pergunta, a comunicação muda o seu sistema de referência”. (Ibid., p. 496-497, tradução nossa)

<sup>862</sup> Ibid., p. 493, tradução nossa. O termo parasitário extraído da versão em espanhol é criticável uma vez que se ambos os sistemas envolvidos se beneficiam há uma simbiose de tipo mutualista, e não parasitária.

[...]. As Constituições existem como conquistas reais – em oposição ao mero texto – quando se consegue limitar a influência recíproca entre direito e política mediante os canais previstos na Constituição do Estado e quando se consegue elevar as possibilidades no marco desses acoplamentos. [...]. Através das Constituições se alcança, então, devido à limitação das zonas de contato de ambas as partes, um imenso incremento de recíproca irritabilidade – maiores possibilidades por parte do sistema jurídico de registrar decisões políticas na forma jurídica, bem como, da mesma forma, maiores possibilidades de parte da política de servir-se do direito para colocar em prática seus objetivos. O problema é, então, para ambos os lados, a determinação de quais são as formas estruturais com as quais há de se superar um incremento tão drástico de variedade. Assim, praticamente, podemos falar que a democracia é uma consequência da transformação do direito em algo positivo e das possibilidades concomitantes de modificá-lo a cada momento.<sup>863</sup>

Com essa perspectiva luhmanniana pode-se localizar claramente não só a autorrevisibilidade legislativa<sup>864</sup> mas também a razão pela qual os direitos fundamentais são apontados como trunfos contra a maioria e, não obstante, o próprio princípio democrático como instrumento ambíguo, que é exigível juridicamente ao mesmo tempo que limita fortemente a própria atuação do sistema jurídico em face do sistema político. A Constituição, enquanto acoplamento estrutural entre direito e política, se fecha sobre si mesma incrementando a complexidade e funcionalizando as mútuas irritações ao mesmo tempo que reduz a complexidade em relação ao meio de sentido.

Do ponto de vista jurídico, uma Constituição com este significado só pode ser um texto autológico, ou seja, um texto que se prevê a si mesmo como parte do direito. Isso ocorre, por exemplo, na forma de uma regra de colisão, sobretudo porque a Constituição excetua-se a si mesma da regra de que o direito novo viola o direito antigo e porque também a Constituição regula seu próprio caráter do modificável/imodificável; porque, ademais, a Constituição regula se alguém pode ser controlado (e por quem), se o direito corresponde a ela ou a viola; e, finalmente, porque a Constituição contém a proclamação da Constituição e exterioriza isso simbolicamente apelando à vontade divina ou à vontade do povo. As circunstâncias históricas e as intenções do constituinte não reingressam na Constituição e, se o fazem, o fazem como regras de interpretação.<sup>865</sup>

Portanto, dispensando apelos ao natural, ao divino, etc. “a Constituição expressa que é no sistema jurídico mesmo em que se deve responder todo o direito”, galgando o próprio direito constitucional o mesmo tipo de autonomia:

<sup>863</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 540-541, tradução nossa.

<sup>864</sup> Sobre o ponto, ademais, o autor esclarece: “[...]. A promulgação de uma lei (isto é: a reação do sistema jurídico na direção desejada pela política) é um símbolo de êxito político: o trunfo do grupo que nesse momento está no poder. O sistema jurídico opõe escassa resistência diante das novas leis, porque ali não se trata de processar experiências próprias, ou de transformação do direito acreditado, mas de um novo direito. O mecanismo de aceleração da legislação (e, sempre, se as leis serão utilizadas ou não) depende de que não se sabe, e não se pode saber, do que se sucederá com a lei na prática do direito. O legislador tem suas próprias ideias sobre os possíveis ‘efeitos’ da lei; porém, são ideias, não informações. Aqui vale a premissa essencial de todas as acelerações: a de que o futuro não pode ser conhecido.” (Ibid., p. 493-494, tradução nossa)

<sup>865</sup> Ibid., p. 542-543, tradução nossa.

[...] não tem que se fundar senão em si mesmo e incorpora contrapincípios no próprio direito constitucional – por exemplo, o caráter não modificável de um direito que, no entanto, é modificável; ou ainda intervenções diretas em ‘valores’ ou princípios ‘morais’ que, em geral, ao direito só são permitidas no contexto das normas jurídicas válidas e com sua autorização. O conceito inconstitucional aparece já no século XVIII. Mas, tão logo a Constituição se afirma, passa-se a distinguir o constitucional/inconstitucional do legal/ilegal. [...]. O direito possui agora, portanto, um mecanismo garantido pela autoisenção para declarar-se a si mesmo juridicamente improcedente. [...].<sup>866</sup>

Luhmann afirma que, embora as decisões acerca da inconstitucionalidade de leis não reclamem “para si a direção do Estado nem o poder de legislar, porque se mantêm no marco específico de sua função especificamente jurídica”, o “desconhecimento do seu conteúdo jurídico específico” acabou por facilitar historicamente essa conquista, pois, passando a ser tratado como assunto político, de arbitrariedade soberana, essa transposição permitiu tempo (e tempo é um fator crítico) para que a revolução lógica do sistema jurídico e o ajuste de sua clausura autorreferencial desenvolvesse discretamente instrumentos aptos a lidar com essa situação<sup>867</sup>.

[...] toda posição suprema – a de Deus tal como a do Estado soberano – depende de uma *regra não formulável*. [...]. Mas isso não significa de forma alguma – como se pensava na época do Estado absoluto – que qualquer situação se possa decidir de maneira arbitrária. É essa interpretação da soberania como arbitrariedade que se abandona no moderno estado constitucional e que se converte em uma repartição de posições com diversas identidades. Em primeira instância, isso ocorre devido ao princípio da separação de poderes, mesmo que, de fato, devido à diferenciação entre os sistemas jurídico e político – cada um dos quais se ocupando dos paradoxos de maneira diversa.

Aqui, assim como na lógica, é necessário abandonar a forma fixa de uma diferenciação hierárquica [acima/abaixo] de planos. Esta não pode ser substituída senão imprimindo à diferença interna/externa um caráter ambíguo. A Constituição culmina em pontos nos quais não se pode dizer se ela deve sua validade ao sistema ou ao seu entorno. Mas isso é e seguirá sendo uma ambiguidade interna do ponto de vista do sistema, uma ambiguidade que adquire um caráter diverso no sistema jurídico e no sistema político, conforme o modo em que os sistemas normalizam este ponto de acesso às irritações. Vistas as coisas da perspectiva sociológica, com isso se estabelece um mecanismo de acoplamento estrutural que resulta acessível aos sistemas participantes unicamente pela correspondente interpretação interna de cada sistema. [...]. Com isso, a totalidade dos ‘princípios’ se convertem em algo que depende do sistema, ou seja, em algo contingente. Sua formulação última deve, então, ser realocada pela regra de informabilidade da regra<sup>868</sup>, que constitui a unidade do sistema.<sup>869</sup>

<sup>866</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 544-545, tradução nossa.

<sup>867</sup> Ibid., p. 545-546, tradução nossa.

<sup>868</sup> Em *A República*, de Platão (428 a.C. – 347 a.C.), Sócrates propõe que os guardiões da cidade (ou seja, seus governantes) devem para tanto provar-se “bons guardiões de si mesmos” (PLATÃO. *A República*. 413 a-e. São Paulo: Martin Claret, 2001, p.108). Isso leva a um ponto fulcral e que encontra sua mais perfeita síntese nos versos do poeta satírico Juvenal: *quis custodiet ipsos custodes?* (JUVENAL. *Sátira IV*. The Latin Library: [S.d.:s.l.], versos 346-348. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/juvenal/6.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2020). O *le pouvoir qui arrête le pouvoir*, célebre formulação do barão de Montesquieu acerca da separação de poderes e depois melhor desenvolvido para a metáfora mecanicista dos freios (jurídicos) e contrapesos (políticos), em verdade remonta a Políbio (203 a.C. – 120 a.C.) na sua leitura sobre o governo de Licurgo, de Esparta (século VIII a. C). Na sua relatada origem com Licurgo, o governo misto previa um contrapeso entre

diferentes instâncias de decisão, um rei, um senado e uma assembleia, criando uma situação tensional cuja solução só seria obtida por meio de (algum) consenso. Políbio se utiliza da figura da galé com remadores em ambos os lados, criando um equilíbrio tensional que impulsiona a embarcação para frente (CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da Jurisdição Constitucional e Separação de Poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 101, v. 916, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 249-263, passim) – e não em círculos, situação que decorreria de remadores disposto em apenas um dos lados da nave. Na Constituição de Licurgo, conforme relata Plutarco (46 d.C – 120 d.C.) (PLUTARCH. Lycurgus. **Lives**. The Internet classic archive: [S.d.:s.l.]. Disponível em: <http://classics.mit.edu/Plutarch/lycurgus.html>. Acesso em 20 fev. 2020), o senado servia como um *lastro de barco* nas disputas políticas entre o rei e a assembleia popular, criando equilíbrio. A certo modo, pelos dois corpos do rei de Kantorowicz (KANTOROWICZ, Ernst. H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998) – ou as duas vidas num só corpo, na crítica de Agamben (AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer I**: o pode soberano e a vida nua. Tradução de Henrique Burigo, 2. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2007, p.107.) –, há também uma limitação (controle) entre *corpus físico* e *corpus politicum* (enquanto *corpus mysticum* secularizado) internamente a um mesmo indivíduo, dito em si soberano. Dizem os ingleses: “O rei está morto! Vida longa ao rei!”. O soberano não existe senão como poder decisório de fato e é isso que o torna invencível: ele jamais será um não-poder, ele jamais será uma não-decisão. A vontade do soberano (assim como a de Deus) sempre prevalece, pois seus desígnios são misteriosos – ele age mesmo quando não age. É importante notar que, quando Sócrates propõe que os guardiões da cidade devem antes provar-se “bons guardiões de si mesmos”, não fica claro se devem ser bons guardiões uns dos outros ou bons guardiões de sua própria conduta. Na primeira hipótese incide-se na recursividade infinita do heterocontrole; na última, abre-se o campo do autocontrole. Porém, houvesse um vigia perfeito, não precisaria ser vigiado. É pressuposta da necessidade de se ter um segundo vigia a imperfeição do primeiro vigia e de todos os demais vigias que infinitamente se seguem. O prudente Ulisses, da homérica Odisséia, antes de navegar por águas infestadas por sereias, orienta a rota e os procedimentos a serem seguidos bem como determina que fosse ele amarrado ao mastro e que os marujos, por tal período de irracional paixão, não lhe dessem ouvidos, inclusive colocando cera neles. John Elster, em Ulisses Liberto, retoma a metáfora já antes utilizada em Ulisses and the Sirens para investigar a extensão analógica de dispositivos de auto-restrição individual para dispositivos de auto-restrição coletiva, notadamente por via de pré-compromissos encerrados na Constituição (ELSTER, op. cit., p.124). Enquanto acoplamento estrutural, a Constituição em Luhmann encerra o mesmo ciclo das duas formas da ambiguidade socrática: o vigia segundo que vigia as imperfeições o vigia primeiro e vice versa, os sistemas simbióticos de direito e de política; e o vigia que exerce autocontrole, representada pela constituição enclausurada sobre si mesma bem como os sistemas em seu código. Seja um modelo quântico, um transtorno dissociativo de personalidade, um quimerismo ou xipofagia, parece funcionar. Em termos de geometria fractal, é como passar do Floco de Neve de Koch para um Triângulo de Sierpinski (CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eicheberg. 1. ed. 15. reimp. São Paulo: Cultrix, 2006, p. 120). Com essa analogia vê-se que, assim como ambos evoluem para o infinito, interna ou externamente, também a questão de quem vigia o vigia pode ser operado externa ou internamente sem solução da continuidade. A autossimilaridade desses fractais equivale à redundância lógica da fórmula de vigilância eventualmente adotada ao passo que regra de competência proceduralizada torna dispensável a redução a qualquer corporeidade humana. Mas, na linha da gödelização luhmanniana, o sistema ou é consistente e incompleto ou completo mas inconsistente. Fosse dispensável a consistência, dispensável seria também qualquer sistema de controle de contradições, qualquer vigia. E a completude é ou não um fato, que não precisa, portanto, ser vigiado. Assim, no limite, o sistema carecerá de ser em algum momento concreta e especificamente completado mediante uma operação que, por definição, depende de fator exterior ao próprio sistema – mesmo no caso do acoplamento estrutural representado pela Constituição. Para solucionar isso Luhmann usa de suplementos argumentativos, valores provisórios exteriores ao sistema, representados pela alegoria matemática do décimo segundo camelo ou da regra de informulabilidade. Portanto, Luhmann parece ter escondido tanto a norma hipotética fundamental de Kelsen quanto o soberano Schmitt nas corcovas do décimo segundo camelo (daí porque a publicação póstuma?). Isso fica mais nítido quando Agamben enuncia seu paradoxo da soberania: “1.1 O paradoxo da soberania se enuncia: ‘o soberano está, ao mesmo tempo, dentro e fora do ordenamento jurídico’. O soberano é, de fato, aquele no qual o ordenamento jurídico reconhece o poder de proclamar o estado de exceção e de suspender, deste modo, a validade do ordenamento, então ‘ele permanece fora do ordenamento jurídico e, todavia, pertence a este, porque cabe a ele decidir se a constituição *in totum* possa ser suspensa’ (Schmitt, 1922, p.34). A especificação ‘ao mesmo tempo’ não é trivial: o soberano, tendo o poder legal de suspender a validade da lei, coloca-se legalmente fora da lei. Isto significa que o paradoxo pode ser formulado também deste modo: ‘a lei está fora dela mesma’, ou então: ‘eu, o soberano, que estou fora da lei, declaro que não há um fora da lei’”. (AGAMBEN, **Homo Sacer I** [...], op. cit., p. 23). Alternativamente à ideia de poder soberano, pode-se entender que o uso de suplementos na decisão está conforme o direito e, com seu trânsito, restará acobertada pela própria força do Estado de Direito e sua

É somente sob o pressuposto da diferenciação funcional e da clausura operativa que esse desconhecimento tornou possível a evolução<sup>870</sup>. Como resultado, aponta, a formação das formas tradicionais do exame de consistência baseadas em decisões casuísticas dos tribunais e no persistente desenvolvimento da dogmática jurídica – o que se revela a partir do recurso a valores e princípios fundamentais:

[...] A ordem aparentemente fixa dos princípios jurídicos é orientada por uma jurisdição que se opõe fluída e sempre provisória; isto é, o relativamente estável é orientado pelo que é, por princípio, instável. [...] isso significa que a variedade do sistema aumenta e que a conservação da redundância se converte em um problema. Para isso devem ser ensaiadas novas formas – a exemplo, como as cláusulas de ponderação.<sup>871</sup>

Com as decisões mais frequentes acerca do sentido e da função dos direitos fundamentais no contexto do Estado de Bem-Estar, exsurge como um programa geral de valores que passam a se apresentar como diretrizes políticas:

[...]. Ao informar como devem ser decididos tais conflitos, o controle de constitucionalidade intervém cada vez mais na política, determinando, por exemplo, gastos onde o arrocho seria mais conveniente. [...] Com tudo isso se perde de vista a função original da Constituição: limitar a política. Certamente fica claro que o Estado de Bem-Estar é um participante político por conta própria, mas não se extrai daí a consequência de que a função correspondente à Constituição atuaria em *sentido oposto* a tais tendências. [...].<sup>872</sup>

A propósito dos juízos de valor no direito, Luhmann expõe:

[...]. [...] o comum é que um juízo de valor geralmente aceito se estenda aos valores particulares e que se anule o conflito de valores. Mas são precisamente dos juízos de valor que se ocupa predominantemente o direito. Portanto, a autonomia do direito surge [...] precisamente porque diante do conflito se apresenta a *quaestio juris*, que restabelece o esforço que já não tem a esperança de mediar ou de produzir um consenso social de valor. O aparato conceitual e organizativo desenvolvido ao se considerar a tarefa de acionar de modo consistente a alavanca da *quaestio juris* e de proceder com a maior consistência possível conduz à diferenciação do sistema jurídico. Ademais, os valores distintivos do sistema jurídico só podem ser

---

constituição. Isso, porém, só o sistema omniembrador da sociedade parece poder de fato revelar – nela está o soberano, o ponto cego, a decisão última – que é sempre, pois, a penúltima. Assim, também, uma vez colocados a par da falta de razão latente à racionalidade dos sistemas sociais e científicos de que, como um furacão (ou uma onda) a sociedade pode ser varrida por comunicações cujas circunstâncias são alheias a dados concretos da realidade, tem-se reforçada a impressão de que a banalização do mal e os impulsos totalitários estarão sempre à espreita da sociedade. Com isso, negar essa outra faceta humana em meio ao “cortejo triunfal” do humanismo no século XX não parece ser a conduta mais sensata.

<sup>869</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 547-548, tradução nossa.

<sup>870</sup> Ibid., p. 549.

<sup>871</sup> Ibid., p. 550, tradução nossa.

<sup>872</sup> Luhmann, daí prossegue afirmando que uma adaptação constitucional aos contornos de um Estado de Bem Estar social apontariam para a garantia de um banco central independente e à imposição de estritos limites ao endividamento estatal. Suas opiniões sobre o ponto devem ser vistas, obviamente, à luz do contexto alemão de 1993. (Ibid., p. 551-552, tradução nossa)

alcançados mediante acoplamentos estruturais. Em outras palavras: o sistema só pode ser irritado exclusivamente em seus valores próprios.<sup>873</sup>

Na sequência, Luhmann admite que, não podendo o sistema jurídico se isolar juízos sociais de valor aceitos generalizadamente, sua mediação se dá por irritações recíprocas entre os sistemas por acoplamentos.

Feito essa exposição, uma questão central e que imediatamente se segue consiste em saber qual o lugar da justiça na teoria de Luhmann – o que ele mesmo responde tratar-se:

[...] de uma representação do sistema no sistema, de uma representação da unidade do sistema no sistema. Enquanto no caso da ‘validade’ entende-se esta como um símbolo que circula no sistema e enlaça operações na recordação dos resultados das operações para uma reutilização recorrente, no caso da justiça se trata de uma auto-observação e a autodescrição do sistema. Enquanto no nível do código binário a auto-observação e a autodescrição derivam de um paradoxo (pois caso contrário o código teria de afirmar a identidade entre direito e não-direito), resta verificar se no plano dos programas do sistema não poderia existir uma projeção de unidade: um programa para todos os programas<sup>874</sup>. Parece evidente inferir que aqui se localiza o sentido da ideia de justiça. [...]. O sistema jurídico pretende-se justo em si mesmo, não importando os fatos. [...].<sup>875</sup>

Tal como o princípio da escassez no sistema econômico a justiça é a fórmula de contingência do sistema jurídico, conceito que, disponível apenas a um observador externo, “toma o lugar de uma grande quantidade de outros conceitos decisivos na definição de justiça: virtude, princípio, ideia, valor...” – os quais continuam a designar a justiça no interior do sistema, onde se assegura como irrefutável, se “canoniza”<sup>876</sup>.

Se por um lado a ordem positiva evoluciona, devendo uma ideia normativa manter dela certa independência se não quiser restar supérflua; de outro, a natureza não é em si justa nem injusta<sup>877</sup>. Assim, no lugar das presunções sobre a natureza, Luhmann propõe suposições sobre a autoespecificação da fórmula, que possui a forma de uma conclusão circular em referência à diferença entre indeterminabilidade e determinabilidade: “sua função consiste em exceder elas mesmas esse limite recorrendo para tanto a fatores plausíveis historicamente dados”. Ou seja, a “determinabilidade/indeterminabilidade não se refere a fatos consumados [...] mas tão só à possibilidade de trata-los de outra maneira”<sup>878</sup>.

<sup>873</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 564-565, tradução nossa.

<sup>874</sup> Acrescenta Luhmann: “nenhuma operação do sistema – e, menos ainda, nenhuma estrutura – deve ser excetuada da expectativa de ser justa; de outro modo se perderia a referência da norma à unidade do sistema” (Ibid., p. 285, tradução nossa).

<sup>875</sup> Ibid., p. 278-279, tradução nossa.

<sup>876</sup> Ibid., p.280, tradução nossa.

<sup>877</sup> A separação entre justiça e juízo moral ou ético garante a autonomia do sistema jurídico, a independência jurídica da avaliação moral do direito e também o desacordo moral na avaliação das questões jurídicas (Ibid., p. 294).

<sup>878</sup> Ibid., p. 282-283, tradução nossa.

Enquanto norma (expectativa contrafactual, e não teoria), a justiça está sujeita a desengano, de modo que podem existir sistemas mais ou menos justos não se podendo concluir que, por a operação pertencer ao sistema jurídico (ou seja, válida), ela também é justa. Para manter sua adequação ao sistema, sua função deve ser cumprida de maneira latente, manter-se como norma embora não como qualquer outro programa (critério de seleção) a fim de continuar a representar o sistema no sistema – o que significa aceita-la sem que se possa prever as decisões que dela surgirão ou os interesses que serão favorecidos<sup>879</sup>.

Em sua forma mais geral a fórmula de contingência justiça se evidencia como igualdade: “um momento formal genérico que contém todos os conceitos de justiça, mas que significam unicamente regularidade ou consistência”. Tanto pela justiça como pela igualdade não há “nenhuma afirmação em torno da essência ou da natureza do direito, nem um princípio fundador de validade jurídica, nem, finalmente, um valor que faria parecer o direito como algo digno de preferência”. Em resumo: “a fórmula de contingência é unicamente um esquema de busca de fundamentos ou de valores que não podem obter validade jurídica a não ser na forma de programas” de modo que “cada resposta deve ser encontrada pelo sistema jurídico pela mobilização de sua própria recursividade”. Contraposta formalmente à desigualdade, pela unidade de diferença igual/desigual, o sistema passa a exigir, conforme desde Aristóteles, que se trate o igual igualmente e o desigual desigualmente<sup>880</sup>.

Sujeita, porém, a adquirir características variadas conforme as circunstâncias sociais e históricas, em sociedades complexas “só se pode falar em justiça no sentido de uma complexidade adequada<sup>881</sup> à tomada de decisões consistentes”: “a complexidade interna só corresponde à exigência de justiça enquanto esta se mostre compatível com a consistência no momento da tomada de decisão”<sup>882</sup>. Mais sinteticamente: “pode-se designar a justiça como consistência da tomada de decisão”<sup>883</sup>.

Nesse contexto, uma vez que “só os tribunais tem a tarefa de supervisionar a consistência das decisões jurídicas”<sup>884</sup>, tem-se clara a posição central do órgão jurisdicional<sup>885</sup> no sistema de direito. Essa supervisão se dá na forma de observação de segunda ordem:

---

<sup>879</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 279-284, passim.

<sup>880</sup> *Ibid.*, p. 284-285, tradução nossa.

<sup>881</sup> Além de complexidade adequada, Luhmann refere a expressão “capacidade de resposta” (ou responsividade), embora para a teoria dos sistemas autopoietico “o termo preciso seria ‘irritabilidade’ (perturbability, sensibilidade, ressonância)” (*Ibid.*, 287, tradução nossa).

<sup>882</sup> *Ibid.*, p. 286-287, tradução nossa.

<sup>883</sup> *Ibid.*, p. 289, tradução nossa.

<sup>884</sup> *Ibid.*, p. 389, tradução nossa.

<sup>885</sup> *Ibid.*, p. 359-399, passim, e 428.

[...] observação de decisões jurídicas (leis, contratos, decisões judiciais) que, por sua vez, já observaram o direito. O termo técnico é: interpretação. Por certo também nas reflexões sobre a criação da lei e dos contratos a interpretação do direito vigente desempenha um papel, mas apenas para descrever os limites do espaço criativo. Os tribunais interpretam em um sentido diferente, a saber, de maneira argumentativa: para demonstrar a racionalidade de sua própria decisão. Aí a observação de segunda ordem é utilizada para examinar até onde a consistência da observação do direito obtida até o momento permite integrar novas informações ou mudanças nas preferências. E se a doutrina e investigação acadêmica se interessam pela ‘ciência do direito’, o fazem no sentido de reconstrução das decisões corretas que tomaram os tribunais. [...].<sup>886</sup>

A par dessa particular forma de interpretar, afirma Luhmann que, com o avanço de teorias e métodos de interpretação, tem-se cada vez menos a mera subsunção, enrobustecendo-se o poder da jurisdição, aspecto no qual o juiz é exigido tanto a decidir o caso posto quanto a fazê-lo de modo justo, inclusive na interpretação da lei: “a necessidade de que se decida e a liberdade que surge precisamente ao buscar razões ([sempre] questionáveis) para chegar a uma decisão, ficam restringidas pelos pontos de vista da justiça”<sup>887</sup>.

Uma vez que mais legislação importa mais competência de jurisdição, e ambos se implicam mutuamente (caso contrário não haveria que se falar em democracia), Luhmann vê entre ambas não uma relação hierárquica, mas circular. Este círculo, porém, não se fecharia caso o órgão jurisdicional pudesse simplesmente negar-se a encontrar e dizer o direito ao argumento de que o direito não está claro (*non liquet*).<sup>888</sup> O sistema de direito está obrigado a decidir, mas, para além da racionalidade empírica ou do procedimento (sequência de pequenas decisões), a decisão final em si se converte em um enigma:

A decisão está sempre relacionada a uma alternativa: um ou mais caminhos possíveis – os quais, por sua vez, contém situações, acontecimentos e subsequentes decisões que resultam dessa primeira decisão. Por conseguinte, as decisões subsequentes não se poderiam realizar sem uma primeira. Essas decisões subsequentes são previsíveis dentro de margens muito restritas, e em se tratando de uma pluralidade de decisões, em definitivo, imprevisíveis. No entanto, a decisão mesma não é um componente da alternativa: não é um dos caminhos. Por isso deve-se supor que a decisão é um terceiro excluído da alternativa da alternativa. É a diferença que constitui a alternativa, ou mais precisamente: é a unidade dessa diferença. Em suma: um paradoxo. A decisão se dá unicamente quando está pressuposto algo que é indecível (e não apenas indecível). De outro modo, a decisão já estaria decidida, e tratar-se-ia apenas de ‘conhece-la’.<sup>889</sup>

Mas mesmo esse conhecimento é uma decisão e uma decisão sempre é questionável, de modo que, mesmo quanto a jurisdição afirma-se apenas como ato de conhecimento, não se

<sup>886</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 389, tradução nossa.

<sup>887</sup> Ibid., p. 366, tradução nossa.

<sup>888</sup> Ibid., p. 369-370.

<sup>889</sup> Ibid., p. 369-370, tradução nossa.

está fugindo ao problema, mas invisibilizando e solucionando o paradoxo. E resumo: todo conflito jurídico requer uma decisão<sup>890</sup>.

Sobre a decisão em si, prossegue Luhmann afirmando que, da mesma maneira que o observador não pode ser *simultaneamente* a distinção com a qual indica o que distingue, o observador mesmo tem de ser excluído enquanto ponto cego da própria observação que faz. A simultaneidade indica o tempo presente como unidade de diferença entre passado e futuro:

[...] E por isso o presente é o ponto cego de um tempo que se extensão não é atual. Com isso é possível, então, utilizar o presente como momento de decisão<sup>891</sup>: solidificar o imutável (em relação ao passado) e o ainda mutável (com relação ao futuro) para introduzir no mundo (que é simultâneo) a forma de uma alternativa. Com relação aos horizontes de tempo (passado/futuro) é possível comportar-se de maneira seletiva, já que os horizontes não são necessariamente atuais. Com esse comportamento seletivo pode-se construir uma alternativa que, de sua parte, permite apreender a situação como situação de decisão. Uma decisão só se leva a cabo quando se temporaliza dessa maneira. No mais, resta ao livre arbítrio experimentar o presente do mundo tal como ele se mostra.<sup>892</sup>

Para Luhmann, sem restar determinada pelo passado, a decisão jurídica se lança a tentar determinar o futuro (uma orientação às consequências) – efeito que, no entanto, não se dá porque no futuro existirão mais decisões. Não obstante, vige uma ilusória impressão de que a decisão jurídica é determinada pelo passado enquanto resultado de procedimentos<sup>893</sup>. À impossibilidade de determinar o futuro e à impossibilidade de decisão paradoxalmente impõe-se ao sistema de direito a impossibilidade de se negar a decidir:

É possível que nisto [paradoxo] resida a razão do porque a unidade do sistema de direito só pode pôr-se em operação mediante distinções. E que distinções como as de direito/não-direito, normas/fatos, validade (qua decisão)/razões (qua argumentação) não podem se reduzir a um princípio, uma origem, uma razão. A respeito das consequências, isso também quer dizer que o sistema somente com esse modo misterioso de decisão pode dispor do símbolo de validade. Ademais, mesmo que se possa dispensar-se muitas decisões, deve-se ter preparada a possibilidade de obrigar-

<sup>890</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 370.

<sup>891</sup> Agamben, baseado em Teses sobre o conceito de história de Walter Benjamin, resgata a noção de tempo messiânico (*kayrós*), o tempo que resta, o tempo da decisão, o tempo que dura até acabar e tornar-se passado, o tempo que cada operação leva para efetuar-se: “[...]. Podemos, então, propor uma primeira definição do tempo messiânico: ele é o tempo que o tempo leva para acabar – ou, mais exatamente, o tempo que empregamos para fazer acabar, para concluir nossa representação do tempo. [...] é [...] o tempo operativo que urge no tempo cronológico e o trabalha e transforma a partir do interior, tempo do qual precisamos para fazer findar o tempo – nesse sentido: tempo que nos resta. Enquanto a nossa representação do tempo cronológico, como tempo no qual estamos, nos separa de nós mesmos, transformando-nos, por assim, dizer, em espectadores impotentes de nós mesmos – espectadores que olham sem tempo o tempo que escapa, o seu incessante faltar a si mesmo –, o tempo messiânico, como tempo operativo, no qual apreendemos e realizamos a nossa apresentação do tempo, é o tempo que nós mesmos somos – e, por isso, o único tempo real, o único tempo que temos.” (AGAMBEN, Giorgio. **O tempo que resta**: um comentário à Carta aos Romanos. Tradução de Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. 1.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016, p. 85-86). A propósito, anote-se: GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Agamben**: por uma ética da vergonha e do resto. São Paulo: n-1, 2018.

<sup>892</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 369-370, tradução nossa.

<sup>893</sup> *Ibid.*, p. 371.

se a si mesmo a decidir no caso em que não se possa encontrar outra forma de resolver o paradoxo conforme-o-direito/não-conforme-o-direito.<sup>894</sup>

Diante da complexidade do mundo e da limitada condição humana, Luhmann afirma restar excluído desde Kant a exigência de trabalhar os problemas de maneira lógica ou estritamente teórica:

[...] deve-se suspender a (em si) eterna interpretação do mundo ou dos textos. Mesmo diante da possibilidade de atuar contra a própria convicção, deve-se comportar-se como se existisse algo em que se possa confiar ou, em todo caso, justifique o início da ação. Sobre esse pano de fundo de descrição do mundo em direção ao pragmatismo, a fórmula particular de proibir a denegação de justiça não requer argumentos mais profundos. Mais ainda: isso concorda perfeitamente com o positivismo jurídico emergente. Se a coação para que se atue [decisivamente] obriga a abreviar a busca por conhecimentos para que uma decisão seja [reputada] válida, então já não se pode exigir a constância temporal e haverá de manter-se aberta às dúvidas que surjam, a melhores conhecimentos e à mudança das regras.<sup>895</sup>

Desse problema da denegação de jurisdição foram desenvolvidos (à falta de um juízo divino) os princípios e demais técnicas para *hard cases*, onde a própria decisão do caso se afirma como programa de decisão a outros casos enquanto *ratio decidendi* de precedentes. A esta altura, Luhmann a firma que “por mais questionável que tenha sido e continue a ser a decisão, a força do direito exonera-a de um questionamento contínuo”<sup>896</sup>. Assim, é na jurisdição que o paradoxo da autojustificação do sistema de direito se resolve<sup>897</sup>.

Desde o esboço de sua teoria geral, respondendo às acusações de decisionismo em sua teoria, Luhmann atrela diretamente a decidibilidade do sistema com sua capacidade de evolução, que, por sua vez, tende a restringir as possibilidades de decisão arbitrárias:

[...] Sistemas possuem uma capacidade de evolução somente podem decidir sobre o que não é passível de decisão. Isso vale também para projetos de teorias sistemáticas, mesmo para a lógica, como se pode verificar desde Gödel. [...] [O arbítrio] é impedido por neguentropia ou complexidade. Existe, pois, uma terceira demarcação de limiares. [...]. Cada passo tem de ser adaptado. E mesmo a arbitrariedade inicial, como no sistema hegeliano, perde sua arbitrariedade à medida que a construção teórica avança. Desse modo, surge uma construção autossustentável. [...].<sup>898</sup>

Ou seja, o incremento de complexidade estruturada tende a limitar as oportunidades de operações arbitrárias, incluindo as possibilidades de experimentação semântica como algo

<sup>894</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 371-372, tradução nossa.

<sup>895</sup> *Ibid.*, p. 374, tradução nossa.

<sup>896</sup> *Ibid.*, p. 374-378, tradução nossa. Noutro trecho da obra, Luhmann esclarece que “independente do que se persiga, é necessário justificá-lo no sistema, recorrendo aos meios de argumentação do sistema. Isto não depende necessariamente de que para toda pergunta haja, em última instância, uma resposta correta, mas há que se comunicar como se houvesse: *etsi non daretur Deus*” [mesmo que Deus não existisse]. (*Ibid.*, p.575, tradução nossa).

<sup>897</sup> *Ibid.*, op. cit., p. 381.

<sup>898</sup> *Id.*, *Sistemas* [...], op. cit., p. 12.

próprio a um contínuo desenrolar reflexivo da racionalidade funcional dos sistemas sociais – o que, pelo caráter inerente a essa racionalidade (funcional), implica não em um planejamento (finalístico), mas em uma lógica evolucionária:

[...] Falta razão ao sistema. Em virtude do excedente de contingência, o qual constitui sentido e é continuamente produzido como sentido, a restauração da razão só seria possível pela via da imposição. Isso também é um aspecto da ainda existente liberdade provisória dos sistemas funcionais para experimentarem suas possibilidades, além de um aspecto de abertura para desenvolvimentos evolucionários. Mais do que nunca, justamente sob essas condições autorreferenciais, o sentido não tende ao planejamento, mas à evolução.<sup>899</sup>

Ressalvando não se tratar de um argumento analógico, Luhmann parte do conceito de evolução de Darwin como um esquema variação/seleção/estabilização à justificativa de que parte-se de um conceito teórico de diferença, a qual passa a ser aplicada sobre as condições de possibilidade das mudanças estruturais não planejadas e a explicação do aumento da complexidade. Como resta evidente. “a evolução só se realiza se tanto a diferença quanto a adaptação entre sistema e ambiente se mantiverem; caso contrário, desaparece<sup>900</sup> o objeto da evolução”<sup>901</sup>. Assim, guiando-se pela noção de sistema autopoietico, a manutenção da autoprodução se mostra como condição indispensável a qualquer evolução, a qual, segundo Luhmann, se realiza quando se dá:

1) a variação de um elemento autopoietico em relação aos padrões de reprodução até então vigentes; 2) a seleção da estrutura que faz possível com que dita variação se ponha em condição para as seguintes reproduções; (3) a estabilização do sistema no sentido de mantê-lo dinamicamente estável para que seja possível a reprodução autopoietica da forma (estruturalmente determinada) que experimentou mutação.<sup>902</sup>

Independentemente de já existir antes uma memória da sociedade, Luhmann destaca que a escrita tem a vantagem de “manter disponível, de maneira não obrigatória, o conhecimento para situações imprevisíveis”<sup>903</sup>, dificultando o esquecimento e tornando a comunicação mais independente do momento da emissão e das intenções do emissor<sup>904</sup>.

<sup>899</sup> LUHMANN, *Sistemas* [...], op. cit., p. 115.

<sup>900</sup> A inadaptação implica indiferenciação, de modo que a expressão bíblica “do pó ao pó” (Eclesiastes 12:7) se revela, à luz da teoria dos sistemas, como “do ambiente ao ambiente”. No campo da psicologia Gestalt, Kinouchi, distingue a forma eu/não-eu (KINOUCI, op. cit.). Também pela psicologia Gestalt, Ribeiro destaca: “a finalidade da resistência no ser humano é idêntica: ela se opõe à força de uma energia que ameaça interromper o equilíbrio sujeito-mundo” (RIBEIRO, Jorge Ponciano. A resistência olha a resistência. In: *Psicologia: Teoria e Pesquisa*, v. 23, n. especial, 2007, p. 73-78. Brasília, DF: UnB, 2007, p.74. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722007000500014&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722007000500014&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-37722007000500014>).

<sup>901</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 301-303, tradução nossa.

<sup>902</sup> Ibid., p. 304, tradução nossa.

<sup>903</sup> Ibid., p. 307, tradução nossa.

<sup>904</sup> Ibid., p. 309.

A escritura em si é “apenas uma forma que produz uma diferença entre o corpo do texto e a interpretação, entre a literalidade e o espírito da lei”<sup>905</sup> e, embora não garanta “os limites da ousadia do intérprete” assegura “a unidade do contexto social de um episódio comunicativo”<sup>906</sup>.

O sentido, se mantido por escrito, fica à disposição de reiteradas leituras e, assim, à disposição da condensação e da expansão de seu próprio sentido, e “graças a essa expansão, os mecanismos da evolução podem irromper e selecionar”. Lançado isso sobre o contexto condicional de interpretação de textos<sup>907</sup>, Luhmann registra que “tanto na circularidade do desenvolvimento hermenêutico quanto na autopoiese dos sistemas se pode observar a rapidez com que se reage (inclusive abruptamente) às mudanças do entorno”<sup>908</sup>.

Ressalvando, porém, que os signos da escrita apenas expressam o direito, não constituindo o direito em si, Luhmann lembra que a antecipação de frustrações é a razão para que a expectativa se comunique no estilo normativo. Disso porque “uma informação que assegura que determinada expectativa é conforme (ou não) ao direito deve estar, enquanto informação, disponível” – isso tanto ao tempo da projeção, quanto toda vez que se torne iminente a ação de frustração<sup>909</sup>, tornando inegável que a expectativa lhe era anterior<sup>910</sup>. Isso, porém, não significa que a escrita garanta ao direito a segurança pretendida: “a insegurança sobre se as expectativas serão reconhecidas como válidas, mesmo no caso de descumprimento (ou que assim se considere), não é eliminada, apenas se transforma”. Sobre o texto surgirão distinções (e.g. texto/interpretação, texto/contexto, explícito/implícito), delimitando a tarefa de interpretação, fazendo jus à unidade de sentido do direito<sup>911</sup>.

Ademais, não estando o direito fundado no consenso social<sup>912</sup>, a evolução depende de como se resolve o problema da conciliação social, aspecto pelo qual há também a tendência de evolução das normas de competência e dos procedimentos<sup>913</sup>, o que constitui tão só condição de possibilidade ao verdadeiro portador da evolução do sistema de direito: a

---

<sup>905</sup> LUHMANN, **El derecho [...]**, op. cit., p. 426, tradução nossa.

<sup>906</sup> Ibid., p. 428, tradução nossa.

<sup>907</sup> A propósito, considerando que “não se interpreta para se esclarecer, mas para usar o interpretado em um contexto de comunicação que contribua para o reconhecimento da autoridade”, Luhmann pondera ser também enganosa a distinção entre hermenêutica, dialética e retórica (Ibid., p. 427, tradução nossa).

<sup>908</sup> Ibid., p. 315, tradução nossa.

<sup>909</sup> Inevitável aqui lembrar o mínimo de eficácia kelseniano pelo qual o caráter normativo (ou contrafático) se verifica justamente em face da possibilidade de violação da norma.

<sup>910</sup> Ibid., p. 316 e 190, tradução nossa.

<sup>911</sup> Ibid., p. 317-318.

<sup>912</sup> Leciona o autor: “[...]. Nenhuma sociedade pode fundar o direito no consenso – se por consenso se entende que todos aprovam, em qualquer momento, cada uma das normas. Uma tal fixação dos estados de consciência não é possível e, caso se obtivesse, não poderia se comprovada.” (Ibid., p. 323)

<sup>913</sup> Ibid., p. 323.

“especificação do modo, da maneira pela qual o direito se refere argumentativamente aos materiais jurídicos”; ou seja:

[...] surge uma argumentação diferente, que satisfaz a necessidade de fundamento a partir do momento que se enlaça com as reservas de normas identificáveis e com o desenvolvimento de conceitos e regras de decisão – que se considerem também válidas para outros casos. Só quando esta práxis é posta à prova, se aceitará no sistema de direito um conceito de justiça que exige que os casos iguais sejam tratados como iguais e os desiguais como desiguais. Se deixará ao direito determinar quais regras deverão de decidir o que há de se considerar como igual ou como desigual. O resultado, visto a longo prazo, é a separação de uma reserva de termos e máximas, de princípios e regras de decisão que, ao serem manejados de maneira formal (e, em parte, crítica), chegarão a constituir os materiais que possibilitarão ao juiz rechaçar os argumentos ad hoc e ad hominem.<sup>914</sup>

Prossegue Luhmann, destacando o fechamento desse processo em retroalimentação:

Quando a prática do direito se fecha em uma continuidade temporal e se deixa guiar pelas regras que ela mesma determinou, e quando a tarefa consiste particularmente em medir o caso com as regras e as regras com o caso, então a seleção evolutiva adquire uma forma peculiar. Então haverá que se perguntar se o caso, visto a partir das regras, se parece com outros casos. Apenas se o caso é igual (e só então) se pode ‘subsumir’. Se é desigual, se deverá desenvolver uma outra regra, partindo do caso. Esta prática é a que dá motivo para que se conceba a justiça não simplesmente como ideia de igualdade, mas como a forma normativa da igualdade. Ou seja: como preceito que distingue o igual do desigual e que trata o igual como igual e o desigual como desigual.

Dependendo de como se toma essa decisão (e esta precisamente), a evolução do direito se orienta ciberneticamente para um feedback positivo ou negativo. O sistema se mantém estável em virtude das regras existentes que sempre, novamente, podem ser aplicadas – mesmo que produzam tensões; o sistema de direito se desvia do ponto de partida existente e constrói mais complexidade mediante novos *distinguish* e *overruling* - para dizê-lo na terminologia do Common Law. [...].<sup>915</sup>

Não há, pois, uma planificação ou um controle do sistema como sistema, a evolução não é consequência de atividade orientada a fins ou metas, mas “o resultado da diferença entre variação e seleção que se reproduz incessantemente: é um depósito da força viva do processo da diferença evolutiva”. Nisso refere Luhmann ser desnecessário acrescentar (distinguir) à autorreferência do sistema de direito um mecanismo transformador já que se trata de “um produto colateral não intencionado<sup>916</sup>: um resultado epigenético que simplesmente ocorre”.<sup>917</sup>

A escrita impressa permite a difusão de textos jurídicos e a “possibilidade (e a necessidade) de simplificar, sistematizar e proceder metodologicamente” gerando a ciência jurídica e orientando a prática de pelos casos. Então “se pode agora falar de dogmática

<sup>914</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 325-326, tradução nossa.

<sup>915</sup> *Ibid.*, p. 333-334, tradução nossa.

<sup>916</sup> Também a evolução, portanto, não guarda qualquer sentido axiológico, teleológico ou normativo (*Ibid.*, p. 348). Aliás, como bem destaca Stamford “a cada dia estamos evoluindo para a morte” (SILVA, A. **10 lições** [...], op. cit., p. 77).

<sup>917</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 330, tradução nossa.

jurídica que toma em conta a sistemática conceitual e a coerência histórica”, que fazendo também parte do sistema de direito, exerce uma função de estabilização, “um esforço para encontrara a solução consistente a partir de casos ‘similares’”: “só através de uma dogmática jurídica elaborada, a estabilização e reestabilização do direito se desloca da validade simples (e quase sempre religiosa) às normas de sua *consistência*”<sup>918</sup>.

Podendo, pois, o direito ser colocado diante de seus defeitos a partir de sua própria perspectiva (podendo, inclusive, ser irritado a remediá-los) exige-se uma interpretação sistemática, “que se considere o direito como sistema, como totalidade de soluções aplicadas de maneira consistente”, que seja possível interpretar da lei uma regra para a solução do problema concreto e, caso não se possa, que o juiz introduza uma que resolva o caso e possa generalizar-se: “o direito vigente impulsiona a si mesmo para a inovação, mas também a conservar a estabilidade = consistência = justiça”<sup>919</sup>.

Nesse ponto, o estudo merece alguns aportes sobre interpretação e argumentação jurídica na teoria dos sistemas sociais em tela.

Segundo Luhmann, enquanto a interpretação dos textos é a racionalização do texto ao nível de observação de primeira ordem, a argumentação jurídica é uma observação de segunda ordem que se apresenta ao se questionar a forma com que se deve empregar o texto na comunicação. A argumentação se atrela à validade jurídica por textos, assim considerados acoplamentos estruturais que permitem uma auto-observação simplificada: “no processo normal das decisões, o sistema observa-se a si mesmo não como um sistema-em-um-entorno, mas como uma aglomeração de textos jurídicos que se remetem uns aos outros”. O que, portanto será considerado texto depende dessa função de representação do sistema no sistema: leis, súmulas, acórdãos, doutrinas e outros textos documentos firmemente sedimentados pela prática jurídica: “o decisivo é que o sistema mesmo possa ‘atualizar’ as conexões internas bem como que possa, por essas conexões, restringir as possibilidades de cada operação atual”<sup>920</sup>. Em outras palavras: “a argumentação jurídica deve propor (ou fundamentar) uma decisão acerca do que é conforme (ou discrepante) com o direito”<sup>921</sup> – o que, contudo, não significa que a interpretação ou a argumentação por si mesmas não alterem o direito, elas apenas evidenciam as condições sob as quais se pode dispor do símbolo de validade jurídica<sup>922</sup>.

---

<sup>918</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 334-337, tradução nossa.

<sup>919</sup> Ibid., p. 337-339, tradução nossa.

<sup>920</sup> Ibid., p. 402-404, tradução nossa.

<sup>921</sup> Ibid., p. 428, tradução nossa.

<sup>922</sup> Ibid., p. 429-430.

Assim sendo, uma vez que “um conceito sistêmico de justiça não pode se realizar de maneira pontual a partir de decisões isoladas”,<sup>923</sup> a argumentação jurídica não se limita à prevenção de erros, podendo também, da perspectiva do observador de segunda ordem, funcionar para a

[...] produção de suficiente consistência em relação a uma grande quantidade de decisões entre si, já que nenhuma decisão se encontra na possibilidade de definir e delimitar a totalidade das outras decisões e ainda menos de seu conteúdo. [...] Se a justiça consiste na consistência das decisões, então podemos dizer também: justiça é redundância.<sup>924</sup>

Acerca da redundância e do valor informativo do texto, insta esclarecer sua posição:

A informação é o valor de surpresa das notícias, dado um reduzido (ou ilimitado) número de outras possibilidades. A redundância resulta (circularmente) de que a informação precedente deve ser tomada em conta na operação dos sistemas autopoietico. Uma operação reduz o valor de seleção de outro valor de seleção assim como uma frase reduz o âmbito de seleção dos aportes comunicativos. [...]. A redundância, como rechaço da necessidade de mais informação, não é ela mesma nenhuma informação. A redundância possibilita tanto a indiferença das operações do sistema entre si, como, sobretudo, a indiferença em relação ao entorno.<sup>925</sup>

Sem a redundância, a perda de informação tornaria o sistema irreconhecível a si mesmo, de modo que, quanto mais informação tiver de processar, maior deve ser sua redundância. Evitando a sobrecarga de informação, o sistema pode alçar maior refinamento para distinguir e indicar, ou seja, também para produzir mais informação: “a redução de complexidade serve ao aumento de complexidade”<sup>926</sup>. Daí inclusive porque Luhmann concluir que “de modo muito geral, é válido dizer que um sistema jurídico diferenciado deve garantir, ao mesmo tempo, a clausura operativa e a alta irritabilidade, e, no plano de sua auto-observação, a redundância<sup>927</sup> e a variedade<sup>928</sup>”<sup>929</sup>.

Como sintetiza “toda argumentação jurídica deve mostrar consistência com o direito vigente e, com base em textos apropriados (interpretados adequadamente), colocar em jogo a qualidade de suas razões para apresentar um resultado a partir de uma subsunção lógica”<sup>930</sup>. Além disso, “toda argumentação jurídica que revela a interpretação do texto tem relação com

<sup>923</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 421, tradução nossa.

<sup>924</sup> *Ibid.*, p. 420, tradução nossa.

<sup>925</sup> *Ibid.*, p. 416, tradução nossa.

<sup>926</sup> *Ibid.*, p. 416-417, tradução nossa.

<sup>927</sup> Redundância é a informação que já se tem para processar as informações subsequentes (*Ibid.*, p. 422).

<sup>928</sup> Variedade é a informação que ainda falta para processar as informações subsequentes (*Ibid.*, loc. cit.).

<sup>929</sup> *Ibid.*, p. 425, tradução nossa.

<sup>930</sup> *Ibid.*, p. 448, tradução nossa.

a decisão, e, por ela, uma relação com a decisão sobre os assuntos de outrem. Por isso a argumentação jurídica deve estar orientada à comunicação”<sup>931</sup>.

Embora a argumentação em si não encerre nenhum processo normativo, seu produto pode amadurecer com o tempo e a experiência de casos e vir a se consolidar como regras ou princípios, de modo que a dogmática jurídica também pode ser considerada fonte do direito<sup>932</sup>. Ademais, também pela argumentação surgem os conceitos<sup>933</sup>, que possibilitam o acesso a distinções que se conservaram sem necessidade de se remontar à sua origem (redundância), permitindo novas distinções desse nível (variedade). Devem eles também ser empregados de maneira consistente, permitindo a construção de um meta-texto que serve de rede de segurança à redundância (não-contradição) do sistema. É possível inserir novas distinções, refina-los, desconstruí-los, mas não se pode prescindir de conceitos.<sup>934</sup>

Ainda nesse contexto, vale consignar que as razões jurídicas consistem nas distinções introduzidas por um observador:

[...]. No contexto de argumentação jurídica, o observador observa um texto e, com ele, se proporciona (mediante a interpretação) um espaço livre<sup>935</sup> para a argumentação – que tome em conta ulteriores pontos de vista re-limitadores. Por conseguinte, o observador não pode se contentar simplesmente em apresentar aquilo que ele considera como o melhor. Mesmo uma abstrata ponderação de valores deve justificar-se a partir do texto, já que, de outra maneira a argumentação teria – juridicamente – nem pé nem cabeça. A argumentação pode permitir-se liberdades interpretativas apenas com a intenção de voltar a restringir ela mesma tais liberdades, com ajuda do direito. Os bons argumentos não são por si suficientes; devem mostrar que tem consistência em relação ao direito vigente – por exemplo, dividir uma norma em duas interpretações diferentes para depois reivindicar só uma delas e apresentar o argumento como algo fundamentado. Somente quando a

---

<sup>931</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 428, tradução nossa. A propósito disso, Simoni, com muita propriedade, refere tratar-se de operações hologramáticas: “Não há como cindir artificialmente ou didaticamente as operações de interpretação, argumentação e decisão jurídica. Uma só pode ser entendida com referência a outra. Elas são operações hologramáticas, quer dizer, hologramas onde o todo se encontra em cada uma de suas partes e cada parte no todo. Há interpretação na argumentação e na decisão, como também há uma necessidade de escolha – decisão – tanto na interpretação quanto na argumentação, além de argumentos para justificar decisões e interpretações. Toda interpretação é, também, uma projeção das possibilidades de argumentação e uma decisão sobre essas possibilidades argumentativas. Toda argumentação é, também, uma projeção das possibilidades de interpretação que precisa ser decidida. E toda decisão é, também, uma escolha sobre interpretações que exige uma justificação por meio de argumentos”. (SIMIONI, op. cit., p. 679). Há na relação entre norma e decisão também um círculo autorreferencial (LUHMANN, *A restituição (...)*, op. cit., p. 36): “a decisão precisa validar a validade das normas que ela mesma afirma serem válidas para validar a si mesma (SIMIONI, op. cit., p. 720).

<sup>932</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 430-433.

<sup>933</sup> Luhmann explica: “quando a distinção contrasta algo apartando-o de outras coisas, então se lhe designa objeto. Se ao contrário, a distinção acontece mediante contrastes levados a cabo por noções contrapostas, então se lhe designa conceito. À formação de um conceito, então, se chega quando se pode distinguir as distinções.” (Ibid., p. 80, tradução nossa)

<sup>934</sup> Ibid., p. 448-452, tradução nossa.

<sup>935</sup> Em outro ponto do texto, acrescenta: “Quando existe uma indeterminação jurídica, esta deve ser qualificada pelo direito: se declarará, então, que esta indeterminação é uma liberdade concedida pelo direito” (Ibid., p. 489, tradução nossa).

consistência se prova mediante o direito vigente é que interessa, de algum modo, saber quão boas são as boas razões.<sup>936</sup>

As razões se dirigem à redundância e “as boas razões tornam operativa a consistência (ou, expresso em terminologia de valor, a justiça) do sistema”. Isso, contudo, não importa dizer que a variedade decorra de más razões ou de decisionismos, mas constitui o outro lado, o que realiza a exigência de (cada vez mais) variedade no sistema e que lhe permite a evolução de sentido<sup>937</sup>. Conforme ironicamente, mas não menos coerentemente, conclui: “As razões últimas são sempre, pois, as penúltimas”<sup>938</sup>.

Por fim, distinguindo entre argumentos formais (em referência ao sistema) e argumentos substanciais (em referência a fatos e, portanto, também aceito fora do sistema), o sistema pratica autorreferência e heterorreferência, impedindo que o sistema se isole na argumentação formal. Por essa distinção, assim como os conceitos estão para a argumentação formal, os interesses estão para a argumentação substancial, servindo estes de catalisadores de auto-organização de referências relevantes no entorno, permitindo a construção de referências externas no interior do sistema: “Para um observador de segunda ordem, a argumentação substancial cria regras de limitação e de poder de convencimento, sem prejuízo de poderem ser em seguida colocadas em dúvidas”<sup>939</sup>.

Ressalta Luhmann, que isso não significa a admissão de uma ponderação de interesses – o “cavalo de Troia de toda dogmática jurídica” – que não é nenhum direito vigente e que se encontra totalmente externa ao sistema<sup>940</sup>. Nesse âmbito, restando firme que “a validade jurídica só permite condicionamentos por parte da própria história da validade jurídica do sistema jurídico”<sup>941</sup>, não importa qualquer contradição quando Luhmann aponta o direito à legítima defesa e os casos de calamidade pública como anomalias, “casos limite em que o direito, sob condições juridicamente reguladas, permite violar o direito”<sup>942</sup>. Ou seja, o sistema, de modo consistente, suspende a si mesmo ao reconhecer sua incompletude, sua incapacidade de abarcar em si toda a contingência do entorno (a miúdo, uma das razões pelas quais o sistema deve admitir por hipótese restrições não expressamente autorizadas a direito fundamentais). Daí porque, sendo a função do direito decidir onde nenhuma decisão é possível e se responsabilizar pela construção da certeza onde certeza não há, que essa

<sup>936</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 435-436, tradução nossa.

<sup>937</sup> *Ibid.*, p. 437-438, tradução nossa.

<sup>938</sup> *Ibid.*, p. 471, tradução nossa.

<sup>939</sup> *Ibid.*, p. 457-458, tradução nossa.

<sup>940</sup> *Ibid.*, p. 430 e 461-462, tradução nossa.

<sup>941</sup> *Ibid.*, p. 553, tradução nossa.

<sup>942</sup> *Ibid.*, p. 347, tradução nossa.

incompletude é sanada por um valor provisório, um suplemento, no sentido atribuído por Derrida<sup>943</sup>. Como Simioni explica:

O suplemento é um valor exterior ao sistema de referência – no nosso caso, o sistema jurídico – que suplementa a ausência de um fundamento no sistema de referência da decisão que presentifica o fundamento ausente da decisão. O suplemento é um ‘décimo segundo camelo’, um terceiro paradoxalmente incluído, um *tertium datur* da decisão jurídica. [...]. Somente por meio de suplementos é possível introduzir argumentativamente na decisão jurídica as informações de outros contextos sociais de significação. Somente por meio de suplementos a decisão jurídica consegue operacionalizar os acoplamentos entre sistema/função da sociedade. [...].<sup>944</sup>

Luhmann informa que essa argumentação substancial também vale “para a versão reflexiva sobre o direito, ou seja, para a versão na qual o sistema constrói um interesse do entorno no sistema de direito: confiabilidade, uniformidade, previsibilidade, imparcialidade”. Ou seja, podendo o sistema observar-se a si mesmo a partir do entorno e observar o entorno a partir de si mesmo, o sistema pode também “oscilar entre as duas [observações] para obter proveito de cada um dos pontos de vista delimitados e, assim, chegar a uma decisão fundamentada”<sup>945</sup> – aspecto que sugere que a forma pela qual o sistema se vê ambientalmente percebido, como ele se autoapresenta, também possui alguma importância ao sistema em si.

Em prosseguimento, constata-se a evolução do direito se apoia na interpretação que “realiza uma prova de consistência ao examinar qual compreensão de uma norma cabe no contexto de outras”, desenvolvendo-se métodos de interpretação e recursos como conceitos jurídicos indeterminados e cláusulas de ponderação, que, ao mesmo tempo que conferem maior liberdade e robustez ao direito, transmite menor transparência e segurança ao ambiente, levando a questionamentos sobre sua legitimidade<sup>946</sup>.

<sup>943</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 248. A propósito, Simioni cita: “acrescentando-se ou substituindo-se, o suplemento é exterior, fora da positividade à qual se ajunta, estranho ao que, para ser por ele substituído, deve ser distinto dele. Diferentemente do complemento, afirmam os dicionários, o suplemento é uma ‘adição exterior’” (DERRIDA, Jacques. *Gramatologia*. 2. ed. Tradução de Miriam Chnaiderman e Renato Janine Ribeiro. São Paulo: Perspectiva, 2004, p.178 apud SIMIONI, op. cit., p. 725).

<sup>944</sup> *Ibid.*, p. 739-740.

<sup>945</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 459, tradução nossa.

<sup>946</sup> *Ibid.*, p. 340-342, tradução nossa. Em outro trecho da obra, Luhmann parece atribuir grande parte dos desafios enfrentados pelo direito na atualidade (de 1993) à própria regra do *non liquet*: “A debilidade metodológica, a ‘perda da certeza’, a desintegração das diretrizes dogmáticas – e sua sustentação por fórmulas de equilíbrio – e, por último, a crescente falta de precisão nos limites entre a legislação e jurisprudência e regulamentação em que pendem de um lado a outro dependendo da constelação em que sejam politizáveis, são consequências tardias da necessidade de que se decida. Em uma sociedade cada vez mais complexa e em vista da aceleração das mudanças estruturas, tudo isso tem repercussões cada vez mais amplas em quase todos os âmbitos da sociedade. Nessa perspectiva adquirem maior importância o incremento das queixas contra os tribunais e pontos centrais da investigação jurídica da sociologia atual. (...). [...] [A discussão] dificilmente se atreverá a ir ao fundo do problema: o imperativo de decidir que distingue os tribunais de todas as demais instituições do sistema de direito”. (*Ibid.*, p. 380-381, tradução nossa).

Em resposta, segundo Luhmann, “o sistema de direito só existe o direito positivo. Ou seja: só existe o direito que entra em vigor mediante o direito mesmo, pelo símbolo de validade jurídica”. E uma vez que “nenhum sistema lógico pode ser fundamentado, enquanto sistema, livre de contradições”, também “o direito vigente não pode ser concebido como um sistema lógico totalmente fechado”. A solução para essa sua “imperfeição”<sup>947</sup> não está no apelo a um recurso externo<sup>948</sup> ao direito que lhe entregue graciosamente a validade (como que legitimando-o), mas “se dá simplesmente na reprodução contínua” dos “textos jurídicos pelos quais se pode reconhecer o que é válido como direito (e o que não é)”. Nisso, Luhmann reitera: “a ‘razão’ do sistema não se encontra na bondade assegurada pelos princípios, mas pela pergunta que se faz a cada situação: se o direito vigente há de mudar diante do que se problematizou. Disso, a validade do direito não se radica na unidade, mas na diferença”<sup>949</sup>.

E uma diferença primordial é que o direito se apoia constitucionalmente como garantia procedimental e não na promessa de que a cada um se dará a decisão conforme sua expectativa<sup>950</sup> tampouco de que atenderá a valores que transcendem o próprio direito:

Que os tribunais se vejam na obrigação de decidir é ponto de partida para a construção do universo jurídico, para o pensamento jurídico e para a argumentação jurídica. Por isso a legitimação, no sentido de relação com valores que transcendem o direito não desempenha nenhum papel importante. Por isso, tudo depende de que as decisões anteriores que orientam perdurem: a menos que mudem. Por isso a *res iudicata* é intocável, a não ser que apliquem regras excepcionais previstas pelo direito. E por isso, o direito deve apreender-se como um universo fechado em si mesmo, no qual, ainda que sob pressões sociais extremas, se pode praticar a ‘argumentação puramente jurídica’ que decide por si mesma as margens de interpretação permitidas e em que se pode rechaçar a deformação pretendida.<sup>951</sup>

---

<sup>947</sup> Das traduções a que se teve acesso, Luhmann emprega o termo imperfeição. Pode-se ter empregado o termo incompletude, deixando, pela relação consistência/completude, ainda mais claro o recurso à lição de Gödel. O uso do termo imperfeição indica um juízo de valor moral e, portanto, à condição de observador externo – o que sugere um recurso estilístico de aproximação à posição do leitor ao se encaminhar para as conclusões. Sem prejuízo, essa “imperfeição”, além de poder ligar-se diretamente à noção de incompletude, permite revelar que o que é perfeito não evolui, justamente porque já é perfeito. Mas se o que é perfeito não evolui, só lhe resta existir e padecer, jamais se adaptar. O que faz questionar se a perfeição não residiria, paradoxalmente, na imperfeição, ou seja, na capacidade de se adaptar continuamente, na impermanência como permanência.

<sup>948</sup> Nesse sentido, mais adiante, Luhmann reforça: “Também aqui, para constatar a improbabilidade evolutiva do direito deve-se apontar uma coisa estranha: o direito tem que constatar e eliminar as infrações contra o próprio direito. O teste de poder com que o direito havia assegurado sua adaptação ao entorno, será substituído por procedimentos probatórios autorregularizados – um paradoxo integrado ao sistema: constatar o que é discrepante com o direito através das regras estabelecidas pelo direito. A unidade do código binário – direito/não-direito – se deve gödelizar, não se deve dissolver mediante uma externalização, mas sim desdobrar-se no interior do direito”. (LUHMANN, **El derecho** [...], op. cit., p. 346, tradução nossa). Vide também: Id., **O direito da sociedade**. Tradução Saulo Krieger; tradução das citações em latin Alexandre Agnolon. São Paulo: Martins Fontes, 2016, p. 379.

<sup>949</sup> LUHMANN, **El derecho** [...], op. cit., p. 342, tradução nossa.

<sup>950</sup> Ibid., p. 380.

<sup>951</sup> Ibid., p. 379, tradução nossa.

Em que pese tais considerações apontarem para uma total indiferença do sistema de direito para com os valores e as impressões da sociedade e dos indivíduos de modo geral – conferindo, inclusive, certo reforço à crítica de que, além de decisionista, a teoria luhmanniana seria anti-humanista –, importa aqui sustentar que essa impressão não corresponde à verdade. Com efeito, conforme fórmula diversas vezes repetida por Luhmann em sua obra, a questão não é *se* isso importa, mas *como* isso importa. Evidentemente, uma vez a par da sua teoria dos sistemas sociais, isso se dá pela forma de uma diferença.

Do exposto quadro de fechamento operacional e abertura cognitiva é possível inferir que os questionamentos acerca da legitimidade do sistema de direito (externa) não se vinculam necessariamente a uma inconsistência no sistema de direito (interna), podendo muito bem estar relacionada a uma crise ou falta de comunicação do sistema de direito em seus acoplamentos estruturais. Isso se mostra, ademais, muito compreensível especialmente à vista da assimetria da comunicação jurídica face às demais comunicações da sociedade – para além da sua irrenunciável diferenciada racionalidade funcional. Assim, pode-se admitir que, independentemente à consistência que o sistema do direito apresente em um dado momento, questionamentos acerca da legitimidade do direito são compatíveis com alguma dificuldade na comunicação do sistema de direito com a sociedade, com os demais sistemas sociais e, em especial, com os próprios sistemas de consciência, que constituem o médium de sentido social. Isso, por sua vez, sugere que a percepção de funcionalidade ou não-funcionalidade do sistema de direito, seja como função em geral ou como prestação em específico, pode restar dificultada, implicando, pela falta de reconhecimento, numa diminuição da demanda, ou seja, dos estímulos que colocam o próprio sistema de direito em movimento.

Nesse contexto, importa aqui verificar em especial o que Luhmann ensina a propósito do acoplamento estrutural do sistema de direito com os sistemas de consciência.

Obviamente, o sistema jurídico – estando, ele mesmo, obrigado a levá-lo a cabo comunicação – mantém relações diretas com o entorno psíquico do sistema social. Se imbrica diretamente na consciência dos participantes – e não, por exemplo, usando da via indireta de qualquer outra instância social. Disso se segue que tem de ser capaz de suscitar vivências e ações, se é que a respectiva comunicação não venha a estancar por falta de recursos. Poder receber justiça, que o sentimento próprio de justiça seja (ou não) confirmado, pode se converter em um assunto de destino. Em todo caso, não é algo que careça de importância. [...].<sup>952</sup>

Segundo Luhmann, enquanto realizadas formulações em torno de direitos naturais, direitos humanos ou direitos civis inatos estão lançadas precondições para seu reconhecimento geral pelo direito – o que não significa que, sem eles, não haveria direito

---

<sup>952</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 334, tradução nossa.

algum. A alegação de direitos subjetivos funcionou como legitimação da resistência ao absolutismo mas, “em meados do século XIX, fracassa ante o problema da relação de validade entre os direitos subjetivos e o direito objetivo, ou seja, ante o problema da unidade do sistema jurídico”: “a ideia de uma validade objetiva dos direitos subjetivo não é senão um paradoxo encoberto e desdobrado”<sup>953</sup> (o direito objetivo que se desdobra em subjetivado ou não). Porém, uma vez que “sem comunicação e sem participação da consciência na comunicação, nada pode funcionar”<sup>954</sup>, Luhmann extrai daí a razão funcional da permanência da afirmação de direitos subjetivos:

[...] o instituto jurídico do direito subjetivo corresponde a esse estado de coisas [...] que possibilita ao indivíduo uma satisfação altamente seletiva e passageira de necessidades igualmente passageiras sem que seu status social seja, assim, diretamente afetado. Na forma de direitos subjetivos previstos no direito objetivo, o sistema jurídico demanda sua própria atenção a respeito dos problemas de inclusão das pessoas no sistema jurídico [...].<sup>955</sup>

Além disso, acrescenta, o “direito subjetivo garante, igualmente, que reste ao juízo subjetivo do indivíduo a decisão acerca do problema se alguém tem ou não, em absoluto, a vontade de assumir e fazer uso de seus direitos”, permitindo o sistema jurídico ficar inerte, dependente de eventuais impulsos: “tais direitos concedem não só liberdades *no* direito, mas, do mesmo modo, a liberdade *do* direito”<sup>956</sup>.

Portanto, pode-se deduzir que quanto menos o sistema de direito é estimulado, tanto menos contínua será sua (auto)produção, conferindo menos oportunidades para sua evolução – o que pode implicar em um maior desestímulo caso as irritações comunicadas não demonstrem consistência ou funcionamento adequados, diminuindo, a seu turno, o interesse em novas estimulações do sistema. O que se está enfatizando aqui é precisamente um *feedback* (possível ainda que não necessário) envolvendo a percepção de consistência e funcionalidade das comunicações do sistema de direito com o médium de sentido. Mesmo sem prejuízo de uma diminuição da frequência das estimulações, a percepção da consistência pela dogmática jurídica (autorreferente) poderia ser positiva, assim como a percepção de funcionalidade pela sociedade (heterorreferente), pelos demais sistemas e pelos indivíduos, que mesmo diante da improcedência de suas demandas podem restar intimamente convencidos do valor funcional de redução de complexidade da decisão.

<sup>953</sup> LUHMANN, *El derecho [...]*, op. cit., p. 556, tradução nossa.

<sup>954</sup> *Ibid.*, p. 557, tradução nossa.

<sup>955</sup> *Ibid.*, p. 558, tradução nossa.

<sup>956</sup> *Ibid.*, p. 560-561, tradução nossa.

Uma vez que a comunicação envolve, informação, emissão e entendimento, independente de sua aceitação ou rechaço, é pressuposta a relevância de questões atinentes aos eventuais problemas de acesso às comunicações do sistema de direito, o que parece se encontrar hoje significativamente desenvolvido sob a denominação de acesso à justiça<sup>957</sup>. Ademais, com o advento das novas tecnologias de informação e comunicação no seio de uma sociedade aberta dos intérpretes da constituição, aparentemente não há que se reclamar (tanto) hoje da quantidade de informação, da variedade dos canais disponíveis ou mesmo de uma razoável capacidade de entendimento – cujo incremento, de uma ou outra forma, não se mostra prejudicial nem demais. Porém, para além do próprio caráter informativo, acessível e compreensível da comunicação do sistema jurídico, em que pese sua clausura operacional, não parece ser totalmente destituído de sentido e importância, em referência à teoria dos sistemas sociais em Luhmann, uma capacidade de convencimento, de pacificação, ou, ainda, de efetiva redução de complexidade social pelo sistema de direito.

Não se tratar de questionar acerca das razões pelas quais a sociedade, os demais sistemas sociais ou mesmo os sistemas de consciência individualmente atribuem (para além das questões atinentes à informação, emissão e entendimento) um valor de aceitação ou rechaço às operações comunicativas realizadas pelo sistema de direito. Não se está, assim, a referir a nenhuma razão em particular (racional, científico, econômico, ético ou moral), mas a um dispositivo de redução de complexidade que, igualmente independente das razões que se lhe atribua, exerce uma função indispensável às sociedades complexas e, acredita-se, não poderia deixar de ser também para o sistema de direito: a confiança.

#### 4.3 A CONFIANÇA: UM DISPOSITIVO DE REDUÇÃO DE COMPLEXIDADE

Como se verifica, o direito da sociedade de Luhmann ao mesmo tempo que comporta algum decisionismo nega a arbitrariedade remetendo-nos a esquemas complementares de evolução sistêmica. Essa abertura mantém o sistema em constante adaptação a um ambiente contingente e em permanente transformação, mas também transmite para o interior do sistema de direito uma insistente aura de indefinição, de incerteza e de riscos – o que pode parecer contraditório em face da sua função de estabilização de expectativas normativas e concepções mais tradicionais, como a de segurança jurídica – o que Luhmann não ignora:

---

<sup>957</sup> CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988, passim.

[...] as tensões e fraturas que se produzem na rede de cooperação conduzem diretamente à intervenção do direito: dele se espera que se faça a indicação explícita do que se faz possível forçar juridicamente. Aqui, como em todo o resto, o direito serve de rede de segurança para amortecer o fracasso da relação primária.<sup>958</sup>

Tendo por referência também a obra de Luhmann, Zapater reconhece haver algo de intuitivo entre certeza e direito, ao que, lembrando lição de Guilherme Leite Gonçalves<sup>959</sup>, pondera:

[...] enquanto o direito ainda não se diferencia completamente da política e da religião, a incerteza da decisão é controlada com o apoio de certos mecanismos sociais que amplificam na sociedade o sentido do que já é conhecido, formando centros de certeza. A variação do sentido do direito é contida por uma moral generalizante, emanada pelo centro de certeza metafísico/religioso, segundo o qual o procedimento revela (e não decide) o direito correto. A correção do direito é garantida por uma *physis*, isto é, uma essência da lei correta que controla os limites de variação da lei feita pelo homem, o *nómos*. Os programas de aplicação do direito (leis, contratos) não são concebidos como contingentes, mas como necessários, de modo que a atividade de decidir e aplicar o direito é vista como uma atividade de revelação do direito verdadeiro.<sup>960</sup>

Porém, com o advento da Modernidade, esses centros de certeza se esvaem, ao que

[...] a razão não logra assumir o papel dos antigos centros de certeza. Afinal, racionalmente, a razão não pode negar outras racionalidades, isto é, não pode negar outras razões. Nem natureza, nem razão, nem autoridade política, não há mais sustentáculos externos: o direito é entregue ao seu próprio sentido.<sup>961</sup>

Afirmando não ser possível falar em uma definição para certeza do direito, Zapater propõe um breve retrospecto histórico acerca da carga semântica que carrega consigo:

Na doutrina, de modo geral, a certeza do direito aparece com conotações enaltecidas, que descrevem a certeza como uma espécie de valor jurídico intrínseco, '*essencial para a existência coordenada*', '*eticidade específica do direito*' e '*profunda garantia de justiça*', e de outro lado, com conotações céticas como '*ilusão*', '*mito*' ou '*promessa de certeza*' apenas relativa.

De um e outro tipo de conotação resulta que a certeza do direito se apresenta ora como um *dever-ser*, que pretende conformar o direito (o direito *deve ser* certo), ora como uma *qualidade intrínseca* do ordenamento (o direito é certo ou não é direito) e que, por isso, quando ausente, é mera máscara (o direito precisa *parecer certo*). Enquanto ser, qualidade intrínseca do direito, a certeza propicia construções voltadas a prestações da justiça que, mesmo quando imprevisíveis, realizam ideais de certeza, porque justas. Enquanto *dever-ser*, a certeza ampara expectativas normativas de previsibilidade quanto à aplicação da distinção: ou lícito ou ilícito. Daí derivam

<sup>958</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 496, tradução nossa.

<sup>959</sup> Além de Luhmann o estudo de Zapater se guia pela tese doutoral de Guilherme Leite Gonçalves, "*Certeza ed Incertezza, presupposti operativi del diritto contingente*", sob orientação de Raffaele de Giogi

<sup>960</sup> ZAPATER, op. cit., p. 30-31.

<sup>961</sup> *Ibid.*, p.32. Segundo Luhmann, o racionalismo positivista derivado do Iluminismo assim atingiu o Estado: "a neutralização confessional do Estado enquanto máquina burocrático-militar ou como dominação racional estava ao serviço do mesmo objectivo: obter a segurança social a partir do solo de necessidades racionais indubitáveis" (LUHMANN, *Iluminismo* (...), op. cit., p. 37-38). Apesar dos esforços do racionalismo, partir das lições de Luhmann trona-se possível observar que, tal como a comunicação, a segurança social é improvável, mas não impossível – e a estabilização de expectativas normativas é um dos seus caminhos.

construções como *direito à certeza*, *direito à segurança jurídica*, *tutela da confiança* e *proibição de retrocesso*<sup>962</sup>, que, mesmo quando injustas, realizam ideais de previsibilidade (isto é, de aparente controle).

No caso brasileiro, o tema da certeza do direito não tem merecido atenção específica por parte da doutrina. Existem trabalhos sobre as garantias derivadas da segurança jurídica (direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito), que giram em torno do princípio da legalidade e da anterioridade da lei. Esses trabalhos encontram especial desenvolvimento no direito público e no direito tributário. Uma noção de *certeza do direito* ampara também construções no campo dos direitos fundamentais e do direito contratual sobre uma *tutela da confiança*, que vedaria o *comportamento contraditório*, respectivamente, do Estado (no trato dos direitos fundamentais) e do particular (na condução do contrato). O direito processual também lida com a *certeza do direito* como princípio que fundamenta institutos como a coisa julgada e, mais recentemente, a previsibilidade das decisões judiciais, tema objeto desta pesquisa.<sup>963</sup>

Sem ter por objetivo definir certeza do direito, distingue que a segurança jurídica, correspondente à proteção jurídica contra abuso de poder no Estado de Direito, constitui apenas um aspecto da certeza do direito que “tem exigências mais amplas, endereçadas à clareza, coerência, univocidade, completude, estabilidade do ordenamento e à própria eficácia social da norma”, dizendo respeito, pois, “não só ao próprio ordenamento, mas também às relações que possam ser estabelecidas entre ordenamento, sistema jurídico e sociedade”<sup>964</sup>.

Conquanto a incursão de Zapater tangencie explicitamente as noções de segurança jurídica, proteção da confiança e proibição de retrocesso, assim contribuindo para seu estudo, a reboque da relação intuitiva entre certeza e direito, a relação entre os três princípios não são aprofundados pelo autor. De outro lado, constituindo objeto que aqui reclama sua maior atenção, a presente tese não encontra na certeza do direito, nem qualquer outra certeza ou

---

<sup>962</sup> Em nota, Zapater, afirma sobre o princípio de proibição de retrocesso: “Partindo das ideias de Robert Alexy, a doutrina recente propõe um direito à segurança como um princípio constitucional, que deve ser aplicado como um mandamento de otimização, ou seja, realizado na maior medida do possível, proibida a insuficiência. Essa abordagem dá origem a toda uma linha de pensamento no direito constitucional quanto a um princípio de proibição de retrocesso, segundo o qual, do direito à segurança, decorreria um direito subjetivo a um dado patamar de direitos garantidos pelo ordenamento objetivo e pela Constituição (ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p.21-22; 83-86). A teoria do princípio da proibição de retrocesso pressupõe que, dentre os efeitos decorrentes da força normativa da Constituição, estaria a proibição ao legislador de diminuir direitos fundamentais já implementados pela legislação infraconstitucional. O princípio da proibição de retrocesso seria, assim, uma expressão, no plano da eficácia, do direito à segurança jurídica e também uma decorrência da vinculação do legislador aos mandamentos programáticos ou principiológicos do constituinte. Procura-se, assim, proteger expectativas normativas especificadas juridicamente (posições jurídicas), mesmo quando não há um direito adquirido, ato jurídico perfeito ou coisa julgada. Na medida em que a Constituição impõe ao Poder Público (e, por vezes, à coletividade) deveres voltados à implementação fática, consolidando situações/posições jurídicas ainda imperfeitas (o interesse legítimo que ainda não é direito subjetivo) contra a atividade do legislador. Desse modo, no plano do direito objetivo, seria possível exigir a continuidade de um patamar mínimo do direito já existente e, subjetivamente, a proteção da confiança do indivíduo nas suas próprias expectativas em relação ao ordenamento. Por isso que, mais do que proteger o indivíduo da retroação da lei, a plena segurança jurídica exigiria a proteção contra medidas retrocessivas que, mesmo não alcançando direitos já adquiridos, interferem em determinada expectativa garantida pelo ordenamento (p.ex.: a expectativa de aposentar-se ou de gozar de licença-maternidade remunerada) [...]”. (ZAPATER, op. cit., p. 35).

<sup>963</sup> Ibid., p. 33-35.

<sup>964</sup> Ibid., p. 37.

segurança, um adequado fundamento. Pelo contrário, é na dúvida permanente e inexpugnável que remanesce nas expectativas que se encontra nosso ponto de partida para tal distinção: “nós ligamos o conceito de certeza com expectativas, e, em verdade, com as expectativas embutidas nela da probabilidade de se alcançar o esperado. Nesse sentido, uma expectativa pode ser mais ou menos certa”<sup>965</sup>.

Com efeito, considerando, com Luhmann, que “a absorção da insegurança transcorre mediante estabilização de expectativas, não mediante estabilização do próprio comportamento”<sup>966</sup>, não é pela certeza nem pela segurança, mas pela confiança enquanto dispositivo social de redução de complexidade que parece ser possível relacionar e distinguir um princípio de proibição de retrocesso dos princípios de confiança legítima e de segurança jurídica de modo consistente ao sistema de direito à luz da teoria dos sistemas de Luhmann.

Conforme se passa a expor, Luhmann adotou a forma confiança/desconfiança como tema central de um de seus livros, permitindo entrever que, ao lado da confiança social como dispositivo de redução de complexidade, um princípio de confiança legítima pode funcionar de modo análogo no sistema de direito, abrindo a possibilidade de, a partir dele, distinguir os correlatos princípios de segurança jurídica e proibição de retrocesso.

De início, vale consignar que Luhmann conclui Confiança na Alemanha de 1968, antes mesmo de apresentada *Laws of Form* de Spencer Brown, de modo que, embora já se distinga claramente dos demais teóricos dos sistemas sociais, ainda não se tem completamente definidas as bases que caracterizaram sua teoria dos sistemas. Não obstante, não só faz remissão a ela em escritos posteriores<sup>967</sup> como se apresenta dispensável um maior esforço de reconstrução do pensamento de Luhmann de 1968 pelo Luhmann de 1998, de modo que a forma confiança/desconfiança continuou sendo em sua teoria um dispositivo de redução de complexidade na sociedade, conforme se passa a verificar.

Em introdução à versão em espanhol, de 1996, Darío Rodríguez Mansilla parece reforçar as expectativas em relação à aposta feita na confiança:

(...). [A confiança] é um mecanismo de redução da complexidade que aumenta a capacidade do sistema de atuar coerentemente em um entorno ainda mais complexo. Contudo, essa redução da complexidade não deve ser entendida como eliminação dos eventuais perigos. Quem confia se arrisca a ser desapontado. A confiança é uma

<sup>965</sup> LUHMANN, **Sistemas** [...], op. cit., p. 348.

<sup>966</sup> Ibid., p. 134.

<sup>967</sup> A exemplo: Ibid., p. 151; Id., **Risk: a sociological theory**. With a new introduction by Nico Stehr and Gotthard Bechmann. 4 th printing. New Brunswick; London: Aldine Transaction, 2008, p.122; e Id., **El derecho** [...], op. cit., p. 189 e 635.

aposta, feita no presente, em direção ao futuro e que se fundamenta no passado. [...]. Não existe, no entanto, certeza.<sup>968</sup>

[...]

A confiança [...] reduz a complexidade social na medida em que supera a informação disponível e generaliza as expectativas de comportamento, ao substituir a informação insuficiente por uma segurança garantida internamente.<sup>969</sup>

A confiança, segundo Luhmann, é um “fato básico da vida social”, sendo que, embora possa a pessoa *decidir* se confia ou não, uma completa ausência de confiança nos impediria inclusive de levantar de manhã: “Tal confrontação abrupta com a complexidade do mundo em seu máximo grau é mais do que suporta o ser humano”<sup>970</sup>. Se a confiança na natureza do mundo e dos humanos não comporta intencionalidade, a necessidade de confiar é considerado por Luhmann como ponto de partida para a derivação de regras da conduta: “Se o caos e o temor paralisante são as únicas alternativas para a confiança, deve-se concluir que o homem por natureza tem que outorgar confiança”<sup>971</sup>. Com efeito, diante das “ansiedades de uma existência sem confiança” a pessoa “pode e deve desenvolver formas mais efetivas de reduzir a complexidade”<sup>972</sup>, mas onde há confiança aumentam-se as possibilidades de ação e experiência, há um aumento de complexidade do sistema, mas também das possibilidades que com ela se conciliam: “a confiança constitui uma forma mais efetiva de redução de complexidade” do que seu oposto<sup>973</sup>

Importante registrar desde o início que o código confiança/desconfiança não encerra em si o código de um sistema da mesma forma que política, economia, ciência, direito, arte etc., mas um dispositivo de redução de complexidade a que, segundo sintetiza Mansilla, “cumprir a função de aumentar o potencial sistêmico para o tratamento da complexidade. Mediante a confiança um sistema ganha tempo, e tempo é a variável crítica para a construção de estruturas sistêmicas mais complexas”<sup>974</sup>.

Luhmann dá seguimento à sua exposição afirmando que “uma teoria da confiança pressupõe uma teoria do tempo”<sup>975</sup>, com o qual estabelece uma relação problemática

[...]. Mostrar confiança é antecipar o futuro. É comportar-se como se o futuro fosse certo. Alguém poderia dizer que através da confiança o tempo se invalida ou ao menos se invalidam as diferenças de tempo. [...]. Contudo, tanto a proposição em si mesma como a concepção subjacente de tempo são inadequadas. [...]<sup>976</sup>

<sup>968</sup> LUHMANN, *Confianza* [...], op. cit., p. XXIII, tradução nossa.

<sup>969</sup> *Ibid.*, p. XXV, tradução nossa.

<sup>970</sup> *Ibid.*, p. 5, tradução nossa.

<sup>971</sup> *Ibid.*, loc. cit., tradução nossa.

<sup>972</sup> *Ibid.*, p. 6 e 13, tradução nossa.

<sup>973</sup> *Ibid.*, p. 14, tradução nossa.

<sup>974</sup> *Ibid.*, p. XXIV, tradução nossa.

<sup>975</sup> *Ibid.*, p. 16, tradução nossa.

<sup>976</sup> *Ibid.*, p. 15, tradução nossa.

Divergindo da concepção de tempo como movimento e adotando a relação entre evento/estado (análogo à forma duração/variação já vista acima), Luhmann introduz considerações sobre segurança:

[...] a segurança dos estados – e isso significa segurança por si –, só é possível no presente e, portanto, só pode ocorrer no presente. O mesmo é verdade para a confiança como uma forma de segurança. A confiança só pode se assegurar e manifestar-se no presente. Nem o futuro incerto nem mesmo o passado pode despertar a confiança já que não se tem eliminada a possibilidade do futuro descobrimento de antecedentes alternativos. [...]. [...] a base de toda a confiança é o presente como um intacto contínuo de eventos cambiantes, como a totalidade dos estados a respeito dos quais os eventos podem acontecer.<sup>977</sup>

Mas a confiança também não se estabelece por si só como segurança no presente uma vez que sua formação é inerente às expectativas:

[...] o problema da confiança consiste no fato de que o futuro contém muito mais possibilidades do que as que se poderia atualizar no presente, e do presente se transferir ao passado. A incerteza que tende a existir é simplesmente uma consequência de um fato muito elementar, que nem todos os futuros podem se converter em presente e daqui converter-se em passado. [...]. O homem tem que viver o presente junto com este futuro, de sobremaneira complexo, eternamente. Para tanto, deve podar o futuro de modo que se iguale com o presente, isto é, reduzir a complexidade.”<sup>978</sup>

Ocorre que o futuro é contingente, não pode ser efetivamente antecipado, de forma que, “de fato, as possibilidades futuras não se reduzem”, na verdade só se expandem. Assim, psicologicamente, “a confiança aumenta a tolerância à incerteza”<sup>979</sup> – mas não a resolve. Por outro lado, intersubjetivamente, Luhmann observa que importantes dispositivos sociais de redução de complexidade pressupõem a confiança:

Dinheiro, poder e verdade são mecanismos sociais que permitem que se postergue as decisões, sem embargo garantem uma segurança frente a um futuro de maior incerteza e complexidade de eventos. A estabilização desses e outros mecanismos no presente pressupõem a confiança. [...].<sup>980</sup>

Ou seja, é possível depositar a confiança no funcionamento de sistemas sociais que abarquem e reduzam melhor a complexidade num processo transcendental da constituição do mundo e do sentido em um nível mais alto de complexidade do que a consciência seria capaz de suportar<sup>981</sup>.

<sup>977</sup> LUHMANN, *Confianza [...]*, op. cit., p. 20, tradução nossa.

<sup>978</sup> Ibid., p. 20-21, tradução nossa.

<sup>979</sup> Ibid., p. 26, tradução nossa.

<sup>980</sup> Ibid., p. 26-27, tradução nossa.

<sup>981</sup> Ibid., p. 36.

Nestas condições, Luhmann vê na familiaridade a condição de possibilidade todo tipo de compromisso com determinada atitude apontada para o futuro. Se nos mundos familiares o passado se lança sobre o presente e o futuro como continuidade, a humanidade não pode confiar apenas na experiência vivida, vindo a encontrar na história (enquanto o passado não vivido, mas registrado) “a forma mais importante de reduzir a complexidade”. A confiança, tal como a familiaridade, precisa da história como pano de fundo confiável, mas, diferente dela, vai além das informações disponíveis, se arriscando a definir o futuro<sup>982</sup>.

Ademais, diferente da esperança, onde simplesmente se elimina a contingência, “a confiança recai sempre sobre uma alternativa crítica”, ou seja, faz diferença para uma tomada de decisão em que “o dano resultante de uma ruptura da confiança pode ser maior que o benefício que se ganha com a prova da confiança assegurada”. Isso não significa, porém, que “o risco e as bases da confiança serão considerados racionalmente”, podendo a confiança ser imprudente, descuidada, rotineira, especialmente quando se aproxima da certeza. A confiança emerge gradualmente das expectativas de continuidade cotidianas, especificamente aquelas relacionadas às condutas pelas quais comprometemos nosso próprio comportamento<sup>983</sup>.

Apesar disso, a confiança permite “um movimento para a indiferença”: possibilidades podem deixar de ser consideradas e perigos inafastáveis se neutralizam<sup>984</sup>. Explica Luhmann:

A redução neste sentido não é dedução. Na verdade, reflete indução. Como último recurso, nenhuma razão decisiva se pode oferecer para a confiança; a confiança sempre extrapola a partir da evidência disponível; é, como Simel indica, uma combinação de conhecimento e ignorância. Embora aquele que confia nunca careça de razões e seja bem capaz de dar uma razão para outorgar confiança neste ou noutro caso, o ponto de tais razões é sustentar o respeito a si mesmo e justificar-se socialmente. [...]. Ademais, serve para responder pela outorga de confiança, e não pela confiança mesma. A confiança segue sendo uma empresa ariscada.<sup>985</sup>

Com essa independência relativa em relação às experiências prévias, promove-se uma generalização do qual Luhmann extrai os 3 componentes da relação de confiança:

[...]. A decisões acerca da confiança generalizam experiências, as estendem a outros casos similares e estabilizam a indiferença diante da variação, na medida em que respondam satisfatoriamente à prova. Este processo de generalização de expectativas possui três aspectos que são importantes e dignos de uma consideração maior: indica o deslocamento parcial da problemática do ‘externo’ para o ‘interno’, um processo de aprendizagem e uma resolução simbólica dos resultados no entorno.<sup>986</sup>

<sup>982</sup> LUHMANN, **Confianza [...]**, op. cit., p. 32-33, tradução nossa.

<sup>983</sup> Ibid., p. 40-41, tradução nossa.

<sup>984</sup> Ibid., p. 42, tradução nossa.

<sup>985</sup> Ibid., p. 43, tradução nossa.

<sup>986</sup> Ibid., p. 44, tradução nossa.

Em outras palavras: “os aspectos problemáticos se transferem parcialmente do exterior para o interior e se relacionam através de modalidades internas de aprendizagem e de controle simbólico”<sup>987</sup>. Isso pode implicar algum problema já que o complexo generalizado e simbólico, além de registrar cada evento, pode mostrar-se sensível a ponto de aumentar de tensão em razão de uma imagem muito simplificada, fragilizando a confiança<sup>988</sup>.

Sendo a confiança pouco possível sem informação prévia, aponta-se apoios (ou pressupostos) de que se vale<sup>989</sup>. Além da familiaridade, Luhmann aponta para o que chamou de estruturas motivadoras, dentre as quais dedica especial atenção às disposições legais e eventuais sanções nelas previstas sob uma perspectiva consequencialista. Contudo, conforme a ordem social fica mais complexa, ressalva que confiança e lei tendem a deixar de coincidir.

Em particular, a instituição legal do contrato formada apenas pela coincidência das vontades declaradas das partes contém uma reformulação técnica do princípio da confiança em termos de lei que se torna independente demais para que a confiança possa desempenhar um papel como verdadeira condição ou como base para a validade dos acordos. As reivindicações podem ser baseadas diretamente no contrato e não importa se alguém prosseguiu e cumpriu suas obrigações com base na confiança em qualquer caso dado. [...].<sup>990</sup>

Nesse contexto, afirma que os conceitos técnicos legais transmitem melhor a diferença entre lei e confiança, sem, contudo, indicar um grau de uma confiança universal implícita. Referindo-se a vários tipos de relações legais específicas (e.g., a confiança na delegação de poderes a advogados, a confiança de que serviços públicos e concessões disponíveis por uma autoridade não serão retirados), afirma que elas estão reunidas sob o conceito de *salvaguarda da confiança*. Disso, pondera:

[...], mas há algo inconclusivo, acidental e, portanto, insatisfatório nisso. Essas concepções jurídicas técnicas que exclusivamente se referem à confiança como seu próprio fundamento são, em parte, o produto da elaboração tardia das primeiras noções legais, próximos em parte a uma esfera jurídica previamente consolidada, que agora tenta se impor frente a conceitos e princípios existentes fazendo aparecer um novo argumento fundamentado eticamente, o de *salvaguarda da confiança*. Disso, o sistema jurídico deve impor restrições a si próprio na aplicação do princípio da confiança, a menos que faça construções legais por caminhos mais apropriados e sustentáveis. De modo diverso, há um desenvolvimento indisciplinado e escandaloso de conceitos: construções paralelas supérfluas, fundamentos de argumentos indiferenciados e, sobretudo, a erosão da divisão de poderes pelo judiciário através da proteção oferecida pela confiança nas situações que ocorreram em violação à lei. Essa diferenciação da confiança, da lei e da salvaguarda da confiança que está sujeita a ação legal são o produto de uma extensa evolução e não se obtém facilmente uma visão de suas origens. [...].<sup>991</sup>

---

<sup>987</sup> LUHMANN, *Confianza* [...], op. cit., p. 53, tradução nossa.

<sup>988</sup> Ibid., p. 48-49.

<sup>989</sup> Ibid., p. 55.

<sup>990</sup> Ibid., p. 58, tradução nossa.

<sup>991</sup> Ibid., p. 59, tradução nossa.

Luhmann, portanto, em 1968, a par dos desenvolvimentos contemporâneos do tribunal constitucional alemão, versa explicitamente sobre o princípio jurídico da proteção da confiança. O faz para considerar arriscada a proficuidade do argumento ético ancestral de uma proteção da confiança no direito, devendo o sistema jurídico, salvo construções jurídicas por caminhos mais *apropriados e sustentáveis*, impor restrições a si próprio, inclusive sob pena de dar azo à erosão da separação de poderes quando em face da lei (ou seja, contra o produto da atuação legislativa). Luhmann, portanto, admite, com ressalvas, o princípio jurídico da proteção da confiança, distinguindo-o da lei e da confiança propriamente.

Conquanto tais achados constituam por si ponto de grande interesse ao presente estudo, impende prosseguir com a análise das conseguintes contribuições luhmannianas. Nessa linha, após investigar as origens da confiança pessoal e sua importância na formação das ordens sociais, Luhmann passa a tratar propriamente da confiança nas sociedades complexas, aspecto no qual, após dispor sobre os meios de comunicação simbolicamente generalizados, considera que esses dispositivos de redução de complexidade produzem outros tipos de riscos e, assim, outros tipos de problemas à questão da confiança – aspectos que passa a enfrentar usando exemplos do dinheiro, da verdade e do poder<sup>992</sup>.

A propósito do dinheiro, afirma constituir uma liberdade abstrata para fazer eleições limitadas entre os bens que são transferíveis por meio de uma oportunidade de troca, deixando “aberto quando, com quem, com qual objeto e sob quais condições a pessoa que possui dinheiro realizará o intercâmbio”<sup>993</sup>. Apesar disso:

[...] tem que haver uma suposição de que o dinheiro mesmo goza de confiança para que o mecanismo funcione. O indivíduo deve ser capaz de trabalhar sobre a base de que, quando tem o símbolo do dinheiro em suas mãos, também possui verdadeiramente as possibilidades que este promete, de modo que possa confiantemente postergar sua decisão de uso final do dinheiro e possa gozar ou fazer melhor uso da complexidade da possibilidade que ele representa de forma abstrata. É aqui onde se mostra claramente, na união das dimensões social e temporal, os contornos do problema da confiança. [...]. A pergunta é como tal confiança, que é bastante independente de qualquer valor material e serve como apoio ao símbolo do dinheiro, pode formar-se e manter-se.<sup>994</sup>

O autor prossegue em resposta:

Qualquer um que confia na estabilidade do valor do dinheiro e na continuidade de uma multiplicidade de oportunidades para gastá-lo basicamente supõe que um sistema está funcionando e põe sua confiança nessa função e não nas pessoas. Tal confiança no sistema se forma automaticamente através da experiência afirmativa e contínua de utilizar o dinheiro. Necessita de uma *retroalimentação* constante, porém

<sup>992</sup> LUHMANN, *Confianza [...]*, op. cit., p. 83-84.

<sup>993</sup> *Ibid.*, p. 84, tradução nossa.

<sup>994</sup> *Ibid.*, p. 85, tradução nossa.

não requer garantias específicas inerentes e, portanto, sempre é muito mais fácil de conseguir do que a confiança pessoal em gente nova e diferente. [...]. Ao mudar a confiança pessoal pela confiança no sistema, o processo de aprendizagem se faz mais fácil, porém o controle é mais difícil. Desse modo, tipicamente, a confiança no dinheiro, por assim dizer, se origina em uma forma aprendida automaticamente, por meio da qual a pessoa que confia se dá conta de sua dependência do funcionamento do sistema muito complexo que não pode vislumbrar, mesmo que este em si possa ser visto. A pessoa que confia sabe que não pode fazer correções; porém, não obstante, tem que continuar confiando como se o fizesse sob coação. [...].<sup>995</sup>

Luhmann afirma que a confiança institucionalizada no dinheiro cria um tipo de certeza equivalente, pela qual quem tem dinheiro dispõe de um meio generalizado de resolver problemas, já que “a solvência reduz a necessidade de informação”<sup>996</sup>:

[...]. Dentro do contexto daquelas necessidades que podem ser satisfeitas com dinheiro, cumpre a mesma função ampliadora de tempo e absorvedora de risco em uma forma mais precisa e efetiva, já que especificamente está designada para tais funções e deste modo faz com que a confiança seja redundante. [...].<sup>997</sup>

A verdade também desempenha semelhante função:

[...]. A confiança só é possível onde a verdade é possível, onde as pessoas podem chegar a um acordo acerca de alguma entidade dada que é obrigatória para uma terceira parte. A verdade facilita este entendimento e, deste modo, a redução da complexidade pela suposição de que a terceira parte também consideraria sua posição como correta.<sup>998</sup>

Generaliza-se a vinculação com a verdade pela impossibilidade do indivíduo captar a imensa quantidade de complexidade. O indivíduo “tem que ser capaz de depender e confiar no processo de informação de outras pessoas” sendo sua forma típica a confiança nas habilidades especializadas da ciência<sup>999</sup>,

[...]. Em relação a tal conhecimento, todo mundo confia que haja suficiente controle da confiabilidade com que se constrói no sistema, e no fato de que estes controles funcionam independentemente da estrutura dos motivos pessoais de qualquer dos participantes, em qualquer tempo dado, de modo que não é necessário conhecer pessoalmente aqueles que tenham alcançado esse conhecimento.<sup>1000</sup>

Acerca do poder, Luhmann reconhece que não se trata de seara fácil<sup>1001</sup>. Uma vez rechaçada a metáfora do contrato social, observa-se que o voto não corresponde a outorga de poderes para a estrita representação de interesses, mas para que “tomem as decisões de acordo com os critérios de bem-estar público” – pelo que passa a expor:

<sup>995</sup> LUHMANN, *Confianza* [...], op. cit., p. 85-86, tradução nossa.

<sup>996</sup> Ibid., p. 86, tradução nossa.

<sup>997</sup> Ibid., p. 88, tradução nossa.

<sup>998</sup> Ibid., p. 88-89, tradução nossa.

<sup>999</sup> Ibid., p. 89, tradução nossa.

<sup>1000</sup> Ibid., p. 92, tradução nossa.

<sup>1001</sup> Ibid., p. 93.

[...]. Exigem um poder soberano para tomar decisões, porém, não se pode confiar em um soberano. Um poder final para decidir gera suas próprias normas. Neste caso a confiança pode, no melhor dos casos, ter a ver com os limites postos à soberania. Sem embargo, esse dilema da soberania e da confiança é só uma especificação conceitual exagerada do problema da redução de complexidade na política, que, na realidade, não se resolve nesta forma nítida, de preto e branco, mas em muitas pequenas etapas por meio das quais se processa a informação [...]. Cada etapa alcança um novo nível de seletividade que absorve nova informação e exclui alternativas. Em tudo isso, o que é soberano é só esse impulso com vista à redução, para estreitar o âmbito das decisões e para excluir outras possibilidades; esse processo se faz confiável porque se alcança por muitas pequenas etapas e está aberto à informação em todas elas, de modo que, mesmo que o processo se leve a cabo centralmente com o propósito de garantir a unanimidade da decisão, a soberania não pode exercitar-se de uma só vez, diga-se, arbitrariamente. Parece inclusive que o sistema social aprende que é melhor oferecer confiança em pequenas doses, com o que individualmente não põe muito em risco.<sup>1002</sup>

Isso implica, na política, dois níveis diferentes de generalização: de um lado, o cidadão tem certas expectativas acerca do que se decidirá; de outro, outorga sua confiança ao sistema político como tal. No plano das decisões, comprometem o cidadão sem profundidade e cada um a um modo: “a expressão de desilusão pode generalizar-se, fazer-se superficial e chegar a ser algo quase sem consequências”<sup>1003</sup>. Já no plano do sistema político em si “a confiança no sistema é em grande parte incerta, porém, por outro lado, implica compromisso e consequências que podem converter-se em um assunto de vida ou morte”. Dessa sua dupla face na política, a confiança extrai sua estabilidade na ordem geral<sup>1004</sup>.

A partir desses exemplos, Luhmann conclui que a redução de complexidade conta com a confiança dos que tem a expectativa dessa redução bem como dos demais, os quais, supõe-se, irão aceitá-la: “Os sistemas de redução em si demandam a confiança e a sustentam”<sup>1005</sup>. A soma dos seus pequenos elementos confere sinergia e a enrobustecem:

[...]. Todos os ingredientes do processo de formação da confiança parecem apoiar-se um sobre o outro: a necessidade e o método de aprendizagem, a mudança parcial de áreas do problema do externo para o interno e de novo a referência ao entorno com o propósito de ganhar o controle simbólico do objeto de confiança. A adesão à confiança no sistema parece facilitar a aprendizagem da confiança, produzir garantias internas que são necessárias ou melhor empregadas com a interação funcional, mas, por outro lado, parece que se faz mais difícil o controle da confiança. Faz a confiança difusa e, com isso, mais resistente; a faz quase imune às desilusões individuais, que sempre podem ser explicadas e apresentar-se como um caso especial, ainda que as traições triviais possam sabotar a confiança pessoal. [...].  
1006

<sup>1002</sup> LUHMANN, *Confiança* [...], op. cit., p. 94-95, tradução nossa.

<sup>1003</sup> Em outro ponto do mesmo estudo ressalta: “um indivíduo dificilmente tem a oportunidade de questionar seus próprios motivos sobre se deseja ou não colocar sua confiança no dinheiro, no poder político ou no que está estabelecido como verdade profissionalmente afirmada” (Ibid., p. 100, tradução nossa).

<sup>1004</sup> Ibid., p. 94-95, tradução nossa. Nesse aspecto, ademais, lembre-se a parábola da Espada de Dâmocles.

<sup>1005</sup> Ibid., p. 96, tradução nossa.

<sup>1006</sup> Ibid., p.99, tradução nossa.

A confiança exige, porém, um mínimo de fundamento real (“trocar dinheiro por coisas de valor verdadeiro e duradouro”, “alcançar um acordo definitivo em tipos de fundamentos em que se exige verdade”, “ativar o meio de coerção que pertence ao Estado com base nas regras estabelecidas”) para que, confiando na efetividade dessas oportunidades e no funcionamento geral do sistema, se torne possível que “a confiança se generalize em processos sistêmicos altamente abstratos”<sup>1007</sup>. Na cadeia de complexas decisões do processo de comunicação, esses meios tornam possível a adaptação ao entorno e o alcance de níveis mais altos de complexidade social<sup>1008</sup>, ocorrendo o mesmo com a confiança:

Enquanto a confiança pode expandir o horizonte de tempo de um sistema, a perda de confiança pode reduzi-lo, diminuindo, desse modo, a complexidade do sistema e seu potencial para dar satisfação. [...].<sup>1009</sup>

Especificamente, pela falta de confiança destroem-se as possibilidades do sistema satisfazer demandas de longo prazo<sup>1010</sup> – o que, por exemplo, é fundamental para benefícios sociais securitários como aposentadorias e pensões que atualmente devem considerar horizontes que, entre contribuição e fruição, superam meio século. Em face disso, inclusive, Luhmann considera que o sistema deve “tomar decisões acerca das prioridades e consequências com uma severidade crescente” e, em último caso, adotar métodos drásticos<sup>1011</sup>. Isso porque “a confiança na capacidade de função do sistema encerra a confiança na capacidade de seus controles internos para funcionar”<sup>1012</sup>. Ou, como resume Mansilla:

Do ponto de vista organizacional, a confiança se despessoaliza. Quem confia já não o faz por conta de seu próprio risco, mas por conta do risco do sistema.<sup>1013</sup>

Nesse conduzir, no limite, para pessoas ou sistemas sociais, Luhmann identifica duas estratégias possíveis para ganhar ou manter confiança: a permanência ou a adaptação. Conquanto a primeira seja mais intuitiva<sup>1014</sup>, em um universo incessantemente cambiante ela

---

<sup>1007</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p.96-97, tradução nossa.

<sup>1008</sup> Ibid., p. 98.

<sup>1009</sup> Ibid., p. 98, tradução nossa.

<sup>1010</sup> Ibid., p. 98.

<sup>1011</sup> Ibid., p. 98, tradução nossa.

<sup>1012</sup> Ibid., p. 101, tradução nossa.

<sup>1013</sup> Ibid., p. XXV, tradução nossa.

<sup>1014</sup> A expressão *rolling stone* designativa de andarilhos deriva sua origem do ditado popular inglês “pedra que rola não cria musgo”, cuja primeira menção moderna, *saxum vultum non obducitur musco* remete a *Adagia*, de Erasmo de Roterdã (DOMENÈCH, Germán Colón. Los Adagia de Erasmo em Español y em Portugués. In: **Revista de Filología Española**, n. 1, Tomo LXXXIV, enero-junio 2004, p.5-27. [S.l.]: ILLA; CSIC, 2004. Disponível em: <http://xn--revistadefilologiaespaola-uoc.revistas.csic.es/index.php/rfe/article/viewFile/96/95>. Acesso em: 20 fev. 2020), também autor de *Elogio da Loucura*, escrita em homenagem a Thomas Morus (ROTTERDAM, Erasmo de. **Elogio da Loucura**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001) (*moria* é loucura em grego), que, por sua vez, é autor de *Utopia* (MORE, Thomas. **Utopia**. Tradução de Pietro

implica riscos. Daí porque considerar, nesse cenário, que a segunda estratégia torna os sistemas “mais elásticos, mais complexos e mais duráveis. Perdem sua espontaneidade e ganham em reflexividade”<sup>1015</sup>. Porém, é por se fazer mais “consciente e ajustável a condicionantes mais complexas”, que se torna problemática a autoapresentação:

[...]. À medida que esta reflexividade vem a tornar-se consciente, também a confiança pessoal se converte em uma variante da confiança no sistema. Somente a confiança na capacidade para refletir a autoapresentação inclui uma garantia ou continuidade adequada à conduta sob difíceis condições em transformação. Só essa forma de confiança pode fazer-se consciente da função da confiança, a função de redução da complexidade frente à liberdade de outra pessoa e de, em face desse conhecimento, encontrar uma orientação. E ao inverso, uma teoria funcional da confiança, como se tem tentado aqui, só é significativa se, e somente se, a ordem social está em posição de fazer que a confiança seja possível nas apresentações refletidas psicologicamente e, em termos sociais, institucionalizada.<sup>1016</sup>

Luhmann, porém, ressalva que, para fins da confiança de que trata, não é possível fazer uso da “identidade social” enquanto desempenho individual de papéis sociais, como nas lições de Burke e Goffman<sup>1017</sup>: há que se distinguir daquele que se nos cruza pela rua<sup>1018</sup>:

A base de toda confiança é a apresentação do próprio indivíduo como uma identidade social que se constrói por si só, através da interação e que corresponde a seu entorno. [...] qualquer um que se distancie dessa forma não está em posição de adquirir confiança uma vez que não oferece oportunidades para aprender e provar. [...] Qualquer um que queira ganhar confiança deve tomar parte da vida social e estar em posição de criar expectativas de outros em sua autoapresentação.<sup>1019</sup>

Nessa linha, “adquirir confiança pessoal significa quitar as expectativas estandardizadas” cuja garantia de satisfação se fez inerente à sua personalidade individual. Toda autoapresentação gera uma certa obrigação, inclusive porque cada um se apresenta desde o princípio como digno de confiança. Tanto quem quer permanecer o mesmo deve seguir o que tem se mostrado ser, quanto aquele que quer se renovar só torna isso factível se, de outra maneira, mostrar-se constante e que retém sua integridade<sup>1020</sup>.

Nasseti. São Paulo: Martin Claret, 2001) – lugar nenhum em grego. Concluindo: uma pedra que rola não para em lugar nenhum, não é fixa e, por isso, não deveria inspirar confiança.

<sup>1015</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p. 106, tradução nossa.

<sup>1016</sup> Ibid., p. 106-107, tradução nossa.

<sup>1017</sup> Para a sutil mas relevante distinção, anote-se a lição de Erving Goffman: “A sociedade estabelece os meios de categorizar as pessoas e o total de atributos considerados como comuns e naturais para os membros de cada uma dessas categorias. Os ambientes sociais estabelecem as categorias de pessoas que têm probabilidade de serem neles encontradas. As rotinas de relação social em ambientes estabelecidos nos permitem um relacionamento com ‘outras pessoas’ previstas sem atenção ou reflexão particular. Então, quando um estranho nos é apresentado, os primeiros aspectos nos permitem prever a sua categoria e os seus atributos, a sua ‘identidade social’ [...]. Baseando-nos nessa preconceções, nós as transformamos em expectativas normativas, em exigências apresentadas de modo rigoroso. (GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes (trad.). 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008, p. 12).

<sup>1018</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p. 107.

<sup>1019</sup> Ibid., p. 106-107, tradução nossa.

<sup>1020</sup> Ibid., p. 108-109, tradução nossa.

Quando a responsabilidade excede em muito sua capacidade de processar informação, há a possibilidade de outorgar confiança, exercendo-se um controle simbólico que, a longo prazo, é capaz de dissolver eventuais discrepâncias: “por meio da confiança, aquele que confia se alivia a si mesmo da complexidade que não pode suportar”<sup>1021</sup>; já quem deseje abusar da confiança deve meter-se nessa complexidade e obter um maior controle da situação sob pena de vir a ser desmascarado<sup>1022</sup>. A confiança, assim, oferece oportunidades e restrições:

[...]. Desse modo, se forma o elemento de controle social nas relações de confiança. A confiança se acumula como uma espécie de capital que oferece mais oportunidades para uma ação mais extensa, mas que deve ser usada e dirigida continuamente e que obriga a quem a utiliza a uma autoapresentação confiável da qual só se pode escapar com grande dificuldade. Pode-se ganhar confiança por meio da autoapresentação enganosa, porém só se pode mantê-la e utilizá-la como capital continuamente disponível se se mantém o engano. A aparência logo se converte inadvertidamente em realidade, as qualidades que foram a princípio enganosas se fazem hábitos, as vantagens da confiança servem como um instrumento de obrigação. A confiança educa. Isso é certo tanto em nível emocional como no nível tático, e neutraliza os perigos que existem em um controle exclusivamente tático das relações de confiança. [...].<sup>1023</sup>

Prossegue Luhmann reforçando que “os mecanismos reflexivos estendem o potencial de complexidade da sociedade e, desse modo, as perspectivas de sobrevivência do sistema social”<sup>1024</sup> e que, embora não seja tão facilmente reconhecida, ela também se manifesta na confiança: não se trata de aprofundar as justificativas de outorga de confiança, mas tomá-la, enquanto função, como “ponto de partida da necessidade de ir mais além da informação disponível e, logo, colocar a confiança reflexivamente nos mecanismos para a formação da confiança”<sup>1025</sup>. Luhmann exemplifica:

[...]. O poder de aquisição do dinheiro é digno de confiança, mesmo que a moeda seja conhecida por se amparar em uma alavancagem, por assim dizer, e não estar coberto por um valor correspondente nas instituições que cunham moedas, amparando-se, ao invés, na expectativa, apoiada pela experiência, de que nem todos querem simultaneamente converter seus créditos econômicos em dinheiro real à vista. Se confia no fato de que o Estado tem o poder de garantir a paz e tomar decisões sobre os problemas, mesmo que se saiba que seu poder de coerção não é adequado para fazer isso se uma grande porcentagem da população se rebelar ao mesmo tempo ou rechaçar as decisões.<sup>1026</sup>

A conclusão é a certo modo chocante, mas absolutamente coerente com as ideias de autopoiese e funcionalidade sistêmicas:

---

<sup>1021</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p. 109-110, tradução nossa.

<sup>1022</sup> Ibid., p. 110.

<sup>1023</sup> Ibid., p. 111, tradução nossa.

<sup>1024</sup> Ibid., p. 113, tradução nossa.

<sup>1025</sup> Ibid., p. 115-116, tradução nossa.

<sup>1026</sup> Ibid., p. 119, tradução nossa.

[...]. A confiança não está interessada em conhecer a verdade essencial de um assunto, mas sim no êxito da redução de complexidade, no fato de que a aceitação do risco implicado se provou por si mesmo na vida social, e, desse modo, chega a ser uma força motivadora que produz seu maior testemunho. [...].<sup>1027</sup>

Generalizando e aprofundando a afirmação de Parsons de que “o fundamento racional para a confiança no dinheiro é que outros tem confiança no dinheiro”<sup>1028</sup>, Luhmann afirma que “a base racional da confiança no sistema reside na confiança depositada na confiança de outras pessoas”<sup>1029</sup>. Luhmann acredita que essa revelação “pode fazer com que as condições sob as quais este tipo de confiança funciona, fiquem mais transparentes e, deste modo, eliminem algum tipo de insegurança latente que tipicamente acompanha uma segurança nos mecanismos que não se entende”<sup>1030</sup>. Essa aposta, contudo, reflete a própria natureza da confiança que, se por um lado amplifica-se sobre si mesma, pode, por outro, desabar sobre si mesma tão ou mais rápido quanto:

[...]. Em uma área da experiência que é ordenada por umbrais pode-se supor que os fundamentos da conduta permanecem constantes, ou ao menos que se pode permanecer indiferente a algumas distinções até que cruzem o umbral; logo, um pequeno passo conduz a grandes mudanças. Daí que os umbrais da experiência são também mecanismos para a redução da complexidade a problemas relativamente simples: em vez de se enfrentar com grande quantidade de experiências de matizes levemente distintas, interessa-se no problema substituto de reconhecer o umbral a partir do qual nossa orientação se torna essencialmente diferente. E este problema é mais fácil de manejar.

A delimitação por meios dos umbrais é característica do fenômeno da familiaridade assim como da confiança; porque em ambos os casos é uma questão de atitudes generalizadas como uma considerável indiferença a numerosos detalhes e ligeiros matizes de experiência. Nem toda discrepância desperta dúvidas acerca de características familiares do mundo; nem todo desacordo destrói a confiança. [...].<sup>1031</sup>

Como equivalente funcional alternativo, a desconfiança é também retroalimentada<sup>1032</sup>, de modo que um sistema mal adaptado não se conduz a um equilíbrio com seu entorno a partir dos seus efeitos, mas, sim, encontra seus efeitos reforçado oferecendo com isso oportunidades para novas causas de desconfiança: “um bom exemplo, talvez de mesmo núcleo desses processos, é o que Merton dedicou um ensaio clássico, sob o título de ‘profecia de autorrealização’”<sup>1033</sup>. Do aludido trabalho, extrai-se:

A profecia autorrealizável é, inicialmente, uma falsa definição da situação que evoca um novo comportamento que torna realidade a concepção originalmente falsa. A

<sup>1027</sup> LUHMANN, **Confiança** [...], op. cit., p. 119, tradução nossa.

<sup>1028</sup> Ibid., p. 119, tradução nossa.

<sup>1029</sup> Ibid., p. 121, tradução nossa.

<sup>1030</sup> Ibid., p. 121, tradução nossa.

<sup>1031</sup> Ibid., p. 128, tradução nossa.

<sup>1032</sup> Ibid., p.123.

<sup>1033</sup> Ibid., p.129-130, tradução nossa.

validade ilusória da profecia autorrealizável perpetua um reino de erro. Pois o profeta citará o curso real dos eventos como prova de que ele estava certo desde o início. (No entanto, sabemos que o banco de Millingville era solvente, que teria sobrevivido por muitos anos se o boato enganador não tivesse criado as próprias condições de seu próprio cumprimento.) Essas são as perversidades da lógica social.”<sup>1034</sup>

Essa lógica social revela a Luhmann grandes dificuldades, mas também soluções:

[...] a confiança e a desconfiança, como vimos, são atitudes generalizadas, transmitidas simbolicamente, que não variam com causas objetivas especificáveis explicitamente, mas que são controlados por processos subjetivos por meio dos quais se processa e se simplifica a experiência. E na simplificação, na redução de complexidade, sempre há um momento instável, incalculável. [...]. Os objetivos e os eventos que parecem ter valor como indicadores ganham especial relevância e controlam a interpretação de outras situações. Prendem a atenção. Chegam a ser razões, provas de que a confiança ou a desconfiança é justificada. [...] o que é mais decisivo que qualquer coisa é uma preconceção indeterminada acerca da tendência seletiva e da direção da fixação simbólica – a miúdo, é resultado de uma primeira impressão casual. Seleciona as variáveis críticas, a evidência que conta, e, com estas, também define os critérios cuja variação na situação objetiva adota o caráter de uma experiência de umbral e sugere a mudança da confiança à desconfiança ou vice-versa.<sup>1035</sup>

De outro lado, Luhmann pondera que, ao se considerar a confiança um imperativo ético, a outorga de confiança não poderia ser feita cegamente, convertendo-a em um problema cognitivo: outorga-se confiança diante de suficiente conhecimento. Por essa solução, porém, a outorga de confiança ocorre quando não há necessidade dela. Ou seja: “o real problema é a confiança que é injustificada e a que se justifica a si mesmo assim se fazendo criativa”, de modo que os fundamentos internos da confiança não podem estar na capacidade cognitiva<sup>1036</sup>.

Segundo Luhmann, tanto as pessoas quanto os sistemas sociais estão mais dispostos a outorgar confiança quando possuem um tipo de confiança em si mesmos, “a que os habilita a antecipar as possíveis desilusões de confiança com serenidade, sem converter os que são somente uma possibilidade concebível imediatamente em razões para a ação”. Mas se “a confiança em si mesmo é a base de toda verdadeira confiança”, de outro lado, “a confiança em si mesmo só pode se aprendida quando se é objeto da confiança de outros”<sup>1037</sup> – o que reforça a radical importância da familiaridade. Em sequência, afirma-se que a disposição favorável à confiança “não consiste em um aumento da segurança com uma correspondente diminuição da insegurança, consiste, ao invés, em um aumento da insegurança suportável às expensas da segurança”<sup>1038</sup>:

<sup>1034</sup> MERTON, Robert King. **Social Theory and Social Structure**. New York: The Free Press, 1968, p. 477, tradução nossa.

<sup>1035</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p. 130-131, tradução nossa.

<sup>1036</sup> Ibid., p. 136, tradução nossa.

<sup>1037</sup> Ibid., p. 135-136, tradução nossa.

<sup>1038</sup> Ibid., p. 138, tradução nossa.

Do ponto de vista funcional, a confiança em si mesmo como fundamento para a confiança pode ser remontada à disponibilidade de mecanismos internos para a redução de complexidade. A confiança pode ocorrer se esses mecanismos de dedução internos se estabilizam de tal forma que complementam a redução do entorno e, deste modo, estão em posição de reforça-la nos pontos críticos. Em outras palavras, a confiança se faz possível e fácil pelo fato de que o sistema que confia tem recursos internos disponíveis, que não estão limitados estruturalmente e que em caso de uma desilusão da confiança podem pôr-se em ação e assumir a carga de redução de complexidade e a solução dos problemas.”<sup>1039</sup>

Psicologicamente, a estabilização de sentimentos acerca de pessoas ou objetos específicos reduzem a complexidade por uma generalização operada sobre a individualidade dessa pessoa ou objeto: “os sentimentos abraçam em princípio todos os aspectos de seu objeto”. Mas, se o sentimento se identifica com seu objeto, tornando fixo-o e intransferível, a eventual quebra da relação emocional restabelece toda a complexidade<sup>1040</sup>. Daí porque, se de um lado Luhmann afirmar que “a catexia emocional da criança com sua família é, e.g., a base para a aprendizagem de toda confiança”, por outro reconhece que “se exige cada vez mais confiança para sistemas para os quais não se pode ter sentimentos”<sup>1041</sup>.

As pessoas e os sistemas sociais lutam, em sua autoapresentação, como já demonstramos, para traçar um quadro consistente de si mesmos e fazê-lo socialmente aceitável. [...] se desenvolve na interação social um tipo de linguagem expressiva que facilita que as ações sejam atribuídas às pessoas ou aos sistemas sociais e não só casualmente mas também simbolicamente, como expressando sua essência, seu eu. [...]. Porque a autoapresentação é difícil, ameaçada pelas contradições internas, erros, fatos e a informação que tampouco se pode apresentar, por um lado, se exige uma sanidade muito expressiva e, por outro, da cooperação bem-sucedida dos expectadores. Com frequência surgem situações embaraçosas ou delicadas [...]. [...] uma pessoa que mantém a compostura pode salvar-se de várias formas: dando à situação um caráter de piada, admitindo-o abertamente, reinterpretando retrospectivamente sua autoapresentação passada, minorando a importância do assunto, ignorando-o com a cooperação dos expectadores perceptivos que, sem embargo, se abstém de denunciar sua perspicácia, explicando o incidente como um evento sem importância, por exemplo, como uma moléstia causada por algo externo.<sup>1042</sup>

Luhmann aponta que a confiança também é uma autoapresentação, pois, revelando-se mal outorgada, “aquele que confia resta não só desiludido, como em algumas circunstâncias resta também exposto ao ridículo” – e quem desde o início está seguro de que, em caso de desilusão, não terá sua autoapresentação afetada, está mais inclinado a confiar<sup>1043</sup>. Disso:

Se se compara a segurança na autoapresentação com a catexis emocional, a flexibilidade maior da primeira se faz imediatamente aparente. Seu princípio de generalização não está na identidade de um objeto senão na identidade do eu

<sup>1039</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p. 139, tradução nossa.

<sup>1040</sup> Ibid., p. 140-141, tradução nossa.

<sup>1041</sup> Ibid., p. 142, tradução nossa.

<sup>1042</sup> Ibid., p. 142-143, tradução nossa.

<sup>1043</sup> Ibid., p. 144, tradução nossa.

apresentado. [...]. O modo de redução na autoapresentação não é a fusão de exterior e interior, como na identificação emocional, e sim a separação e a conservação de limites. A conservação do limite se pratica por meio do controle de toda informação acerca do eu que abandona o sistema. [...].<sup>1044</sup>

Funcionalmente, portanto, a confiança é reforçada pela sinergia entre a variedade de dispositivos redutores de complexidade disponíveis internamente. E a resposta que devem propiciar pauta-se sobre uma capacidade generalizadora de solução de problemas aplicável a problemas diversos e imprevisíveis, dissociados de circunstâncias atuais de tempo e modo.

Similarmente, os sistemas sociais também necessitam internamente de “mecanismos que impeçam que a desconfiança se imponha e seja correspondida em um processo de escalada que lhe confira força destrutiva”. São estratégia diversas, como as que institucionalizam e monopolizam as penas e o perdão, procedimentalizam as formas e os prazos de intervenção legítima<sup>1045</sup>:

Todos esses ordenamentos empurram o umbral da desconfiança efetiva para frente. É claro, não podem evitar com toda segurança o surgimento da desconfiança, mas ao menos podem filtrar as numerosas oportunidades não consideradas para tal desenvolvimento. Desse modo, reduzem a probabilidade de que um sistema social seja imediatamente destruído pelo aumento da desconfiança entre seus membros, o qual pode significar um ganho crítico de tempo para a sobrevivência do sistema, enquanto o sistema possa emprega-lo para apreende a confiança e acumular capital de confiança, ajuda com a qual chegue logo a ser menos sensível e possa também sobreviver a situações mais sérias.<sup>1046</sup>

Reforçando serem várias, ricas e complexas as condições sociais para a formação da confiança, Luhmann anota que a confiança social pode ser afetada a partir de fora, consistindo “principalmente, uma questão das condicionantes sociais para a expressão da emoção ou para o êxito da autoapresentação”<sup>1047</sup>, e a partir de dentro, quando suas possibilidades de escolha se restrinjam e a confiança se confirme a curto prazo, ou caso o rompimento da confiança implique consequências suficientemente severas para reduzir o risco daquele que confia<sup>1048</sup>.

A multiplicidade das formas para criar confiança faz pouco frutífera a busca de fórmulas gerais. Mas é forçoso reconhecer que é só essa multiplicidade de

<sup>1044</sup> LUHMANN, *Confianza* [...], op. cit., p. 144, tradução nossa.

<sup>1045</sup> Ibid., p. 132.

<sup>1046</sup> Ibid., p. 133, tradução nossa.

<sup>1047</sup> Exemplifica: “um clima social que honra vínculos pessoais tais como o amor e a lealdade e não os expõe ao ridículo, como na figura do marido enganado; que institucionaliza o tato e conhece suficientes rotas de fuga para a autoapresentação em situações difíceis”. (Ibid., p. 147), tradução nossa. Quer-nos parecer, assim, que uma sociedade mais humana, no sentido de empática, tolerante, solidária ou fraterna mesmo, semeia melhores condições para o desenvolvimento da confiança do que outras sociedades. Em outras condições, obviamente, o desafio é reverter a tendência de retroalimentação da banalidade do mal, do ódio e da intolerância. Com isso, pode-se tomar de empréstimo o prognóstico de Macpherson: “se verificarmos mudanças que sejam não só já perceptíveis, mas que sejam, atribuíveis a forças ou circunstâncias que tenham probabilidade de operar com efeito cumulativo, então podemos ter alguma esperança de uma ruptura” (MACPHERSON, op. cit., p. 104).

<sup>1048</sup> LUHMANN, *Confianza* [...], op. cit., p. 147.

possibilidades que lhe fornece alguma salvaguarda contra o rompimento da confiança em sociedade. A confiança é criada de uma ou outra forma. E as sociedades altamente diferenciadas, que necessitam de mais confiança para a redução de sua complexidade que as sociedades simples, talvez deversem, ao mesmo tempo, ter prontos os mecanismos mais variados para a criação e a estabilização da confiança; [...].<sup>1049</sup>

Aprofundando sua análise sobre a racionalidade da confiança e da desconfiança, Luhmann afirma que o caráter normativo de princípios morais só se apresenta de modo relevante apenas se puderem antecipar situações sociais, ou seja, quando a complexidade (social e real) já foram reduzidas em um grau considerável: “a confiança sempre é exigida precisamente onde outros meios para simplificar a orientação da ação e garanti-la falharam ao operar”<sup>1050</sup>. Se em um mundo tão complexo a funcionalidade de uma ética de princípios resta prejudicada, as teorias da decisão, que “tratam de desenvolver e verificar programas que o ator pode aplicar em situações modelo predeterminadas” sem que dependam de outras circunstâncias do contexto funcional, partem do pressuposto de que o mundo está organizado<sup>1051</sup> – ao que pondera:

[...]. A confiança não é um meio que pode se eleger para fins particulares, muito menos uma estrutura de fins e meios capaz de otimizar-se. Nem é a confiança uma previsão, cuja correção poderia medir-se quando o evento prognosticado ocorre, que poderia reduzir-se a um valor de probabilidade depois de alguma experiência. Esses tipos de técnicas que são significativas dentro do marco dos modelos de tomada de decisão têm, como também a confiança, a função de reduzir complexidade. São equivalentes funcionais da confiança, porém não atos de confiança no sentido verdadeiro. Desde que se estendam, a confiança é desnecessária. Podem realocar a confiança precisamente quando, pelo contrário, a necessidade de confiança como uma forma complementar de absorver incerteza é o resultado da efetividade limitada dessas técnicas de tomada de decisão. Sem embargo, a confiança é algo mais que uma suposição razoável sobre como decidir corretamente e, por essa razão, os modelos para calcular as decisões corretas evitam o ponto do problema da confiança.  
1052

A análise sociofuncional proposta por Luhmann se mostra adequada justamente porque a sua racionalidade não reside na análise das decisões individuais, mas sim nos sistemas e aos seus dispositivos de manutenção:

A confiança é racional com respeito à função de aumentar o potencial de um sistema para a complexidade. Sem a confiança só são possível formas muito simples de cooperação humana, as que podem ser levadas a cabo na hora, e também a ação individual é muito sensível ao rompimento para que, sem confiança, se possa planejar além do momento assegurado. A confiança é indispensável para o propósito de aumentar o potencial de um sistema social para a ação mais além dessas formas elementares. Tipos completamente novos de ação, sobretudo aqueles que não são imediatamente satisfatórios e que tem de ser motivados artificialmente se fazem

<sup>1049</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p.147-148, tradução nossa.

<sup>1050</sup> Ibid., p. 151, tradução nossa.

<sup>1051</sup> Ibid., p. 152, tradução nossa.

<sup>1052</sup> Ibid., p. 153, tradução nossa.

possíveis em sistema que pode ativar a confiança. Através da confiança um sistema ganha tempo, e o tempo é a variável crítica na construção de estruturas de sistemas complexos. [...].<sup>1053</sup>

Enquanto dispositivo social de redução de complexidade “a confiança depende de que a inclinação ao risco<sup>1054</sup> se mantenha sob controle e de que a cota de desilusões não seja muito grande”<sup>1055</sup>. Sob essa perspectiva, observa-se que a própria desconfiança, como seu equivalente funcional, também se institucionaliza e passa a integrar a racionalidade do sistema<sup>1056</sup>:

[...]. [...] os sistemas podem oferecer-se ao mesmo tempo confiança e desconfiança mutuamente, de muitas formas até entrelaçadas, de modo que se intensifiquem uma à outra. [...]. Inclusive existem papéis que, no significado específico de seu trabalho, lhes permite tratar o confiável como o não confiável e considerar as respectivas informações com desconfiança – por exemplo os investigadores ou os juízes. [...].<sup>1057</sup>

Na sua avaliação, “só nos sistemas que gozam de confiança pode a desconfiança institucionalizar-se e restringir-se tanto que não seja considerada como pessoal, e, assim correspondida, ficar protegida da sua extensão para o conflito”<sup>1058</sup>. A organização despersonaliza os dispositivos de confiança e desconfiança, os tornam independentes das motivações pessoais e da inclinação ao risco, pois “a pessoa que confia, já não o faz tanto a seu próprio risco, mas ao risco do sistema”<sup>1059</sup>. As distinções internas ao sistema também são estratégicas já que a confiança ou desconfiança se outorgam em sentidos diferentes e por diferentes razões:

[...]. O mundo interno de um sistema é bastante diferente do mundo externo, e, portanto, ninguém está obrigado a ser consistente<sup>1060</sup> na confiança além dos limites

<sup>1053</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p. 154, tradução nossa.

<sup>1054</sup> Segundo Luhmann a forma risco/perigo deriva de uma decisão de aceitar os riscos de uma decisão (contingência estruturada) ou de se sujeitar aos perigos inerentes do ambiente (contingência) (Id., **Sociologia del riesgo**. Traducción Silvia Pappé, Brunhilde Erker y Luís Felipe Segura. Coordinador de Traducción: Javier Torres Nafarrete. 3. ed. en Español. Colección Teoría Social México: Universidad Iberoamericana, 2006, p.67). Conforme exemplifica Pancotti “a inundação é um perigo, mas aquele que constrói sua casa no leito de um rio expõe-se a um risco” (PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. Ensaio sobre a teoria da responsabilidade na sociedade de risco. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n.38, p.75-94. Campinas, 2011, p.84).

<sup>1055</sup> LUHMANN, **Confianza** [...], op. cit., p. 155, tradução nossa.

<sup>1056</sup> Ibid., p. 155-156.

<sup>1057</sup> Ibid., p. 161-162, tradução nossa.

<sup>1058</sup> Nada obstante, Luhmann não se alheia e reconhece que, “apesar da especialização e despersonalização, tais papéis de desconfiança ainda carregam as sementes de muitos conflitos interorganizacionais” (Ibid., p. 162, tradução nossa).

<sup>1059</sup> Ibid., p. 162-163, tradução nossa.

<sup>1060</sup> Importante registrar que Luhmann refere-se à consistência no interior do sistema sem, contudo, operá-lo sob a perspectiva lógico-matemática da teoria da incompletude de Kurt Gödel. A referência Gödel não se encontra em Confianza, de 1968, em Sociologia do Direito, de 1972, nem mesmo em A Terceira Questão, de 1988 (Id., A terceira questão – o uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Tradução de Cícero Krupp da Luz e Jeferson Luiz Dutra. In: **Estudos Jurídicos**, v. 39, n. , jan-jun 2006, p. 45-52. São Leopoldo: Unisinos, 2006), onde, porém, se encontra imanente essa guinada lógica. Estranhamente, Dalmir Lopes Junior anota que A Restituição do Décimo Segunda Camelo teria sido escrito em 1985, sendo somente publicado postumamente em

do sistema. Alguém pode, por exemplo, aceitar sem problemas a opinião de um colega acerca de um assunto técnico, ainda que não se arrisque emprestando-lhe dinheiro pessoalmente. Os limites do sistema atuam como umbrais críticos [...].<sup>1061</sup>

Ao que Luhmann acrescenta que “é precisamente esta diferenciação dos enfoques da confiança e da desconfiança que é racional do ponto de vista do sistema” pois cuida de “estabilizar, em um entorno extremamente complexo, um sistema de ordem menos complexa, mais simples, que seja adequado às capacidades humanas”<sup>1062</sup>. Nesse caminho, Luhmann se direciona às suas conclusões:

[...] Os sistemas são racionais na medida em que podem abarcar e reduzir a complexidade, e só podem fazer isso se possuem o entendimento de como fazer uso da confiança e da desconfiança sem colocar exigências muito pesadas na pessoa que finalmente outorga confiança e desconfiança: o indivíduo.<sup>1063</sup>

E finaliza:

[...]. Somente do ponto de vista de sua função se pode entender como um todo e se comparar com outros mecanismos funcionalmente equivalentes: a confiança reduz a complexidade social indo mais além da informação disponível e generalizando as expectativas de conduta, no que substitui a informação que falta com uma segurança internamente garantida. Desse modo, é dependente de outros mecanismos de redução desenvolvidos paralelamente a ela, por exemplo, os da lei, da organização e, é claro, os da linguagem, não se reduzindo, no entanto, a eles. A confiança não é a única razão do mundo; mas uma concepção muito complexa e estruturada do mundo não poderia se estabelecer sem uma sociedade definitivamente complexa, que por sua vez não poderia se estabelecer sem a confiança.<sup>1064</sup>

Em vista de todo o exposto, parece restar claro que a forma confiança/desconfiança integra definitivamente o conjunto de dispositivos de redução de complexidade das sociedades complexas e funcionalmente diferenciadas. Mas seu desenvolvimento na teoria luhmanniana não para por aí. Delineando sua teoria geral, afirma que o surgimento de confiança ou desconfiança como um dos efeitos mais importantes da dupla contingência<sup>1065</sup>:

Características típicas da autogênese dos sistemas sociais a partir da dupla contingência podem ser estudadas precisamente com base no caso da confiança e desconfiança. Importante, sobretudo, é que a confiança e desconfiança só podem se manifestar no domínio da dupla contingência, ou seja, não devem ser confundidas

---

2000. Ali Luhmann retoma a *Gewalt* de Walter Benjamin, cita e faz uso expresso de *Laws of Form* de George Spencer-Brown bem como faz uso de Gödel, aparentemente pelas mãos de Gödel, Escher, Bach (1979), de Douglas R. Hofstadter. Curiosamente, Gödel já é mencionado brevemente por Wiener em *Cibernética* ao referir o elemento contingencial diante da impossibilidade de submeter de modo sistemático um argumento a provas lógicas (WIENER, op. cit., p. 155). Luhmann refere Gödel até sua última obra (LUHMANN, *La Sociedad* [...], op. cit., p. 138), de modo que resta saber por qual razão ele, dono de uma publicação imensa, manteria em segredo, por mais de 10 anos, mesmo diante da morte, um texto de potencial tão grande.

<sup>1061</sup> Id., *Confianza* [...], op. cit., p. 159, tradução nossa.

<sup>1062</sup> Ibid., p. 160, tradução nossa.

<sup>1063</sup> Ibid., p. 163, tradução nossa.

<sup>1064</sup> Ibid., p. 164, tradução nossa.

<sup>1065</sup> Id., *Sistemas* [...], op. cit., p. 151.

com otimismo ou pessimismo geral de vida, medo de doença ou outros infortúnios, preferência pelo que é familiar etc. Confiança tem de ser demonstrada contingentemente, quer dizer, voluntariamente. Por isso, ela não pode ser nem exigida, nem prescrita normativamente. Ela só tem valor funcional social de confiança quando vê a possibilidade da desconfiança – e a rejeita; quando, portanto, basear-se na negação do contrário. Além disso, é justamente aí que é importante a estrutura temporal e a sequencialidade da construção das relações sociais: começa-se com pequenos riscos e se constrói com base em demonstrações de eficácia; e facilita a garantia da confiança quando essa garantia é exigida em ambos os lados, de modo que a confiança de um pode encontrar sustentação na do outro.<sup>1066</sup>

Embora constitua “um fato social universal”, ressalva-se seu ocultamento por “estratégias de segurança funcionalmente equivalentes e situações quase sem liberdade de escolha, como domínio do direito e organização”, sendo aí, porém, a confiança também requerida diante de eventuais abalos<sup>1067</sup>.

Conforme reforça, dado seu “caráter circular, que se autossupõe e se autoconfirma”, tornando-se cada vez mais reforçado e mais arriscado, entende Luhmann que a confiança “depende de proteção simbólica: ela reage a informações críticas não em virtude de fatos que elas informam, mas porque elas atuam como indicadores de confiabilidade”<sup>1068</sup>.

Desse pequeno trecho de confirmação e acréscimo a estudo anterior, observa-se, mais uma vez, que os sistemas, para serem consistentes, não são nem podem ser completos, recorrendo, assim, às aberturas cognitivas em suas semânticas próprias para a incorporação de novas estratégias, contando, ainda, com a indispensável prestação de outros sistemas implicados socialmente (acoplamentos) para a manutenção de suas operações.

Essa abertura, contudo, somada ao caráter circular, cada vez mais complexo, reforçado e arriscado – mesmo quando se trata da confiança como dispositivo de redução de complexidade –, parecem alçar qualquer certeza ou segurança jurídica à condição de utopia, inalcançável mesmo num futuro distante.

Luhmann confirma essa impressão ao final de *O Direito da Sociedade*, negando, porém, que isso retire a importância da garantia que o direito confere a expectativas normativas.

[...] o direito da sociedade moderna deve seguir adiante sem um futuro certo. Os parâmetros naturais, no que se referem à sociedade, não podem ser aceitos como algo constante – ainda que, obviamente, se possa partir de que o sol seguirá ainda brilhando por muito tempo; nem os valores podem ser projetados ao futuro, à medida que proporcionam instruções para a decisão, isto é, enquanto devam funcionar como regras de colisão. Todo futuro se expõe no médium do (mais ou menos) provável e do (mais ou menos) improvável. Sem embargo, isso significa que as estimativas para o futuro podem divergir e que tampouco existe uma linha geral

<sup>1066</sup> LUHMANN, *Sistemas [...]*, op. cit., p. 153.

<sup>1067</sup> Ibid., p. 153-154.

<sup>1068</sup> Ibid., p. 153.

como ‘história sagrada, um ‘progresso’ ou de um ‘fim do mundo’ a que se possa ater.

Precisamente porque é assim (e irrompe cada vez em maior medida), as expectativas normativas, assim como a garantia que lhes outorga o direito, mantem sua importância. Segue-se insistindo que a comunicação deve orientar-se em cada caso presente e que depende de sua capacidade determinar quais expectativas o direito abarca e quais não. Segue-se insistindo que o direito trata da proteção de expectativas particularmente notáveis, isto é, de estabilização contrafática de projeções ao futuro. Segue-se insistindo também no princípio geral da proteção da confiança naqueles casos em que se havia confiado no direito vigente. E segue-se insistindo em exigências muito específicas quanto ao uso do simbolismo de validade para a modificação de situações jurídicas, sejam em forma de contrato ou de leis. Em todo caso, se intensifica uma série de problemas que podem caracterizar-se por meio da distinção futuro presente/presentes futuros. O direito mesmo não pode ser estável do ponto de vista do tempo, no sentido de que algo que em alguma ocasião tenha sido válido será válido para sempre. Quem quiser depositar sua confiança no direito, pode, sem dúvida, contar com um apoio contra oposições, resistências e desenganos, mas não pode contar com que o direito mesmo se mantenha sem sofrer nenhuma modificação. [...]. Deve se fazer sempre, portanto, um cálculo contrário para o caso de que aquilo em que se confia sofra uma alteração. E quando se apresenta uma modificação jurídica, deve-se evitar não só os efeitos retroativos como também proteger em maior medida aquelas pessoas que resultem particularmente afetadas por suas decisões anteriormente tomadas.<sup>1069</sup>

Luhmann, portanto, diante da latente e inegável modificabilidade do direito na dimensão temporal, apela à própria distinção funcional do direito e à proteção da confiança e em face de efeitos retroativos. Luhmann não nega, portanto, os riscos implicados no próprio sistema de direito, cuja função está ligada à estabilização de expectativas contrafáticas – ou seja, precisamente aquelas expectativas que, acredita-se, prevaleceriam sobre os fatos:

A comunicação está obrigada, em consequência – a isto se dirigem estas reflexões – a considerar em maior medida *os riscos do próprio direito*. Os problemas de risco não surgem devido apenas a que o direito julgue o comportamento de risco como algo conforme (ou discrepante) com o direito. Claro, esta última circunstância constitui também um problema que em muitos âmbitos tem conduzido – e há de conduzir – as modificações jurídicas. Se trata aqui, cada vez mais de vincular a esfera que vai da responsabilidade até a obrigação relativa às possibilidades de controle do risco, formando-se assim um contrapeso à ‘ilusão de controle’ tão típica em quem toma decisões. No entanto, uma dificuldade que vai além disso é se o direito pode aceitar seu próprio risco, e como isso pode se dar. Esta pergunta se encontra diretamente relacionada com a autodiferenciação, com a clausula operativa e a especificidade do sistema jurídico. A esse respeito, o sistema jurídico constitui uma imagem que reflete o sistema social: o direito implica risco porque a sociedade mesma o implica. Ou, mais exatamente: o direito está obrigado a observar-se e a descrever-se como algo arriscado pura e simplesmente porque isso mesmo é válido para a sociedade moderna.<sup>1070</sup>

E completa:

<sup>1069</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 634-636, tradução nossa. Nesse contexto, aliás, Luhmann considera que mais grave do que a modificação jurídica decorrente da alteração da legislação correspondente é a mudança do entendimento das altas cortes em consideração à ambiguidade e o distanciamento de casos particulares (Ibid., p. 636). Algo que, contudo, não deve ser visto acriticamente em vista das diferenças entre as práticas legislativa e jurisprudencial alemã e brasileira.

<sup>1070</sup> Ibid., p. 636-637, tradução nossa.

[...]. O direito não pode garantir a segurança, se a sociedade mesma entende seu futuro como um risco que depende de decisões. A única coisa que os riscos adquirem no sistema jurídico é uma forma jurídica específica. [...] em uma perspectiva referida aos interesses, o risco imanente à conduta decisional e o perigo que dele se origina para os outros se converte em problema jurídico por excelência. Em uma perspectiva autorreferencial (diga-se, referida a conceitos), o direito está obrigado a refletir sobre seu próprio risco. Mas isso não significa pura e simplesmente aceitar como um fato sua própria inconfiabilidade. Na verdade, trata-se de encontrar formas jurídicas que resultem compatíveis, do ponto de vista do risco e do perigo, com a autopoiese do sistema jurídico, com sua função específica e com a peculiaridade de seu código.<sup>1071</sup>

Portanto, uma vez que o direito de uma sociedade de risco é necessariamente um direito de risco, em sua unidade de diferença, o sistema de direito deve aceitar os riscos do próprio direito e aprender a lidar com eles. E isso significa reconhecer que não pode garantir a almejada segurança jurídica senão como representação de um ideal de confiabilidade (confiança) do próprio sistema de direito, seja em relação à sua função específica na sociedade (funcionalidade) seja em respeito à não-contradição ao seu próprio código (corrupção sistêmica) e às suas operações autopoieticas (consistência).

Os caminhos para realização disso, viu-se, não são dados, nem únicos, nem imutáveis e passam pela argumentação-fundamentação-decisão jurídica, pela fórmula de contingência, pela gödelização própria do sistema de direito pela qual se decide o indecível. Entre os complementos possíveis à disposição para fins de argumentação-fundamentação-decisão jurídica estão aqueles que apelam a princípios jurídicos, um deles de especial interesse à presente investigação: o princípio de proibição de retrocesso.

Como já enunciado acima, acredita-se que sobre essa base da confiança da sociedade, o sistema de direito desenvolveu um equivalente funcional, designadamente, um princípio jurídico de proteção da confiança, cujas funções e limites se dão em estreita relação com os princípios da segurança jurídica e da proibição de retrocesso. Nesse sentido, dá-se, em seguimento, as discussões realizadas no próximo capítulo

---

<sup>1071</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 638, tradução nossa.

## 5 A APLICAÇÃO: O RETROCESSO A PARTIR DA TEORIA DOS SISTEMAS

Uma vez exposta a controvérsia jurídico-científica que se abate sobre o princípio da proibição de retrocesso por ocasião do conturbado contexto sociosecuritário brasileiro, de posse de importantes contribuições da teoria dos sistemas sociais de Luhmann, vislumbra-se a possibilidade de propor, por tese, as bases jurídico-científicas para uma resposta satisfatória.

O presente capítulo se destina, assim, a demonstrar a efetiva contribuição da teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann para a solução dos problemas verificados na aplicação do princípio de proibição de retrocesso tendo por pano de fundo a celeuma que se abate sobre o seguro social brasileiro.

Com esse propósito, o presente capítulo divide-se em três seções: uma primeira destinada a transpor da seara sociológica para a seara propriamente jurídico-científica a percepção luhmanniana da confiança como dispositivo de redução de complexidade social. O exercício dessa transposição se faz à luz das exposições já realizadas acerca da sua teoria dos sistemas sociais e do sistema de direito particularmente. Em especial, a confiança será relacionada funcionalmente à consistência e função do sistema de direito no intuito de revelar que, interior ou exteriormente ao sistema de direito, há expectativas acerca do sistema de direito que merecem ser juridicamente protegidas.

O segundo tópico objetiva demonstrar que dentre as situações de confiança juridicamente protegidas estão tanto direitos que encerram a realização de um ideal de segurança jurídica, quanto outras que, não configurando direitos *prima facie*, mas expectativas de direitos, revestem-se de proteção jurídica por força da proteção que se deve à confiança juridicamente legítima. É nesta seara, propriamente jurídica, que, sem se confundir com a irretroatividade da lei (abarcada pela segurança jurídica), estão expectativas relacionadas ao sistema de direito a que se pode qualificar como retrocesso juridicamente proibido.

Em um último passo, aliando essas conclusões dos tópicos anteriores às demais contribuições já obtidas nos demais capítulos relativos à proibição de retrocesso e ao contexto sociosecuritário nacional, apresenta-se uma síntese conclusiva acerca do princípio de proibição de retrocesso no sistema de direito no Brasil e das conclusões que em vista disso se podem extrair do atual caso brasileiro.

### 5.1 CONFIANÇA LEGÍTIMA: FUNÇÃO E CONSISTÊNCIA DO DIREITO

Como visto acima, Luhmann colocou a confiança social, enquanto dispositivo de redução de complexidade social, ao lado do dinheiro na economia, da verdade na ciência e do poder na política. Ainda que não se possa que possuam em cada sistema uma mesma configuração sistêmica ou mesmo ocupam uma mesma posição na cadeia de trocas e operações comunicativas, fato é que confiança encontra equivalentes funcionais em diferentes sistemas sociais.

Sem embargo dessa análise luhmanniana, é preciso registrar que expressões da língua portuguesa também sugerem essa proximidade entre os diferentes *locus* sociais. A começar pela confiança, sua raiz latina sugere tanto um fiar junto, como um entrelaçamento, quanto às noções de pacto ou aliança, aquilo para com o que se guarda fidelidade ou mesmo alguma fé<sup>1072</sup>. A noção de aliança de fé, tal como a aliança matrimonial ou a própria arca da aliança (de Deus com a humanidade), marca uma relação circular, sem um início necessário nem um fim específico, tal como uma função, que se encerra em si mesma e se protraí de modo indefinido. A fé religiosa também denota fidelidade, crença, constância, um fiar-se que inspira credibilidade e, daí, também, ousadia<sup>1073</sup>. A fé também pode se manifestar como credo ou crença, o que representa tanto um ato de conferir crédito – o que paulatinamente vem substituindo as relações com papel moeda na economia –, como um ato de acreditar, conferir um valor de verdade com base na credibilidade ou verossimilhança, o que guarda íntima relação com a prova científica<sup>1074</sup>.

A fé religiosa dispensa o ver<sup>1075</sup>; a confiança prescinde de uma motivação inicial; o crédito depende de garantias, lastro; e a ciência exige a prova metódica. Sem prejuízo dessas diferenças, a fé, a confiança, o crédito e a credibilidade são valores variáveis, indicam a

<sup>1072</sup> A propósito, anote-se: “**fido, -is, fisis sum, fidere** – veb. intr. (Cic. Of. I, 81). Fiar-se em, ter confiança, confiar, e daí, ousar, atrever-se. // *fiducia, ae* – subs. f. (Cic. Verr. V, 167). Confiança, certeza, segurança, e daí, ousadia. // *fidus, -a, -um* – adj. (Cic. Lae. 53). Digno de fé, fiel. // *fiduciarius, -a, -um* – adj. (Ces. B. Ciu. II, 17, 2). Fiduciário, e, em sentido figurado, confiado, e provisório, transitório. // *foedus, -eris* – subs. n. (Cic. Cael. 34). Tratado, tratado de aliança, aliança, pacto. // *foederatus, -a, -um* – adj. (Cic. Arch. 7). Aliado, confederado.” (FARIA, op. cit., p.107).

<sup>1073</sup> A propósito, anote-se: “**fides, -ei** – subs. f. (Cic. Pomp. 19). Fé, crença, sentido primitivo que só vai reaparecer na época imperial por influência do cristianismo. Na língua do direito passou a significar, promessa solene, juramento, donde, boa-fé, fidelidade à palavra dada, honestidade, honra, crédito, confiança, segurança. // *fidelis, -e* – adj. (Cic. Cael. 14). Em quem se pode confiar, leal, constante, fiel. // *fidelitas, -tatis* – subs. f. (Cic. Lae. 65). Fidelidade, constância. // *fidenter* – adv. (Cic. Of. I, 92). Fielmente, lealmente. // *fidens, -tis* – adj. (Cic. Tusc. III, 13). Que tem confiança, que se fia. // *fidenter* – adv. (Cic. Diu. II, 67). Confiadamente, com audácia. // *fidentiā, -ae* – subs. f. (Cic. Tusc. IV, 80). Confiança, firmeza, ousadia.” (Ibid., p. 106).

<sup>1074</sup> A propósito, anote-se: “**credo, -is, -didi, -ditum, -ere** – veb. tr. e intr. (Cic. Off. II, 84). Depositar a confiança em, confiar em, e confiar algo a alguém, emprestar, acreditar. // *credibilis, -e* – adj. (Cic. Verr. V, 158). Crível, verossimilhante. // *credibiliter* – adv. (Cic. Dej. 17). De modo crível, com verossimilhança. // *creditor, -oris* – subs. m. (Cic. Phil. VI, 11). Credor. // *credium, -i* – subs. n. (T. Liv. XXVII, 51, 10). Empréstimo, dívida. // *credulus, -a, -um* – adj. (Cic. Lae. 100). Crédulo.” (Ibid., p. 66)

<sup>1075</sup> João 20:29; Hebreus 11:1-3.

possibilidade de existirem em maior ou menor grau. Isso os distingue da segurança e da certeza, que, como valores absolutos, não indicam tal possibilidade de variação: ou existem ou não existem. Nesse sentido, derivados da raiz latina *cura*, que indica cuidado e preocupação, as palavras *seguro*, *segurança* e *seguridade* surgem como sua negação: a sem cuidado, sem preocupações, tranquilidade, negligência – de onde se infere haver algum tipo de confiança que lhe permita essa despreocupação, essa ousadia<sup>1076</sup>. Sob este aspecto, a certeza se coloca justamente em sentido contrário à segurança, ou seja, é o resultado de uma decisão, é a decretação do fim de uma disputa, de um certame, para o qual, infere-se, já se dedicou exaustivamente tempo e atenção<sup>1077</sup>.

A propósito dessa distinção, vale lembrar que Luhmann, versando especificamente sobre a confiança e a desconfiança, relatou a existência de *umbrals*, ou *limiars*, e não em limites fixos e bem definidos. Mansilla em suas notas introdutórias a *Confiança* reforçou a analogia luhmanniana como um capital, uma moeda, um valor de intermediação, de troca comunicativa, nestes termos:

<sup>1076</sup> A propósito, anote-se: “**cura**, **-ae** – subs. f. (Cic. Fam. XII, 24, 2). Cuidado, preocupação, e daí, as significações especializadas: direção, encargo (língua administrativa); curadoria (língua jurídica); cura, tratamento (língua médica); objeto ou causa de cuidados, preocupação amorosa, amor (língua erótica). // *curāte* – adv. (Tac. Na. XVI, 22). Com cuidado. // *curatĭo*, *-ōnis* – subs. f. (Cic. Verr. II, 126). Ocupação, cuidado. E os sentidos especiais de cura: cura, tratamento; curadoria, tutela; cargo. // *curātor*, *ōris* – subs. m. (Cic. Leg. III, 6). Curador, tutor. Procurador, o comissário que tem o encargo do abastecimento de trigo, e divisão de terras. // *curo*, *-as*, *-āui*, *-ātum*, *-āre* – veb. tr. (Cic. Att. V, 7). Cuidar, olhar por, tratar, e na língua administrativa, governar, dirigir, administrar. // *curiōsus*, *-a*, *-um* – adj. (Cic. Fin. II, 28). Cuidadoso, zeloso, que se inquieta com alguma coisa, e em sentido pejorativo, curioso, indiscreto. // *curiōse* – adv. (Cic. Nat. I, 10). Com cuidado, com atenção, com interesse. // *curiositas*, *-tātis* – subs. f. (Cic. At. II, 12, 2). Desejo de conhecer, interesse, curiosidade. // Compostos: // *incurĭa*, *-ae* – subs. f. (Cic. Lae. 86). Incúria, negligência. // *secūrus*, *-a*, *-um* – adj. (Cic. Flac. 46). Livre de cuidados ou de preocupações, donde, confiante, garantido, seguro. // *securĭtas*, *-tātis* – subs. f. (Cic. Fin. V, 23). Tranquilidade, ausência de cuidados ou de preocupações, garantia, segurança”. (FARIA, op. cit., p. 71-72).

<sup>1077</sup> A propósito, anote-se: “**cerno**, **-is**, **creui**, **cretum**, **-ĕre** – veb. tr. (Cic. Verr. V, 169). Passar pelo crivo, peneirar, separar, e de um modo mais geral, distinguir, discernir, e, por enfraquecimento de sentido, ver; escolher entre várias soluções, e daí, decidir. // Numerosos compostos: // *decĕrno*, *-is*, *-crĕui*, *-crĕtum*, *-ĕre* – veb. tr. e intr. (Cic. At. VIII, 5, 2). Decidir, resolver, e daí, decretar, votar. // *decrĕtum*, *-i* – subs. n. (Cic. Ac. I, 27). Decisão, decreto, preceito, princípio. // *discĕrno*, *-is*, *-crĕui*, *-crĕtum*, *-ĕre* – veb. tr. (Cic. Tusc. V, 114). Separar, discernir. // *discrĭmen*, *-ĭnis* – subs. n. (Cic. Planc. XIX). Separação, intervalo, diafragma, e destes sentidos concretos, sinal distintivo, diferença, e momento perigoso, decisivo, grande perigo. // *discrĭmino*, *-as*, *-āui*, *-ātum*, *-āre* – veb. tr. (Verg. En. XI, 144). Separar, distinguir, discriminar. *secerno*, *-is*, *-crĕui*, *-crĕtum*, *-ĕre* – veb. tr. (Cic. Cat. IV, 15). Pôr de lado, separar, distinguir, discernir. // *secrĕto* – adv. (Cic. Fam. VII, 25, 2). À parte, de lado, em segredo, sem testemunhas, secretamente. // *secrĕtum*, *-i* – subs. n. (Ov. Met. II, 556). Lugar retirado, retiro, solidão. // *secrĕtus*, *-a*, *-um* – adj. (Verg. Em. IV, 494). Separado, afastado, solitário, e secreto, invisível. // Derivados: // *certus*, *-a*, *-um* – adj. (Cic. At. X, 1, 3). Decidido, fixado, em sentido próprio; decidido a, e daí, determinado, certo, seguro, fiel, e enfim no sentido do nosso determinativo, certo. // *certe* – adv. (Cic. Tusc. I, 112). Certamente, sem dúvida. // *certo* – adv. (Cic. At. I, 12, 3). Certamente, indubitavelmente, com segurança. // *certo*, *-as*, *-āui*, *-ātum*, *-āre* – veb. tr. e intr. (Cic. Fam. VII, 31, 1). Procurar obter uma decisão, debater (língua jurídica), e daí, passando para língua comum, generalizou-se no sentido de lutar para obter uma decisão, rivalizar, combater, sentido este que é o mais frequente. // *certāmen*, *-ĭnis* – subs. n. (Cic. Rep. II, 13). Porfia, luta, combate, contenda, disputa. // *certātĭm* – adv. (Cic. Fil. II, 118). À porfia. // *certatĭo*, *-ōnis* – subs. f. (Cic. Fin. II, 44). Combate, luta, disputa, contenda. // *certātus*, *-a*, *-um* – adj. (Ov. Met. XIII, 715). Disputado, contestado. // *crimen*, *-ĭnis* – subs. n. (Cic. Verr. V, 73). Acusação, decisão judicial, calúnia, e enfim crime. [...]” (Ibid., p.54).

[...]. [...] a confiança equivale a um tipo de conta corrente, da qual se pode gastar até um certo montante, mas também, entretanto, é necessário depositar para evitar ficar sem fundos. Existe, por conseguinte, um certo umbral que, se é ultrapassado, conduz à perda da confiança.<sup>1078</sup>

Nesse particular, é curioso observar que, no jargão popular, se diz que há quem já esteja “passando da conta” e quem “já passou da conta”. Essa “conta”, porém, nunca foi apresentada a ninguém. Surge ou como um alerta iminente (gerúndio) ou como algo que já aconteceu (pretérito). A indefinição desses umbrais, desses liminares, sugere zonas cinzentas, imprecisas, móveis, variáveis, elásticas. Em pouco ou nada se comparando à definição do ponto de ebulição da água, uma melhor analogia a essa “conta” talvez se faça com os cálculos e modelos que estudam ventos, chuvas, tempestades, ondas, marés, furacões e outros fenômenos meteorológicos e climáticos. Acerca destes, basta a mera alusão à popularizada expressão *efeito borboleta* para uma direta relação com a teoria do caos e os sistemas complexos e dinâmicos. Nesse contexto, a experiência social levada a efeito em 1967 numa escola de ensino médio da Califórnia (EUA), denominada A Terceira Onda<sup>1079</sup>, adaptada para o cinema no filme A Onda<sup>1080</sup>, não carrega para a sociologia (e ciências humanas em geral) apenas a designação do fenômeno natural como também importantes reflexões sobre mobilizações sociais espontâneas e potencialmente explosivas. Hoje, as condições para um estudo mais próximo de uma “conta” talvez venha da Big Data, sobretudo no rastro de importantes acontecimento sociais relacionados com o uso de redes sociais virtuais pelo mundo (e.g. primavera árabe, protestos no Brasil em 2013, Brexit etc.). Seja como for, para o presente estudo basta anotar que os umbrais da forma da confiança e da desconfiança social permanecem imprecisos e assim tendem a ficar até que sejam desenvolvidos instrumentos e cálculos de sociologia empírica que efetivamente sejam capazes de identificar esses limiares – o que não significa de antemão nem necessariamente que seu uso dessa tecnologia seja ou deva ser considerado desejável (ou não<sup>1081</sup>).

Nesse contexto, sem embargo dos seus imprecisos limites, é de supor que o sistema de direito não só se vincule de alguma forma com a confiança social como também disponha de

<sup>1078</sup> LUHMANN, **Confiança [...]**, op. cit., p. XXIII, tradução nossa.

<sup>1079</sup> HANCOCK, Mark. **The Wave Home**. Disponível em: <http://www.thewavehome.com>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1080</sup> A ONDA. Direção: Dennis Gansel. Alemanha, Rat Pack Filmproduktion, 2008. 1 DVD.

<sup>1081</sup> O Judiciário Frances proibiu o uso de inteligência artificial para análise de julgados de suas cortes. Se por um lado se entende que as decisões do judiciário não se tornem objeto de casas de aposta nem motivo de especulação financeira – afinal a inteligência artificial não é uma tecnologia barata a mão de qualquer cidadão –, por outro lado, no possível, o direito deve ser previsível ou, ao menos, algo sobre o que se possa formular expectativas, e um maior potencial de cálculo aponta, ainda que não necessariamente, para um maior potencial de previsibilidade, de transparência e, assim, de confiança, permitindo que o foco se centre para aquilo que efetivamente constitui a diferença, a ratio decidendi (em especial no caso de distinguishing ou overruling).

um equivalente funcional em seu interior, mantendo, ademais, alguma relação com as noções jurídicas de certeza do direito e segurança jurídica. Como restou evidenciado ao final do capítulo 3, está-se a tratar precisamente do princípio da proteção da confiança legítima, sendo da sua ainda nebulosa conjunção com os princípios da segurança jurídica e da proibição de retrocesso que se acredita possível extrair o gênero próximo e a diferença específica que permitam afirmar os fundamentos, os limites e o sentido desse último.

Verifica-se, portanto, duas maneiras de focar sistemicamente a confiança em relação ao sistema de direito: quanto a sua função, ou seja, observando o direito enquanto sistema social funcionalmente diferenciado; e quando a sua consistência, ou seja, enquanto equivalente funcional no interior do sistema de direito, aí precisamente na forma de princípio de proteção da confiança legítima.

Nesse contexto, uma vez que a confiança social é mecanismo de redução de complexidade afeto ao sistema omniembrador da sociedade – pressuposto ao sistema de direito, pois – deve-se iniciar pela relação da confiança social com a função social do sistema de direito. Somente num segundo momento, a confiança será enfocada já no interior do sistema de direito, enquanto princípio jurídico de proteção da confiança legítima.

Feita essa introdução, no horizonte de possibilidades de quem decide, duas grandes alternativas se colocam: decidir por amor à justiça ou decidir pela pacificação social. Uma envolvida de alta carga de idealização, abstração e teor valorativo – uma verdadeira fórmula de contingência; a outra com viés casuístico, concreto e pragmático. Qual prestação cumpre ao sistema jurídico? Entre o amor pela justiça e a paz social tem-se que decidir, e quem nos socorre é essa coisa mestiça, uma quimera, uma tecnologia que nos faz alimentar desta para seguir sonhando com aquela<sup>1082</sup>: o Estado de Direito. Nem só justiça, nem só paz, decidibilidade é a nota dominante do Direito no Estado de Direito, que, como sistema social, desenvolve-se e evolui autopoieticamente para, sobre acerca de expectativas normativas, reduzir a complexidade social. Não por outra razão, parece que Diké, filha de Themis com Zeus, personifica melhor a figura do Estado de Direito, ou seja, enquanto fruto da união de Justiça – a balança de Themis – e Poder (*Gewalt*) – a espada de Zeus.

---

<sup>1082</sup> A exemplo, os institutos da decadência e da prescrição são ficções jurídicas e, no entanto, dispositivos de primeira importância para a segurança jurídica, ou seja, para a redução das expectativas normativas. Tais institutos são lembrados por Victor Souza no âmbito da proteção da confiança no direito previdenciário, rendendo críticas à falta de prazo decadencial no caso de má-fé reportado nos artigos 103-A da Lei 8.213 e art. 54 da Lei 9.784/99 (SOUZA, op. cit., p. 133-137). Nessa linha, contudo, outro caso polêmico a considerar seria a imprescritibilidade das ações de ressarcimento ao erário nos casos de ato doloso por improbidade administrativa (CR/88, art. 37, §5º), objeto da Repercussão Geral de Tema 897 do STF. Sua afirmação constitucional originária, porém, a torna importante referência às ponderações sobre o assunto.

A indisponibilidade de direitos humanos e fundamentais aponta para um caminho que independe dos interesses individuais, particulares. Diante dessa construção histórica, social, política, jurídica muito mais extensa e ampla a situação concreta parece que se apequena e se relativiza. Já a disponibilidade de direitos e interesses particulares envolvidos permitem que, ao invés de justiça, se permita o negócio, as tratativas, a composição. Mesmo sabendo que o interesse público não se confunde com o interesse da Administração nem com o interesse do administrador, a sua alegada indisponibilidade, embora, *prima facie*, se lhe atribua muito mais amplitude e peso em razão desta especial qualificação jurídica, não o torna, por si, equivalente à indisponibilidade dos direitos humanos e fundamentais<sup>1083</sup>. Ou seja, mesmo o interesse público, continua a ser um interesse relativamente flexível, que admite alguma composição – sobretudo quando em contraste à carga normativa que se atribui aos direitos indisponíveis. A justiça, porém, é inflexível, não haveria de admitir mácula, negociata, ainda que por inequívoca e consciente adesão. Justiça imperfeita não é justiça. Justiça em parte, não é justiça. Justiça em termos, não é justiça. Como pode, então, o julgador decidir sabendo que, por mais hercúleo o esforço, seu proceder está fadado ao fracasso? Errando como erram os seres humanos, não lhes cabendo a divindade da perfeição, tem-se claro o quanto há de eufemístico – mas necessário – na afirmação de uma justiça humanamente possível.

Segundo Luhmann, a velha fórmula *pax et iustitia* descortina codependência de direito e política contida no interior da fórmula unitária Estado de Direito:

[...]. Quando se reorientam estas fórmulas de *pax et iustitia* com a análise sistêmica, as possibilidades de combinação resultam mais ricas. A separação dos sistemas pode ser vista como condição para elevar a dependência recíproca e a sociedade pode ser vista como condição de possibilidade dessa conexão. A democratização do sistema político e a positivação do direito puderam se desenvolver graças ao condicionamento e estimulação recíprocos. [...].<sup>1084</sup>

A justiça se põe primeiro como um ideal irrealizável, depois como um valor na emissão de juízos, então que se converte em princípio, um fundamento primeiro ou um

<sup>1083</sup> A propósito, a lei n. 13.140 (BRASIL. **Decreto n. 13.140, de 30 de maio de 2015**. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 20 fev. 2020) e a lei n. 13.129 (Id., **Decreto n. 13.129, de 26 de maio de 2015**. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm). Acesso em: 20 fev. 2020)

<sup>1084</sup> LUHMANN, **El derecho** [...], op. cit., p. 505, tradução nossa.

mandamento de otimização e, por fim, numa fórmula de contingência. No seu caminho rumo à humanização se juntam casos, histórias, lições de sabedoria e de moral. Assim, na ingrata tarefa de decidir com justiça (pois sem ela pode facilmente se converter em algum perverso prazer) surgem alguns amparos: não cabe nos exatamente julgar pessoas, julgar uns aos outros, apenas decidir sobre seu proceder, suas condutas, pequenas ações ou omissões num recortado contexto de relatos trazidos a conhecimento a um dado momento. Para muitas situações outros raciocínios trazem algum amparo: por ordem da lei, na dúvida não se condena, a boa-fé é presumida; presume-se a validade/legitimidade/legalidade da lei, dos atos administrativos, dos pronunciamentos judiciais etc. Nenhuma dessas construções, porém, parece ser mais universal do que as regras de competência, do procedimento que quebra grandes decisões em pequenas decisões, bem mais fáceis de metabolizar.

No vagão de que nos fala Sandel em *Justiça*<sup>1085</sup>, o passageiro deve decidir se se omite e admite que o vagão possivelmente mate alguns operários que trabalham na linha principal, ou se intervém e ativa a chave que mudará a direção do vagão para um ramal onde apenas um operário torna-se a potencial vítima fatal. Na verdade, há uma série de decisões envolvidas aí, muitas delas pressupostas, implícitas e nem sempre tão óbvias como pode parecer num primeiro momento. A primeira decisão certamente é o passageiro propor-se a tomar conhecimento de que está num vagão desgovernado: está o vagão a andar sem o timoneiro? Constatado que sim, a segunda é dedicar-se a conhecer as consequências dessa situação, ao que, verificadas as expectativas, segue-se uma terceira: lhe importa o que pode acontecer? Seja movido por impulsos de alteridade ou humanidade ou seja por motivos egoísticos (afinal, a situação virtualmente pode lhe acarretar alguma responsabilização) uma quarta decisão é justamente a de tomar (ou não) uma decisão. Não importa qual seja a decisão do passageiro, a decisão seguinte não será do passageiro: decidir o que é fazer a coisa certa. Mas quem decidiu que cabe a você decidir o que é fazer a coisa certa? Foi uma decisão sua julgá-lo? Não, pois no presente exemplo foi o próprio Sandel que formula a questão a você (leitor). De toda forma, não importa qual seja a sua decisão, a quem quer que se atribua o dever de julgar o passageiro, caberá a ele o dever, e a ninguém mais. E assim fazendo esse julgador não estará fazendo mais do que cumprir com sua competência funcional.

Esse julgador estará decidindo com a justiça última? É óbvio que não, pois isso está além das suas humanas capacidades. Qualquer decisão pessoal estará condicionada ao contexto histórico e às próprias condições pessoais do julgador, a quem cumpre ter a

---

<sup>1085</sup> SANDEL, Michael J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa? Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013, p. 30-33.

consciência de manter-se firme no propósito de realizar o princípio de justiça. Basta essa consciência? É claro que não<sup>1086</sup>, mas sem pelo menos essa consciência (pretensão<sup>1087</sup>) de nada adiantaria todo o resto. A sociedade ao longo da história construiu um arcabouço de critérios jurídicos, diferenciados, para interpretar, argumentar e decidir, todo um sistema com o qual a sociedade e os sistemas de consciência se acoplam. Nesse sentido, resgatando o legado aristotélico acerca da justiça como igualdade (ao igual o igual e aos desigual o desigual na medida da desigualdade) dois aspectos podem ser ressaltados: a existência de uma medida de desigualdade, diga-se, pois, ao menos um critério; e um arcabouço histórico remissivo de casos de parâmetro – de onde exsurge a questão: com que critério e com qual parâmetro se julgou o primeiro caso? A lei ou o costume, são as respostas das tradições do Civil Law e da Common Law. Mas tais apenas repassam a outrem a decisão de estabelecer critérios de igualdade e desigualdade (e que, por si, não raro esbarram em lacunas, contradições e obscuridades). Outrem, porém, que já está em outra instância e faz ressoar sua opção juridicamente por via do devido processo legislativo, do costume etc. E o que se faz depois que acabarem os critérios? Depois disso, o julgador será apenas mais um passageiro no vagão desgovernado, provavelmente a se questionar (confiante ou desconfiado) quem ou como o irão julgar. Independente disso, um alento: por isonomia, existe a expectativa (jamais a certeza) de que não julgarão a ele, mas a sua decisão.

Julgar ou decidir de modo geral já foi incumbência de deuses, espíritos, sábios e reis. Hoje é um fardo que se costuma dividir por três. A separação funcional de poderes não só tirou o poder estatal de uma só pessoa como também criou uma máquina, um sistema, cujo resultado não se pode imputar a uma pessoa apenas, um poder impessoal cuja força se atribui à soma de todas as forças que o compõem. Há quem possa objetar que a última palavra caiba aos componentes da corte máxima do judiciário, fazendo-os verdadeiros soberanos quando atuam em bando ou complô. Sem prejuízo de todas as críticas que se possa oferecer quanto ao seu funcionamento, estrutura, composição, critérios de escolha etc. trata-se de, no limite, de uma instância indispensável.

Da ementa do acórdão relatado pelo Ministro Celso de Mello, extrai-se nesse sentido:

[...]. A FORÇA NORMATIVA DA CONSTITUIÇÃO E O MONOPÓLIO DA ÚLTIMA PALAVRA, PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, EM MATÉRIA DE INTERPRETAÇÃO CONSTITUCIONAL. - O exercício da jurisdição constitucional, que tem por objetivo preservar a supremacia da Constituição, põe em evidência a dimensão essencialmente política em que se projeta a atividade

<sup>1086</sup> STRECK, **O que é isto [...]**, op. cit.

<sup>1087</sup> E se não for pretensão (vontade), é uma condição inerente à própria noção de sistema de consciência, alheio à condição humana. Vide: CAMBI, op. cit., p. 124-131.

institucional do Supremo Tribunal Federal, pois, no processo de indagação constitucional, assenta-se a magna prerrogativa de decidir, em última análise, sobre a própria substância do poder. - No poder de interpretar a Lei Fundamental, reside a prerrogativa extraordinária de (re)formulá-la, eis que a interpretação judicial acha-se compreendida entre os processos informais de mutação constitucional, a significar, portanto, que "A Constituição está em elaboração permanente nos Tribunais incumbidos de aplicá-la". Doutrina. Precedentes. - A interpretação constitucional derivada das decisões proferidas pelo Supremo Tribunal Federal - a quem se atribuiu a função eminente de "guarda da Constituição" (CF, art. 102, "caput") - assume papel de fundamental importância na organização institucional do Estado brasileiro, a justificar o reconhecimento de que o modelo político-jurídico vigente em nosso País conferiu, à Suprema Corte, a singular prerrogativa de dispor do monopólio da última palavra em tema de exegese das normas inscritas no texto da Lei Fundamental. [...].<sup>1088</sup>

Nesse aspecto, sobre a difícil relação entre democracia e constitucionalismo, vale destacar também trecho do voto proferido pelo ministro Luiz Fux no julgamento da ADC 42, onde lembra que uma supremacia judicial não se confunde com uma soberania judicial:

Consoante afirmo no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 5.105, de minha relatoria, julgada por este Plenário em 01/10/2015, 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 tolher 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. A propósito, colaciono as lições do Professor da Universidade de Stanford, Larry D. Kramer, in verbis: “Existe, não obstante, um mundo de diferença entre ter a última palavra e ter a única palavra: entre supremacia judicial e soberania judicial. [...] Mais daí não segue nem que a Corte deva exercer sua autoridade sobre toda e qualquer questão, nem que, quando o faça, a Corte possa rejeitar ou muito rapidamente suplantar os pontos de vista de outras instituições mais democráticas. [...]” (KRAMER, Larry D. “We, the Court”. In: Harvard Law Review, vol. 115 (1), 2001, p. 13)<sup>1089</sup>

Com efeito, embora o sistema de direito não possa decidir não decidir, ou seja, se negar a decidir (*non liquet*) pode o sistema de direito decidir que decidido já foi e que, de sua parte, nada há que se fazer na sua esfera de competência. A diferença é tênue e precisa ser informada, emitida e compreendida sobretudo por aqueles que, apesar de um prévio debate político democrático, levaram a decisão política à sindicância jurídica. Pode-se sustentar que o debate não foi democrático, que o procedimento não foi atendido a miúdo, que os

<sup>1088</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS n. 26603/DF**. Processo n. 0002202-71.2007.0.01.0000. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1089</sup> Id., **ADC n. 42/DF**[...], op. cit.

pressupostos da decisão política estão equivocados, que violados desproporcionalmente foram outros direitos – aspectos que se passa a verificar.

Apesar de todas críticas que se possa formular, o maior ou menor caráter democrático do debate é juridicamente sindicável como garantia (jurídica) do próprio princípio (político) democrático, ainda que apenas enquanto procedimento – diga-se, a garantia do devido processo legislativo, o que se faz tanto em seu caráter formal quanto substancial<sup>1090</sup>.

Isso significa o respeito à qualidade que torna possível a democracia distinguir-se da ditadura da maioria, qual seja, a igualdade de oportunidades da minoria vir a tornar-se maioria a qualquer momento <sup>1091</sup>, manifestando a faceta jurídica do princípio constitucional democrático – o que se impõe inclusive sobre a legislação infraconstitucional. Uma igualdade de oportunidades deve existir tanto em termos formais (e.g., não oposição de discriminações juridicamente injustificadas) quanto em termos materiais, o que, conforme já discutido acima, caso não se entenda plasmado no conteúdo essencial dos direitos fundamentais nem no mínimo existencial pautado pela dignidade da pessoa humana, se reflete, ao menos, nas condições sociais, econômicas e culturais indispensáveis ao exercício das liberdades fundamentais (mínimo existencial liberal) – o que se afirma aqui sob a égide da autodeterminação dos povos e do princípio jurídico geral de *ultra posse nemo obligatur*.

Parafraseando José Afonso da Silva e Manoel Gonçalves Ferreira Filho quando (conforme acima) versavam acerca da democracia possível na realidade, pode-se dizer, acerca dos *direitos que são possíveis na realidade*, que há que se convir que “as circunstâncias e a conjuntura evidentemente condicionam o tipo e o grau” de direitos que são possíveis a cada momento<sup>1092</sup>, não existindo um modelo imutável e universal. Ou seja, dependem de questões sociais, econômicas, culturais, institucionais, etc., tornando-se, por isso, verdadeiros requisitos, pressupostos ou condições de seu implemento. Em outras palavras: autopoieticamente, o sistema dispõe<sup>1093</sup> das próprias condições de possibilidade para sua evolução. De outra sorte, opositores podem afirmar que “em verdade a tese inverte o problema, transformando em pressupostos [...] situações que se devem ter como parte de seus objetivos” e que só por eles (os direitos) o povo pode exigir e alcançar a democracia; que, ademais, que aqueles que reclamam que os direitos nunca foram realizados em sua pureza em lugar algum os concebem como conceitos estáticos, absolutos, como algo que há que se

<sup>1090</sup> CAMBI, op. cit., p. 225 et seq.

<sup>1091</sup> BOBBIO, *Qual socialismo?*[...], op. cit., passim. Ver também: SILVA, D., op. cit., p. 34 et seq.

<sup>1092</sup> FERREIRA FILHO, *A democracia possível* [...], op. cit., p. 37. Ver também: Id., *Democracia no limiar* [...], op. cit., prefácio.

<sup>1093</sup> Caso não dispusesse, já não existiria – pelo menos, não como sistema.

instaurar de uma vez e assim perdurar para sempre; que não percebem que eles são processos, e processos dialéticos que vão rompendo os contrários, as antíteses, para, a cada etapa da evolução, incorporar conteúdos novos, enriquecendo novos valores <sup>1094</sup>.

A função de Mcpherson nessa paráfrase seria exercida por Bobbio, que, também brilhantemente, resume a questão afirmando que os direitos nascem “não todos de uma vez e nem de uma vez por todas” <sup>1095</sup>. Ou seja, uma vez que a forma duração/variação instaura socio sistemicamente a dimensão temporal, pode-se observar que, na dinâmica de uma relação estabelecida entre direitos e democracia, ambas podem aparecer uma para a outra tanto como duração quanto como variação – ainda que, na realidade, o universo todo esteja a girar sem ponto referencial fixo além da própria posição do próprio observador. Dessa forma, tanto a autodeterminação (liberdade) quanto a obrigação (direito) encontram-se insolúvelmente limitados material e cognitivamente, assim também se mostrando ao sistema de direito como a qualquer outro sistema de sentido.

A partir desse ponto, resta questionar: em quem confiar, cada um em suas individuais capacidades materiais e cognitivas ou nesse complexa máquina chamada sociedade que nos oferece um sistema de direito? A pergunta, portanto, ao estilo de Luhmann, já não é *se*, e sim *como*. E a resposta que Luhmann parece oferecer – e, à toda evidência, a história das sociedades humanas parece confirmar – é: confiando. Confiando sobretudo que a sociedade e seus sistemas sociais reduzirão complexidade desestruturada mediante um incremento de complexidade estruturada suficiente para continuar a inspirar e sustentar a confiança social mesmo face o contínuo incremento de complexidade do mundo. Pela confiança Luhmann nos oferece alguma espécie de mistério de fé, de mão invisível, de verdade inquestionável? É possível pensar assim, mas não necessariamente. Aparentemente Luhmann nos oferecer a nós mesmos como sociedade. Nos oferece autopoiese num ato de reflexão acerca de incompletude (não-autossuficiência) e não-contradição (consistência) no médium de sentido social.

O sistema de direito, para além da garantia do devido processo legislativo em caráter formal e substancial, pode ser instado a cumprir com sua função e juridicamente decidir acerca da desproporcional violação de outros direitos constitucionalmente assegurados. Nesse contexto, põe-se em debate a própria tecnologia jurídica à disposição do sistema de direito, o

<sup>1094</sup> SILVA, José, op. cit., p. 130-133. Com efeito, uma vez que pela autopoiese o sistema forja suas próprias condições de possibilidade, no que se faz implícita a própria evolução, e uma vez que a dureza do código não permite nenhuma possibilidade de adaptação do sistema ao entorno, um sistema que evoluciona não pode reduzir-se à codificação, de modo que é, portanto, pela programação e pela interpretação (exercida pela dogmática e pela jurisdição) que a evolução passa a se fazer possível.

<sup>1095</sup> BOBBIO, A era [...], op. cit., p.25. Note-se que a fórmula de Bobbio não contraria a *progressiva* (ou irreversível) afirmação histórica dos direitos humanos afirmada por Comparato (COMPARATO, op. cit., p.80-82), apenas a reconhece também sujeita à historicidade e ao processo hermenêutico.

que, no Brasil, tem-se concentrado em torno de regras e princípios constitucionais. Em complemento, diversas teorias e posições doutrinárias e jurisprudenciais se formaram acerca da interpretação, da argumentação e da fundamentação jurídica.

Nessa seara, um princípio geral de razoabilidade só pode se afeiçoar com um dever geral juridicamente imposto de que as decisões políticas devem se apresentar publicamente com uma consistência própria. Longe de permitir ao sistema de direito impor uma racionalidade funcional sua como racionalidade política – o que configuraria corrupção sistêmica –, o que se resguarda juridicamente é a possibilidade das razões políticas serem conhecidas, ou seja, comunicadas – o que pressupõe informação, emissão e compreensão, independentemente de aceitação ou rejeição, consenso ou dissenso. No contexto em que se exige o exercício do poder público em público por constituir o próprio poder coisa pública (*res pública*), e em que se exige igualdade de oportunidades para influir nas decisões políticas (*democracia*), exige-se, em conclusão, a possibilidade de que o poder público seja, no mínimo, razoável precisamente porque arrazoável.

Em sendo razoável, o poder público também pode ser chamado ao dever jurídico de se mostrar perante o sistema de direito como proporcional, ponderado – assim muitas vezes reputado, na linha do escólio de Robert Alexy<sup>1096</sup>, como o adequado, o necessário e o proporcional em sentido estrito<sup>1097</sup>. Sobre a proporcionalidade em sentido estrito aplica-se um exercício de ponderação concreta no qual, na busca de um ponto ótimo que leve a sério o princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais e os próprios princípios como mandamentos de otimização, não se admitindo nem excesso nem insuficiência de proteção. Mas não só, o Estado de Direito tem exigido também uma proibição de retrocesso<sup>1098</sup> - e a pergunta que se impõe disso não é *se*, e sim *como*.

---

<sup>1096</sup> ALEXY, op. cit., passim.

<sup>1097</sup> No Brasil, a partir de tese doutoral que analisou exaustivamente decisões do STF sobre o assunto, Fausto Santos de Moraes concluiu que a corte nacional usa de uma vulgata do pensamento do jurista alemão – a quem mais recentemente entrevistou –, revelando o princípio da proporcionalidade como enunciando performático (MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade**: a inadequada recepção de Alexy pelo STF. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018, passim). Em que pese essa valiosa constatação acerca da prática dada pela suprema corte brasileira, tem-se que isso não se impõe como óbice intransponível ao presente estudo enquanto proposta teórica. Em Portugal, sem prejuízo de divergir-se da identificação da proibição de excesso com a proporcionalidade em sentido amplo, leciona Canotilho: “O princípio da proibição do excesso [...] significa, no âmbito específico das leis restritivas de direitos, liberdades e garantias, que qualquer limitação, feita por lei ou com base na lei, deve ser adequada (apropriada), necessária (exigível) e proporcional (com justa medida). [...]. O princípio da proibição de excesso (ou da proporcionalidade em sentido amplo), consagrado na parte final do art. 18.º/2, constitui um limite constitucional à liberdade de conformação do legislador. A Constituição, ao autorizar a lei a restringir direitos, liberdade e garantias, de forma a permitir ao legislador a realização de uma tarefa de concordância prática justificada pela defesa de outros bens ou direitos constitucionalmente protegidos, impõe uma clara vinculação ao exercício dos poderes discricionários do legislador. [...]” (CANOTILHO, **Direito constitucional** [...], op. cit., p. 457-458).

<sup>1098</sup> CAMBI, op. cit., p. 227.

A Constituição não só retira dos governos decisões sobre questões importantes demais, como ela e a corte constitucional precisam demonstrar estar além dos interesses de ocasião. Como ensina Zagrebelsky: “a Constituição não diz, somos nós que a fazemos dizer”. Se uma Constituição supostamente perde sua capacidade de iluminar os caminhos da sociedade (reduzir-lhe a complexidade), não se pode afastar a hipótese de que seu intérprete o permitiu. E Corte constitucional não só é o guardião e o principal intérprete da constituição, é mais do que isso: é seu fiador. Presta fiança, lhe dá crédito, lhe empresta a credibilidade<sup>1099</sup>.

Afirmando um paradoxismo da segurança jurídica na contemporaneidade, mais especificamente acerca de uma necessária mudança da perspectiva hermenêutica sobre temas atuais do direito de família, Luiz Edson Fachin, registra um incremento das expectativas sobre a função jurisdicional:

Se, por um lado, a instabilidade do mundo nunca esteve tão evidente, com mudanças e relativizações de certezas a todo instante, por outro lado, nunca se ansiou tanto por um locus de previsibilidade. Nessa equação quase que de oferta e procura, é certo que a previsibilidade jurídica que tanto se almeja vai ter seu preço deveras aumentado. E o ágio da segurança jurídica se materializa justamente no esforço que se exige daqueles que tem o dever de harmonizar as fontes e lidar, inafastavelmente, com as complexidades da hiper-modernidade.<sup>1100</sup>

Nisso, pondera que, por exemplo, no reconhecimento da união estável homoafetiva pelo STF, a despeito de quem a considere ativista, “não houve atentado à segurança jurídica nem mesmo quebra de previsibilidade”, pois feito em garantia de direitos fundamentais, conforme a tendência dos Tribunais, harmonizado com uma “ideia de segurança jurídica material, que prioriza a justiça social” e não prescinde da “previsibilidade e coerência sistêmica”. Veio, ademais, ampliar “a percepção de mundo do direito para trazer para a noção de previsibilidade e segurança do ordenamento o ideal de bem comum e justiça social”, em contraste com uma ultrapassada “noção formalista de segurança jurídica, corolário do positivismo jurídico”. Nisso, segue em conclusão:

Nesse contexto complexo se espera, sobretudo do STF e do STJ, a consolidação da unidade possível ao sistema jurídico, que perpassa desde a formulação de acórdãos e ementas, até a nítida exposição das razões de decidir, de modo que haja preocupação com toda a decisão e não apenas com seu dispositivo. Isso é essencial para a

<sup>1099</sup> Em seu discurso de despedida da presidência do Conselho Nacional de Justiça, o ministro Ayres Britto, em outro contexto, mas com interessante proximidade, teria sustentado que “o Judiciário é o fiador da Constituição. Quando o Poder Judiciário não se faz confiável, a autoestima coletiva desaba”. (ÉBOLI, Evandro. Ayres Britto: Poder Judiciário é o mais cobrado e o que ganha menos. **O Globo**, 13 nov. 2012. [Rio de Janeiro]: Globo, 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/ayres-britto-poder-judiciario-o-mais-cobrado-o-que-ganha-menos-6721502>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>1100</sup> FACHIN, Luiz Edson. Os ‘corpos do rei’ e a segurança jurídica: o esperar das cortes superiores. In: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 abr. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-05/processo-familiar-corpos-rei-seguranca-juridica-esperar-cortes-superiores>. Acesso em: 20 fev. 2020.

solidificação da segurança jurídica que se almeja. Neste influxo, há que se admitir igualmente que o sentido da segurança jurídica não se resume à garantia das legítimas expectativas das partes, mas também pressupõe a previsibilidade da incidência material da legalidade constitucional. Isto porque jurisprudência não é apenas resultado, mas, principalmente, método.

Se na teorização de Kantorowicz os “dois corpos do rei” se encontram amalgamados, na superposição metafórica para o dilema da segurança jurídica não poderia ser diferente. O corpo contingencial e conjuntural da decisão não se separa do corpo perene e uno. Em suma, parece haver uma inconciliável contradição na pretensão de segurança jurídica. Contudo, o correto balancear desses dois corpos calcados na compreensão de segurança jurídica material pode fazer dessa aparente contradição o ritmo perfeito do andar jurisprudencial, que leva em conta o caso concreto e a hipercomplexidade da vida, sem deixar de perseguir, teleologicamente, a unidade e previsibilidade possível a fim de garantir a segurança. Sem dúvida, encontrar esse equilíbrio ideal não é tarefa fácil, mas é o horizonte que se faz necessário.<sup>1101</sup>

Nota-se que, sem se referir a qualquer momento ao legado luhmanniano, Fachin refere diversos aspectos centrais da sua teoria, ainda que com uso de termos e expressões diferentes, destacando-se a conclusão da necessidade de equilíbrio entre redundância e inovação, ali plasmados sob as figuras de ativismo e segurança jurídicas (os *dois corpos do rei* na metáfora emprestada de Kantorowicz), bem como na necessidade da jurisprudência não só apresentar resultados, mas também método. Em outras palavras: tão importante quanto ao que as cortes decidem é como as cortes decidem.

Como anota Valter, “o tempo possui uma natureza ambivalente no Direito”, exige preservação e mudança, estabilidade e flexibilidade, tradição e inovação<sup>1102</sup>, cenário no qual relata haver um fenômeno mundial de ampliação do emprego do princípio da proteção da confiança, atribuindo isso, entre outros fatores, a uma maior intervenção do Estado na vida dos particulares ao longo do século XX, em contraste com o modelo liberal, de forma que atualmente “um particular não consegue planejar sua vida se o Estado não atuar de forma estável e consistente”. Não obstante, observa, “há um aumento da necessidade de adequação das normas jurídicas às mudanças sociais que ocorrem de forma acelerada”<sup>1103</sup>

Com efeito, há uma maior necessidade de confiança no Estado, ainda que as transformações sociais da ocorram cada vez mais aceleradas. Mas é porque as transformações sociais ocorrem de maneira mais acelerada é que há uma maior necessidade de confiança, inclusive no Estado: não há mais tempo de sedimentar as alterações por um extenso e solene processo legislativo, administrativo ou jurisprudencial. Há aí uma circularidade, de modo que, para reduzir as possibilidades de se entrar em contradição, é necessário selecionar os aspectos

<sup>1101</sup> FACHIN, op. cit.

<sup>1102</sup> ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói (RJ): Impetus, 2016, p. 4.

<sup>1103</sup> Ibid., p. 29-32.

da vida social que realmente importam. Ou seja, após penetrar em praticamente todos os aspectos da sociedade e da vida humana, o Estado de Direito, não podendo sustentar um extenso domínio e controle, é obrigado a selecionar (reduzir) os aspectos necessários para um funcionamento consistente e, no entanto, ágil o bastante para ser capaz de acompanhar a aceleração das transformações sociais – e que essa mesma redução de si mesmo ajuda a retroalimentar. Daí porque é cada vez mais a confiança e cada vez menos a estrita legalidade, que parece movimentar o Estado de Direito em sociedade.

Transmitindo lição de Barroso, Valter lembra que o Estado não pode “ferir as expectativas que cria em seus próprios constituintes”<sup>1104</sup>, destacando que a proteção da confiança não é de interesse apenas dos particulares, mas também um interesse público:

O cumprimento de uma promessa interessa não só à sociedade e aos seus integrantes, mas à própria Administração que deve zelar pela sua reputação. O ordenamento imposto pela força é, consoante adverte ALEXY, caro e instável, e a legitimação pela confiança torna o ordenamento mais barato e mais seguro por um longo tempo. [...]. A Administração que respeitar as expectativas legítimas dos cidadãos atuará, no dizer de CRAIG, com justeza (fairness), e isso facilitará a aceitação das suas deliberações e a estabilidade do Direito.<sup>1105</sup>

Como afirmou Luhmann, já não se confia à conta de quem confiou, mas à conta do próprio sistema. Por isso, “a confiança depositada nas instituições estatais deve ser respeitada. Caso contrário, as pessoas evitarão relacionar-se juridicamente com o Estado de buscarão vias alternativas, e não tão idôneas, para a preservação de seus interesses”<sup>1106</sup>.

Segundo leciona Suelen da Silva Webber, em uma democracia, o sistema poderia lidar com as frustrações de duas maneiras: cognitivamente pela aprendizagem pela sociedade e normativamente pela canalização para a reflexão pelo próprio sistema de direito, que assim também aprende a partir dos próprios erros<sup>1107</sup>. As frustrações sociais que Webber elenca exemplificativamente são a frustrações com as decisões, com a conduta dos julgadores, com o tempo, com os riscos processuais mal gerenciados<sup>1108</sup>. Contudo, a capacidade dos sistemas de consciência para lidar cognitivamente com as contingências são limitadas, e a incompreensão reiterada, cada vez mais reforçada na sociedade da informação, só tende a aumentar essa incompreensão, gerando mais frustrações. Por essa razão, não basta decidir, deve-se comunicar a decisão. As razões pela qual essa confiança ou sua frustração é (ou não) conforme o direito constituiu decisão que necessita não só de consistência mas da adequada

<sup>1104</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 6.

<sup>1105</sup> Ibid., p. 65-66.

<sup>1106</sup> Ibid., p. 8-9.

<sup>1107</sup> WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão Judicial e Estabilização Social**: legitimação pelo procedimento na sociedade complexa. Curitiba: Juruá, 2017, p. 388-389.

<sup>1108</sup> Ibid., p. 140-142.

comunicação a fim de que o sistema de direito não só realize de modo consistente sua função social mas também se apresente como confiável realizador dela.

O sistema precisa de irritação, de estímulo. Sem comunicação o sistema não dispõe de seu input de energia vital, não é colocado em movimento e, portanto, não faz, não realiza, diferença. E os acoplamentos, inclusive com os sistemas de consciência, são fundamentais para isso: eles tematizam as irritações conferindo-lhes funcionalidade. Essa é a razão pela qual Luhmann considera que não se deve buscar eliminar a corrupção sistêmica, pois, em verdade, é uma comunicação localizada de maneira disfuncional. Elas poderiam alimentar outro sistema, mas estão corrompendo o sistema jurídico; enquanto que outras comunicações, que poderiam lhe estar sendo confiados ao direito, encontrando vazão (corrupta) em outros dispositivos sociais para redução da complexidade (mediados por representantes político, religiosos, interesses econômicos, violência ou política paraestatal).

É precisamente nessa confiabilidade do sistema de direito inspira e, mais, na confiabilidade do Estado de Direito requisita, que reside uma questão fundamental ao princípio da proibição de retrocesso, o ponto em que as facetas jurídico-condicionais de programas constitucionais (notadamente aquela atrelada aos direitos fundamentais) entram em rota de colisão com as facetas político-finalísticas também de programas constitucionais, notadamente a autorrevisibilidade inerente ao princípio democrático. É neste ponto que o sistema de direito não só é desafiado a comunicar sua decisão<sup>1109</sup> enquanto decisão consistente e funcional, como também, com isso, a por sua própria confiabilidade em avaliação em vista (e em comparação direta) da maior ou menor confiança de que goza a própria irritação político-legislativa – isso, sem que se coloque em dúvida a própria confiabilidade do acoplamento representado pela constituição e o Estado de Direito. Não se trata de colocar o direito para fazer política, mas sim de ver o direito como algo social, parte da sociedade<sup>1110</sup>.

A desconfiança no sistema não se vincula necessariamente a uma ou outra instituição em particular, ela pode ser comunicada simbólica e generalizadamente a partir de quaisquer estruturas ou elementos que socialmente refiram o sistema de direito: o Estado de Direito, a constituição, a lei, a sinalização de trânsito, a polícia, o CNJ, a corte constitucional e os tribunais, o juiz, a advocacia, o promotor, as guias de recolhimento de tributo, os prédios das repartições públicas e os funcionários que ali trabalham. Todas essas formas são capazes funcionar comunicativamente de modo simbólico e generalizado tornando presente o sistema jurídico na sociedade, inclusive para atribuir relações de confiança ou de desconfiança.

---

<sup>1109</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 428.

<sup>1110</sup> Ver: *Ibid.*, p. 158.

Luhmann, aliás, refere explicitamente que a definição dos limiares da corrupção sistêmica se dá precisamente por meio da confiança e da desconfiança concretamente implicados de modo geral na sociedade:

Um sistema jurídico exposto frequentemente às intromissões – e quem negaria que isso sucede amiúde? – opera em estado de corrupção. Reconhece, por meio de suas normas, que não pode resistir à pressão da política. O sistema se mantém simulando legalidade, ainda que não renuncie à normatividade em geral. Não obstante, mediatiza o código direito/não-direito, antepondo uma distinção ao recorrer a um valor de rechaço (Gotthard Günther), que permite a subordinação oportunista às elites capazes de se impor. Com a pergunta sobre se o direito deve se aplicar nesses casos, surge uma espécie de exame preliminar. Com ele se chega a situações limite nas quais o direito oficia apenas, de maneira ocasional e desconexa, como sistema. O direito, então, orienta a si mesmo e é percebido na realidade como puro instrumento de poder – tanto a partir de dentro quanto a partir de fora. Abstratamente é muito difícil localizar onde estão estabelecidos esses limites, dado que a confiança e a desconfiança estão envolvidas como mecanismos gerais. No caso extremo já não se pode falar de clausula autopoietica e muito menos e aprendizagem cognitiva a respeito das normas.<sup>1111</sup>

Também compondo a corte constitucional brasileira, Carmen Lúcia revelou recentemente sua preocupação com a questão da confiança institucional no Brasil, relacionando a democracia e a corrupção no Estado:

[...]. A democracia vive da confiança do cidadão nas suas instituições, e não se confia em instituições corruptas ou onde as pessoas pratiquem corrupções e não tenham instituições suficientemente fortes, vigorosas e comprometidas com o combate e a superação deste estado de coisas<sup>1112</sup>

Ressalvando-se que não apenas das instituições estatais vive a democracia, mas do sistema social político como um todo, é de convir que a desconfiança nas estruturas sociais que levam a cabo o procedimento político democrático redunde na desconfiança sobre os próprios resultados daí extraídos. Essa disfuncionalidade justifica alguma apatia política, que pode se retroalimentar levando a uma menor participação (amostra quantitativa) ou um menor compromisso (amostra qualitativa), levando, por sua vez, a um interesse ainda menor pela cada vez menor confiança que inspira. A desconfiança incrementa, pois, essa espécie de círculo vicioso (*feedback*) que, de outro lado, materialmente, também já foi focado sob a relação entre desigualdade social e consciência política. A corrupção sistêmica, assim, pode ser vista materialmente tanto como causa quanto como resultado da desconfiança do sistema em prestar de forma consistente sua função.

<sup>1111</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 137-138.

<sup>1112</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ‘Corrupção é inaceitável’, afirma a ministra Carmen Lúcia durante cerimônia do Prêmio Innovare. **Notícias STF**, 8 mar. 2018. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371735>. Acesso em: 20 fev. 2020.

Nesse ponto, relacionando a perspectiva formal luhmanniana à democracia, importa consignar com José Rodrigo Rodriguez que a legitimação pelo procedimento<sup>1113</sup>, ainda que destituído de um conteúdo (humano, democrático etc.), não é em si autoritário<sup>1114</sup>. E ainda que uma tal tolerância de conteúdo permita uma ampla gama de orientações ideológicas, tal se dá desde que se mostrem não só autopoieticas e funcionais, mas, sobretudo, consistentes – ao que se pode verificar acima que uma programação intolerante não é funcional<sup>1115</sup>. Vale também deixar claro que uma legitimação pelo procedimento embora possua uma dimensão comunicativa simbólica, não equivale à mera retórica. Nesse sentido, mesmo uma deliberação democrática efetivamente legitimadora da ação social em termos de conteúdo pressupõe critérios procedimentais como forma de permitir aferir a própria legitimidade (simbólica) desse conteúdo. Nessa perspectiva mais ampla, novamente, forma e conteúdo não se apresentam necessariamente antagônicos, mas complementares, inclusive em termos de democracia participativa.

Dentre as várias posições existentes acerca da democracia plural e participativa, insta destacar, por refletir de modo surpreendente alguns aspectos do pensamento luhmanniano, a proposta de Zagrebelski acerca de uma democracia crítica:

Esse ponto parece, à primeira vista, conter uma contradição que deve ser esclarecida. Como se pode confiar na decisão de alguém como se pode atribuir autoridade, quando sabemos que este alguém tem vícios e falhas, ao invés de méritos e virtudes? A resposta está justamente na generalidade dos vícios e das falhas. A democracia em geral e a democracia crítica em especial estão fundamentadas em um ponto essencial: de que as virtudes e os defeitos de um indivíduo são também os de todos. Negando essa igualdade no valor político, já não teríamos, ao invés, alguma forma de autocracia, ou seja, o governo de uma parte (os melhores) sobre a outra (os piores). Portanto, se todos são iguais nos vícios e nas virtudes políticas, ou se não existe critério algum para estabelecer hierarquias de mérito ou demérito, nós não temos alguma possibilidade de atribuir a autoridade a outrem senão a todos no seu conjunto. Para a democracia crítica, a autoridade do povo não depende então de suas virtudes, mas provém – é necessário concordar com isso – da insuperável falta de algo melhor.<sup>1116</sup>

<sup>1113</sup> LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: UnB, 1980, passim.

<sup>1114</sup> GRANETTO, Ederson. **Livros 77: Como decidem as cortes – José Rodrigo Rodriguez**. UNIVESP TV. [S.l.]: 10 fev. 2014. Disponível em: [https://tvcultura.com.br/videos/35115\\_livros-77-como-decidem-as-cortes-jose-rodrigo-rodriguez.html](https://tvcultura.com.br/videos/35115_livros-77-como-decidem-as-cortes-jose-rodrigo-rodriguez.html). Acesso em: 20 fev. 2020. O simbolismo a que refere na entrevista, porém, é o meramente simbólico (o oráculo) – ou seja, não se confunde com o simbolismo em Luhmann porque em Luhmann além da forma, do procedimento, exige-se a consistência (ou justiça), o incremento de complexidade – independentemente do conteúdo que carregue consigo.

<sup>1115</sup> Pode-se dizer que através do sistema social luhmanniano, é pela fixação das formas que se libera o conteúdo, pois as formas são particulares, mas os conteúdos são contingenciais. E é porque os conteúdos são sempre contingenciais que eles não podem ser fixados. De outro lado, porque as formas podem ser fixadas é que elas também podem ser alteradas, inclusive em evolução para novas formas de acoplamento com novos conteúdos. Fixar o humano seria desumano, seria limitá-lo, seria não tolerá-lo em sua diferença, seu caráter contingencial.

<sup>1116</sup> ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011, p.135.

Note-se como transparece como fundamento o indecível, a contingência, a complexidade do ambiente que subjuga as capacidades do mais virtuoso dos seres humanos, reduzindo-o à mesma condição humana de todos os demais. Perceba-se que eliminados todos os seus aspectos substanciais, axiológicos e normativos do trecho citado, a autoridade da decisão de quem decide está fundamentada na impossibilidade de qualquer um decidir, de forma que, “se não existe critério algum [...], nós não temos alguma possibilidade de atribuir a autoridade a outrem senão a todos no seu conjunto”. Ocorre que essa decisão não é apenas aquela tomada no interior do Estado de Direito, mas no sistema social como um todo a cada instante e por cada comunicação jurídica dos seus sistemas componentes. Então essa democracia crítica se converte num fato, e não mais num dever-ser. Assim, mesmo quando institucionalmente não haja uma democracia política, está-se sociossistemicamente no interior de um arranjo sócio-político onde todos são formalmente operadores. Tem-se aí o paradoxo da democracia referido por Popper em remissão a Platão: a maioria pode escolher, como ação ou omissão de fato, consciente e legitimamente ou não, ser governada por um tirano. Quem, está em posição de decidir pela legitimidade ou não? Novamente, regras de competência.

A questão que se sobressai aí, porém, é justamente a racionalidade funcional desse arranjo político, que, se intolerante, não se afirma. Daí porque ser possível afirmar pela perspectiva sistêmica, ou seja, mesmo sem um apelo à substância da teoria democrática, a funcionalidade de sistemas democráticos – enquanto tolerantes com a diferença e, portanto, capazes de evolucionar –, frente a sistemas autocráticos – cuja redundância decorrente da intolerância limita a capacidade de adaptação ao entorno. Ou seja, embora sistematicamente se observe que todos participam das relações de poder e faticamente implicam no resultado final, o que torna a democracia a mais funcional dentre as formas de programação do exercício político de poder não é a qualidade (democrática) da sua decisão ou deliberação, mas a capacidade evolutiva que permite ao tolerar a variação advinda da diferença. Dessa forma, quanto mais efetiva a igualdade de oportunidades entre os diferentes elementos do sistema, mais consistente e funcional tende a ser a seleção entre redundância e variação na condução das decisões nas relações de poder. Essa evolução pode ser tradicionalmente identificada em Bobbio como a possibilidade de que, em iguais condições de oportunidade, a minoria se torne a maioria. A democracia, assim, internaliza seu próprio paradoxo enquanto governo majoritário que não pode impedir a minoria de, em iguais condições de oportunidade, tornar-se a maioria. Nítido, pois, que sem a funcionalidade contramajoritária dos direitos fundamentais se esvai a própria funcionalidade do programa democrático.

Tratando sobre democracia e desconfiança, Fernando de Brito Alves lembra que John Ely Hart chegou a comparar o exercício da jurisdição constitucional a uma orientação antitruste na economia:

Isso significa que ela atuaria não para ditar valores substantivos, mas apenas, quando o mercado político está funcionando mal de modo sistêmico. Discordância dos resultados, ou das decisões, de um determinado governo não são argumentos para considera-lo em mau funcionamento sistêmico.

A desconfiança é legítima quando (1) os canais de mudança política estão obstruídos pelos incluídos, e não existe qualquer possibilidade de transformação social ou inclusão dos excluídos, ou, ainda, quando (2) os representantes das maiorias colocam em desvantagem uma determinada minoria, ainda que ninguém lhe negue explicitamente o direito de participar do processo político, e por mera hostilidade ou preconceito lhe nega a proteção oferecida pelo sistema representativo a outros grupos.

[...]

Dessa forma, o controle judicial de constitucionalidade não deve apenas alcançar o conteúdo das normas e atos do poder público, mas também (1) os objetivos legislativos inconstitucionais que devem ser explicitados seja no preâmbulo, seja na própria norma para que o povo os conheça; (2) as motivações suspeitas, já que o mesmo ato pode ser considerado constitucional ou inconstitucional dependendo dos motivos pelos quais foi efetuado; ou ainda, (3) as classificações suspeitas, quando, por exemplo, uma lei classifique os indivíduos segundo a raça e traga desvantagens para determinada minoria, e, ainda, que a minoria em questão esteja sempre do 'lado errado' da classificação legislativa, por motivos injustificáveis.<sup>1117</sup>

Embora Alves entenda que a atuação jurisdicional deve reequilibrar substancialmente esses fatores a fim de que não reste contaminado o processo legislativo, faz ressalva quanto “ao recente avanço do direito em detrimento da política”, destacando com Oscar Vilhena que a “hiperconstitucionalização da vida contemporânea” decorrente da desconfiança na democracia, pela assunção constitucional de compromissos maximizadores, ao mesmo tempo que retirou da esfera da discricionariedade política determinadas competências acabou por entrega-las às cortes constitucionais. Isso não só contribui para o já observado número elevado de emendas constitucionais, conforme aponta Sarmiento, como, ainda segundo Alves, exigiria uma “progressiva reconquista pelo povo do poder de interpretar a Constituição”<sup>1118</sup>.

Isso se reflete também não apenas sobre o aumento de expectativas sobre o exercício da função jurisdicional (já pontuado por Fachin acima) como parece vir continuamente transferindo pressões atreladas ao poder político para dentro do órgão jurisdicional, replicando a desconfiança que ora recaía (e recai) sobre a democracia e o poder político para dentro do âmbito jurisdicional. Ou seja, de uma judicialização da esfera política, a reboque da sua constitucionalização, passa-se a uma politização da esfera jurídica, desafiando, ao cabo, o próprio sistema de direito quanto ao seu caráter jurídico.

<sup>1117</sup> ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular**: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental. Curitiba: Juruá, 2013, p. 307-310.

<sup>1118</sup> Ibid., p. 311.

Tomando em consideração que as cortes decidem no Brasil por uma maioria nem sempre alinhada a uma mesma *ratio decidendi*<sup>1119</sup>, destaca-se a figura individual do magistrado, sobretudo após a ampliação do acesso público à íntegra dos julgamentos em rádio e televisão, dos arquivos audiovisuais dos julgamentos na internet. Ou seja, cada voto conta por si para formação do placar final, de modo que eventual orientação ideológica (jurídica, política, político partidária e até religiosa) acabam sendo consideradas politicamente à falta de uma melhor comunicação jurídica. Com isso, tal qual na política, a confiança pode não acabar depositada na instituição em si, mas na figura do titular de competência, tornando problemática a relação entre a confiança institucional e confiança pessoal, de modo que o titular de competência com substancial crédito de confiança pessoal torna-se fiador da confiança institucional. Se a confiança pessoal se torna desproporcional ou não se sedimenta junto à instituição, uma vez operada a dissociação entre a figura do detentor de competência e a instituição, por contraste, pode a instituição sofrer com uma abrupta desconfiança, não exatamente em relação a si, mas ao novo detentor de competência. Nesse sentido, o populismo<sup>1120</sup> atrapalha a fixação da confiança institucional<sup>1121</sup>. Noutro giro, o negativo, o escândalo – enquanto elemento próprio da seara política –, associado ou não a atos de corrupção, conforme referido por Cármen Lúcia, ainda mais claramente, atenta contra a fixação da confiança institucional.

Ao corromper-se, o sistema de direito torna-se injusto, porque inconsistente, e deixa de cumprir com sua função de estabilizar expectativas normativas, incluindo contingência e desconfiança no seio da sociedade. Mais do que isso, ao corromper-se o sistema de direito dificulta a evolução autopoietica da sociedade, que deixa de alocar a comunicação social corruptora nos dispositivos e sistemas sociais funcionalmente adaptados a eles. Ou seja, ao lançar-se ao centro do debate político nacional, o órgão jurisdicional dificulta a evolução do sistema político brasileiro, que passa a ter com quem dividir os holofotes da opinião pública e

---

<sup>1119</sup> RODRIGUEZ, op. cit., passim.

<sup>1120</sup> Embora teóricos como Ernesto Laclau permitam ver o populismo de modo positivo, se o populismo não surge em torno da pessoa do líder, o faz em torno da imagem que se constrói de um (no singular ou no plural). Um populismo que não se debruça sobre a figura de líderes só pode recair sobre a ideia de grandeza de características (exclusivas) do próprio povo – já aí não mais um populismo, mas um ufanismo. Em vista disso, tem-se aqui que a personalidade do populismo rivaliza com a impessoalidade institucional do Estado de Direito.

<sup>1121</sup> Nesse sentido, a exemplo, com dados empíricos, cite-se: KYLE, Jordan; MOUNK, Yascha. **The populist harm to democracy: an empirical assessment**, 26 dec. 2018. [S.l.]: Tony Blair Institute for Global Change, 2018. Disponível em: <https://institute.global/policy/populist-harm-democracy-empirical-assessment>. Acesso em: 20 fev. 2020. Anote-se também: MOISES, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. **Opinião Pública**, v. 14, n. 1, p. 1-42, June 2008. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762008000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762008000100001>.

com a vantagem de poder investir em propaganda em sua autoapresentação. Assim, um sistema de direito paternalista para quaisquer valores ou interesses, que não para garantia e resguardo de sua própria autoapoiese, não promove nem a sua função nem a justiça e evita que a sociedade encontre os canais funcionalmente adequados à redução de complexidade.

Com isso não se quer negar que históricas decisões de tribunais tenham na prática significado progressos/retrocessos para boa parte da sociedade, mesmo quando sob a acusação (procedente ou não) de ter o tribunal passado a legislar. O que se quer deixar claro é que o inativismo político não justifica a colocação em prática (reiterada) do ativismo judicial, nem este aquele. Se para tais situações se decidir interpretar que os fins justificaram os meios, admite-se também que a decisão suspendeu a própria constituição (política e jurídica) revelando-se uma decisão em estado de exceção, onde o próprio soberano se manifestou. Nesse plano, há quem possa ver o povo soberano ou o vil tirano (amigo/inimigo). É uma faca de dois gumes. Mas se para tais situações se decidir interpretar que está conforme o direito, admite-se também que a decisão usou de um valor provisório, um suplemento argumentativo, um décimo segundo camelo, revelando-se uma decisão cujo trânsito está acobertado pela força (política) do direito – que pode ou não mostrara-se a decisão última em razão da sua legitimação pelo procedimento, incluída as regras de competência, as regras do jogo<sup>1122</sup>. Se um ou se outro, só o sistema omniembarcador da sociedade parece poder de fato revelar em (pen)última instância.

Retornados a esse horizonte, cumpre dar destaque às palavras do ministro Cezar Peluso ao aditar seu voto no julgamento do STF acerca da aplicação ou não da Lei da Ficha Limpa (Lei Complementar n. 135/2010) às eleições de 2010: “um Tribunal Constitucional que, para atender a anseios legítimos do povo, decida ao arrepio da Constituição, é Tribunal em que o próprio povo não pode confiar”<sup>1123</sup>.

As promessas assim como as normas geram expectativas. Descumprir normas jurídicas é natural, é até necessário que a um grau razoável sejam quebradas (excepcionadas) para que confirmem seu valor contrafático. A violação das normas a certo ponto é expectável

---

<sup>1122</sup> Novais, especificamente acerca dos limites aos limites, parece de alguma forma corroborar com esse entendimento, ao sustentar: “[...], mesmo quando os limites aos limites, pelo facto de remeterem, também eles, para operações de valoração subjectiva dos bens em confronto, não podem fornecer o grau de objectivização e estruturação racional dos procedimentos de ponderação que seria desejável, há sempre, na sua intervenção obrigatória no processo de controlo da constitucionalidade das restrições, a vantagem que resulta do facto de o tribunal ser obrigado a patentear, de forma clara e estruturada em função da referência aos específicos limites aplicáveis, o sentido e o processo de construção dos juízos de ponderação a que recorre, com os consequentes ganhos em unidade e segurança jurídica das decisões judiciais.” (NOVAIS, *As restrições [...]*, op. cit., p.728)

<sup>1123</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 633703/DF**. Processo sem número único. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 mar. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

e não elimina nossa confiança nelas. O problema é quando, com certa frequência, essa oportunidade de imposição da norma não é aproveitada. Isso porque a imposição da norma jurídica não é uma norma, é uma promessa – e as promessas não são contrafáticas. A violação das promessas atinge a confiança, a confiança que a sociedade em geral e os sistemas de consciência depositam sobre o sistema de direito.

Mais aquém das promessas não cumpridas da Modernidade e do Estado de Bem-Estar Social, as promessas não cumpridas da constituição são aquelas que naturalmente se colocam num horizonte móvel e continuamente reformulado. Em que pese sua posição hierárquica, em relação a elas, porém, não parece haver socialmente promessa mais solene do que aquela registrada concretamente com a força de lei: de lei ordinária, de lei complementar, de portaria, de alvará, de sentença, enfim dos textos jurídicos que regem os atos e fatos do cotidiano e conduzem do dia a dia das pessoas. Isso não significa que os textos e suas interpretações não possam ser revistos, mas apenas que eles precisam de bons motivos ou justas compensações para frustrar as legítimas expectativas de quem neles, até então e em alternativa às demais opções de que dispunha, depositava a confiança de uma vida melhor.

Nestes termos, tem-se que resta demonstrada a fundamental importância da confiança social para a função do sistema de direito, que, em reflexão sobre sua apresentação social, precisa se mostrar confiável, o que inclui também a comunicação da consistência e, por isso, a confiabilidade, de suas argumentações, fundamentos e decisões. Para o próximo tópico, a confiança será atrelada à consistência do sistema de direito, na forma de princípio de proteção da confiança legítima, permitindo em relação a ele e ao princípio de segurança jurídica, aclarar a posição do princípio de proibição de retrocesso.

## 5.2 RETROCESSO JURIDICAMENTE PROIBIDO A PARTIR DE LUHMANN

Conforme verificou-se quando enfrentadas as lições de Luhmann em livro dedicado à confiança, de 1968, a par dos desenvolvimentos contemporâneos do tribunal constitucional alemão, versou ele explicitamente, ainda que de modo breve, sobre o princípio jurídico da proteção da confiança. O fez para considerar arriscada a proficuidade do argumento ético ancestral de uma proteção da confiança no direito, devendo o sistema jurídico, salvo “construções jurídicas por caminhos mais apropriados e sustentáveis”, impor restrições a si próprio, inclusive sob pena de dar azo à erosão da separação de poderes quando contra o

produto da atuação legislativa. Luhmann, portanto, admitiu, com ressalvas, o princípio jurídico da proteção da confiança, distinguindo-o da legalidade e da confiança social<sup>1124</sup>.

Nessa linha de ideias, uma vez verificada a importância da confiança social para o sistema de direito, cumpre aqui entender como se dá no interior do sistema de direito brasileiro a recepção da proteção da confiança e *como* através dela, se pode chegar a definir, a partir do referencial luhmanniano, um princípio de proibição de retrocesso social.

Retomando o escólio de Sarlet, este aponta existir “uma relação necessária e produtiva” entre proibição de retrocesso e segurança jurídica, sem, contudo, encerrar identidade “no sentido de uma fungibilidade e superposição” – aspecto no qual acrescenta que Loureiro<sup>1125</sup> aparenta sustentar uma redução da proibição de retrocesso à proteção da confiança. Nisso, tendo antes, com Boecken, afirmado que “a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual”<sup>1126</sup>, alega que a relação entre proibição de retrocesso e segurança jurídica também pressupõe “uma dimensão dinâmica da segurança jurídica, com destaque para o já referido princípio da proteção à confiança”<sup>1127</sup>. Sem embargo da já apontada nebulosidade na afirmação desses limites, nota-se que Sarlet, ao referir uma devida “ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade”, deixa claro sua adesão a uma perspectiva individual da proteção da confiança – como, de resto, segundo alega<sup>1128</sup>, teria feito a corte constitucional alemã desde 1968, a teor do que extrai do BVerfGE 24/220<sup>1129</sup>.

Sobre isso, insta consignar que citado julgado ressalva que a extensão da confiança pode ser muito diferente em casos individuais e pode não ser levada em consideração pelo

<sup>1124</sup> LUHMANN, **Confiança [...]**, op. cit., p. 59.

<sup>1125</sup> LOUREIRO, João Carlos Simões Gonçalves. Adeus ao Estado Social? A Segurança Social entre o Crocodilo da Economia e a Medusa da Ideologia dos ‘Direitos Adquiridos’. Coimbra: Wolkers Kluwer Portugal e Coimbra Editora, 2010, p.254, apud SARLET, **A Eficácia dos[...]**, op. cit., p.475. Ver também: LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v.83, 2007, p.99-182. Coimbra (Portugal): Universidade de Coimbra, 2007, p.55-56 e 60. Disponível em: [http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus\\_ao\\_estado\\_Social\\_0.pdf](http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus_ao_estado_Social_0.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1126</sup> Especificamente: BOECKEN, Winfried. *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüchen und Anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*. Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p.80, apud SARLET, **A Eficácia dos[...]**, op. cit., p. 475.

<sup>1127</sup> SARLET, **A Eficácia dos[...]**, op. cit., p. 475. Ver também: SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence**. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimp., p. 85-129. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 124.

<sup>1128</sup> SARLET, **A Eficácia dos[...]**, op. cit., p. 475.

<sup>1129</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 24, 220**. Angestelltenversicherung. 16 oktober 1968. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024220.html>. Acesso em: 20 fev. 2020, tradução nossa.

legislador em todos os casos, passando o acórdão, assim, a tratar da questão em referência a grupos (de indivíduos, obviamente) distinguidos a partir de regimes legais, datas e situações objetivamente verificadas torno do antigo e do novo tratamento legislativo de pensões<sup>1130</sup>. Com isso, quer-se dizer que mesmo a proteção de uma confiança individualmente considerada se faz necessariamente em torno de situações-tipo decorrentes de critérios objetivos extraídos do caso concreto. Isso não significa que reste inviabilizada a apreciação de casos e situações em particular, todavia, quanto maior a potencial repercussão do entendimento, inclusive em vista de demandas de massa, tanto mais desejável a afetação de uma jurisprudência uniformizadora cuja *ratio decidendi* se mostre pautada por critérios o mais claro e objetivo possíveis, segundo a própria impessoalidade expectada de um governo de leis.

Mencionado julgado (BVerfGE 24/220) ainda é profícuo em revelar, do seu berço alemão, a íntima relação entre a retroatividade e os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima, ponto sobre o qual se passa a investigar com mais vagar:

As leis maléficas que fornecem efeito retroativo genuíno são em regra inconstitucionais por violar os princípios de segurança jurídica e de proteção de expectativas legítimas contidas no Estado de direito (ver, e.g., BVerfGE 13, 261 [270 ff.]; 21, 117 [131 f.]; 22, 241 [248]). [...].

[...]

No entanto, dos princípios constitucionais de segurança jurídica e da proteção da confiança legítima também se originam limites constitucionais no caso da chamada retroatividade inautêntica, que consiste em uma lei ter efeitos apenas no presente, ainda que sobre fatos incompletos e relações jurídicas para o futuro (BVerfGE 11, 139<sup>1131</sup> [146]; 22, 241 [248]).<sup>1132</sup>

Assim, alegando-se estar ali diante de um caso de retroatividade inautêntica, constata, como resultado, que parcela da população segurada restou frustrada em relação aos requisitos da antiga lei – ao que passa a dispor:

Mas a proteção constitucional de expectativas legítimas não chega ao ponto de proteger o cidadão de qualquer decepção, especialmente se a posição legal prejudicada for baseada em uma subvenção estatal (BVerfGE 14, 288 [299]; 22, 241 [252]). Especialmente no campo do direito previdenciário, o legislador deve poder fazer novos regulamentos em prol do bem comum, que se adaptem às exigências modernas; Nesse caso, uma opção de seguro favorável pode ser adotada em casos individuais, a fim de obter uma proteção adequada de certos grupos da população. O indivíduo não pode confiar na proteção de expectativas legítimas "se sua confiança na existência contínua de um regulamento jurídico específico não puder ser

<sup>1130</sup> ALEMANHA, BVerfGE 24, 220 [...], op. cit., tradução nossa.

<sup>1131</sup> Na jurisprudência alemã, pois, a distinção entre retroatividade própria e imprópria remonta, pelo menos, ao BVerfGE 11, 139, de 31 de maio de 1960, de onde se extrai: “[...]. A retroatividade autêntica (retroativa) de uma lei existe apenas se a lei posterior afeta os efeitos de fatos consolidados; onde, como aqui, apenas fatos atuais, incompletos e relações jurídicas para o futuro estão envolvidos, o problema da retroatividade não surge (a chamada retroatividade inautêntica). [...]” (Id., BVerfGE 11, 139. Kostenrechtsnovelle. 31 mai 1960. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011139.html>. Acesso em: 20 fev. 2020, tradução nossa).

<sup>1132</sup> Id., BVerfGE 24, 220 [...], op. cit., tradução nossa.

razoavelmente considerada pelo legislador" (BVerfGE 14, 288 [300]). Para além disso, é necessário ponderar entre a extensão da perda de confiança dos indivíduos (BVerfGE 24, 220 [230-231]) e a importância da preocupação legislativa para o bem comum.<sup>1133</sup>

Nesse caso, entendeu-se que a perda de confiança gerada não se comparava com os danos causados pela inviabilização de novos seguros e que a restrição das condições para fruição do direito no futuro não dizia respeito à retroatividade, mas à retirada de subvenção estatal. Mais adiante, arremata:

Se existe vantagem ou desvantagem ou se a extensão da perda de confiança é considerável em um caso individual (BVerfGE 24, 220 [234-235]), deve ser relevado na abordagem generalizada inerente ao seguro social (vgl. BVerfGE 17, 1 [23]; 23, 135 [146]). Se o legislador, em nova e abrangente legislação previdenciária, priorizou o interesse público em detrimento de uma quebra de confiança em um caso específico, isso está inserido no âmbito de sua liberdade de planejamento. Uma violação do Estado de Direito não pode ser afirmada, afinal.<sup>1134</sup>

A corte alemã, portanto, chegou a ponderar entre o interesse público e a proteção da confiança legítima individual em um caso específico – operação que, à luz do caso concreto, não revelou contrariedade ao Estado de Direito.

Apesar de tratar de uma alteração legislativa tributária de 20 de maio de 1952, o referenciado BVerfGE 13/261, de 19 de dezembro de 1961, é esclarecedor na vinculação da retroatividade autêntica com a proteção da confiança e a segurança jurídica:

1. [...]. O Ministro das Finanças quer justificar a admissibilidade do aumento retrospectivo da alíquota do imposto de renda das empresas declarando que o projeto de lei complementar já havia sido submetido aos órgãos legislativos no outono de 1951. No entanto, a introdução de um projeto de lei que visa aumentar os impostos ou eliminar as concessões fiscais não é capaz de afetar a confiança dos contribuintes na legislação existente. As leis federais são aprovadas pelo Bundestag (Art. 77 Abs. 1 Satz 1 GG). Somente no momento em que o Bundestag aprovou uma lei retroativa é que a confiança do cidadão na lei existente não é mais digna de proteção (ver BVerfGE 1, 264 [280]; 8, 274 [304]). O mesmo se aplica se uma lei exige ou pressupõe a promulgação subsequente de uma lei retroativa (ver BVerfGE 2, 237 [266]; 7, 129 [151 e segs]).
2. O aumento retroativo da alíquota tributária não logrou ser justificado por razões imperiosas do bem comum, superiores à exigência de segurança jurídica. O fato de o legislador querer corrigir um erro cometido na redação da lei não o habilita a fazê-lo em relação ao período imediatamente anterior. Somente se sua supervisão levasse a uma ambiguidade considerável ou a lacunas objetivas na disposição estatutária original, o efeito retroativo seria excepcionalmente permitido (ver BVerfGE 7, 129 [151 ss.]; 11, 64 [72 ss.]). [...].<sup>1135</sup>

Antes de chegar a essa conclusão, impende destacar de sua fundamentação:

<sup>1133</sup> ALEMANHA, BVerfGE 24, 220 [...], op. cit., tradução nossa.

<sup>1134</sup> Ibid.

<sup>1135</sup> Id., BVerfGE 13, 261. Rückwirkende Steuern. 19 dezembro 1961. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv013261.html>. Acesso em: 20 fev. 2020, tradução nossa.

Entre os elementos essenciais do Estado de Direito está a segurança jurídica (BVerfGE 7, 89 [92]). O cidadão deve ser capaz de prever as possíveis intervenções estatais em face de si e ser capaz de adequar-se; ele deve poder confiar que sua conduta conforme o direito permanece reconhecida pelo sistema jurídico com todas as consequências jurídicas originalmente associadas. Nessa confiança, no entanto, o cidadão resta frustrado quando o legislador atribui aos fatos consolidados consequências menos favoráveis do que aquelas quando o cidadão foi autorizado a dispor. Para o cidadão, segurança jurídica significa em primeiro lugar proteção de expectativas legítimas.

O Tribunal Constitucional Federal, portanto, entende ser possível que uma deterioração retroativa da posição jurídica do cidadão viole a segurança jurídica (BVerfGE 7, 129 [152]; 11, 64 [72]). [...].

Isso não se aplica sem exceção. Não se pode falar de proteção de expectativas legítimas em que a confiança em uma situação jurídica específica não seja objetivamente justificada. Os seguintes casos podem ser considerados:

- a) A confiança não é digna de proteção se, conforme a situação jurídica, o cidadão tinha no momento como considerar a regulamentação legal das consequências jurídicas (vgl. BVerfGE 1, 264 [280]; 2, 237 [264 f.]; 8, 274 [304]).
- b) O cidadão não pode confiar na lei nem, então, em seu planejamento se essa for obscura e confusa. Nesses casos, o legislador deve ter permissão para esclarecer retroativamente a posição jurídica (vgl. BVerfGE 11, 64 [72 f.])<sup>1136</sup>.
- c) O cidadão nem sempre pode se deixar a um padrão inválido extraído da lei. Sob certas circunstâncias, o legislador pode, portanto, substituir retroativamente uma disposição nula por uma norma que não seja questionável (vgl. BVerfGE 7, 89 [94]).
- d) Finalmente, razões imperiosas do bem comum, que sejam superiores à exigência de segurança jurídica, podem justificar um efeito retroativo. (vgl. BVerfGE 2, 380<sup>1137</sup> [405]).<sup>1138</sup>

Como se percebe, o BVerfGE 13/261 foi decidido na linha deste último tipo, declarando-se a inconstitucionalidade sobre uma situação de autêntica retroatividade de lei tributária. Marca-se, assim, um contraste com o BVerfGE 24/220, em que a operação de ponderação se realizou entre razões de interesse público e a proteção da confiança legítima sobre um caso de retroatividade inautêntica, concluindo-se, ademais, neste aspecto, pela constitucionalidade da intervenção legislativa.

Ademais, merece também destaque ao último julgado mencionado no trecho acima, o BVerfGE 2/380, onde, a propósito da função jurisdicional, o tribunal constitucional federal alemão reconheceu estar ele mesmo, em atenção à segurança jurídica, também obrigado perante as exigências da confiança no Estado:

<sup>1136</sup> No Brasil, a hipótese foi enfrentada pelo STF na ADI n. 605 MC/DF (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 605 MC/DF** [...], op. cit.).

<sup>1137</sup> O BVerfGE 2, 380, de 1º de julho de 1953, (além de já indicar um debate em torno da extensão da noção de propriedade do artigo 14 da Lei Fundamental para direitos prestacionais em face do Estado), esclarecendo não estar o direito constitucional reduzido a trechos da constituição escrita, havendo também implícitos princípios gerais e princípios orientadores, afirma estar entre estes o princípio do Estado de Direito, que tem como elemento essencial a garantia da segurança jurídica – o que “requer não apenas um curso regular do processo jurídico, mas também um resultado cuja validade jurídica seja garantida”. Aparentemente, a referência ao julgado se deve em especial ao presente argumento: “Uma exceção a esta regra [não revisão de posições jurídicas consolidadas] só poderia ser justificada se existirem razões de gravidade e seriedade que suscitem específicas considerações de segurança jurídica” (ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 2, 380**. Haftentschädigung. 1 juli 1953. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002380.html> Acesso em: 20 fev. 2020, tradução nossa)

<sup>1138</sup> Id., **BVerfGE 13, 261** [...], op. cit., tradução nossa.

Assim como é função legítima do governo se adaptar às mudanças de situação – do que se segue a fundamental precariedade de seu agir –, é função legítima da jurisdição esclarecer definitivamente as consequências jurídicas dos fatos consolidados. Esse esclarecimento, no entanto, consiste essencialmente na interpretação de conceitos jurídico indeterminados e na subsunção de casos limítrofes e duvidosos a esses conceitos. A jurisdição seria, portanto, privada de seu verdadeiro significado se se permitisse a reabertura de um caso encerrado devido a uma mudança na interpretação dos conceitos jurídicos. Já não poderia cumprir sua particular missão de garantir segurança jurídica; ao contrário, ocorreria insuportável incerteza jurídica e a confiança nas condutas estatais seria severamente abalada. [...].<sup>1139</sup>

Além dos acima mencionados julgados acerca da proteção da confiança tangenciarem os temas da segurança jurídica, da retroatividade autêntica e inautêntica, compondo um âmbito de discussão comum à proibição do retrocesso, eles também são antecedentes aos julgados mencionados por Sarlet na primeira parte do estudo acerca desse princípio, permitindo-lhe um retrospecto de debates mais amplo.

De volta ao Brasil, o ministro Luís Roberto Barroso parece ter sido um dos primeiros a versar sobre a proteção da confiança em sede constitucional. Especificamente em artigo sobre a constitucionalidade da reforma da previdência realizada pela EC n. 41/2003, em tópico específico acerca da segurança jurídica, direito intertemporal e proteção do direito adquirido, Barroso leciona que, expresso no caput do art. 5º da constituição, a “segurança jurídica é um dos fundamentos do Estado e do Direito, ao lado da justiça e, mais recentemente, do bem-estar social” vindo a designar “um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem a confiança nos atos do Poder Público, a previsibilidade dos comportamentos e a estabilidade das relações jurídicas”<sup>1140</sup>.

Nessa seara, distingue como postulado básico do direito intertemporal o que a doutrina chama de princípio da não-retroatividade das leis – o que, constando de todas as Constituições brasileiras (exceto a Carta de 1937)<sup>1141</sup>, atualmente está previsto no inciso XXXVI do art. 5º, dirigindo-se literalmente ao legislador e, reflexamente, ao Judiciário, ao Executivo bem como ao constituinte derivado enquanto limitação material a emendas (CR/88, art.60, §4º, IV): “o princípio da não-retroatividade só não condiciona o exercício do poder constituinte originário”. Nesse contexto, destaca que o direito adquirido, diferentemente de outros países,

<sup>1139</sup> ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 2, 380** [...], op. cit., tradução nossa.

<sup>1140</sup> BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 58, p. 125-160. Rio de Janeiro: [Estado do Rio de Janeiro], 2004, p.141. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2005-volume-58>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1141</sup> Barroso acrescenta: “[...]. Nos Estados Unidos, há na Constituição de 1787 uma vedação às leis retroativas (art. 1º, seção 9, 1: ‘ex post facto law’), cuja interpretação, todavia, é bem restrita. Na América Latina, à exceção do México, e na Europa, a regra da não-retroatividade é de nível infraconstitucional, podendo, mesmo, ser derogada por legislação superveniente. [...]” (Ibid., p. 142).

possui no Brasil sede constitucional, suscitando maiores controvérsias quanto ao tratamento dos efeitos do ato consumado sob vigência da legislação anterior, aspecto no qual Barroso leciona que prevaleceu no STF a noção de que o direito adquirido rege-se pela lei que disciplinou sua causa, não cedendo nem a leis de ordem pública nem a razões de Estado<sup>1142</sup>.

Distingue-se, pois, tanto do direito consumado, em que tanto o fato aquisitivo quando os efeitos jurídicos previstos já se produziram integralmente; quanto da expectativa de direito, em que “o fato aquisitivo teve início, mas não se completou”<sup>1143</sup> – ao que prossegue:

[...]. Neste caso, não se produz o efeito previsto na norma, pois seu fato gerador não se aperfeiçoou. Entende-se, sem maior discrepância, que a proteção constitucional não alcança esta hipótese, embora outros princípios, no desenvolvimento doutrinário mais recente (como o da boa-fé e o da confiança), venham oferecendo algum tipo de proteção também ao titular de expectativa de direito. É possível cogitar, nessa ordem de idéias, de direito a uma transição razoável.<sup>1144</sup>

Ou seja, Barroso percebe os princípios da boa-fé e da proteção da confiança lado a lado, inseridos no contexto do princípio da segurança jurídica na tutela de expectativas de direito. Essa visão, além de coadunar-se ao regime único de direitos fundamentais (de eficácia

---

<sup>1142</sup> BARROSO, op. cit., p.141-145. Sobre isso, Barroso dá destaque a dois julgados do STF. A ADI 493/DF, de cujo voto do relator Moreira Alves se extrai: “Por outro lado, no direito brasileiro, a eficácia da lei no tempo é disciplinada por norma constitucional. Com efeito, figura entre as garantias constitucionais fundamentais a prevista no inciso XXXVI do artigo 5º da Constituição Federal: ‘A lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada’. Esse preceito constitucional se aplica a toda e qualquer lei infraconstitucional, sem qualquer distinção entre lei de direito público e lei de direito privado, ou entre lei de ordem pública e lei dispositiva. Já na representação de inconstitucionalidade n. 1.451 salientei em voto que proferi como relator: ‘Aliás, no Brasil, sendo o princípio do respeito ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada de natureza constitucional, sem qualquer exceção a qualquer espécie de legislação ordinária, não tem sentido a afirmação de muitos – apegados ao direito de países em que o preceito é de origem meramente legal – de que as leis de ordem pública se aplicam de imediato alcançando os efeitos futuros de ato jurídico perfeito ou da coisa julgada, e isso porque, se se alteram os efeitos, é óbvio que se está introduzindo modificação na causa, o que é vedado constitucionalmente’ (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade n. 493. Rel. Min. Moreira Alves. Tribunal Pleno. julgado em 25/06/1992)”. O segundo julgado destacado por Barro é o RE 209.519/SC, de cuja ementa de não conhecimento se extrai: “[...] LEIS DE ORDEM PÚBLICA - RAZÕES DE ESTADO - MOTIVOS QUE NÃO JUSTIFICAM O DESRESPEITO ESTATAL À CONSTITUIÇÃO - PREVALÊNCIA DA NORMA INSCRITA NO ART. 5º, XXXVI, DA CONSTITUIÇÃO. - A possibilidade de intervenção do Estado no domínio econômico não exonera o Poder Público do dever jurídico de respeitar os postulados que emergem do ordenamento constitucional brasileiro. Razões de Estado - que muitas vezes configuram fundamentos políticos destinados a justificar, pragmaticamente, *ex parte principis*, a inaceitável adoção de medidas de caráter normativo - não podem ser invocadas para viabilizar o descumprimento da própria Constituição. As normas de ordem pública - que também se sujeitam à cláusula inscrita no art. 5º, XXXVI, da Carta Política (RTJ 143/724) - não podem frustrar a plena eficácia da ordem constitucional, comprometendo-a em sua integridade e desrespeitando-a em sua autoridade” (BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 209.519/SC. Rel. Min. Celso de Mello. 1ª Turma. Julgado em 22/04/1997)” (Ibid., loc. cit.).

<sup>1143</sup> Barroso esclarece a diferença existente para com o ato jurídico perfeito: “De acordo com a doutrina dominante e a própria jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, o ato jurídico perfeito, juntamente com a coisa julgada, constitui um modo típico de geração de direitos adquiridos. O ato jurídico perfeito, definido pela Lei de Introdução ao Código Civil como o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou, é o negócio jurídico ou ato jurídico *stricto sensu*, compreendendo as declarações unilaterais de vontade e os negócios bilaterais. O contrato é o seu exemplo mais típico. Para os fins do presente estudo, seu conceito encontra-se englobado no de direito adquirido.” (Ibid., loc. cit.).

<sup>1144</sup> Ibid., loc. cit.

pública e privada) extraído da nossa ordem constitucional, permite um distanciamento dos debates em torno das noções lusitanas de direito adquirido, subjetivação, *acquis social* etc. de que se valem sobretudo na afirmação da proibição de retrocesso social enquanto aplicação do regime constitucional dos direitos de defesa. Entre nós, pois, a assente distinção entre direito adquirido e a expectativa de direito confere maior estabilidade conceitual àquele para além de sua inequívoca sede constitucional – independente de se tratar de um direito de liberdade ou a prestações materiais. Por contraste, sem as nuances conferidas pelo debate doutrinário e jurisprudencial português, a expectativa de direito poderia se mostra enfraquecida – mas não a ponto de tornar-se irrelevante. Anote-se como Barroso prossegue com sua análise:

Este é o entendimento convencional, de longa data dominante na matéria: a expectativa de direito não tem proteção constitucional e, conseqüentemente, não gera qualquer pretensão legítima por parte de quem queira invocá-la. Nada obstante, é possível sustentar, nessa matéria, uma posição de vanguarda, harmonizada com a democratização do Estado e da Administração Pública, no sentido de que o Poder Público, em nome da própria segurança jurídica e, também, do princípio da boa-fé, não seja indiferente às expectativas de direito nem as frustre inteiramente. Como natural, expectativa, não se confunde com direito adquirido, não podendo postular o mesmo grau de proteção. Com base nela, no entanto, é possível cogitar do direito a uma transição razoável, notadamente no caso de servidores que ingressaram de longa data no sistema. [...].<sup>1145</sup>

Assim, versando especificamente sobre os efeitos da EC n. 41/2003 no RPPS, após frisar que no Brasil “inexiste de direito adquirido a regime jurídico, inclusive regime de transição”<sup>1146</sup>, e que o princípio da razoabilidade ou da proporcionalidade se aplicou à situação concreta, afirma:

[...]. A crise do sistema de previdência pública é inegável (motivo); a exigência de tempo maior de permanência e a redução proporcional em caso de aposentadorias precoces são meios eficazes para a redução de despesas (adequação), sendo menos gravosos do que a elevação ilimitada das alíquotas, que, ademais, encontraria limite na vedação de confisco (necessidade); e o ônus que adviriam para os servidores na hipótese de insolvência do sistema seriam muito maiores do que a permanência mais longa ou a redução proporcional dos benefícios (proporcionalidade em sentido estrito). Em suma: pela posição tradicional e dominante, os atuais servidores detinham apenas expectativa de direito, podendo ter seu regime jurídico alterado. Pela doutrina mais arrojada [boa-fé e/ou confiança], seria exigível um regime de transição razoável, o que se afigura plenamente caracterizado na hipótese.<sup>1147</sup>

<sup>1145</sup> BARROSO, op. cit., p. 157-158.

<sup>1146</sup> Entre outros, anote-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 563965/RN**. Processo sem número único. Relator: Min. Cármen Lúcia, 11 fev. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020; Id., **RE n. 226473/SC**. Processo sem número único. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 maio 1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020; e Id., **RE n. 177072/SP**. Processo sem número único. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 26 fev. 2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1147</sup> BARROSO, op. cit., p. 159.

Em estudo dedicado e não mais restrito à esfera administrativa, como no caso das abordagens anteriores, Valter Shuenquener de Araújo, em tese doutoral orientada por Barroso, remonta as origens do princípio da proteção da confiança ao Direito Canônico, em vista da necessidade de preservação da eficácia de atos do Papa Formoso mesmo após postumamente excomungado. Refere que, obstado pelo dogma de estrita legalidade, o princípio da proteção da confiança desenvolveu-se principalmente a partir da década de 1950, na Alemanha, onde sua origem foi influenciada pela boa-fé objetiva

Ela [boa-fé objetiva], que representa um desenvolvimento do instituto da *bonae fidei iudicia* do Direito Romano, teve sua origem no Direito Privado e, com a evolução dos tempos, passou a ter sua aplicação estendida para o âmbito do Direito Público. Após o final da Segunda Guerra Mundial, o Poder Judiciário alemão<sup>1148</sup> começou a mais frequentemente empregar o princípio da boa-fé objetiva (*Treu and Glauben*) para proteger o cidadão perante o Estado. Com o deslocamento do seu emprego do Direito Privado para o Público, surgiu, ao menos para parte da doutrina, o germe que veio a transformar-se no princípio da proteção da confiança. Posteriormente, a sua evolução nos estudos doutrinários e a sua aplicação prática pela jurisprudência alemã fizeram com que o princípio da proteção da confiança (*Vertrauensschutz*) se desenvolvesse a ponto de ganhar autonomia e vida própria.<sup>1149</sup>

Entre os diversos estudos que Araújo menciona encontra-se *Verwaltungsfehler und Vertrauensschutz* de Franz Becker e Niklas Luhmann, de 1963, na qual teriam investigado a forma como a anulação de atos administrativos ilegais com efeitos benéficos entre particulares deveria ser prevista em lei. Tempos depois, em 1976, lei sobre processo administrativo federal da Alemanha, colocou diversas contribuições doutrinárias em prática, vindo a influenciar a redação do artigo 54 da Lei n. 9.784/99 no Brasil<sup>1150</sup> – ainda que com

<sup>1148</sup> O julgado inaugural apontado por Maffini é a Decisão Witwengeld, o BVerwGE, 9/251, de 14 de novembro de 1956, do Tribunal Revisor de Berlim em matéria de Direito Administrativo (MAFFINI, Rafael de Cás. **O princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – UFRGS, Porto Alegre, 2005, p. 78). Também é assim apontado por Araújo, que assim o relata: “As premissas do caso analisado eram as seguintes: a viúva de um inspetor com domicílio dentro da zona de ocupação da antiga União Soviética na Alemanha recebeu uma pensão da Oberjustizkasse de Berlim até 8 de maio de 1945. Em 11 março de 1953, ela obteve uma declaração do Senator do Estado de Berlim de que teria, nos termos do que prevê o art.131 da Constituição da República alemã, direito a voltar a receber sua pensão se mudasse seu domicílio para Berlim Ocidental. Por conta desse esclarecimento, a viúva mudou-se para o território da antiga Alemanha Ocidental e, como consequência, a pensão retornou a ser concedida, em 23 de novembro de 1953, com efeitos a partir de 1º de setembro do referido ano. No entanto, em 10 de outubro de 1954, cerca de um ano após o início do recebimento do benefício, a Administração alemã editou um novo ato determinando que a pensão seria cancelada desde 31 de outubro do mesmo ano sob o fundamento de que a pensionista não teria preenchido todos os requisitos para a sua concessão. Além disso, a Administração alemã exigiu da pensionista a restituição de todas as quantias indevidamente já recebidas.” (ARAÚJO, op. cit., p. 24, 136-138). A pensão acabou sendo mantida ao final. Questão semelhante no Brasil é objeto do Tema Repetitivo 979 (Delimitação da controvérsia: Devolução ou não de valores recebidos de boa-fé, a título de benefício previdenciário, por força de interpretação errônea, má aplicação da lei ou erro da Administração da Previdência Social – ProAfR no REsp 1381734/RN), tendo, ademais, sua repercussão geral negada pelo STF no Tema 799 (possibilidade, ou não, da devolução de valores recebidos em virtude de tutela antecipada posteriormente revogada – ARE 722421 RG).

<sup>1149</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 22-24.

<sup>1150</sup> Ibid., p. 27-28 e 138.

menor alcance do que no estrangeiro, conforme avalia Baptista<sup>1151</sup>. Mais expressamente, Valter aponta a expressa previsão do §4º do artigo 927 do Código de Processo Civil de 2015, o qual classifica como “o código da segurança jurídica” em apontamento a diversas outras disposições<sup>1152</sup>. Nesse mesmo rumo, Victor Souza indica as alterações promovidas pela Lei n. 13.655/2018, na Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei n. 4.657/1942) e as disposições nas Leis n. 9882/99 e 9868/99 sobre a modulação dos efeitos da declaração de inconstitucionalidade de lei ou ato normativo<sup>1153</sup>.

Sem prejuízo, Baptista refere que, sem se tratar exatamente de uma novidade no direito<sup>1154</sup>, “a proteção da confiança está na base do princípio do Estado de Direito, de tal modo que, por meio de outros princípio e valores conectados àquele subprincípio, o ordenamento jurídico sempre buscou promover a estabilidade das relações jurídicas”, aspecto em que, notadamente, mas sem exclusividade, “o direito administrativo vem se valendo de instrumentos vinculados ao princípio da segurança jurídica para a tutela da confiança”<sup>1155</sup>. Enfocando o direito previdenciário, Victor Souza<sup>1156</sup>, reunindo farta jurisprudência, revela que uma das primeiras decisões sobre o tema junto ao STF, o MS 24268<sup>1157</sup>, informou a proteção da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica – vínculo que se mantém ainda hoje a teor do ARE 823985 AgR<sup>1158</sup>, onde o STF afirmou-o como perspectiva subjetiva da segurança jurídica.

---

<sup>1151</sup> BAPTISTA, Patrícia. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Administrativo**. 1. ed. [CreateSpace Independent Publishing Platform], [2014], p.224.

<sup>1152</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 256-262.

<sup>1153</sup> SOUZA, op. cit., p. 185, 187 e 202.

<sup>1154</sup>. Conforme Losso, o pioneiro na doutrina brasileira foi Almiro do Couto e Silva, com estudo publicado em 1987, só voltando o assunto a ser objeto de estudo recentemente, após anos de esquecimento (LOSSO, Marcelo Ribeiro. **Negócios entre Estado e Particulares**: a violação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais. Juruá: Curitiba, 2017, p. 117). Apesar de sua sede constitucional, nota-se claramente que as investidas doutrinárias no Brasil acerca da proteção da confiança ainda se concentram nas matérias administrativa, tributária e previdenciária. A propósito, anatem-se: QUINTELA, Guilherme. **Segurança Jurídica e Proteção da confiança**: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro. Prefácio de Misabel Abreu Machado Derzi. Belo Horizonte: Fórum, 2013; SIMONETTI, José Augusto. **O princípio da proteção da confiança no direito administrativo brasileiro**: estabilidade de atos e limitação da discricionariedade administrativa. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017; e BREYNER, Frederico Menezes. **Benefícios fiscais inconstitucionais e a proteção da confiança do contribuinte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013. Por outro lado, também com sede constitucional, a proibição de retrocesso concentra-se sobre a matéria social e no âmbito legislativo.

<sup>1155</sup> BAPTISTA, op. cit., p.106-108.

<sup>1156</sup> SOUZA, op. cit., p. 161.

<sup>1157</sup> Da ementa, destaca-se: “[...]9. Princípio da confiança como elemento do princípio da segurança jurídica. Presença de um componente de ética jurídica. Aplicação nas relações jurídicas de direito público. [...]” (BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **MS n. 24268/MG**. Processo n. 0001734-83.2002.0.01.0000. Relator: Min. Ellen Gracie, 5 fev. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>1158</sup> Da ementa destaca-se: “[...] 2. O princípio da segurança jurídica, em um enfoque objetivo, veda a retroação da lei, tutelando o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Em sua perspectiva subjetiva, a segurança jurídica protege a confiança legítima, procurando preservar fatos pretéritos de eventuais modificações na interpretação jurídica, bem como resguardando efeitos jurídicos de atos considerados inválidos por qualquer

Sendo o direito administrativo brasileiro profundamente influenciado pelo congêneres francês<sup>1159</sup>, Baptista dá destaque ao fato da proteção da confiança ter sido rechaçada na França, de modo que “o problema da estabilidade dos atos administrativos continuou sendo enfrentado à luz de perspectivas mais tradicionais, como as garantias do direito adquirido, da igualdade de tratamento e do princípio da irretroatividade das normas” – o que, contudo, tem se mostrado insuficiente<sup>1160</sup>. Assim como Baptista<sup>1161</sup>, Valter também considera que a separação entre direitos adquiridos e expectativas de direitos são insuficientes para regular os conflitos no mundo contemporâneo<sup>1162</sup>. Daí atribuir-se ao princípio da proteção da confiança, em caráter complementar (ou excepcional e subsidiário<sup>1163</sup>), a função “impeditiva ou atenuadora dos possíveis efeitos negativos decorrentes da frustração, pelo Estado, de uma expectativa legítima”<sup>1164</sup>. Em outro trecho, Valter pondera:

Independentemente do fundamento que se queira dar ao princípio da proteção da confiança, o mais relevante é que ele possa eficazmente desempenhar suas funções na tutela de expectativas legítimas<sup>1165</sup>. Todo indivíduo deve ter, como destaca WINFRIED BRUGGER, a possibilidade de fixar suas metas e objetivos e de formular um plano individual de vida. Os seres humanos nascem com o direito de livre escolha dos caminhos que pretendem seguir. Isso significa que devemos ser os principais responsáveis pelas vantagens e desvantagens que surgirem como consequência de nossas opções, o que obriga o Estado a respeitar nossas preferências, mormente se elas estiverem dentro de uma moldura normativa autorizada pela ordem jurídica. [...].<sup>1166</sup>

---

razão. Em última análise, o princípio da confiança legítima destina-se precipuamente a proteger expectativas legitimamente criadas em indivíduos por atos estatais. [...]” (Id., **ARE n. 823985 AgR/MG**. Processo sem número único. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020).

<sup>1159</sup> Relata Baptista que, por influência alemão no direito comunitário europeu, Portugal passou a prever legalmente a confiança no âmbito do princípio da boa-fé por via do Decreto-lei n. 06, de 31/01/1996, que reformou o Código de Procedimento Administrativo (BAPTISTA, op. cit., p.140).

<sup>1160</sup> Ibid., p. 126-127 e 179.

<sup>1161</sup> Ibid., p. 464.

<sup>1162</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 81, 129-136.

<sup>1163</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 175 e 464.

<sup>1164</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 295.

<sup>1165</sup> Por expectativas legítimas, Valter, remete à definição de Gerson Branco: “[...] são o nome que se atribui a uma relação jurídica específica, nascida de atos e fatos que não se enquadram dentro da tradicional classificação das fontes das obrigações, mas que, em razão da necessidade de proteção da confiança, produzem uma eficácia específica’ BRANCO. Gerson Luiz Carlos. A Proteção das Expectativas Legítimas Derivadas das Situações de Confiança: elementos formadores do princípio da confiança e seus efeitos. Revista de Direito Privado, São Paulo, n. 12, out./dez/. 2002, pp.179-180.” (Ibid., p. 10). Ainda segundo Gerson Branco, a confiança “é um pressuposto para a existência de uma ordem jurídico-social, pois a preservação da confiança, por meio de promessas e do cumprimento de promessas, faz surgir regras que considerem o ponto de vista do outro, permitindo a convivência social. [...]” (Ibid., p.14). Em vista da teoria luhmanniana é fácil observar a circularidade entre a definição de expectativa legítima sobre a confiança e o princípio da proteção da confiança sobre a expectativa legítima bem como a função da confiança junto à dupla contingência na constituição de sociedades complexas.

<sup>1166</sup> Ibid., p. 56-57.

Segundo Baptista, para ser legítima, e, assim, protegida juridicamente, a confiança deve: estar externalizada por comportamentos (objetivar-se), resultar da conduta de boa-fé (pois a ninguém é dado beneficiar-se da própria torpeza) e diligente segundo os padrões sociais (prudente); e ter sido inspira pela credibilidade da conduta administrativa (razoável). Por ser uma confiança subjetiva, aspectos como posição social, grau de instrução, tratar-se de pessoa física ou jurídica também influenciariam na caracterização da confiança legítima<sup>1167</sup>.

A seu turno Valter expõe quatro condições Primeiro a base da confiança, consistente em “comportamento, omissão ou ato normativo estatal (lei, decreto, portaria, decisão judicial, práticas da Administração etc.)” que seja apto a criar uma expectativa legítima em seu destinatário<sup>1168</sup>. Nesse sentido, dados e informações incorretos, omissões e atos ilegais ou inconstitucionais podem servir de amparo suficiente à tutela da confiança, bem como, “mesmo antes da entrada em vigor de um texto jurídico normativo, pronunciamentos oficiais podem antecipar o modo como uma norma será empregada pelo Estado”<sup>1169</sup>. Tanto Valter<sup>1170</sup> quanto Baptista<sup>1171</sup> recordam aí da lição de Seabra Fagundes acerca do funcionário de fato na condição de agente putativo. Segundo, a existência subjetiva da confiança, indícios de que o indivíduo confiou no Estado, não se adequando, porém, nem a uma confiança cega nem à má-fé, no que a presunção de conhecimento da lei não seria critério idôneo<sup>1172</sup>. Terceiro, o exercício da confiança deve também ser demonstrada através de atos concretos, externalizada, mesmo que sem um conteúdo patrimonial<sup>1173</sup>. Por último, há a necessidade de um comportamento estatal desviante em relação ao que fez surgir a base da confiança<sup>1174</sup>.

<sup>1167</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 212-213.

<sup>1168</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 83.

<sup>1169</sup> Ibid., p. 83-89, 93-95. Aliás, Baptista nega a aplicação para casos de controvérsia constitucional, provisoriedade, no curso de processo legislativo, ou com interpretação confusa ou controversa (BAPTISTA, op. cit., p. 191-193).

<sup>1170</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 28.

<sup>1171</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 223.

<sup>1172</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 89-90. Nesse ponto, referenciando de Eros Grau, Gustavo Binbenbom pontua que “a inflação normativa ‘coloca os ideais de segurança e certeza jurídica sob comprometimento’, o que faz naufragar, de uma vez por todas, a esperança de estabilidade das relações sociais prometida pelo discurso legalista” (GRAU, Eros Roberto. O Direito Posto e o Direito Pressuposto, 2000, p.187 apud BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria dos direitos administrativo:** direitos fundamentais, democracia e constitucionalização. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014, p.134). A lição remonta a Montesquieu: “Assim como as leis inúteis enfraquecem as leis necessárias, as que podem ser burladas enfraquecem a legislação. Uma lei deve ter o seu efeito, e é preciso não permitir que alguém se possa furtrar à sua execução, por uma convenção particular” (MONTESQUIEU, op. cit., p. 601). A crítica é de uma profunda verdade, porém, o pleno conhecimento da legislação, por mais enxuta e necessária que seja, se mostra inviável na acelerada atualidade. O ponto será melhor enfrentado a seguir.

<sup>1173</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 95-103.

<sup>1174</sup> Ibid., p. 103-104.

Diferentemente de Baptista, que entende por uma oponibilidade bastante restrita face o legislador, especificamente no caso de normas retroativas<sup>1175</sup>, Valter, distingue várias manifestações concretas do princípio da proteção da confiança, aspecto no qual insta salientar que, quanto a retroatividade normativa, entende inadequada a distinção alemã entre retroatividade autêntica e inautêntica:

[...]. Na impede que uma hipótese de retroatividade inautêntica possa agredir uma expectativa legítima com uma mesma, ou maior, intensidade que a frustração causada por uma retroatividade autêntica, o que retira, de certa forma, o sentido da diferenciação.

Quando a aplicação retroativa de uma norma servir para beneficiar um particular, essas duas modalidades de retroatividade serão, em princípio, admitidas. Por outro lado, quando a retroatividade, seja ela autêntica ou inautêntica, for desfavorável a um indivíduo, sua admissibilidade deve passar pelo crivo de uma ponderação que considere o princípio da proteção da confiança e as expectativas legítimas existentes.  
1176

Mais adiante, pontuando que Häberle admite expressamente a aplicação do princípio da proteção da confiança em casos de retroatividade inautêntica, reforça que por ele é também assegurada “uma tutela contra a supressão de expectativas calcadas em normas ainda não incorporadas ao patrimônio privado de forma definitiva e integral como um direito”<sup>1177</sup> – ou seja, uma tutela de expectativas de direitos.

Esse é um ponto importante, pois, conforme acima restou fixado, a retroatividade (autêntica ou inautêntica) não se confunde com a retrocessividade. Da mesma forma, agora se registra que a frustração da confiança pode se verificar tanto em face de medidas retroativas quanto prospectivas em sede de expectativas de direito. E a razão não parece ser outra: está-se a tratar da mesma situação, a frustração de expectativas legítimas. Antes, porém, de avançar sobre a distinção entre o princípio da proibição de retrocesso e o princípio da proteção da confiança, importa enfrentar um último aspecto deste, seus fundamentos.

Sobre seu fundamento, Baptista relata haver quem o encontre na boa-fé<sup>1178</sup>, na proporcionalidade, nos direitos fundamentais, no Estado de Direito e na segurança jurídica, ao que, aderindo a uma cadeia de dedução *Estado de Direito – segurança jurídica – proteção da*

<sup>1175</sup> Baptista referenciando os ibéricos Canotilho e Castillo Blanco, afirma: “[...]. No Estado de Direito, o cidadão deve poder confiar em que as posições jurídicas por ele assumidas, com base em normas válidas e vigentes, alcancem os efeitos originalmente previstos. Mesmo que o regime legal vigente tenha de ser alterado por força de um interesse público prevalente, o particular deve poder contar com a proteção de sua posição jurídica, seja pela previsão de uma norma transitória, seja por meio de uma compensação em dinheiro. Nessas circunstâncias, a autonomia do legislador não se mantém absoluta, mas pode ser limitada para a proteção das expectativas que o cidadão legitimamente depositou na estabilidade de lei.” (BAPTISTA, op. cit., p. 193-194).

<sup>1176</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 203.

<sup>1177</sup> Ibid., p. 208-209.

<sup>1178</sup> Conforme Baptista, a proteção da confiança incorpora da ideia de segurança jurídica os valores de previsibilidade e estabilidade, conferindo maior âmbito de proteção do que a boa-fé, que seria condição de sua incidência (BAPTISTA, op. cit., p. 189).

*confiança*, a autora afirma seu status constitucional não como princípio autônomo, mas como um subprincípio do princípio da segurança jurídica<sup>1179</sup>. Dada sua condição constitucional, teria oponibilidade frente a quaisquer atos dos poderes públicos, no que observa, quanto aos atos legislativos, tal aceitação pelos tribunais constitucionais de Alemanha, Espanha, Itália e Portugal – e a negativa por França e Reino Unido<sup>1180</sup>.

Valter adere à mesma cadeia de derivação que Baptista e, assim, lhe confere natureza constitucional e ampla oponibilidade ao Estado<sup>1181</sup>. Especificamente em relação à boa-fé, pontua que, enquanto o princípio da boa-fé pode ser oposto tanto pelo Estado quanto por particulares em relações individuais, o princípio da proteção da confiança só pode ser evocado por estes contra aquele, independentemente daquele ter agido de boa-fé ou não, tanto em relações individuais quanto genéricas (e.g. atos normativo)<sup>1182</sup>. Em distinção ao princípio do *venire contra factum proprium*, lembra que este não se direciona à proteção de expectativas legítimas, mas sim à proibição do comportamento contraditório, podendo a confiança ser frustrada mesmo não verificado este<sup>1183</sup>. Em contraste ao princípio da igualdade, nem sempre a proteção da confiança terá situação semelhante a tomar por parâmetro podendo eventualmente a própria exigência de tratamento isonômico justificar a frustração de expectativas legítimas<sup>1184</sup>. Com isso, alega, na cadeia de derivação *Estado de Direito – segurança jurídica – proteção da confiança*, a proteção da confiança figuraria como dimensão subjetiva do plurissignificativo princípio da segurança jurídica, sendo sempre reclamado em favor do indivíduo – situação que nem sempre ocorre na dimensão objetiva da segurança jurídica. Sem prejuízo, reconhece:

Há, de fato, uma área nebulosa entre os dois conceitos, mas eles não são idênticos e nem podem ser compreendidos como sinônimos. Aliás, o princípio da proteção da confiança, pode, inclusive, possuir elementos e características capazes de enfraquecer a segurança jurídica. Isso acontece, por exemplo, quando a tutela de uma expectativa legítima com apoio no princípio da proteção da confiança tem como efeito, o esvaziamento pontual da força normativa de uma lei, causando, por conta da incerteza criada, uma ameaça e conflito direito com o princípio da segurança jurídica.<sup>1185</sup>

<sup>1179</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 156-159. Canotilho trata dos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos em tópico único uma vez que “andam estreitamente associados”, fazendo alusão de que, em geral, considera-se aquele está ligado a elementos objetivos da ordem jurídica e este aos componentes subjetivos (CANOTILHO, **Direito constitucional [...]**, op. cit., p. 257).

<sup>1180</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 191-193.

<sup>1181</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 211-262. Victor Souza faz ampla investigação empírica sobre o ponto (SOUZA, op. cit., p. 41-115 e 230-259).

<sup>1182</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 36 e 151-158.

<sup>1183</sup> Ibid., p. 176-180.

<sup>1184</sup> Ibid., p. 172-174.

<sup>1185</sup> Ibid., p. 165.

Não obstante a pertinência de todas essas distinções e explicações lançadas, o referencial luhmanniano adotado no presente estudo permite uma distinção que diverge com muito proveito dessa apontada cadeia de derivação hierárquica. Substituindo a relação sujeito-objeto pela de sistema autopoietico, a própria distinção da proteção como dimensão subjetiva do princípio da segurança jurídica desaparece. Nesse novo panorama, assim como a confiança enquanto dispositivo social de redução de complexidade ganha como equivalente funcional o princípio de proteção da confiança no interior do sistema de direito, também a impossibilidade da certeza e da segurança no mundo contingencial só pode ser entendida como motivo para se dispor socialmente de sistemas funcionais diferenciados na redução da complexidade, no sistema de direito, especificamente, para a redução das expectativas normativas. Nessa seara, em que pese possuir juridicamente muitos significados e aplicações, o princípio da segurança jurídica, em seu caráter mais amplo, se atrela a essa distinta função de redução de expectativas normativas. Dessa maneira, a segurança jurídica é uma segurança condicionada ao código sistêmico do direito, o que permite observá-lo como segurança tanto *do* direito (*Sicherheit des Rechts*) quanto *no* direito (*Sicherheit durch das Recht*<sup>1186</sup>). Note-se a circularidade autorreferencial: a segurança jurídica é a segurança que o sistema jurídico comunica acerca de si mesmo em si mesmo<sup>1187</sup>.

Todavia, nenhuma afirmação do tipo se faz sem que haja a expectativa de que, com isso, se inspire um mínimo de confiança. Em outros termos: é possível que alguém se sinta confiante com algo que não é exatamente seguro – admite-se algum risco; mas é impossível que alguém se sinta seguro em relação a algo que não confia. Ou seja, a segurança pressupõe confiança, e não o contrário. A segurança jurídica é um ideal a ser realizado, não como um fim a ser alcançado de uma vez por todas, mas como uma função a ser continuamente desempenhada – o *trabalho de Sísifo* do sistema de direito.

Embora o passado não seja imune a interpretações, um tipo de segurança que juridicamente se busca oferecer é que o passado permaneça no passado, imutável, e não volte a demandar nossa atenção, a nos assombrar. Com isso, pode-se concentrar no presente com vistas ao futuro. É fácil perceber essa vinculação quando se tem em mente a estabilização e até a petrificação promovidas pela estrita legalidade, instrumentos formais, formas solenes e as do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, elevadas a cláusula pétrea no Brasil (CR/88, art.60, §4º, IV c.c. art.5º, XXXVI). Como expõe Luhmann, “No direito, com exceção das revoluções e dos golpes de Estado, pode-se estar mais ou menos seguro de

---

<sup>1186</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 159-160.

<sup>1187</sup> Ibid., p. 172-174.

que, em todas as mudanças jurídicas, se respeitam os direitos já adquiridos”<sup>1188</sup> – a rigor, portanto, o máximo da imutabilidade juridicamente assegurada. É verdade que no sistema jurídico brasileiro, afora previsões constitucionais específicas (CR/88, art.5º, XL e XXXVI e art.150, III, a) não se encontram em tese proibidas normas de efeito retroativo<sup>1189</sup> – o que é compreensível já que por vezes também o Estado de Direito é forçado a reconhecer erros e atuar para corrigi-los<sup>1190</sup>. No entanto, sob a condição de dupla contingência, a segurança jurídica se revela muito afeta a esse operar não-retroativo, obtendo e transmitindo estabilidade através própria imutabilidade temporal a que se atrela. Ainda que medidas retroativas possam ser benéficas, a retroatividade por si só proporciona muita insegurança às relações. Daí porque estar há tempos positivada junto ao direito tanto por fórmulas como *tempus regit actum* e *nullum crimen nulla poena sine praevia lege*, revelando quão odiosa é a instituição de obrigações ou sanções sobre atos e fatos pretéritos, e, por isso, também específicos – pelo que representativos de injusta arbitrariedade estatal; quanto por noções como *venire contra factum proprium*, resultado da juridicização de princípios éticos.

Se a segurança jurídica encontra bastante vinculada ao passado, ao exaurido, ao imutável, a confiança se dá sempre no momento presente: não é porque no passado se confiou ou desconfiou que hoje se confia ou desconfia; nem porque, sob dada condição a se realizar no futuro, desde já se altera a condição presente do que se confia ou se desconfia. Aquilo que foi assegurado aponta francamente seus efeitos para um presente e um futuro sem solução de continuidade, dando o maior grau de estabilidade possível dentro de um horizonte de normalidade. Mas o que pode a segurança jurídica em face de um contexto de anormalidade, de exceção? Nada mais do que a confiança (que já lhe é pressuposta) de que se dará continuidade à situação de normalidade – ainda que mediante uma nova normalidade. Note-se que diante da contingência não é necessário restaurar a mesma normalidade antes vigente para obter, manter ou recuperar a confiança. A confiança existe no presente. Se ela se afirma sobre a restauração de um horizonte anterior ou sobre um novo horizonte é indiferente para a estabilização de expectativas. Porém, é só por seus efeitos que uma segurança pode ser afirmar ou infirmar. Paradoxalmente, provém dessa segurança afirmada na memória (atual) relevante parte do que se considera na operação de outorga de confiança. Ou seja, é bastante provável que o desatendimento a expectativas altamente estabilizadas (e.g., pela segurança jurídica conferida pela coisa julgada) afetará negativamente a confiança que se deposita

---

<sup>1188</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 199-200, tradução nossa.

<sup>1189</sup> BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 605 MC/DF** [...], op. cit.

<sup>1190</sup> BAPTISTA, op. cit., p. 420.

naquele sistema. Tal hipótese, contudo, embora possível e não é necessária. Isso porque, além de não constituir fator único e determinante à outorga de confiança, que se move sobre umbrais imprecisos, e nem ser a confiança dispositivo único e determinante para redução de complexidade social, a própria segurança se estabelece sobre uma memória, que, como também já visto, é uma atualização de expectativas sobre o passado – também à margem de interpretações, desde que confiáveis.

Portanto, o Direito só funciona se for confiável, se não, não. O Direito precisa funcionar nos umbrais da confiança social e, por isso, incorpora também isso na sua autopeiose pela programação constitucional, o que, para além do tradicional princípio da segurança jurídica, atualmente tem se manifestado também pela proteção jurídica da confiança juridicamente legitimada. A noção luhmanniana de expectativa normativa juridicamente diferenciada permite abarcar tanto a segurança quanto a confiança, tanto o direito adquirido quanto a expectativa de direito, cuja distinção constitucionalizada no Brasil permite uma programação mais funcionalmente diferenciada os contornos conferidos na Alemanha e em Portugal.

Topologicamente, o princípio da proteção da confiança legítima é pressuposto, excede e abarca o princípio da segurança jurídica. Pelo princípio da proteção da confiança protege-se não apenas expectativas normativas, mas expectativas normativas juridicamente qualificadas na medida em que retratam uma confiança legítima depositada no Estado de Direito – ainda que não necessariamente geradas por ele. Exige-se que sejam juridicamente legítimas porque, em distinção às expectativas gerais da sociedade, sua frustração tem o poder de comprometer a confiabilidade no próprio Estado de Direito. E mais, diferentemente do que sustentado acima pela doutrina administrativista, essa confiança não precisa ser subjetivamente afetada.

Em nota, Novais reconhece que excepcionalmente a uma “consciência jurídica geral” a que se refere Vieira de Andrade pode radicar em certas exigências de bem-estar social concretizadas natureza análoga a dos direitos de liberdade, exigindo eventual restrição uma justificação equivalente<sup>1191</sup>. No mesmo sentido, em outra obra, Novais consignou que o motivo da invenção alemã seria que, embora diante de uma constituição sem direitos sociais “a sociedade alemã, na prática, atribuía às prestações sociais entretanto realizadas verdadeira dimensão materialmente constitucional”<sup>1192</sup>. Ora, se assim o Estado de Direito concretizou ou permitiu que socialmente se atribuísse no passado, a mudança da conduta estatal de uma hora para outra tem o poder de frustrar expectativas que se revestem de caráter normativo jurídico,

---

<sup>1191</sup> NOVAIS, *As restrições [...]*, op. cit., p. 138.

<sup>1192</sup> Id., *Direitos sociais [...]*, op. cit., p.254-255, passim.

atraindo para si uma posição de desconfiança. Dessa perspectiva, a expectativa frustrada a ser considerada não é individual subjetiva, mas a socialmente presumida – ou, ainda, a presumível socialmente. Como expôs Araújo, a reputação do Estado está em jogo.

Com efeito, o conhecimento da lei por todos é presumido, sendo efetivamente impossível, e daí dispensável, o efetivo conhecimento tanto da legislação atual quanto da anterior ou da posterior. Em sendo ao texto jurídico positivo normativo o caráter público (com excepcional ressalvas), basta-lhe a aptidão para dele tomar-se conhecimento<sup>1193</sup>. Essa abordagem generalizada e objetivada extrai-se inclusive dos aludidos julgados BVerfGE 24/220 e BVerfGE 13/261. Na linha da superação da relação sujeito-objeto pela teoria dos sistemas, a comunicação social por textos jurídicos positiva a conduta do Estado de Direito, bastando isso a configurar materialmente o comportamento divergente – mesmo que não diametralmente oposto. Isso é o que permite que o apelo aos princípios da proteção da confiança e da proibição de retrocesso possam ser alegados tanto em ações individuais em controle difuso de constitucionalidade quanto em ações coletivas e em controle concentrado – onde a prova da confiança subjetiva e sua particular exteriorização se faz inviável.

A confiança subjetiva como critério de aplicação pode ser superada com vantagens por regras de procedimento e competência na proibição de retrocesso. Assim como a constitucionalidade da lei, a legalidade dos atos estatais e a presunção geral de boa-fé, a confiança nos atos estatais em geral é legítima e presumida, cabendo, em correspondente inversão do ônus processual, a devida comprovação de má-fé ou de nulidade apta a afastar a presunção da confiança legítima nos atos estatais. Ainda que tais aspectos não percam sua importância, o foco se concentra sobre os aspectos centrais: a existência ou não de uma conduta de frustração da confiança e, em caso positivo, na sua conformidade (ou não) com o direito. Essa posição mais lata e pressuposta da confiança à segurança confirma também sua posição subsidiária e excepcional no sistema de direito: só quando não houver dispositivos funcionalmente diferenciados dedicados a conferir segurança jurídica à situação sob análise é que o princípio da proteção da confiança poderá ser chamado a operar, configurando suplemento argumentativo principiológico apto a conferir consistência e funcionalidade ao sistema.

A exemplo, Luiz Fux, sobre a aplicação da Lei da Ficha Limpa (LC 135/2010) nas eleições de 2010, no voto proferido no RE 633703 afirmou que, mesmo não possuindo destaque no Brasil, o princípio da proteção da confiança seria da mesma serventia que em outros países. Conquanto o tema da proteção da confiança não tenha sido a registrado em

---

<sup>1193</sup> ÁVILA, Humberto. Teoria da segurança jurídica. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2016, p. 443-444 apud SOUZA, op. cit., p. 294-295.

ementa, o artigo 16 da Constituição, que prevê que a lei que alterar o processo eleitoral não se aplica à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência (anualidade eleitoral), visa proteger a confiança do cidadão que se candidata, conferindo-lhe a segurança jurídica de que, a partir de um ano antes das eleições, não terá em face de si alterado as regras do processo eleitoral. Trata-se claramente de um acautelamento reforçado da confiança de modo prospectivo e antecipatório, conferindo um tipo de segurança jurídica não *ex post*, como no caso do direito adquirido, mas *ex ante*. O mesmo se manifesta pelos princípios de anterioridade tributária e penal<sup>1194</sup>: o constituinte se antecipou em assegurar a não frustração da confiança depositada na legislação como um todo coerente, como sistema, como Estado de Direito enfim. Trata-se de algo que só a legalidade, abstrata, genérica e pública, ou seja, como dado positivo, pode propiciar à sociedade, positivando em textos juridicamente válidos expectativas normativas regras de procedimento que simbolicamente legitimam os resultados, cujas divergências retroalimentam por novos textos jurídicos, que por isonômicos, atualizam e reforçam a consistência do próprio sistema<sup>1195</sup>.

No julgamento da Lei da Fixa Limpa, o apelo à proteção da confiança era dispensável em vista da expressa previsão legislativa pela Constituição, porém, veio em boa hora, pois, mais do que registrar a proteção da confiança junto ao pretório excelso, tornou-se claro que não se trata exatamente de prevenir um *retrocesso* na legislação eleitoral, mas de preservar a *confiança* que o candidato depositou que o regime jurídico eleitoral vigente até um ano antes se manteria eficaz em relação a si até a ocorrência das eleições, permitindo um horizonte razoável, suficiente, juridicamente *seguro*, à preparação de uma candidatura – isso, aliás, por mais *progressos* que a alteração da legislação eleitoral pudesse representar junto à maioria.

Estabelecida, assim, a distinção entre o princípio da proteção da confiança legítima e o princípio da segurança jurídica, passa-se aos contornos que, neste cenário, o princípio da proibição de retrocesso apresenta à luz da teoria luhmanniana. Tal tarefa se inicia pela

---

<sup>1194</sup> A irretroatividade penal, aliás, elevada a direito humano a teor do artigo 11.2 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU e do artigo 9º do Pactos de San Jose da Costa Rica.

<sup>1195</sup> Remontando às origens inglesas do *rule of law* ou da supremacia do direito, Ferreira Filho (FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 2, 12-13, 100-106) lembra que a ele era atribuída a condição de conjunção de três princípios, que, após alcançar as doutrinas jurídicas continentais, converter-se-iam nos princípios do Estado de Direito: a legalidade, a isonomia e o devido processo legal. Admitindo o devido processo legal como forma de legitimação por procedimento; a isonomia, tal como a justiça, uma fórmula de contingência em função da consistência; a lei constitui-se em substrato operacional positivo, o meio simbolicamente generalizado pelo qual o direito se comunica. Há tempos, porém, a estrita legalidade está superada, atraindo outras formas de encadeamento válido (positivo) da comunicação jurídica. Nesse panorama, assim como as fontes do direito se controverteram, também o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada não são mais suficientes à justa proteção das expectativas normativas.

definição de retrocesso, seguida da de retrocesso proibido e, finalmente, da de princípio de proibição de retrocesso, quando se definem suas características distintivas.

A partir de Luhmann poder-se-ia tentar resolver a questão pela dimensão temporal. Contudo, por uma forma, o passado é indicado como irreversível em distinção ao que é reversível (reversível/irreversível); de outra, o passado está sempre presente enquanto memória, e tanto a memória do passado quanto as expectativas quanto ao futuro são expectativas em distinção à realidade presente (expectativa/realidade). Portanto, em relação ao tempo luhmanniano, ou o retrocesso é impossível, porque contraditório à noção de irreversibilidade, ou o retrocesso é uma realidade, mas uma realidade presente, e não mais passada. As mesmas contradições se verificam para a retroatividade.

Mesmo em se considerando o tempo entrópico, o incremento de complexidade é sempre crescente, seja no universo dos sistemas naturais (físico, químico, biológico) ou no universo dos sistemas de sentido (psicológico e social), tornando impossível<sup>1196</sup> a ação retrocessiva ou retroativa na dimensão temporal. Em que pese isso, tanto a retroatividade quanto a retrocessividade são possíveis no sistema de direito, de modo que, pela dimensão temporal, atrelam-se à forma de expectativa: a de que a produção do passado presente não seja a mesma no futuro presente por força de uma alteração presente das condições do sistema jurídico. Dessas impossibilidades temporais, pode-se considerar, ademais, que há alguma maior transparência no emprego da expressão proibição de evolução reacionária.

Prosseguindo nessa linha, ainda a partir da dimensão temporal, seria possível cogitar do retrocesso como um descompasso, uma diferença entre o ritmo de aumento de complexidade do ambiente e a capacidade do sistema de reduzir expectativas – um tipo de desatendimento ao requisito de variedade. O retrocesso surgiria como o lado marcado da forma retrocesso/não-retrocesso, na qual o não-retrocesso corresponde à adequada evolução do sistema – um adequado incremento de complexidade. Contudo, como visto, a evolução não possui qualquer valor finalístico ou normativo, ela simplesmente acontece<sup>1197</sup>. A função do sistema é contínua e não se confunde com finalidade, de modo que, ou o sistema está adaptado, ou não existe – o que não impede, todavia, de reconhecê-lo mais ou menos justo (consistente). É verdade que fosse apenas redundante o sistema não subsistiria, mas esse descompasso ou anacronismo (o estar fora de contexto ou alinhamento temporal) não pode ser atribuído à autopoiese do direito justamente porque ele se atualiza a cada operação. Ou seja,

---

<sup>1196</sup> Em que pesem existentes, por não constituir nem seara nem objeto da presente investigação científica, abstém-se aqui de maiores considerações acerca de teorias acerca da viagem no tempo.

<sup>1197</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 348.

se anacronismo há, o próprio sistema detém todas as possibilidades de corrigir essa disfuncional injustiça a qualquer momento: e.g., conceito jurídico ou jurisprudência ultrapassada ou mesmo no caso da extrema desatualização da legislação – hipótese esta em que o problema se radica no sistema político<sup>1198</sup>. Desse modo, não só a noção de retrocesso não se liga à noção luhmanniana de evolução sistêmica, como também se confirma a perspectiva de que é a apatia política (e não necessariamente seus juízos valor) que se faz juridicamente reprovável nessa seara. O retrocesso, portanto, não se estabelece originariamente na dimensão temporal.

Partindo para a dimensão objetiva, tem-se que o retrocesso há de se afirmar como uma diferença que agrega sentido à observação jurídica do universo, por sua vez estabelecida sob a diferença diretriz direito/não-direito. Ou seja, o retrocesso há de ser expressão de um operar autorreferencial. Mas não só, o retrocesso compõe um sistema autopoietico que, assim, autoproduz-se a si mesmo. Desse modo, assim como só o direito observa e descreve o que é o direito, só o direito pode observar e descrever o que é o retrocesso para o direito. Sem embargo dos adequados e pertinentes acoplamentos estruturais e operacionais, qualquer indicação do retrocesso jurídico há de ser operado somente pelo código do sistema de direito. Qualquer outra semântica envolvida sem essa seleção, configura uma corrupção sistêmica que pode comprometer a consistência e funcionalidade dos sistemas envolvidos. Sob essa perspectiva a noção de proibição de evolução reacionária denuncia com ainda maior clareza o elemento ideológico político (e não jurídico) imbricado originariamente no princípio da proibição de retrocesso, ademais, reclamado apenas em face de direitos sociais. Como exposto, o sistema jurídico dispõe de procedimentos que tendem a legitimar uma decisão, mas, diferentemente do sistema político, não possui estruturas para lidar com a relação governo/oposição a que afetas as imputações revolucionárias e reacionárias.

---

<sup>1198</sup> A exemplo: a disposição e instalação de escarradeiras e rapapés em locais e estabelecimentos de acesso ao público podem ser consideradas medidas que muito contribuíram ao incremento da qualidade de saúde pública no Brasil há algumas décadas atrás. Não dispor desses aparelhos públicos certamente causavam algum maior risco para a proliferação de doenças – ainda que hoje a medida possa parecer tecnicamente irrelevante e até repugnante do ponto de vista dos costumes. Outro exemplo são os telefones públicos conhecidos por orelhões, um tipo de serviço obrigatoriamente disponibilizado pelas concessionárias de serviços públicos de telecomunicação à população em geral, muitas vezes indispensável na solicitação de serviços de emergência (ambulância, bombeiro, polícia etc.) a comunidades mais isoladas e carentes e que, face ao grande incremento da telefonia móvel (francamente privada), está perdendo sua relevância social, econômica e prática, desafiando o poder público a encontrar alternativas de prestação desse serviço público à sociedade frente à inviabilização econômica da manutenção de toda a estrutura necessária ao atual modelo. Nesse sentido, pontos de acesso público à internet sem fio tem se destacado em complemento, e não como alternativa de investimento. O descompasso entre as demandas sociais e as prestações do sistema comprometem sua função e a confiança de que funciona ou se manterá funcionando adequadamente. A certo momento, poderá o sistema de direito vir a ser provocado caso eventuais entraves legislativos sejam apontados (talvez até pelo próprio administrador) como não conformes com o direito – provavelmente a eficiência administrativa ou outro princípio correlato.

Estabelecido isso, o retrocesso está sujeito não só a observações pelo sistema de direito como também a observações de segunda ordem suas, permitindo uma reflexão do sistema acerca do seu próprio operar. Porém, a não trivialidade dos sistemas de sentido, como são os sistemas sociais, exige uma variabilidade do sistema às irritações do entorno, de modo que a própria semântica jurídica se encontra sujeita à evolução no curso do operar comunicativo. Essa constatação exige não só atenção aos contextos de sentido na sociedade e no próprio sistema de direito como também o reconhecimento de que seu sentido é variável, podendo, inclusive, deixar de existir a certo ponto ou ressurgir tempos depois. Vale ressaltar, novamente, que qualquer juízo de valor jurídico que se faça sobre isso será um juízo autoproduzido pelo próprio sistema jurídico. Não há dúvidas de que existem acoplamentos entre os sistemas de consciência com os textos legais, administrativos, judiciais ou mesmo doutrinários (como este aqui), bem como que acoplamentos com outros sistemas produzam ruído e informação, todavia nenhum deles é por si determinístico ao sistema jurídico de comunicação social, que existe por si mesmo a par de todos os demais no ambiente social. Tudo isso é importante, mas não permite por si elucidar à luz da teoria luhmanniana a noção de retrocesso no sistema jurídico brasileiro. Portanto, o retrocesso não se estabelece originariamente na dimensão objetiva.

Restando a dimensão social, cumpre reconhecer desde logo que o princípio de proibição de retrocesso já compõe a estrutura semântica do sistema jurídico português e brasileiro, havendo, porém, alguma imprecisão no estabelecimento do seu sentido seja em face do ordenamento jurídico português seja em face dos textos jurídicos nacionais. Em sendo dispensado o consenso sobre o ponto, em vista da seleção da informação disponível no ambiente jurídico, o presente trabalho se dedica a emitir o entendimento e o não entendimento que se obteve dessa informação selecionada. No intuito de ser melhor entendido – ainda que isso não implique obrigatoriamente sua aceitação – adotou-se para a seleção da informação e a seleção da emissão o referencial luhmanniano. Esse recorte seletivo realizado por um sistema de consciência é obviamente insuficiente para abarcar toda a comunicação jurídica relativa ao princípio de proibição de retrocesso e lhe definir o sentido. Todavia, este estudo, pretensamente, positiva por via da tessitura jurídica argumentos válidos a compor a dogmática jurídica e, assim, ser selecionado pelo código jurídico de modo a influir no seu operar. Sem prejuízo, admitindo o princípio da proibição de retrocesso como símbolo, sua função não se esgota em concentrar simbolicamente a realidade, mas também refratá-la, gerando inexoravelmente um aumento de complexidade ao mesmo tempo que a reduz.

Já a par da questão semântica envolvida, pode-se cogitar que a proibição de retrocesso, constituindo uma dupla negação, um não não-progresso, tal qual a proibição de denegação de justiça<sup>1199</sup>, poderia ser enfrentada como uma obrigação de progresso, tal como esta última a obrigação de decidir. O progresso seria o lado marcado da forma. Já cogitada dessa maneira por parte da doutrina com base em instrumentos internacionais, verificou-se que essa obrigação, contudo, não se impõe no sistema internacional de proteção dos direitos humanos como uma obrigação de resultado, mas de meio. Ademais, o *non liquet* é estrutural ao constitucionalismo do Estado de Direito, ao passo que a excessiva redundância consubstanciada na petrificação do direito milita contra a variabilidade requisitada à evolução sistêmica – aspecto também já abordado pela doutrina. Além de não significar um ganho funcional, a substituição do retrocesso pelo progresso como lado marcado só reforça a noção de que o progresso possuiria um sentido único – o que é inadmissível em uma sociedade pluralista, tolerante e democrática. O próprio universalismo dos direitos humanos, quando levado à condição de imposição, atingem esse limiar crítico de reflexão. Por fim, uma decisão é sempre uma decisão (ainda que com valor provisório), sendo sua existência (ou não) um juízo de fato, ao passo que a retrocessividade, como já visto, é um juízo de valor.

Em sendo, pois, o retrocesso uma indicação operada pelo sistema jurídico a partir de um juízo de valor jurídico, somente observando como o sistema jurídico observa e indica o retrocesso é que se permite saber o que o retrocesso jurídico é. E, ao observar o observador, o que se pode verificar acima é que o retrocesso e sua proibição estão relacionados à frustração de expectativas normativas relacionadas ao próprio direito, assim, porém, não qualificadas como direitos adquiridos, mas como expectativas de direitos. Na tutela das expectativas de (normativas) direitos que se legitimam perante o próprio Estado de Direito, um princípio de proibição de retrocesso se apresenta, portanto, como uma programação condicional vinculada a uma frustração da expectativa normativa de direito não conforme ao direito, de onde se vem a indicar tanto a conformidade da expectativa com o direito quanto a proibição de sua frustração pelo próprio Estado de Direito.

Porém, viu-se, na tutela das expectativas de direito atua também o princípio da proteção da confiança legítima, devendo desse distinguir-se. Para tanto, vale retomar do capítulo dedicado à proibição de retrocesso o seguinte trecho da lição de Novais:

Os particulares têm não apenas o direito de saber com o que podem legitimamente contar por parte do Estado, como também o direito a não verem frustradas as expectativas que legitimamente formaram quanto à

---

<sup>1199</sup> LUHMANN, *El derecho* [...], op. cit., p. 372.

permanência de um dado quadro ou curso legislativo, desde que essas expectativas sejam legítimas, haja indícios consistentes de que, de algum modo, elas tenham sido estimuladas, geradas ou toleradas por comportamentos do próprio Estado e os particulares não possam ou não devam, razoavelmente, esperar alterações radicais no curso do desenvolvimento legislativo normal.<sup>1200</sup>

Dada sua amplitude, essa passagem se mostra agora muito mais afeta a uma ideia de proteção da confiança legítima do que à proibição de retrocesso. Com efeito, tanto um quanto o outro se vinculam a frustração de expectativas legítimas, contudo, enquanto o retrocesso se revela efetivamente um *passo atrás*<sup>1201</sup> na palavra dada pelo próprio Estado de Direito, a confiança possui um âmbito de aplicação mais amplo, podendo, conforme a lição de Luhmann, surgir por motivos muito variados e nem sempre objetivos ou mesmo racionais.

Não há dúvidas de que tanto o retrocesso quanto a confiança exigem uma faceta de objetiva exteriorização, tanto da sua origem quanto da sua frustração, porém, enquanto a confiança legítima a ser tutelada pelo sistema de direito pode originar-se de um rol bastante amplo e variado de condutas estatais, inclusive prospectivas e omissivas, o retrocesso se liga a uma divergência em relação a um comportamento preteritamente objetivado e validado especificamente pelo próprio sistema de direito que gerou a expectativa normativa. Ou seja, quando se faz alusão a voltar atrás na palavra dada está-se a referir precisamente a uma comunicação anteriormente validada pelo sistema de direito que gerou uma expectativa normativa de direito validada pelo sistema de direito. A partir do momento que essa comunicação se altera de modo a divergir daquela anteriormente dada, as expectativas normativas de direito e que antes estavam conforme o direito passam à condição de não conformidade, frustrando uma expectativa antes legitimada pelo próprio direito. Uma irritação acerca disso provoca o sistema a corrigir-se, a recuperar consistência, a ganhar justiça. Essa irritação se faz especificamente ao argumento do retrocesso proibido.

Com efeito, não basta à proibição de retrocesso que o Estado tenha estimulado, gerado ou tolerado dada expectativa social, seja de maneira comissiva ou omissiva, pela via administrativa, legislativa ou judicial do Estado de Direito. A proibição de retrocesso exige uma forma especial de frustração da confiança, um tipo específico de frustração das expectativas normativas reputadas legítimas pelo sistema de direito: é preciso que, enquanto comunicação, a expectativa de direito tenha sido anteriormente validada pelo próprio sistema

---

<sup>1200</sup> NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes das República portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2011, p.263

<sup>1201</sup> Embora seja evidente a inspiração no título da obra compilada por Courtis (COURTIS, op. cit.) o *passo atrás* aqui não se revela de modo inerente a uma restrição de direito nem se apresenta por si como uma operação não-conforme o direito.

de direito. É isso que vai permitir identificar um comportamento divergente, não do Estado de Direito como um todo, mas na programação do sistema de direito em específico.

O sistema de direito não precisa necessariamente ter gerado a expectativa, mas sim ter positivamente validado no passado, por lei, ato, sentença etc., a expectativa de direito que se afirma posteriormente frustrada pelo operar do próprio sistema de direito. Aliás, é por conta dessa dilatação temporal no operar da programação condicional que se restringe de modo indevido a proibição de retrocesso à retroatividade e, mais especificamente, face uma maior proteção conferida pelo direito adquirido, a uma retroatividade imprópria. Como já visto, a retroatividade (própria ou imprópria) não se confunde com a proteção da confiança nem como com a retrocessividade, sendo de se atentar apenas de que, independente dos efeitos jurídicos retroativos ou prospectivos da atuação estatal, o retrocesso depende de uma conduta estatal juridicamente positiva e válida pretérita, ao passo que a confiança não se restringe a isso.

Pela reflexividade implicada na exigência de consistência sistêmica, ou seja, de justiça, que o sistema, para resguardar a confiabilidade sistêmica e assim também sua funcionalidade, opera pela vedação de comportamento divergente (inclusive o contraditório<sup>1202</sup>) um específico dispositivo de proteção da confiança. Porém, pela proibição de retrocesso não se abrange a frustração de expectativas legítimas que tenham origem diferente da positivação e validação jurídica pretérita. Em outros termos, a proteção da confiança pode se aplicar ao Estado de modo geral, em casos omissivos, como a tolerância a situações precárias à margem da legalidade, bem como em atos puramente políticos, como pronunciamentos e entrevistas, os quais também podem ter conteúdo puramente prospectivo, como uma firme, detalhada e factível promessa sobre uma ação estatal em futuro próximo.

Exemplificando, imagine-se que em pronunciamento oficial o competente membro do governo do Estado de Direito informa que ao meio-dia do dia seguinte emitirá ato normativo determinando a imediata tomada de graves medidas sobre determinada localidade, sujeitando-se os bens e sujeitos presentes ali às respectivas consequências que passa a descrever com detalhes – nada relacionado a eventual situação de ilegalidade desses bens ou sujeitos. O ato normativo ainda não existe, é só uma comunicação política, porém a iminência das medidas previamente anunciadas torna imperiosa a quem se encontra na localidade afetada a decisão de permanecer ali com seus bens ou retirar-se. Não é porque o grave ato normativo não foi emitido, mas a frustração dessa expectativa normativa que se mostrava legítima pode ensejar

---

<sup>1202</sup> Diferente de Araújo, não se verifica diferença de amplitude ou conteúdo entre proteção da confiança de *venire contra factum proprium*. Tal como entre *ultra posse nemo potest obligatur* e reserva do possível, este é princípio ético-jurídico onipresente, pressuposto, arguível a qualquer momento de ofício ou pelas partes; já o princípio jurídico da proteção da confiança é argumento-tipo não necessário, deduzido em concreto como mérito.

a aplicação do princípio da proteção da confiança, porém, não o do da proibição de retrocesso. Também nesse sentido, a figura do servidor putativo configura excelente exemplo ao passo que Estado de Direito de modo algum explicita validade jurídica à situação, apenas a tolera. Isso não configura um *passo atrás* pelo Estado – pois nunca houve um passo à frente –, mas certamente a abrupta mudança do posicionamento estatal em relação aos atos do servidor putativo frustram a confiança que o próprio Estado tolerou que a sociedade ali depositasse e se sedimentasse como *acquis* social. No caso dos efeitos da Lei da Ficha Limpa, considerada por muitos um progresso no sistema eleitoral nacional, não fosse a expressa previsão constitucional da anualidade eleitoral, o princípio a ser evocado pela alteração da legislação eleitoral às vésperas da eleição não poderia ser a proibição de retrocesso, mas o da proteção da confiança. Caso não existisse a previsão constitucional mas houvesse legislação eleitoral pretérita informando sua validade inclusive para as eleições que se seguissem, a frustração desse compromisso jurídico impeliria o direito a não dar um *passo atrás* em sua palavra, configurando não apenas situação em que se poderia controverter só a proteção da confiança legítima no Estado, mas a própria a proibição de retrocesso.

Essa formulação, todavia, ainda apresenta uma lacuna que precisa ser preenchida. Se retrocesso é a frustração de expectativas normativas anteriormente validadas pelo próprio sistema de direito, qualquer operação que importasse alteração em anteriores disposições do sistema de direito significaria um *passo atrás*, um retrocesso, uma divergência em relação à posição anteriormente assumida. Ou seja, pela formulação apresentada, seria retrocesso mesmo a alteração legislativa que apenas produzisse efeitos benéficos a todos. Para esclarecer o ponto é preciso novamente lembrar que a teoria dos sistemas não possui uma carga teleológica ou valorativa, de modo que, assim como a evolução na teoria dos sistemas não significa algo que socialmente se reconheça necessariamente como bom, também o retrocesso não há de atrelar-se apenas ao que socialmente se qualifique como ruim. Exemplo disso é que mesmo a evolução do sistema pode implicar retrocessos. O que se deve ter em foco é que o retrocesso se estabelece no plano comunicativo e não é necessariamente uma contradição, mas uma divergência com um quadro jurídico normativo anteriormente válido. Nesse plano comunicativo se o Estado se compromete por lei a entregar 12 meses de benefício em troca de 24 contribuições mensais de valor definido, se ao final das contribuições o Estado, por alteração legislativa, lhe entrega 10 meses de benefício e mais um pagamento único equivalente a outros 6 meses de benefício, está-se a adotar um comportamento divergente, mas não necessariamente prejudicial. O fato é que existe um comportamento divergente do Estado que pode ou não ser apontado mediante provocação do interessado pelas competentes

vias jurídicas, seja pela alegação do direito subjetivo ou de um interesse juridicamente tutelado. No exemplo, se não houve outras razões que comprovadamente afastassem a existência legítima da expectativa normativa de direito, resta claro que houve sua frustração e, assim, houve um retrocesso na comunicação realizada pelo próprio sistema de direito. Disso, a questão que remanescerá a resolver será se esse retrocesso é conforme ou não-conforme o sistema de direito – algo que o sistema de direito haverá de decidir em específico.

Não havendo quem defenda uma proibição absoluta de retrocesso, há que se reconhecer que, sob uma proibição relativa de retrocesso, existem retrocessos que não são proibidos. Pela presente proposta opera-se da mesma forma: há retrocessos juridicamente proibidos e não-proibidos. Toda vez que se alega o princípio da proibição de retrocesso está-se imputando a existência de um retrocesso juridicamente proibido, e não outra coisa: nem a obrigação de progresso, nem a obrigação de manutenção do *status quo*. O retrocesso é o lado marcado da distinção e sua concreta proibição a alegação da desconformidade com o direito. O princípio da proibição de retrocesso não indica por si só de antemão qual será o retrocesso que o sistema de direito decidirá concretamente como sendo de juridicamente proibido. Há que se provar a base da confiança, ou seja, uma conduta jurídica estatal anteriormente validada pelo sistema de direito que permita presumir a existência de uma expectativa normativa de direito; há que se provar a frustração dessa expectativa por uma conduta jurídica estatal subsequente; e há que se sustentar que a frustração é não-conforme o direito.

Quanto à não-conformidade com o direito, há de se observar que não é qualquer expectativa de direito frustrada que suscita a aplicação do princípio. Com natureza constitucional e ampla oponibilidade ao Estado, uma vez que só aos tribunais cabe a supervisão da consistência das decisões jurídicas, resta claro que a razão da celeuma acerca da sua aplicação se abater francamente sobre o controle judicial da atuação administrativa e legislativa relaciona-se à separação funcional de poderes estatais. Não por outra razão há que se estar em jogo a efetivação de um direito fundamental. Nesse contexto, como já exposto anteriormente, a força normativa da constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais implicam uma restrição à restrição, ou seja, limitações às limitações que eventualmente venham a recair sobre a efetivação dos direitos fundamentais, ainda que sua iniciativa esteja acobertada pela legitimidade democrática – mesmo que na condição de constituinte derivado<sup>1203</sup>. Vigendo no Brasil um regime jurídico único de aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, não se verificou no curso do estudo razões suficientes para

---

<sup>1203</sup> LIMA, Jairo. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018, passim.

não se entender que o controle de constitucionalidade deflagrado pelo princípio é oponível em garantia de direitos fundamentais de qualquer tipo, inclusive os direitos fundamentais sociais em sua faceta prestacional. Toda alegação de retrocesso proibido, portanto, significa a imputação de categoria suspeita ao ato legislativo, administrativo ou judicial impugnado, deflagrando um controle de constitucionalidade, que, sob essa alegação, vincula-se, condicional e proporcionalmente à confiança legítima frustrada e ao nível de efetivação do direito fundamental restringido, a argumentos de limitação material ou cognitiva (*ultra posse nemo obligatur*) e, nessa reserva, a meios alternativos ou compensatórios.

Quer-se dizer com isso que a conformidade ou não-conformidade do retrocesso jurídico com o direito envolve um ato estatal de restrição do nível de efetivação de um dado direito fundamental cuja frustração da expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito gere tamanha desconfiança sobre Estado de Direito que meios compensatórios ou alternativos se fazem necessários, dentro dos limites materiais e cognitivos do Estado. Se não há (i) retrocesso, ou seja, frustração de expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito, (ii) restrição, ou seja, ato estatal de restrição do nível de efetivação de um dado direito fundamental, (iii) desproporcional alternativa ou compensação à desconfiança gerada sobre Estado de Direito e aos limites materiais e cognitivos do Estado, não há retrocesso não-conforme o direito. Em outras palavras: se há frustração de expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito (retrocesso), ato estatal de restrição do nível de efetivação de um dado direito fundamental (restrição) e desproporcional alternativa ou compensação à desconfiança gerada sobre Estado de Direito e aos limites materiais e cognitivos do Estado (desproporcionalidade), então há retrocesso proibido.

Como referido, embora não haja direito absolutos, nem a título de núcleo essencial, os múltiplos mínimos se articulam e funcionam como diferentes etapas, instâncias ou recortes para interpretação, fundamentação e decisão em torno da busca do ponto ótimo de equilíbrio entre a normatividade do mínimo idealmente lançado e do que se mostra concretamente possível. Sem prejuízo, diante dessas gradações, tem-se pela lição de Alexy que “quanto mais pesada for a interferência em um direito fundamental, tanto maior terá que ser a certeza das premissas nas quais essa intervenção se baseia<sup>1204</sup>. Isso importa sobretudo à aferição da proporcionalidade em face dos limites materiais e cognitivos verificados.

---

<sup>1204</sup> ALEXY, op. cit., p. 617.

Nessa seara é preciso perceber também que mesmo a decisão jurídica que reconhece e admite a frustração de expectativas legítimas pode ter o efeito de aumentar a confiabilidade do sistema de direito bem como do próprio Estado de Direito, reforçando que tanto um quanto outro encontram-se em pleno funcionamento, corrigindo seus equívocos (consistência) e seus caminhos (função). Essa decisão será tanto mais consistente e funcional se, na sequência, for dada adequada e proporcional atenção aos eventuais efeitos colaterais que demandem tratamento jurídico, seja por via de compensações, alternativas específicas ou a própria dilação ou suavização dos efeitos da alteração válida. Assim como procedimentos e novos compostos são adicionados aos medicamentos e tratamentos de saúde para evitar ou atenuar efeitos colaterais, a forma com que o tratamento ou a medicação é ministrada também tem um papel importante sobre o quadro geral.

A propósito, sem admitir a implicação de qualquer grau de planejamento possível acerca de mudanças que uma sociedade pode realizar, Luhmann reconhece que as mudanças sistêmicas não podem se dar de maneira arbitrária:

[...]. Já que não se pode mudar tudo ao mesmo tempo, a sequência das mudanças não pode ser arbitrariamente escolhida. Uma supõem as outras. Em uma ordem jurídica já existente não pode ser introduzida uma mudança qualquer, mas apenas aquelas que apresentem equivalências funcionais para formas já existentes de solução de problemas – sejam essas reais ou de tipo puramente dogmático. As mudanças se realizam nos sistemas dados enquanto troca de solucionamentos de problemas ou, quando for impossível uma solução alternativa, enquanto a mudança estrutural que faz caducar a base de um problema tornado insolúvel. Isso delinea (mas não determina univocamente) uma certa ordem temporal nas sequências das mudanças possíveis.<sup>1205</sup>

Portanto, a consistência do sistema de direito exige que as decisões jurídicas contemplem uma sequência, tanto das mudanças quanto das decisões, inclusive sobre as decisões sobre as mudanças. Contudo, um grande problema surge quando se observa que as decisões seguintes implicam efeitos tão severos que fazem desconfiar do acerto das decisões anteriores. Mas aí é necessário novamente observar o observador (ou, ainda, vigiar o vigia).

Por mais que seja de sua competência a redução de complexidade da sociedade, a decisão orientada às consequências é ineficaz. Consequências certamente haverá, mas o poder de controle da decisão sobre elas é improvável, de modo que a pretensão de fixar deterministicamente o futuro é uma ilusão. Porém, mais importante do que isso é se questionar se os efeitos observados foram observados sob o código direito/não-direito ou sob outro código. Disso, impõe-se novamente o desafio de decidir com ou sem o uso de suplementos, significando o próprio operar (e, inerente a ele, o evoluir) do sistema de direito.

---

<sup>1205</sup> LUHMANN, *Sociologia do direito II* [...], op. cit., p. 173

Com efeito, a decisão para ser jurídica não pode extrapolar o código do sistema de direito sob pena de ser inválida – já que corrupta e corruptora do próprio sistema de direito –, mas o fato de ser operacionalmente fechado não implica que o sistema não possa ser cognitivamente aberto, desde que fazendo uso dos adequados argumentos, programas e acoplamentos estruturais com a ciência, a política, a economia, a moral, a religião e demais sistemas sociais além da própria sociedade e dos sistemas de consciência enquanto médium de sentido. A Constituição brasileira mesma contempla um vasto conjunto de normas jurídicas que atendem um sem-número de interesses, valores e fins da sociedade, bastando que, para sua observação, estejam alinhados a uma semântica jurídico-constitucional consistente.

Diante disso, parece difícil sustentar a falta de instrumentos e vias propriamente jurídicas de viabilizar tais acoplamentos, seja isso para fins de fundamentar a decisão ou para deduzir os interesses (as pretensões jurídicas) em face do órgão jurisdicional. Com efeito, qualquer caso simplório tem o potencial de tornar-se um *leading case* (tal como o bater das asas de uma borboleta em um furacão), dependendo-se, porém, do tipo (positivo ou negativo) e do efeito (amplificador ou atenuador) do *feedback* que se somam ao longo do processo. Todos as operações (e, portanto, todos os operadores) envolvidos no procedimento exercem potencial influência sobre a decisão – não que a decisão reste determinada pelo passado, mas pelo fato de que a programação condicional alimenta a decisão com fatos, incluso as decisões passadas. Assim se dá, por exemplo, pelo princípio da congruência ou da adstrição ao pedido, impedindo que com a deflagração da atuação do tribunal leve a uma decisão necessária (*non liquet*) mas absolutamente incerta e indeterminada. Ordinariamente, a ninguém interessa um furacão num copo d'água, todavia por vezes são justamente os casos corriqueiros (como o ato de ceder assento em um ônibus<sup>1206</sup>) que ajudam a transformar o sistema de direito de um país.

Assim sendo, por mais virtuosas (ou não) que sejam as intenções por trás da decisão jurídica, de casos corriqueiros podem surgir mudanças mas não a solução para todos os problemas do país; e isso não é uma debilidade, mas o necessário reconhecimento de que nenhuma decisão do sistema de direito pode tudo, implicando também que nenhuma decisão do sistema de direito é responsável por tudo. Há uma supremacia do direito, mas não uma soberania judicial, sendo necessário o próprio sistema de direito estar ciente disso.

Nessa linha, convém ressaltar também que não é pela constatação da existência de acoplamentos que a decisão jurídica possa passar a dispor e ponderar diretamente sobre

---

<sup>1206</sup> Rosa Louise McCauley, também conhecida por Rosa Parks, tonou-se um símbolo do movimento dos direitos civis dos negros nos Estados Unidos ao recusar-se a ceder seu assento em um ônibus a um branco. O episódio converteu-se em um boicote a ônibus e a uma série de mobilizações que redundaram no caso *Browder v. Gayle*, onde a suprema corte estadunidense reconheceu a inconstitucionalidade da segregação racial praticada.

interesses e valores da sociedade. Aqui, a referência que Luhmann faz ao Cavalo de Tróia é providencial e merece um paralelo com citologia: na endocitose, elementos que não conseguem atravessar a membrana celular são digeridos a partir do momento em que uma parte da própria parede celular envolve esse elemento e, se destacando do resto da parede celular, os conduz para o interior da célula, onde, assim que fusionada ao lisossomo, sofrerão a ação de enzimas digestivas. Transportados os nutrientes para o interior da célula, o resto volta a ser descartado no meio extracelular mediante a religamento à parede celular. O mesmo processo se dá na ação das células brancas do sistema imunológico (macrófagos), que, praticamente, metabolizam os corpos estranhos ao organismo. Conquanto o fagossomo continue uma parte de fora dentro da célula (dentro/fora, sistema/ambiente), a estratégia do Cavalo de Tróia possui real aplicação biológica<sup>1207</sup>. Isso leva a refletir que acoplamentos estruturais, tais como argumentos substanciais e princípios constitucionais multidimensionais ou polissêmicos (ou seja, que operam sentido para mais de um sistema social), precisam ser considerados com cuidado a fim de evitar a contaminação e, com isso, a proliferação do elemento corruptor – contexto em que o suplemento argumentativo de orientação às consequências constitui fator de risco, pois, a princípio, deveria também se orientar estritamente a consequências jurídicas.

Com isso, não só se reafirma que os operadores do sistema de direito e também a sociedade deve estar ciente de que o sistema de direito não pode tudo, estando limitado ao seu código e à sua função, bem como que decisões que implicam corrupção sistêmica com vistas a prevalecer sobre outros códigos da sociedade, tendente a realizar uma soberania judicial, pode sujeitar o próprio sistema ao efeito oposto, enfraquecendo-o em sua consistência e autopoiese.

Assim, sendo devidas, em conformidade com o direito, compensações, alternativas específicas ou a própria admissão de esquemas de dilação ou suavização dos efeitos da alteração legislativa válida, o sistema de direito não pode se orientar – assim se assenhorando e, também, se responsabilizando – por outras consequências que não as jurídicas (admitidas aquelas em devido acoplamento com sistemas sociais, a sociedade e sistemas de consciência). A implicação de consequências políticas, econômicas, morais ou de qualquer outra ordem deve ser assumida pelo sistema autor da mudança, e não pelo sistema de direito, que não

---

<sup>1207</sup> A propósito, uma das estratégias da medicina contra o câncer é marcar as células cancerosas com algo que permita as células do sistema imunológico identifica-las não mais como parte do sistema, mas algo que é não-sistema e que, portanto, deve ser eliminado. Trata-se de marcar como não-marcado o lado que antes estava marcado. O sistema, portanto, precisa aprender a reconhecer as corruptelas do seu código antes que estas inviabilizem alguma função corporal.

dispondo de programas finalísticos nem de juízos de oportunidade e conveniência, permite-se, apenas, (auto)irritações em sede de suplementação argumentativa.

Nessa seara também importa considerar que, diferentemente do que se encontra difundido em boa parte da doutrina e da jurisprudência, as alternativas e compensações não precisam ter necessariamente caráter pecuniário nem individual. Ou seja, um direito fundamental social então efetivado por uma política pública que previa a entrega de certo valor a um grupo populacional pode ser substituído por uma política pública ao mesmo grupo (ou até maior) por via de serviços, programas, medidas de incentivo, entre outros, inclusive com caráter genérico e indivisível – e vice-versa. Se apresenta injustificado hoje o apego de medidas jurídicas alternativas ou compensatórias ao critério econômico, sobretudo pecuniário (e.g. auxílios, bolsas, casa própria, veículo próprio etc.). Através desse tipo específico de demanda na efetivação dos direitos sociais acaba-se não só por reforçar uma ciranda financeira, que encontra sempre os mesmos pontos de acumulação (e.g. os benefícios fiscais estatais que acabam apenas por permitir aumentar a margem de lucro dos membros mais fortes dentro de uma mesma cadeia de fornecimento), como também por reforçar o privilégio das liberdades da condição de proprietário em detrimento da posição de cidadão que exerce direitos<sup>1208</sup>. Não se trata de questionar o custo dos direitos, mas a sua monetização. Parece haver, portanto, um paradigma (e um contrassenso) a ser superado dentro da própria forma de pensar, garantir e efetivar a socialidade.

Dispondo sobre o ocaso da socialidade na crise do Estado Social, Canotilho, referenciando Luhmann, destaca que cada pessoa assume hoje um papel ativo em assegurar sua inclusão social

A liberdade igual é interpretada neste contexto como a igual possibilidade de inclusão num sistema social diferenciado. A realização deste princípio de igualdade de inclusão continua a colocar o nó górdio da socialidade: a inclusividade pressupõe justiça quanto às possibilidades iguais de acesso. Como garantir essa justiça? A resposta para muitos (nos quais nos incluímos) é a reinvenção do Estado Social. Os direitos sociais e os princípios socialmente conformadores significam, no actual contexto, a legitimação de medidas públicas destinadas a garantir a inclusão do

---

<sup>1208</sup> Não se ignora que ao nível de consciência, insiste-se na propriedade, na posse, no domínio. Isso porque temos medo, ficamos inseguros, não confiamos, porque valorizamos o ócio e demonizamos o trabalho, porque só nós somos capazes de reconhecer nosso próprio mérito e esforço. De outra forma, seremos roubados, passaremos fome, passaremos frio, sofreremos a injustiça, estaremos na dependência de outros, de estranhos. Segundo o Contrato Social de Rousseau (ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau**: vida e obra. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983, p. 66), uma sociedade que não suporta nem os mendigos nem os opulentos é uma sociedade mais consciente e mais democrática. Segundo Alexy (ALEXY, Robert; BRUGGER, Winfried (org.). *Grundgesetz und Diskurstheorie*. In: *Legitimation des Grundgesetzes aus Sicht von Rechtsphilosophie und Gesellschaftstheorie*. Interdisziplinäre Studien zu Recht und Staat. Band 4. Baden-Baden: Nomos, 1996, p. 349 apud ARAÚJO, op. cit., p. 65-66), uma sociedade que tem segurança, que confia, é uma sociedade menos dispendiosa e não menos funcional. Não há, assim, porque não acreditar que uma sociedade que reconhece e celebra suas diferenças, mas que não é mais desigual por conta disso é uma sociedade não só mais justa mas também, potencialmente, mais solidária.

indivíduo nos esquemas prestacionais dos sistemas sociais funcionalmente diferenciados. Mesmo que esse Estado Social não seja mais, hoje, do que um simples “pendant” funcional de relações subjectivas interpessoais, ele continua a ter a indeclinável tarefa da inclusão social politicamente ponderada<sup>1209</sup>. Mas como poderá o Estado Social continuar a desempenhar essa função de inclusão num contexto global de progressiva carência de meios financeiros? Como alicerçar expectativas, sabendo-se, à partida, que é muito difícil preencher os pressupostos da sua realização? Na verdade, algumas das críticas mais persistentes contra o Estado Social e a constituição dos direitos sociais reconduzem-se a esta ideia básica: eles alicerçam expectativas normativas que não mais estão em condições de garantir. [...].<sup>1210</sup>

Não se tratando de questão de fácil resolução, importa aqui observar que o parâmetro que hoje desponta principalmente em países economicamente centrais cuja complexidade social demanda maiores graus de confiança, não é o de propriedade e posse, e sim o de acesso e compartilhamento, de inclusão e socialização. Isso se verifica através de soluções de mobilidade urbana, de serviços de *streaming*, de espaços de *coworking*, de modelos avançados de gestão condominial, de serviços financeiros eletrônicos e digitais e de uma série de propostas e experiências que, impulsionados pelo desenvolvimento tecnológico e pela globalização, tendem a conduzir ou influenciar significativa parte das transformações sociais no século XXI. Com efeito, não há dúvidas de que cada pessoa, para além dos mais amplos e gerais serviços públicos ou subsidiados (quer sejam prestados diretamente pela administração pública ou através de convênios, concessões, permissões, autorizações, parcerias público-privadas, consórcios etc.) sempre necessitarão de algum grau de liberdade econômica para

---

<sup>1209</sup> Canotilho referencia *Politischen Theorie im Wohlfahrtsstaat*, de Luhmann, publicada em 1981. Em publicação mais recente, *Inclusão e Exclusão*, de 1994, Luhmann relaciona essas formas às condições de pertencimento ou não-pertencimento, de modo que “quando a inclusão em um sistema funcional [...] deixa de estabelecer quanto e quão fortemente se tem participação em outros sistemas funcionais [...] então se chega a um afrouxamento significativo da integração no âmbito da inclusão”. Assim, “a ordem de inclusão corresponde à condição geral da sociedade funcionalmente diferenciada: que as relações entre os sistemas funcionais fluem” (LUHMANN, Niklas. *Inclusão e exclusão*. Tradução de Stefan Fornos Klein e Revisão Técnica de João Paulo Bachur. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (org.). **Dossiê Niklas Luhmann**, p. 15-50. Belo Horizonte: UFMG, 2013, p.38), não se fixem rigidamente. De outro lado, em uma integração rígida, a condição observada em um sistema funcional é praticamente determinante das condições titularizadas perante os demais sistemas funcionais: “a exclusão de um sistema funcional traz consigo quase automaticamente a exclusão de outros” (Ibid., p. 38). Por exemplo, a condição econômica determina a condição religiosa, moral, política etc.; ou, a condição religiosa determina o grau de instrução, o direito a ter ou não direitos; ou, ainda, a condição biológica (cor da pele, gênero, sexualidade etc.) determina a condição econômica, política, jurídica, moral, etc. Embora a autopoiése seja robusta o suficiente para levar a um colapso dos sistemas funcionalmente diferenciados, “quando se atenta aos desenvolvimentos estruturais no interior desses sistemas, não se poderá mais ignorar os efeitos de uma rigidez e de um preordenamento da diferença entre inclusão e exclusão” (Ibid., p. 40). Já finalizando, afirma que a descrição da sociedade com base apenas na distinção inclusão/exclusão “leva a um contraste exagerado e irreal” e que essa diferença “nunca será tão claramente dada, do ponto de vista empírico, que todas as pessoas possam ser associadas a um ou a outro lado”, demandando o assunto investigações adicionais (Ibid., p. 43). Nesse contexto, quando Canotilho afirma uma tarefa de inclusão social politicamente ponderada parece tornar claro que a adoção de critérios sistêmicos de integração frouxa (mais includentes) ou de integração rígida (mais excludentes) são repercussões de decisões dos próprios sistemas sociais, marcando, de tempos em tempos, uma preponderância ou centralidade de um código sobre os demais – isso precisa ser observado, inclusive (mas não só) politicamente.

<sup>1210</sup> CANOTILHO, **O Direito Constitucional como [...]**, op. cit.

garantia de uma emancipação econômica inerente à dignidade humana. Porém, não havendo razão para que a sociedade brasileira se mantenha à margem dessa realidade, também o Estado de Direito deve acompanhá-la, seja para rejeitar ou acolher.

Em um cenário cada vez mais real de desemprego estrutural em âmbito global<sup>1211</sup>, não dispondo o Brasil condições de garantir a quem possui um posto de trabalho formal um salário mínimo apto a suprir as necessidades mensais de uma família média, imaginar benefícios tais como uma renda básica universal suíça ou um rendimento social de inserção português (mesmo que no valor de um salário mínimo nacional), além de um incentivo a uma economia e uma política tributária ainda altamente predatória e desigual, parece ser algo muito mais improvável do que a barbárie que se estabelece em seu exato oposto.

Assim, diante da histórica oportunidade demográfica que hoje se esvai no Brasil, tão importante quanto impelir o Estado a levar os direitos fundamentais a sério é a sociedade refletir se vai alimentar doces sonhos da utopia social perpétuo-desenvolvimentista e da propaganda populista ou se vai optar por um horizonte mais responsável e sustentável de direitos fundamentais, sobretudo os sociais, a tantos mais quanto se fizer possível juridicamente incluir e garantir de forma consistente, confiável.

A segurança social é alvo do último tópico do presente estudo. Porém, uma última reflexão geral sobre o princípio da proibição de retrocesso se faz necessária, sua afirmação como princípio jurídico constitucional positivo, válido e vigente no Brasil. É certo que existe fundadas razões na crítica à irrefletida profusão de princípios, inclusive quando destituídos de uma distinta normatividade, ao que Streck chama panprincipiologismo<sup>1212</sup>. Mas o caminho inverso, que parece fazer Novais, com todo o reconhecimento que a estratégia merece,

---

<sup>1211</sup> Para uma abordagem mais profunda: BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar, passim. Nesse panorama, não bastasse o Brasil historicamente ser um país extrativista de recursos naturais e produtor de commodities de baixo valor agregado, também destina precocemente ao lixo o potencial dos seus recursos humanos através de saúde e educação insuficientes a oportunizar não só uma mera vaga de emprego no mercado de trabalho, mas o desfrute de suas próprias potencialidades ao longo de toda uma vida – seja para a produção de riquezas econômicas, seja para o cuidado de si e de familiares, reduzindo custos sociais. Como pondera Diniz: “[...] um sistema previdenciário só gera ganhos efetivos para a sociedade quando conta com a participação e o funcionamento concretos de outros setores que a ele são intrínsecos, como saúde, educação e trabalho, por exemplo. [...] É preciso reconhecer que a mudança pura e simples das regras previdenciárias de acesso à aposentadoria não trará reais benefícios para os segurados do RGPS se não estiver acompanhada de outras políticas que permitam a extensão, com qualidade, da sua vida útil no mercado de trabalho. Repise-se: sem investimentos sérios em outras ações públicas associadas, o mero corte na carne do trabalhador talvez seja apenas mais uma forma de puni-lo pela má gestão da coisa pública”. (DINIZ, Matheus, op. cit., p. 165). Assim, muito embora o Brasil esteja mais velho, se faz compreensível que a pressão pelo incremento do capital humano se faça prioritariamente sobre os mais jovens, conforme se verificou dos estudos do Banco Mundial – um investimento, porém, que deve focar a vida e o trabalho digno, e não uma posição no mercado de trabalho (SILVA, D., op. cit., p.215-216).

<sup>1212</sup> STRECK. Lenio Luiz. Senso Incomum: o pan-principiologismo e o sorriso do lagarto. In: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 20 fev. 2020

também não faz sentido quando se perde de vista que muitos desses princípios possuem, em relação ao seu gênero próximo, uma diferença específica que (ainda) justifica, por diferentes motivos, a particularizada atenção por dada comunidade jurídica. Esse, entende-se, é o caso do princípio de proibição de retrocesso, que, com todas as merecidas críticas dirigidas pelo absolutismo e subjetivismo que tal nomenclatura inspira, mal escondendo seu berço ideológico, possui não só um relevante papel histórico na afirmação da fundamentalidade dos direitos sociais, mesmo que por vias hoje consideradas inadequadas, como continua a despertar interesse onde os direitos, especialmente os sociais, não galgaram a mesma estabilidade que, e.g., Portugal. Assim, mesmo sob um regime unitário dos direitos fundamentais e internamente a um outro princípio enquanto gênero, o subprincípio da proibição de retrocesso tem e merece a importância o sistema jurídico lhe atribua. Nesse sentido, Pinto e Netto concorda que o esforço argumentativo na afirmação do princípio versado é explicado pela “fragilidade histórica dos direitos sociais e pelo fato de que sua consagração não tem tido o condão de protegê-los da ‘ação erosiva’ do Legislador no contexto de crise do modelo de Estado Social”<sup>1213</sup>. Essa ação erosiva também é percebida no Brasil, onde muito do que foi constitucionalmente prometido sequer se efetivou<sup>1214</sup>.

Segundo Botelho a jurisprudência da crise em Portugal possui uma clara linha evolutiva, iniciando com uma “adesão à retórica da crise” em favor do legislador, seguida de uma “matização desta posição” apontando para uma redução da tolerância jurisdicional, e, por fim, dando por superado o argumento da crise, recuperando uma lógica de normalidade constitucional<sup>1215</sup>. Aderindo a essa perspectiva de início-meio-fim e remontando às críticas de Novais sobre o lento desenvolvimento da jurisdição constitucional portuguesa sobre os direitos sociais, é curioso observar que os debates sobre a proibição de retrocesso tenham ressurgido na doutrina e na jurisprudência em momentos de crise. Dos debates havidos em torno desses momentos obtiveram-se significativos desenvolvimentos entre os portugueses. Se não é um princípio ou não serve mais ao contexto lusitano, é ponto que comporta discussões. Certo, porém, é que se trata de conceito que ainda funciona como ponto de referência, simboliza o encontro de ideias e tematiza debates jurídicos importantes no Brasil. Ainda que hoje, passada a crise entre os portugueses, a proibição de retrocesso não desperte tanto interesse, sugerindo sua absorção por outros dispositivos jurídicos por lá, simplesmente negar sua importância ou dizer que nunca existiu não só configura uma injustiça histórica

---

<sup>1213</sup> PINTO E NETTO, op. cit., p.227)

<sup>1214</sup> BREGA FILHO, **Proibição [...]**, p. 122.

<sup>1215</sup> BOTELHO, op. cit., posição 17081.

como reflete uma posição de contexto muito restrito, não podendo sua transposição para o contexto jurídico brasileiro se fazer de maneira acrítica.

Em sua revisitação às normas programáticas Catarina Santos Botelho justifica que se deve atentar ao seu conteúdo e não à sua nomenclatura<sup>1216</sup>. Não há motivos para pensar diferente quanto ao denominado princípio de proibição de retrocesso, o qual, apesar das críticas lusitanas e de restar localizado no âmbito de um princípio mais geral de proteção da confiança legítima, parece configurar programação condicional juridicamente válida que continua a cumprir com sua função sistêmico-semântica de tematizar simbolicamente invulgar e expressiva realidade do fenômeno jurídico no Brasil.

### 5.3 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NO SEGURO SOCIAL BRASILEIRO

O piloto, o regulador, o governador, o timoneiro são referências muito próximas e evocadas historicamente em tantos diferentes contextos disciplinares para se ignorar uma mais profunda conexão entre elas. E a relação que se apresenta mais evidente é a de controle – e, por consequência, a de poder. Quem controla o controlador? Quem vigia o vigia? O que guia o piloto? Ele é controlado ou tem absoluto autocontrole? Freios e contrapesos, mais do que uma ultrapassada metáfora mecanicista<sup>1217</sup>, um modelo teórico político-jurídico ligado por tradição a um sistema de tríplice *feedback* de controle, se converte facilmente em princípio normativo de autocontrole e heterocontrole. Sob o enfoque luhmanniano a tripartição de poderes resume-se à sua essência, à divisão de poderes, e nessa divisão, um curioso fechamento sob o binômio poder-controle, ou melhor, poder-poder ou, ainda, poder/não-poder: o controle jurídico sobre o poder político através da supremacia jurídica e o controle político sobre o poder jurídico através da competência legislativa. Enfim, legislação e jurisdição unidas sob uma circularidade plasmada na singularidade constitucional do Estado de Direito. Sob essa circularidade, exige-se aqui mais uma reflexão: a de que é necessário aprender a desejar melhor, com a prudência das lições que nos chama à memória, mas também com a confiança de lançar-se ao futuro.

---

<sup>1216</sup> BOTELHO, op. cit., posição 16733.

<sup>1217</sup> Por associações improváveis como essas que a antiga tradição de exemplos, alegorias e metáforas entre outros recursos literários, estilísticos, artísticos, consistem em recursos válidos e potencialmente muito profícuos. Comumente utilizados com fins ilustrativos, criando representação didática de uma ideia ou processo mais abstrato ou complexo, esses recursos, mais do que analogias, parecem ter efetivamente contribuído na prática (da linguagem) para a aproximação dos diversos ramos do conhecimento científico. Como lanças, cordas, braços, esporos e prolongamentos, embarcações ou cápsulas projetadas ao além, são tentativas de encontrar uma resposta, um retorno, um eco, um indício, algo que compense, realmente (*feedbacks*), a esperança de continuar buscando – sobretudo quando não há caminhos traçados além do próprio caminhar.

E é para continuar a desejar, lembrar e confiar que é necessário sobreviver apesar das contingências da vida<sup>1218</sup>, mesmo à míngua das próprias forças. É preciso ter a esperança de um novo alvorecer, para si e para os que ama, tanto aqueles assim mais afetosamente quanto aos irmãos da família humana. A seguridade social é, assim, uma justa – porque coerente – maneira de promover a própria segurança dos meios de subsistência, e, assim, da mais elementar forma de igualdade de oportunidades: a vital.

Na constituição brasileira, além do próprio Estado de Direito<sup>1219</sup>, tanto a ordem econômica e financeira<sup>1220</sup> quanto a ordem social<sup>1221</sup>, o que inclui a seguridade social, encontram-se fundadas sobre o valor social do trabalho (inclusive aquele exercido sob livre iniciativa), que é reconhecido em si também como um direito fundamental<sup>1222</sup>.

Contudo, poder trabalhar, querer trabalhar, dever trabalhar e conseguir uma vaga de mercado de trabalho são situações diversas e sua distinção remonta antes mesmo da primeira Lei dos Pobres da Inglaterra, de 1601<sup>1223</sup>, que, por sua vez, pode ser tida por precursora mais remota dos atuais sistemas ocidentais de seguridade social visto que, embora ainda muito atrelada à assistência social religiosa, marcou a presença do Estado e a cobrança de tributo por isso, permanecendo em vigor até 1948<sup>1224</sup>. Naquele país, desde 1563, os pobres estavam categorizados e, conforme se subsumiam a essas tipificações, deflagravam-se comandos normativos, que podem ser assim resumidos:

- os que podiam trabalhar, mas não conseguiam emprego. Eram os corporalmentecapazes, pobres meritosos. Haviam de ser auxiliados tanto por ajuda de outrem quanto por trabalho recompensado;

---

<sup>1218</sup> Conforme lembra Zuba: “Existem riscos inerentes à vida social, ligados ao meio físico (fenômenos geológicos); ao meio social (risco de guerra; risco político; risco monetário; risco legislativo; risco administrativo; e o risco das desigualdades das condições sociais); riscos de ordem fisiológica (maternidade; invalidez; falecimento); e os riscos da vida profissional (insegurança no emprego; insuficiência remuneratória da atividade profissional; lesões corporais na execução do trabalho provocadas por acidentes ou doenças profissionais).” (ZUBA, op. cit., p. 30)

<sup>1219</sup> “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...]; IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; [...]” (BRASIL. [Constituição (1988)] [...], op. cit.)

<sup>1220</sup> “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: [...]” (Ibid.).

<sup>1221</sup> “Art. 193. A ordem social tem como base o primado do trabalho, e como objetivo o bem-estar e a justiça sociais.” (Ibid.)

<sup>1222</sup> “Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição.” (Ibid.)

<sup>1223</sup> HIGGINBOTHAM, Peter. **The Old Poor Law**. [S.l.:s.d.]. Disponível em: <http://www.workhouses.org.uk/poorlaws/oldpoorlaw.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1224</sup> CHARLESWORTH, Lorie. **The Acts of 1601: Connections Between Poor Relief and Charity in a Legal and Local Context**. Liverpool: John Moores’ University, [s.d.], p. 2. Disponível em: <http://www.vahs.org.uk/vahs/papers/charlesworth.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

- os que podiam trabalhar, mas não queriam. Eram os pobres preguiçosos. Haviam de ser açoitados publicamente pelas ruas até aprenderem com os erros de seus caminhos;
- os que eram velhos, doentes ou jovens demais para trabalhar. Eram os impotentes, pobres meritosos. Haviam de ser tratados em asilos, hospitais, orfanatos ou abrigos. Aos órfãos e crianças pobres havia de ser ensinado um ofício a fim de que o exercessem quando crescessem.<sup>1225</sup>

Tem-se aí não só os fundamentos das primeiras sistematizações normativas para ações de seguro social, mas a sua adoção e prática em torno de um princípio de justiça, de uma ideia acerca da sua realização em torno de fatos e valores sociais vigentes àquela época.

Não se faz necessário aqui um retrospecto da evolução dos sistemas de seguridade social, bastando mencionar que, desde a Lei dos Pobres de Elizabeth I, passando pelos grandes avanços de Otto Von Bismarck na Alemanha e as contribuições de William Henry Beveridge ao Estado de Bem-Estar, muito se evoluiu em complexidade e abrangência nos sistemas estatais dedicados à segurança social. Conceber e formatar algo do tipo não se trata de tarefa simples. A exemplo, Dworkin trabalhando brevemente sobre um esquema de seguro hipotético para desemprego e doença em *A Virtude Soberana*, exemplifica como a construção de um modelo teórico de padronização básica traz consigo diversas questões de fundo, mesmo quando sobre a base de contingências mais elementares da vida em sociedade<sup>1226</sup>.

A exemplo, quanto mais distante o horizonte temporal almejado pelo sistema, maior deve ser a sua capacidade funcional do sistema na estabilização de expectativas. Um sistema de seguro de saúde, de assistência ou de previdência incapaz de produzir expectativas confiáveis acerca desse horizonte, não é capaz de apresentar-se confiável por si mesmo. Se um sistema não se mostra confiável hoje num horizonte de 10 anos, não o será para 30 nem para 50 anos, não justificando que as pessoas a ele contribuam com parte de sua renda atual a despeito de outras destinações que se possa dar a esses valores – daí restar justificada uma baixa adesão. No caso de regimes obrigatórios e contributivos pode-se prever sanções para coibir atos de evasão fiscal, o que, contudo, se torna dispensável enquanto opção privada, sujeita a regras de mercado, tornando sua estrutura menos custosa que o modelo fiscalizado. Porém, o maior lastro dos regimes obrigatórios, quando revestidos de alguma coesão e estabilidade social, podem tornar este mais atraente em face dos riscos do mercado e que, enquanto forma de poupança individual, conta apenas com o resultado do esforço do seu titular. Não obstante este último tenda a um maior comprometimento pelo titular, pois em seu

<sup>1225</sup> BLOY, Marjie. **The 1601 Elizabethan Poor Law**. Victorian web, 12 nov. 2002 [S.l.:s.n.], 2002. Disponível em: <http://www.victorianweb.org/history/poorlaw/elizpl.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1226</sup> DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 467-492.

interesse próprio, sua adesão pode facilmente rivalizar com outras opções de aplicação, desde lazer até a custeio da subsistência familiar atual – o que é prioritário e contingente. Sem prejuízo, o sistema de capitalização e facultativo permite traçar um horizonte temporal mais simples em que a pessoa considera a si mesma no presente e no futuro, prescindindo de ponderações acerca de um pacto intergeracional na implementação de um sistema solidário, ou seja, prescinde-se da própria solidariedade. Em uma sociedade mais coesa e homogênea essa solidariedade é algo muito benéfico pela sinergia potencialmente resultante, porém, em uma sociedade mais diversificada e heterogênea pode significar razões de desconfiança para com sua sustentabilidade ou justiça. Em outras palavras, um sistema de seguro social solidário tende a encontrar mais dificuldades em inspirar confiança em sociedades mais diversificadas, muito embora seja justamente essa maior variedade social que, em justa coesão, permita que o sistema seja mais seguro nos momentos de desamparo individual.

Em que pesem essas singelas reflexões, Ferreira expõe que não existe estritamente um modelo de sistema preferível, mas aspectos que atendem melhor uma entre diversas outras características de cada país e que, ao final, não isentam de uma decisão que implica a aceitação de certos riscos em detrimento de outros<sup>1227</sup>. Nesse contexto, hoje, mais do que uma relação entre receitas e despesas, o seguro social brasileiro organiza, coordena e instrumentaliza não só um sistema único, gratuito, público e universal de saúde, um sistema único, gratuito, público e universal de assistência social, e um sistema previdenciário em regime geral, de filiação obrigatória e caráter contributivo a par de outros regimes, como é também o responsável e o referencial indeclinável de grande parte dos direitos sociais no Brasil, um país com dimensões continentais e mais de 200 milhões de pessoas. Um projeto constitucional audacioso construído a partir e em torno do valor social do trabalho.

Com efeito, diferentemente da garantia da incolumidade física, moral e patrimonial, relacionada à noção de segurança pessoal, e da garantia da ordem pública e de prestações estatais à efetivação do direito fundamental a essa segurança pessoal, ligada à ideia de segurança pública<sup>1228</sup> (CR/88, art.5º, caput), há também – a par de uma noção social genérica de segurança e de uma noção mais específica de segurança jurídica – uma segurança que se vincula aos direitos sociais, um segurança social (CR/88, art6º, caput).

---

<sup>1227</sup> FERREIRA, Sergio Guimarães. Sistemas previdenciários no mundo: sem ‘almoço grátis’. In: TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio (org.). **Previdência no Brasil: debates, dilemas e escolhas**, p. 65-94. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/previdencia-no-brasil.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1228</sup> SILVA, Ronny Carvalho da. **O direito fundamental à segurança no constitucionalismo luso-brasileiro**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2016, p. 225.

Não se pode afirmar que a segurança social esteja totalmente abarcada pelo sistema de seguridade social, porém, não há dúvidas de que na Constituição de 1988 esse é um dos seus principais programas sociais. Nesse âmbito, estruturado sob toda carga semântica trazida pela noção de valor social do trabalho, historicamente manifestado sob muitas matrizes ideológicas, o sistema nacional de seguro social aparenta restar codificado sob a forma distintiva trabalho/não-trabalho. Sob essa forma, o trabalho se apresenta como lado marcado e mediante o qual, a reentrada da distinção original implica na distinção de situações de não-trabalho, que acabam sofrendo um processo disjuntivo condicional. Disso, a partir do sistema jurídico torna-se possível distinguir tanto o trabalho conforme ou não conforme o direito quanto o não-trabalho conforme ou não conforme ao direito. Decorrem, pois, distinções jurídicas de situações como o trabalho infantil, o trabalho escravo, o exercício ilegal da profissão, as férias e o descanso semanal remunerados, o salário mínimo, o desemprego involuntário, a incapacidade laboral etc. Quando se entende o trabalho como um direito, se de um lado um direito à inclusão laboral passa a fazer sentido, de outro também se justifica a criação de programas normativos aos que em situação de não-trabalho dele carece.

Esse tipo de estruturação não é exclusiva do Brasil e se manifesta no reconhecimento de um direito humano à segurança social a partir do artigo 22 da Declaração Universal dos Direitos Humanos da Organização das Nações Unidas, que dispõe:

Toda pessoa [humana<sup>1229</sup>], enquanto membro da sociedade, tem direito à segurança social e é legitimada a obter, mediante o esforço nacional e a cooperação internacional, de acordo com a organização e os recursos de cada Estado, a satisfação dos direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à sua dignidade e ao livre desenvolvimento de sua personalidade<sup>1230</sup>.

Ou seja, ao direito à segurança social basta a condição de membro da sociedade, sendo oponíveis os direitos econômicos, sociais e culturais indispensáveis à dignidade e ao livre

---

<sup>1229</sup> É bom que se destaque, pois a condição jurídica de pessoa (personalidade jurídica) é atribuída não apenas a pessoas humanas (naturais, físicas) mas também a ficções jurídicas, dentre as quais as chamadas pessoas jurídicas. Ainda que a personalidade não seja requisito à posição jurídica de sujeito de direito (e.g. espólio), é a essa condição de sujeito de direitos que, o regime jurídico brasileiro, sem distinção constitucional expressa, atribui alguns dos direitos fundamentais – como o direito de propriedade. Porém, a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU destina-se claramente a tratar dos direitos universais da pessoa humana. Assim, e.g., por mais que seja reconhecida a fundamentalidade do direito de propriedade ao espólio e à pessoa jurídica, é indevida sua atribuição à pessoa jurídica a despeito de ser um direito consagrado pela ONU a “toda a pessoa”. A propósito, anote-se: BRITO, Jaime Domingues. *Pessoas com deficiência e o artigo 93 da Lei n. 8.213/91*, p. 186-204. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (org.). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. 1. ed. Birigui: Boreal, 2010, p. 187-188.

<sup>1230</sup> ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaracion Universal [...]**, op. cit. Ao contrário do que se poderia esperar, o PIDESC mostrou-se mais vago e impreciso que a Declaração Universal de Direitos Humanos, sugerindo, inclusive, uma inversão, a de que o seguro social estaria incluso na previdência social (art.9º). Já o Pacto de San Jose da Costa Rica foi extremamente suscinto, resumindo-se ao já estudado artigo 26.

desenvolvimento da personalidade humana, observada a conformidade com a organização e os recursos de cada Estado e mediante o esforço nacional e a cooperação internacional.

Nesse sentido, do conjunto de artigos que se seguem, observa-se a afirmação de que “toda pessoa tem direito a um padrão de vida que assegure a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais necessários” (art. 25, primeira parte). Declara-se também que toda pessoa tem direito ao trabalho e a condições justas e satisfatórias de trabalho bem como que “toda pessoa que trabalha” tem direito a uma remuneração justa e satisfatória, assim compreendida aquela que assegure a si e à sua família “uma existência conforme à dignidade humana, e que será complementada, se necessário, por outros meios de proteção social” (art. 23). Portanto, extrai-se que a existência própria e familiar em conformidade com a dignidade humana – no que já reconhecido indispensável a satisfação de alguns direitos econômicos, sociais e culturais – deve ser provida por remuneração justa e satisfatória de “toda pessoa que trabalha”. Além disso, “se necessário”, a existência conforme a dignidade humana deve ser complementada por “outros meios de proteção social”.

Os direitos à livre escolha de emprego, à liberdade sindical e a proteção contra o desemprego (art.23), ao repouso e ao lazer, com limitação das horas de trabalho e férias periódicas remuneradas (art.24), à educação, inclusive técnico-profissional acessível a todos e orientada ao pleno desenvolvimento da personalidade humana (art.26), entre outros, podem ser considerados meios de prover alguma proteção social. Porém, resta claro que os “outros meios de proteção social”, complementares ao direito ao trabalho a ser remunerado justa e satisfatoriamente e com vistas à existência pessoal e familiar dignas, detém uma natureza mais econômica (não necessariamente monetária) do que os direitos acima referidos.

Assim como a declaração não define a necessidade que justifica a obrigatoriedade da proteção social subsidiária, também não especifica quais são seus meios. Todavia, em contraste, se ao trabalhador e à sua família socorre tal auxílio para uma existência “conforme com a dignidade da pessoa humana” (art.23), toda pessoa, trabalhadora ou não, tem o direito a um padrão de vida que assegure a si e a sua família “saúde e bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais necessários” (art.25, primeira parte). Não se pode dizer que esse padrão de vida com saúde e bem-estar seja algo menor dentro das condições de existência conforme a dignidade da pessoa humana, mas é neste contexto que, em sequência, se reconhece a toda pessoa, trabalhadora ou não, o “direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle” (art.25, parte final).

A característica econômica desse direito à segurança social evidencia-se pela situação que a justifica: “perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do controle pessoal”. A construção do dispositivo é interessante: a última parte é uma expressão aberta que admite mesmo aquelas posições voluntárias (viciadas ou livremente manifestadas), resultantes, porém, de condições de saúde, catástrofes naturais, conflitos armados, enfim, qualquer situação, intrínseca ou ambiental, que fuja ao controle pessoal. Portanto, “desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice” são situações meramente exemplificativas e que, por si, não exaurem a necessária delimitação conceitual. Também os “meios de subsistência” podem ser variados e até independentes de relação de emprego ou de qualquer trabalho, amparando a todas as pessoas – inclusive aquelas que porventura outrora dispusessem de exuberante riqueza econômica, conforme expressa disposição (art. 2).

Ademais, essa segurança deve atender ao direito que toda pessoa tem a um padrão de vida que assegure a si e a sua família “saúde e bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais necessários”. Ou seja, embora não haja inequívoca definição desses conceitos (alimentação, habitação, cuidados médicos etc.), parece cristalina a conclusão de que aí está algo que nenhum Estado membro das Nações Unidas pode negar a qualquer pessoa, sem distinções: a certeza de que, caso lhe falte os meios de subsistência por circunstâncias fora de seu controle, não faltará a si nem à sua família saúde, alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais necessários ao bem-estar. Essa condição não só cria o interesse no estabelecimento de uma ordem social e internacional apta à realização desse e de todos os direitos da Declaração – justificando, a reboque, sua afirmação enquanto direito humano (art. 28) –, como também gera deveres a toda pessoa para com a comunidade (art.29), notadamente a de sujeitar o exercício de seus direitos e liberdades às limitações legais quando estabelecidas no “único fim de assegurar o reconhecimento e o respeito dos direitos e liberdades das demais e de satisfazer as justas exigências da moral, da ordem pública e do bem-estar geral de uma sociedade democrática” (art.29). Refletindo também essa fraternal reciprocidade (art.1), a Declaração enuncia o dever de não exercer os direitos e liberdades contrariamente aos propósitos e princípios das Nações Unidas (art.29) e o de não interpretar a Declaração no sentido de conferir qualquer direito de desenvolver atividade ou realizar atos tendentes a suprimir qualquer dos direitos e liberdades ali declarados (art.30). Ou seja, parece que a violação do direito humano à segurança social, a despeito de seu caráter eminentemente econômico, não se justifica de modo algum a não ser pelo factual limite das próprias forças sociais (não só estatais), a desafiar, por contraditória não-reciprocidade, o fundamento de solidariedade (art.1).

Nessa perspectiva, um Estado que arbitrariamente nega ou nega esforço à realização dos direitos atrelados à segurança social (de comer e de beber, de vestir, de ter onde habitar, de ter cuidados médicos e serviços sociais necessários) não pode ser considerado conforme o direito humano – e a eles pode-se opor, em direito, a resistência. Pode-se objetar: é muito pouco. Sim, mas também muito pouco efetivado universalmente e a contento. A crítica de Novais aos mínimos seria pertinente caso houvesse pelo menos a garantia de que os mínimos seriam sempre possíveis e respeitados – o que não é verdade para a maior parte do mundo. A crítica é sempre mais fácil quando não há um compromisso com a solução do problema. E essa responsabilidade não é apenas dos Estados ou dos órgãos nacionais ou internacionais, é um dever de toda pessoa, enquanto membro da sociedade, para toda pessoa, enquanto membro da sociedade. Ou seja, assim como uma sociedade que arbitrariamente nega ou nega esforço à realização dos direitos atrelados à segurança social não é conforme o direito humano, uma pessoa que assim conduz não pode ser considerada agindo conforme o direito humano. Embora esse conduzir seja juridicamente indevido, não se trata de uma condição para a titularização desses mesmos direitos negados, pois, vale frisar, são reconhecidos a toda pessoa humana. Um genocida continua a ter direito a um julgamento justo como toda e qualquer pessoa humana. Por mínimos e inerentes que são, quem os admite não pode retirá-los, mesmo de quem os nega ou quando a si são negados – ressalvado o limite da própria sobrevivência (autopreservação). Nesse ponto, diferentemente do direito de resistência em face do Estado, à semelhança do paradoxo da tolerância em Popper, estabelecem-se estritos limites lógicos que acabam por implicar uma decisão reflexiva de negação e/ou abnegação<sup>1231</sup>.

Essa reflexividade é um aspecto importante e, junto à temática em questão, geralmente é focado sob a perspectiva temporal e de modo mais restrito à previdência social, particularmente na forma de discussões acerca da justiça intergeracional. A justiça intergeracional se liga de modo especial ao princípio de proibição de retrocesso quando se verifica uma violação do princípio de igualdade na comparação entre os maiores direitos reconhecidos a uma geração e sua restrição perante uma geração posterior. Segundo leciona Botelho, um reconhecimento de direitos das gerações futuras, não sem suscitar críticas, se enquadraria no contexto dos direitos de solidariedade.

O princípio da justiça intergeracional, que se manifesta no princípio da sustentabilidade, pode retirar-se de uma ‘releitura do princípio da igualdade’ pautada pela lógica de proporcionalidade. Assim, a *sustentabilidade* é uma forma procedimental de agir e não um objetivo em si mesmo, enquanto a *justiça intergeracional* já consubstancia um objetivo a alcançar através de um

---

<sup>1231</sup> A negação é sempre o termo forte, pois configura a própria afirmação da diferença.

comportamento sustentável, máxime da assunção de que as gerações presentes não podem viver às custas das gerações futuras.<sup>1232</sup>

Em vista disso, uma vez que no sistema político programado sob a forma de mercado os candidatos estão interessados em captar eleitores da geração presente (e não tanto aos das futuras), pode-se interpretar que a inclusão via EC 20/98 do critério de equilíbrio financeiro e atuarial nos artigos 40 e 201 da Constituição, relativos ao RGPS e ao RPPS, se apresenta como um ato de justiça intergeracional, colocando a sustentabilidade do sistema no patamar das coisas tão importantes que não estão à disposição do legislador ordinário – um trunfo contra as maiorias eventuais.

“A terra pertence aos vivos” – escreveu Jefferson a Madison<sup>1233</sup>, que, por sua vez, entendia pela excepcionalidade do momento constituinte e do respeito das gerações seguintes aos *pais fundadores*, uma situação que, pelo estrito engessamento textual ou hermenêutico, gera o “problema da mão morta”<sup>1234</sup>, a inviabilizar a adaptação à realidade vivida<sup>1235</sup>. Mas, uma vez que a sociedade não pode esvaziar por completo seu passado, Valter afirma que, “na esteira do pensamento de Peter Häberle, um dos papéis do Estado constitucional (*Verfassungsstaat*) também é o de restringir o poder que brota na sociedade”<sup>1236</sup>. E é porque o passado merece respeito que, segundo ele, “princípio da justiça entre gerações” deve ser entendido sob a “ideia de que um povo corresponde ao somatório de todas as gerações”<sup>1237</sup>.

Essa concepção instiga a questionar como a sociedade brasileira tem sido justa (ou injusta) consigo mesmo ao longo das gerações. Pertinente à temática, o caso das pensões vitalícias das filhas solteiras de militares no Brasil é emblemático pelo escândalo que tem provocado em boa parte da geração presente a previsão normativa firmada por uma geração passada e que vai repercutir também sobre os direitos das futuras gerações. Às beneficiárias compete alegar não só a confiança depositada no Estado mas também a garantia do direito adquirido. Embora seja mais um entre outros exemplos possíveis, sua tragédia sob a

<sup>1232</sup> BOTELHO, op. cit., posição 16935.

<sup>1233</sup> UNIVERSITY OF GRONINGEN. **American History**: from revolution to reconstruction and beyond – The Letters of Thomas Jefferson 1743-1826: to James Madison Paris, Sep. 6, 1789. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeff181.php>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1234</sup> APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 281.

<sup>1235</sup> Nos parece que a terra não pertence aos mortos e nem aos vivos, pois, conforme Ted Perry poeticamente atribuiu ao Chefe Seattle (PERRY, Ted. **A Carta do Cacique Seattle**. [S.l.]: Versal, 2007), a terra não nos pertence, nós é que pertencemos à terra. Se pela justiça intergeracional às gerações presentes compete prover seu acesso e compartilhamento às atuais e futuras gerações para que todos possam igualmente ter a oportunidade de florescer, de realizar suas potencialidades, um tal pacto entre gerações só pode se estabelecer sobre largos laços de solidariedade e a partir de um compromisso elementar com a preservação e potencialização de todas as condições que tornam a vida uma realidade e a vida digna uma possibilidade.

<sup>1236</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 59-60.

<sup>1237</sup> Ibid., p.6-7.

perspectiva intergeracional revela muito claramente não só uma falta de previdência, mas uma certa imprudência e até irresponsabilidade, não na restrição de direitos, mas na sua afirmação. Os mortos não arcam com as promessas descumpridas e o custo da afirmação histórica direitos irrevogáveis recai sobre todas as gerações seguintes se a elas se fez assim confiar. Não se pode atribuir à crise do Estado Providência o fim da ilusão de um progresso material perpétuo e ilimitado<sup>1238</sup>, mas não se pode negar que em excessos<sup>1239</sup> do Estado Providência estão as raízes de muitos dos dilemas enfrentados nesse âmbito pelo direito hoje.

Nesse cenário, face a crise demográfica que se avizinha e motiva diversas discussões sobre a reforma do seguro social no Brasil hoje, mas envolvendo gerações passadas, presentes e futuras, são tecidas considerações sobre a aplicação concreta das conclusões obtidas ao longo do estudo, sem embargo da sua utilidade para outras crises, que cedo ou tarde virão.

Um primeiro aspecto consiste no retrocesso, ou seja, na frustração de expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito. Nesse ponto, em estudo onde realiza profunda análise dos dados estatísticos disponibilizados pelo governo federal, Strapazzon pondera:

O Brasil é uma democracia com um impressionante sistema de direitos constitucionais sociais. É um país que constitucionalizou o que há de mais avançado no sistema internacional de direitos humanos. Desde o reconhecimento do amplo alcance dos direitos sociais como direitos fundamentais individuais, até o impressionante (e único) desenho constitucional de segurança social, perfeitamente alinhado com as diretrizes mínimas da Convenção 102/1952, da Organização Internacional do Trabalho e também com os objetivos do desenvolvimento sustentável (2015). A despeito de tanto progresso na capacidade de escrever direitos sociais, e de começar a obra, o Brasil ainda é um país que precisa de acordos básicos estáveis sobre a função econômica e política da segurança social coletiva (STRAPAZZON; TRAMONTINA, 2016). A segurança social coletiva não deveria ser confundida com “segurança pública”, nem com “segurança jurídica”, menos ainda com “segurança paga pelo Estado”. A segurança social é um modo de proteção coletiva com intenso envolvimento das pessoas, comunidades, empresas, governos. É uma teia com muitos pontos interligados. Como o Brasil nunca teve isso, a experiência dos últimos 30 anos com o SUS, o RGPS e o SUAS ainda geram desconfianças, dissabores e dúvidas. É que muitos objetivos da Assembleia Nacional Constituinte, neste ponto, ficaram pelo meio do caminho. O Brasil ainda não conseguiu realizar as potencialidades dessas 3 instituições.<sup>1240</sup>

Diante dessa pertinente crítica, não se pode negar que, apesar do imenso potencial a ser realizado, o país logrou alguns avanços. Nesse sentido, restou muito bem apontado o parâmetro da Convenção n. 102/1952 da OIT. Como visto acima, a Carta Social Europeia, de 1961, foi explícita ao determinar que um nível satisfatório de segurança social correspondia a

<sup>1238</sup> CAPRA, **O Ponto** [...], op. cit., p. 43.

<sup>1239</sup> Sem embargo de todas as demais questões envolvidas, a forma com que se este pensionamento foi previsto no art. 7º da Lei n. 3.765/60 tem o poder de prostrar por várias e várias décadas aspectos anacrônicos à sociedade brasileiro já ao tempo de sua edição.

<sup>1240</sup> STRAPAZZON, op. cit., p.798.

“pelo menos”<sup>1241</sup> às exigências da Convenção n. 102 da OIT, 1952, acerca das Normas Mínimas da Seguridade Social<sup>1242</sup>. A título de comparação, o texto dessa Convenção só foi aprovado pelo Congresso Nacional brasileiro em 2008, através do Decreto Legislativo n. 269, de 19/09/2008 (cf. CR/88, art.84, VIII)<sup>1243</sup>. A OIT registra que a Convenção se encontra ratificada pelo Brasil desde 15/06/ 2009 e em vigor com a aceitação de *todas* as partes opcionais (II a X)<sup>1244</sup>, igualando-se nisso a Portugal, este desde 13/10/1992<sup>1245</sup>, e assumindo mais compromissos do que países como Argentina, Dinamarca, Espanha, França, Reino Unido e Rússia, além daqueles que não o ratificaram – caso, e.g., de Canadá, Chile, Cuba, Estados Unidos da América e Finlândia<sup>1246</sup>. Ou seja, neste cenário, bem destacou a exposição de motivos do Decreto Legislativo n. 269/2008, citando manifestação do Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social no aviso n. 328, de 25/10/ 2002, que a legislação previdenciária brasileira não só atendia a todos os parâmetros do ajuste internacional como inclusive, à época, já concedia um número de benefícios maior do que os ali exigidos<sup>1247</sup>.

Neste norte, em 14/06/ 2012, a OIT expediu a Recomendação n. 202 relativa aos pisos nacionais de proteção social, onde, inclusive em consideração aos instrumentos citados acima, oferece orientações para “pôr em prática pisos de proteção social no âmbito de estratégias de extensão da seguridade social que assegurem progressivamente níveis mais elevados de seguridade social para o maior número de pessoas possíveis”<sup>1248</sup>. Porém, sem estabelecer por si novos critérios específicos e concretos<sup>1249</sup>, como na Convenção de 1952, a Recomendação

<sup>1241</sup> UNIÃO EUROPEIA, op. cit.

<sup>1242</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto Legislativo n. 269, de 2008** [...], op. cit.

<sup>1243</sup> Ibid.

<sup>1244</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Normlex**: Information System on International Labour Standards. Ratificación del C102 – Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). [S.l:s.d]. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312247](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312247). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1245</sup> PORTUGAL. **Decreto do Presidente da República n. 25/92, de 3 de novembro**. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_c102\\_pt.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c102_pt.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1246</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Normlex** [...], op. cit.

<sup>1247</sup> BRASIL. Congresso Nacional. **Exposição de Motivos do Decreto Legislativo n. 269**, de 2008. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2008. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-269-18-setembro-2008-580870-exposicaodemotivos-152188-pl.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1248</sup> ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Recomendación n. 202**: sobre los pisos de protección social, 2012. Normlex: Information System on International Labour Standards. [S.l:s.d]. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:R202](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R202). Acesso em: 20 fev. 2020.

<sup>1249</sup> Conforme o texto, esses pisos devem assegurar pelo menos que todas as necessitados tenham acesso a cuidados essenciais de saúde essenciais, incluindo cuidados de maternidade, que atendam aos critérios de disponibilidade, acessibilidade, aceitabilidade e qualidade, e a uma renda básica de segurança para crianças, idosos e pessoas em idade ativa que não possam obter renda suficiente, principalmente em caso de doença, desemprego, maternidade e incapacidade, que assegurem acesso a alimentos, educação, assistência e quaisquer

de 2012 basicamente orientou a estruturação de pisos de seguridade social estáveis e coerentes às realidades nacionais, inclusive econômicas e fiscais. Dessa forma, no plano dos direitos humanos, ainda vigentes os critérios fixados pela agência da ONU em 1952, uma primeira tarefa acerca da proibição de retrocesso no seguro social brasileiro seria a apurar se o país, em que pese sua recente ratificação, ainda cumpre seus requisitos ou, ainda, em vista de reformas propostas, estaria com isso a frustrar as expectativas de atendimento dos requisitos mínimos (ainda que não absolutos) ali dispostos.

Sem embargo do seu efetivo cumprimento, porém, isso não significa que não haja mais nada a se fazer, sobretudo quando se passa a colocar em consideração as exigências fundamentais da Constituição de 1988. Nesse plano, em não se estando em causa a própria ofensa aos limites à reforma constitucional, notadamente os limites materiais (CR/88, art.60, §4º, IV), há que se admitir que a expectativa normativa de direito frustrada pela proposta de reforma há de ter sido anteriormente validada juridicamente em ato normativo infraconstitucional, ou, ainda, em ato administrativo ou decisão judicial de eficácia *erga omnes*. Em se tratando na atualidade de reformas legislativas, há que se reconhecer não haver socialmente promessa mais solene do que aquela registrada concretamente com a força de lei. Todavia toda a legislação implicada no seguro social brasileiro é muito extensa e complexa, estendendo-se em diversos acoplamentos com as searas tributária, cível, penal, etc., ao passo que, à sociedade, essa complexidade resta reduzida a expectativas quanto as condições de obtenção do benefícios, datas para sua implementação e gozo, eventuais valores a pagar e a receber, procedimentos a cumprir e condutas a evitar. Também as reformas, mais ou menos extensas, não se fazem de maneira completa e a uma vez só. Daí porque tomar-se em referência o exercício do direito subjetivo, individual ou coletivo, ou a defesa do interesse juridicamente tutelado para identificar a base da confiança legitimamente depositada fazendo daí derivar os pontos de alteração do sistema jurídico que levam à identificação de um retrocesso jurídico. Trata-se de questão afeta à dupla contingência, sendo possíveis combinações de dispositivos e interpretações que talvez nem mesmo estivessem em vista do

---

outros bens e serviços definidos como necessários a nível nacional, permitindo viver com dignidade (itens 4 e 5). Na definição dessa renda básica de segurança, afirma que podem corresponder ao valor monetário de um conjunto de bens e serviços necessários, aos patamares nacionais de pobreza, aos limiares de renda que dão direito a assistência social (pois há muitos países em que mesmo os serviços públicos do tipo são contributivos) ou a outros umbrais comparáveis estabelecidos pela legislação ou pela prática nacional com atenção às diferenças regionais (item8). É também de destaque a previsão do item 11.1 de que os países “[...] devem considerar uma série de métodos para mobilizar os recursos necessários a fim de assegurar a sustentabilidade financeira, fiscal e econômica dos pisos de proteção social nacionais, levando em consideração a capacidade contributiva de diferentes grupos populacionais. Esses métodos, usados individualmente ou em combinação, podem consistir no cumprimento eficaz de obrigações fiscais e tributárias, redefinindo as prioridades de gastos ou criando uma base de cobrança mais ampla e suficientemente progressiva” (Ibid.).

legislador quando da proposta ou aprovação legislativa. Se aos legitimados a provocar a atividade jurisdicional compete reduzir a termo as expectativas normativas de direito que observam frustradas, de outro, necessariamente, para que se configure o retrocesso proibido, sua base positiva há de ter sido antes validada pelo próprio sistema de direito.

À luz do exposto, dada a autorrevisibilidade das opções legislativas, do princípio democrático e da separação de poderes, para além do retrocesso jurídico, há que se fazer evidenciado também uma frustração constitucionalmente diferenciada a converter a atuação estatal (presumidamente constitucional e legal), em uma categoria suspeita, qual seja, a condição restrição ao grau de efetivação de dado direito fundamental, que, pela força normativa da Constituição e pela máxima efetividade dos direitos fundamentais, deflagram um controle de constitucionalidade em restrição às restrições.

Nessa seara, não há dúvidas de que existem muitos pontos envolvidos nas propostas em trâmite a já aprovadas junto ao seguro social e em vista da crise econômico-demográfica brasileira, não cabendo aqui, porém, realizar sua análise específica e pormenorizada. Basta para o presente estudo observar que é fato público e notório o enrijecimento das regras de concessão dos benefícios anteriormente expectados com base na própria legislação sociosecuritária nacional, seja pelo incremento das contribuições necessárias ao gozo dos mesmos benefícios nas mesmas condições, a inviabilização pelas novas regras de obtenção de um benefício antes possível, a mais criterioso acesso a determinados tipos de benefícios, a redução das contrapartidas, a ampliação do tempo de contribuição ou até mesmo a extinção de determinadas vias de acesso a certos benefícios. Enfim, no atual cenário econômico-demográfico, desarrazoada seria, a princípio,<sup>1250</sup> de se esperar o contrário, ou seja, a expansão dos direitos já previstos e positivados legislativamente.

No Brasil, em se tratando o seguro social de um direito fundamental de vários modos previstos no texto constitucional, seja junto à assistência, previdência ou saúde social, não há que se cogitar de dificuldades para que se observem nas modificações legislativas introduzidas em tempos de crise algum tipo de restrição ao nível de efetivação do direito fundamental social vinculado ao seguro social. Essa observação, porém, deve-se dar da perspectiva do sistema de direito, ou seja, consoante o código jurídico. Não se está em causa um retrocesso fático, mas um retrocesso jurídico – ainda que em dado exercício jurisdicional haja a orientação às consequências por via de acoplamentos operacionais e estruturais.

---

<sup>1250</sup> Obviamente, ganhos de eficiência entre outros fatores poderiam eventualmente comprovar a possibilidade de proporcionar esse tipo de surpresa sem afetação desproporcional de outros direitos fundamentais relacionados. De toda forma, infelizmente, não é e não tem sido esse o caso.

Reitere-se, pois, que a verificação da restrição ao grau de efetivação de dado direito fundamental deve-se dar de modo consistente pelo sistema de direito a partir de seu próprio código, ainda que com operação de acoplamentos, e nos seus estritos limites funcionais. O sistema de direito não pode se deixar abandonar a discursos políticos, econômicos, religiosos, morais ou de qualquer outro tipo, seja para afirmar o retrocesso, seja para afirmar a restrição ao grau de efetivação de qualquer direito fundamental.

Observando-se juridicamente, pois, a frustração de expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito, e ato estatal de restrição do nível de efetivação de um dado direito fundamental social-securitário, resta a demonstração da desproporcional alternativa ou compensação à desconfiança gerada sobre Estado de Direito e aos limites materiais e cognitivos do Estado. Assim como nem toda alteração no sistema de direito implica a frustração de uma expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito, ou seja, um retrocesso, nem todo retrocesso implica uma restrição de direitos, nem em especial sobre o nível de efetivação de direito fundamental, nem toda restrição retrocessiva implicará uma desconformidade com o direito. Para tanto, há que se verificar uma desproporcionalidade entre a compensação ou alternativa criada pela alteração com a desconfiança gerada sobre o próprio Estado de Direito em razão da frustração da expectativa. Para a indicação dessa desproporcionalidade deve-se também levar em conta os limites materiais e cognitivos do Estado de Direito quando da conduta estatal. A indicação dessa não-proporcionalidade obviamente se manifesta como injustiça, como uma inconsistência incompatível com um sistema de direito justo. Dessa simples conclusão resta evidente que se trata do ponto que tende a demandar ainda maior trabalho e atenção na indicação de um retrocesso proibido (ou não).

Nesse plano, vale consignar desde o início que o próprio reforço na garantia de sustentabilidade do sistema, mesmo em face da redução de benefícios individuais por ele proporcionados ou do aumento das eventuais contribuições a ele direcionados, constitui também uma compensação. Nem a segurança jurídica, nem a proteção da confiança legítima e nem a proibição de retrocesso estão necessariamente vinculados a um conteúdo patrimonial – o que distingue de modo marcante a situação deste último em relação às suas raízes teutônicas. Também não o precisam ser suas compensações ou alternativas. Obviamente que também aí há que existir uma justa medida entre os aspectos que externalizam a magnitude da frustração gerada (e.g., tempo ou montante de contribuição, tempo ou montante que faltava até a obtenção do expectado benefício), e as compensações promovidas pela alteração havida no sistema de direito vigente (e.g., sustentabilidade do sistema, equilíbrio entre fundos, justiça

social etc.). Afora compensações gerais e inespecíficas à coletividade envolvida, há também, por evidente, a possibilidade de compensações a situações-tipo, como a previsão de abonos, auxílios e descontos, bem como a estipulação de alternativas, sobretudo quando há a extinção de determinados benefícios ou regimes específicos, podendo estar ou não associados à manifestação de vontade do seu titular. É certo que essa diversidade de naturezas cria alguma dificuldade adicional na tarefa de delinear os critérios de proporcionalidade, todavia não a impede, sobretudo quando o devido processo legislativo se fizer acompanhado de uma boa exposição de motivos e de um amplo debate democrático que torne mais clara tanto quanto possível a razoabilidade da medida legislativa de alteração do sistema de direito.

A adequada comunicação das razões é indispensável à aferição da arbitrariedade ou não da medida estatal. Como já referido, não se trata de substituir interesses políticos de ocasião por interesses jurídicos de ocasião, mas a conduta estatal como um todo ao quadro jurídico constitucional, respeitando, inclusive, seus espaços de discricionariedade (e não arbitrariedade) motivada. Em se tratando de comunicação que não foge à condição de dupla contingência, dela exsurtem informações que podem servir de critério à sua aceitação ou não – o que, por sua vez, revela que, como todo observador, o ente estatal também é limitado material e cognitivamente. Em um ambiente contingencial é fundamental que o Estado reconheça e exponha suas limitações, desde que com isso, contudo, não passe a se valer delas para fugir às suas obrigações constitucionais. A descompromissada alegação de reserva do possível, de restrição orçamentária ou de crises econômica, demográfica ou de qualquer outra natureza perdem seu valor comunicativo, prestando-se somente a revelar que o ente estatal encontra-se ignorante ou acomodado em relação ao próprio operar, em relação às suas próprias limitações mas também em relação às suas próprias potencialidades.

Nesse âmbito, em específico, compete ao sistema de direito não apenas exercer uma tutela dos direitos e um controle jurídico-constitucional, há de se operar de modo reflexivo, exercer uma autotutela, um autocontrole. Nesse plano, qualquer que sejam os questionamentos jurídicos efetivamente opostos contra as alterações promovidas em face do atual panorama social-securitário, a decisão a ser apresentada pelo sistema de direito deve se desenvolver de maneira suficientemente complexa a ponto de estabelecer de modo consistente bem como prestar e comunicar sua função de modo confiável para a sociedade e para os demais sistemas. Nesse ponto, vale recordar que Barroso, sobre os efeitos da EC n. 41/2003, chegou à conclusão de que não havia inconstitucionalidade, fosse pela posição tradicional, fosse pela posição afeta ao princípio da proteção da confiança, haja vista a previsão de um regime razoável de transição. Para essa conclusão, caminhou entre diversos exemplos

traçados à luz de diferentes situações e regimes existentes no Brasil à época, de modo que sua mera transposição para qualquer outra alteração legal em matéria social-securitária não seria possível. Não obstante, nota-se dali uma clara reiteração dos argumentos justificadores de qualquer reforma desse tipo: há uma crise; a redução de despesas é meio eficaz; as alternativas são inviáveis; e seriam mais gravosas aos interessados e ao interesse público. Porém, uma dúvida que remanesce disso é a de saber até quando a reiteração dessa fórmula faz sentido, se justifica juridicamente e socialmente.

Obviamente só é possível extrair uma resposta à luz de cada caso concreto, porém há de se convir que a sucessiva apelação prática a esse modelo jurídico de argumentação traz consequências – e não se está aqui referindo apenas à multiplicação das regras de transição a despeito do regime-regra. Com efeito, é necessário perceber que desde o advento da Constituição de 1988 *todos* os governos federais trataram da reforma do sistema de seguridade social via emenda constitucional<sup>1251</sup>; mais do que isso, *todos* eles se beneficiaram de medidas polêmicas, como a DRU, via emenda constitucional<sup>1252</sup>. Portanto, revela-se natural ao cidadão em geral questionar-se quão segura seria, afinal, a segurança social<sup>1253</sup> no Brasil.

Prefaciando livro de Victor Souza, José Antônio Savaris menciona a OIT acerca de causas e efeitos da evasão de contribuições nos sistemas previdenciários, comprometendo de modo decisivo sua sustentabilidade, elencou entre as causas:

- a) as baixas expectativas das prestações a receber – os trabalhadores jovens podem desejar evadir porque não receberão as prestações a não ser transcorridos muitos anos, podendo chegar alguns trabalhadores a crer que não viverão o bastante para a jubilação;
- b) custos do cumprimento – os trabalhadores suportam um custo para o cumprimento das obrigações, custo em tempo, gastos, incômodos e frustrações para obter os formulários necessários, completa-los, compreender legislações complexas, percorrer largas distâncias para encontrar uma agência administrativa, etc;
- c) legitimidade e justiça – é mais provável que os trabalhadores evadam o pagamento das contribuições quando sentem que o sistema é injusto ou carece de legitimidade. Em alguns países, os trabalhadores percebem o sistema de seguridade social como um instrumento do governo para conseguir recursos para outros propósitos e, portanto, veem as cotizações obrigatórias como um imposto. A evasão pode ser uma forma de protesto econômico e, neste caso, os trabalhadores podem com razão *desconfiar* que o Governo maneje adequadamente seus recursos.<sup>1254</sup>

<sup>1251</sup> A EC n. 3/1993, no governo Collor, instituiu a contribuição dos servidores civis para a aposentadoria (art.40, §6º); A EC n. 20/1998, no governo FHC, atingiu o RGPS; A EC n. 41/2003, no governo Lula, transformou o RPPS; Gestada ainda sob o comando de Dilma e posta em andamento por seu vice, Temer, nova reforma logrou aprovação sob o governo Bolsonaro, com a EC n. 103/2019.

<sup>1252</sup> Emendas Constitucionais n. 1, 10, 17, 27, 42, 56, 68 e 93 (RAMOS; BUSSINGUER, op. cit., p. 100).

<sup>1253</sup> Em remissão ao título de obra de doutrina alemã datada de 1989 (“RIEDMÜLLER, Bernd; RODENSTEIN, Martin (org.). *Wie sicher ist die soziale Sicherheit?* Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1989”), Sarlet afirma que “também nós podemos (e devemos) nos perguntar quão segura é (e pode ser), afinal de contas, a segurança social” (SARLET, *A Eficácia dos [...]*, op. cit., p. 457).

<sup>1254</sup> SOUZA, op. cit., p. 5.

Por essa referência, pode-se dar por evidenciado que a desconfiança social que se abate sobre a seguridade social no Brasil na atualidade também encontra paralelo em outros países. Especificamente, a percepção de injustiça do sistema restou destacada no primeiro capítulo do presente estudo, onde, em atenção a uma memória social formada a partir de um conjunto de acontecimentos históricos, cada vez é menor a esperança de uma ruptura de um redundante círculo de crises e reformas. Ali também restou evidenciado que os números alarmantes apresentados pelo Banco Mundial carecem de alguma unidade metodológica bem como que os dados apresentados pelo governo são obscuros, falhos e incompletos, não satisfazendo adequadamente os critérios de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União.

Ao final de uma exemplificação acerca da proteção da confiança Araújo questiona: “Que estímulo um particular terá para pagar futuras contribuições previdenciárias se ele sabe que, a qualquer momento, o Estado poderá revogar outros benefícios previdenciários por meio de uma nova alteração legal ou constitucional?”<sup>1255</sup>. nessa linha de argumento poder-se-ia aqui completar questionando: qual estímulo remanesceria ao Estado se, em vista da memória recente, isso fosse dado como quase certo? Ao que a resposta seria: provavelmente a previsão de sanções tão duras quanto o ímpeto do furto a “contribuir” com esse estado de coisas.

Assim como a confiança é autopoietica, a segurança social promovida pelo sistema de seguro social também é: ele oferece segurança enquanto inspira segurança e se faz assegurável na sua função. A quebra da confiança generalizada bem como a generalizada frustração das expectativas geradas pelo sistema de seguro social acerca de si mesmo deflagra um processo de retroalimentação, fazendo evadir novos filiados e contribuições que davam sustentabilidade às expectativas lançadas. E a partir disso, os motivos da desconfiança só se expandem e se justificam reciprocamente: alto índice de sonegação, fraudes, desvio de verbas públicas, desvio de finalidade, financiamento de políticas de governo (e não de Estado), má gestão ou mal investimento de recursos, isenções e benefícios tributários às custas do contribuinte de boa-fé, agregação de novos beneficiários sem lastro de contribuições, benefícios desproporcionais ou incapazes de cumprir com as expectativas de assegurar a subsistência etc. Enfim, as razões já não importam mais. Ultrapassado um limiar de desconfiança, a racionalidade funcional do sistema, a redução de complexidade, vai se desestruturando. Como uma profecia autorrealizável, a desconfiança sobre a sustentabilidade do sistema de seguro social aparentemente só pode ser revertida por uma operação de semelhante impacto, capaz de afiançar por si um efetivo ganho de confiança no sistema, a fim

---

<sup>1255</sup> ARAÚJO, op. cit., p. 16-17.

de que passe a ter sua confiança avaliada a partir desse novo marco de expectativas. Nesse cenário catastrófico, caso a reversão da desconfiança sistêmica não se faça possível, até faria algum sentido a migração de um sistema solidário em crise para um sistema de capitalização enquanto alternativa de minimização dos fatais prejuízos<sup>1256</sup> – a hipótese, porém, careceria de dados e elementos probatórios muito mais robustos do que se tem apresentado pelo Estado.

Refletindo sobre a capacidade econômica de um país com mais de 200 milhões de habitantes situado sobre o oitavo maior território nacional do mundo, imensa parte dele em zona tropical ou temperada, fértil e agricultável, detentor de riquezas naturais ímpares, imaginar que tão logo aberta e fechada a janela demográfica já passa por tantas dificuldades na gestão do seu sistema de seguro social, para além de um louvavelmente ambicioso projeto constitucional, devem também contar com reflexos de significativas inconsistências intrassistêmicas. Isso não se faz individualmente, nem em pequenas grupos, nem pela duração de um ou outro governo. Embora muito potente, também não é crível que operações de malbaratamento de recursos públicos, elevada a parapolítica de Estado, seria capaz *por si só* de fazer definhando um sistema de seguro social de um país rico como o Brasil – o que, aliás, só faria questionar se o sistema de seguridade social busca ser salvo pela sua funcionalidade enquanto subsistema em si ou pelo seu valor funcional para seus sistemas corruptores. De modo mais amplo, ao final do presente estudo, parece possível concluir que, mais do que uma crise demográfica, econômica ou um desmonte político reacionário, o que o seguro social brasileiro enfrenta no fundo é uma grave e prolongada crise de confiança, cuja discussão jurídica não pode se dar em meio a flertes de corrupção sistêmica.

Levar um direito à segurança social a sério é levar a sério um sistema de seguro social, para além de benefícios individuais ou desequilíbrios econômicos. E um sistema de seguro social só pode ser levado a sério quando é capaz de satisfazer um limiar de expectativas sobre ele depositadas, de modo a inspirar a confiança de que é consistente e capaz de cumprir com sua função. E a isso efetivamente se presta no sistema jurídico brasileiro o reconhecimento e aplicação do princípio constitucional de proibição de retrocesso.

---

<sup>1256</sup> A instituição de um regime de capitalização esteve na Proposta de Emenda Constitucional (PEC) n. 6/2019 encaminhada pelo Ministro Paulo Guedes em 2019, mas foi eliminado em sua tramitação (BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 6/2019**. Disponível em: <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 20 fev. 2020). Preocupam aí, porém, o alto grau de informalidade, a baixa capacidade de poupança aliada a uma cultura previdenciária pouco estabelecida, apontando para uma situação futura em que a baixa cobertura e os baixos rendimentos acabam apenas transferindo a pressão para o braço assistencial do sistema social securitário – à semelhança, guardadas as peculiaridades nacionais, de demais países latino-americanos que adotaram o regime anteriormente (MOTA, Camila Veras. Reforma da Previdência: por que 4 países da América Latina revisam modelo de capitalização, prometido por Paulo Guedes. **BBC News**, Brasil, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47003508>. Acesso em 20 fev. 2020).

## 6 CONCLUSÃO

O presente trabalho científico em formato de tese documentou pesquisa jurídica realizada com o objetivo principal de desenvolver a hipótese de que a teoria dos sistemas sociais de Niklas Luhmann constitui referencial teórico apto a fornecer critério jurídico adequado para a compreensão e aplicação do princípio de proibição de retrocesso no sistema jurídico brasileiro, inclusive sobre os direitos fundamentais sociais prestacionais vinculados à seguridade social.

Tendo como pano de fundo as discussões que atualmente giram em torno da potencial oposição desse princípio jurídico às propostas e medidas estatais de alteração do regime jurídico do sistema de segurança social no Brasil em vista das alarmante consequências projetadas para o iminente fim do bônus demográfico no país, o estudo se desenvolveu ao longo de quatro etapas, nas quais foi possível observar, em primeiro lugar, um ambiente com irritações econômicas, sociais e políticas muito intensas, gerando bastante informação mas também muito ruído sobre o operar jurídico, seja na forma de radicalização de discursos ideológicos, de um *deja-vú* que amplifica desconfiças sociais sobre o Estado de Direito ou de corrupção sistêmica dada a sobreposição de interesses à própria codificação jurídica.

Ademais, na busca de suas raízes bem como de seu desenvolvimento em Portugal, de onde se veio a influenciar o direito brasileiro, também foi possível observar uma dificuldade histórica na afirmação do princípio da proibição de retrocesso, tanto na doutrina quanto na jurisprudência – isso inclusive quanto aos seus fundamentos, limites e sentido, mas especialmente na sua distinção para com os princípios correlatos de segurança jurídica e proteção da confiança legítima, havendo quem em razão disso negasse a condição de princípio jurídico.

Após selecionar e expor os principais elementos da teoria luhmanniana necessários à sua adoção como referencial teórico na investida acadêmica, aprofundou-se o estudo sobre a confiança, um poderoso mecanismo social de redução de complexidade acerca do qual Luhmann dedicou obra exclusiva e expressamente versou, ainda que brevemente, sobre sua utilização no direito.

Já retornando da seara sociológica para o âmbito jurídico, observou-se duas maneiras de focar sistemicamente a confiança em relação ao sistema de direito: quanto a sua função, ou seja, observando o direito enquanto sistema social funcionalmente diferenciado; e quando a sua consistência, ou seja, enquanto equivalente funcional no interior do sistema de direito, aí precisamente na forma de princípio de proteção da confiança legítima. Quanto à primeira, viu-

se que, em reflexão sobre sua apresentação social, o sistema de direito precisa se mostrar confiável, o que inclui também a comunicação da consistência e, por isso, a confiabilidade, de suas argumentações, fundamentos e decisões. Acerca da segunda, o princípio da proteção da confiança revelou-se como princípio jurídico que, no Brasil, a par da segurança jurídica conferida pelo direito adquirido, protege expectativas normativas legítimas que, embora qualificadas como expectativas de direito, demandam a proteção do sistema jurídico em vista da própria confiabilidade que se exige do Estado de Direito.

Nesse passo, uma vez verificado que a retroatividade é um juízo de fato que não se confunde com retrocessividade, um juízo de valor, e que a proibição de retrocesso alinhava-se à mesma proteção de expectativas normativas legítimas, qualificadas como expectativas de direito, a que a proteção da confiança legítima se dedicava, aprofundou-se o estudo na distinção destes dois princípios entre si e a segurança jurídica, oportunidade em que se verificou que a confiança é pressuposta à segurança, e que a segurança se coloca como um ideal funcional, ou seja, não um fim a ser alcançado de uma vez por todas, mas uma função a ser contínua e consistentemente desempenhada pelo sistema de direito na sua função de reduzir expectativas normativas – algo cuja maior expressão de segurança jurídica se dá por via de institutos como o direito adquirido e a cláusula pétrea.

Mais amplamente, a proteção da confiança também protege expectativas de direitos estimuladas, geradas ou toleradas, comissiva ou omissivamente, pelo próprio poder estatal, seja pela via legislativa, administrativa ou judicial. Nesse âmbito de expectativas normativas legitimamente criadas em relação ao Estado e não protegidas pela condição de direito adquirido ou outro mecanismo específico de prestação de segurança jurídica, encontra-se o princípio de proibição de retrocesso, o qual se distingue em razão da frustração da expectativa normativa legítima revelar-se efetivamente como um *passo atrás* na palavra dada pelo próprio Estado de Direito, de modo a configurar um comportamento divergente: é preciso que, enquanto comunicação, a expectativa de direito tenha sido anteriormente validada pelo próprio sistema de direito. É isso que vai permitir identificar um comportamento divergente, não do Estado de Direito como um todo, mas do sistema de direito em específico. Nesse sentido, conclui-se que, à luz dos sistemas de Luhmann, retrocesso é a frustração de expectativas normativas anteriormente validadas pelo próprio sistema de direito.

Disso, é necessário ressaltar que, não havendo uma proibição absoluta de retrocesso – o que significaria uma disfuncional petrificação jurídica –, o princípio da proibição de retrocesso não indica por si só de antemão qual será concretamente o retrocesso que o sistema de direito decidirá como sendo de juridicamente proibido. Há que se provar a base da

confiança, ou seja, uma conduta jurídica estatal anteriormente validada pelo sistema de direito que permita presumir a existência de uma expectativa normativa de direito; há que se provar a frustração dessa expectativa por uma conduta jurídica estatal subsequente; e há que se sustentar que a frustração é não-conforme o direito.

Com natureza constitucional e ampla oponibilidade ao Estado, uma vez que só aos tribunais cabe a supervisão da consistência das decisões jurídicas, resta claro que a razão da celeuma acerca da sua aplicação se abater francamente sobre o controle judicial da atuação administrativa e legislativa relaciona-se à separação funcional de poderes estatais. Não por outra razão há que se estar em jogo a efetivação de um direito fundamental. Nesse contexto, como já exposto anteriormente, a força normativa da constituição e a máxima efetividade dos direitos fundamentais implicam uma restrição à restrição, ou seja, limitações às limitações que eventualmente venham a recair sobre a efetivação dos direitos fundamentais, ainda que sua iniciativa esteja acobertada pela legitimidade democrática. Uma vez que no Brasil vige um regime jurídico único de aplicabilidade imediata de direitos fundamentais, o controle de constitucionalidade deflagrado pelo princípio da proibição de retrocesso é oponível em garantia de direitos fundamentais de qualquer tipo, inclusive os direitos fundamentais sociais em sua faceta prestacional. Toda alegação de retrocesso proibido, portanto, significa a imputação de categoria suspeita ao ato legislativo, administrativo ou judicial impugnado, deflagrando um controle de constitucionalidade, que, sob essa alegação, vincula-se, condicional e proporcionalmente à confiança legítima frustrada e ao nível de efetivação do direito fundamental restringido, a argumentos de limitação material ou cognitiva (*ultra posse nemo obligatur*) e, nessa reserva, a meios alternativos ou compensatórios.

Ou seja, a conformidade ou não-conformidade do retrocesso jurídico com o direito envolve um ato estatal de restrição do nível de efetivação de um dado direito fundamental cuja frustração da expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito gere tamanha desconfiança sobre Estado de Direito que meios compensatórios ou alternativos se fazem necessários, dentro dos limites materiais e cognitivos do Estado. Nesse sentido: se há frustração de expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito (retrocesso), ato estatal de restrição do nível de efetivação de um dado direito fundamental (restrição) e desproporcional alternativa ou compensação à desconfiança gerada sobre Estado de Direito e aos limites materiais e cognitivos do Estado (desproporcionalidade), então há retrocesso proibido.

Embora não haja direito absolutos, mesmos a título de núcleo essencial, os múltiplos mínimos se articulam e funcionam como diferentes etapas, instâncias ou recortes para

interpretação, fundamentação e decisão em torno da busca do ponto ótimo de equilíbrio entre a normatividade do mínimo idealmente lançado e do que se mostra concretamente possível em face dos limites materiais e cognitivos verificados ao tempo da decisão interventiva – aspecto em que tanto mais grave a intervenção, tanto mais fundamentada ela deve se mostrar.

Uma vez que há uma supremacia do direito, mas não uma soberania judicial, se forem devidas, em conformidade com o direito, compensações, alternativas específicas ou a própria admissão de esquemas de dilação ou suavização dos efeitos da alteração legislativa válida, o sistema de direito não pode se orientar – assim se assenhorando e, também, se responsabilizando – por outras consequências que não as jurídicas (admitidas aquelas em devido acoplamento com sistemas sociais, a sociedade e sistemas de consciência). A implicação de consequências políticas, econômicas, morais ou de qualquer outra ordem deve ser assumida pelo sistema autor da mudança, e não pelo sistema de direito, que não dispendo de programas finalísticos nem de juízos de oportunidade e conveniência, permite-se, apenas, (auto)irritações em sede de suplementação argumentativa.

Diante dessas conclusões, voltando-se a atenção ao direito fundamental à segurança social, distinto do direito à segurança jurídica, à segurança pessoal e à segurança pública, verificou-se que o sistema nacional de seguro social se mostra codificado sob a forma distintiva trabalho/não-trabalho. Disso, a partir do sistema jurídico torna-se possível distinguir tanto o trabalho conforme ou não conforme o direito quanto o não-trabalho conforme ou não conforme ao direito. Quando se entende o trabalho como um direito, se de um lado um direito à inclusão laboral passa a fazer sentido, de outro também se justifica a criação de programas normativos aos que em situação de não-trabalho dele carece.

Esse tipo de estruturação não é exclusiva do Brasil e se manifesta no reconhecimento de um direito humano à segurança social, pelo qual a obtenção de uma remuneração justa e satisfatória a toda pessoa que trabalha deve assegurar a si e a sua família uma existência conforme a dignidade humana. Subsidiariamente ao trabalho e diante da perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora do controle pessoal, outros meios de proteção social devem ser disponibilizados a fim de prover a toda pessoa um padrão de vida que assegure a si e a sua família saúde e bem-estar, incluindo alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos e os serviços sociais necessários. Mesmo aí, porém, deve ser observada a conformidade com a organização e os recursos de cada Estado e mediante o esforço nacional e a cooperação internacional.

Em uma perspectiva reflexiva, esses direitos também desafiam um ato de solidariedade da família humana, aspecto que ganha atenção na seara social-securitária sob a

forma de justiça intergeracional, como é o caso do Brasil em que a crise demográfica atual tem elevado a pressão sobre os jovens e adultos a fim de elevar a produtividade para evitar uma restrição ainda maior aos direitos conquistados ou previstos para as gerações mais próximas ao período de inatividade laboral – quando passam a fruir mais intensivamente de direitos sociais conquistados historicamente, notadamente saúde, assistência e previdência.

Embora à luz das promessas da constituição e do patamar de desenvolvimento apresentado pelos países mais ricos do globo muitos direitos mal tenham sido efetivados, sendo imenso o potencial a ser realizado, historicamente não se pode negar que logrou-se um certo grau de efetivação dos direitos fundamentais, encontrando-se o Brasil inclusive bem localizado no plano internacional quando se toma em conta a Convenção nº 102/1952 da OIT, o único diploma jurídico que até o momento estabeleceu objetivamente critérios mínimos na efetivação de um direito à segurança social. Mas isso não basta à luz da constituição. No Brasil, em se tratando o seguro social de um direito fundamental de vários modos expresso no texto constitucional, torna-se mais fácil extrair das modificações legislativas introduzidas em tempos de crise algum tipo de restrição aos níveis de efetivação – o que se deve fazer em vista do código jurídico (contrafático), e não em vista de algum dito retrocesso fático.

Assim, uma vez observada a frustração de expectativa normativa de direito anteriormente validada pelo próprio sistema de direito e ato estatal de restrição do nível de efetivação de um dado direito fundamental social-securitário, restará a demonstração da desproporcional alternativa ou compensação à desconfiança gerada sobre Estado de Direito e aos limites materiais e cognitivos do Estado. Essa indicação se manifesta como injustiça, como uma inconsistência incompatível com um sistema de direito justo – aspecto que tende a demandar ainda maior trabalho e atenção na indicação de um retrocesso proibido (ou não).

Nesse plano, importa consignar que o próprio reforço na garantia de sustentabilidade do sistema, mesmo em face da redução de benefícios individuais por ele proporcionados ou do aumento das eventuais contribuições a ele direcionados, constitui também uma compensação, não se encontrando esta necessariamente vinculados a um conteúdo patrimonial tampouco específico ou individual. Apesar da dificuldade, isso não impede a tarefa de delinear os critérios de proporcionalidade, sendo útil e necessário que o devido processo legislativo se faça acompanhado de uma boa exposição de motivos e de um amplo debate democrático que torne mais clara tanto quanto possível a razoabilidade da medida legislativa de alteração do sistema de direito.

A adequada comunicação das razões é indispensável à aferição da arbitrariedade ou não da medida estatal, ou seja, seu cabimento no quadro jurídico constitucional, no que é de

se respeitar, inclusive, os espaços de discricionariedade (e não arbitrariedade) motivada. Não escapando à condição de dupla contingência, dela exsurgem informações que podem servir de critério à sua aceitação ou não – o que, por sua vez, revela que, como todo observador, o ente estatal também é limitado material e cognitivamente. Em um ambiente contingencial é fundamental que o Estado reconheça e exponha suas limitações, desde que com isso, contudo, não passe a se valer delas para fugir às suas obrigações constitucionais. Alegações tais como a reserva do possível, perdem seu valor comunicativo quando desacompanhado de dados sérios e confiáveis, prestando-se somente a revelar que o ente estatal se encontra ignorante ou acomodado em relação ao próprio operar, em relação às suas próprias limitações mas também em relação às suas próprias potencialidades.

Nesse âmbito, compete também ao sistema de direito não apenas exercer uma tutela dos direitos e um controle jurídico-constitucional, há de se operar de modo reflexivo, exercer uma autotutela, um autocontrole: a decisão a ser apresentada pelo sistema de direito deve se desenvolver de maneira suficientemente complexa a ponto de estabelecer de modo consistente bem como prestar e comunicar sua função de modo confiável para a sociedade e para os demais sistemas. Nesse passo, deve enfrentar o fato de que, desde a redemocratização todos os governos federais trataram da reforma do sistema de seguridade social via emenda constitucional e, mais do que isso, todos os governos federais se beneficiaram de medidas polêmicas, como a desvinculação das receitas da União, todas também via emenda constitucional, revelando-se bastante natural ao cidadão em geral desconfiar da segurança que a segurança social no Brasil é capaz de proporcionar. Especificamente, a percepção de injustiça do sistema restou destacada no primeiro capítulo do presente estudo, onde, em atenção a uma memória social formada a partir de um conjunto de acontecimentos históricos, cada vez é menor a esperança de uma ruptura de um redundante círculo de crises e reformas. Ali também restou evidenciado que os números alarmantes apresentados pelo Banco Mundial carecem de alguma unidade metodológica bem como que os dados apresentados pelo governo são obscuros, falhos e incompletos, não satisfazendo adequadamente os critérios de fiscalização pelo Tribunal de Contas da União.

Assim como a confiança é autopoietica, a segurança social promovida pelo sistema de seguro social também é: ele oferece segurança enquanto inspira segurança e se faz assegurável na sua função. A quebra da confiança generalizada bem como a generalizada frustração das expectativas geradas pelo sistema de seguro social acerca de si mesmo deflagra um processo de retroalimentação, fazendo evadir novos filiados e contribuições que davam sustentabilidade às expectativas lançadas. E a partir disso, os motivos da desconfiança só se

expandem e se justificam reciprocamente: alto índice de sonegação, fraudes, desvio de verbas públicas, desvio de finalidade, financiamento de políticas de governo (e não de Estado), má gestão ou mal investimento de recursos, isenções e benefícios tributários às custas do contribuinte de boa-fé, agregação de novos beneficiários sem lastro de contribuições, benefícios desproporcionais ou incapazes de cumprir com as expectativas de assegurar a subsistência etc. Enfim, as razões já não importam mais. Ultrapassado um limiar de desconfiança, a racionalidade funcional do sistema, a redução de complexidade, vai se desestruturando. Como uma profecia autorrealizável, a desconfiança sobre a sustentabilidade do sistema de seguro social aparentemente só pode ser revertida por uma operação de semelhante impacto, capaz de afiançar por si um efetivo ganho de confiança no sistema, a fim de que passe a ter sua confiança avaliada a partir desse novo marco de expectativas.

Refletindo sobre a capacidade econômica de um país com mais de 200 milhões de habitantes situado sobre o oitavo maior território nacional do mundo, imensa parte dele em zona tropical ou temperada, fértil e agricultável, detentor de riquezas naturais ímpares, imaginar que tão logo aberta e fechada a janela demográfica já passa por tantas dificuldades na gestão do seu sistema de seguro social, para além de um louvavelmente ambicioso projeto constitucional, devem também contar com reflexos de significativas inconsistências intrassistêmicas. Isso não se faz individualmente, nem em pequenas grupos, nem pela duração de um ou outro governo. Embora muito potente, também não é crível que operações de malbaratamento de recursos públicos, elevada a parapolítica de Estado, seria capaz *por si só* de fazer definharem um sistema de seguro social de um país rico como o Brasil – o que, aliás, só faria questionar se o sistema de seguridade social busca ser salvo pela sua funcionalidade enquanto subsistema em si ou pelo seu valor funcional para seus sistemas corruptores.

De modo mais amplo, ao final do presente estudo, parece possível concluir que, mais do que uma crise demográfica, econômica ou um desmonte político reacionário, o que o seguro social brasileiro enfrenta no fundo é uma grave e prolongada crise de confiança, cuja discussão jurídica não pode se dar em meio a flertes de corrupção sistêmica. Levar um direito à segurança social a sério é levar a sério um sistema de seguro social, para além de benefícios individuais ou desequilíbrios econômicos. E um sistema de seguro social só pode ser levado a sério quando é capaz de satisfazer um limiar de expectativas sobre ele depositadas, de modo a inspirar a confiança de que é consistente e capaz de cumprir com sua função. E a isso efetivamente se presta no sistema jurídico brasileiro o reconhecimento e aplicação do princípio constitucional de proibição de retrocesso.

## REFERÊNCIAS

A ONDA. Direção: Dennis Gansel. Alemanha, Rat Pack Filmproduktion, 2008. 1 DVD.

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. **Los Derechos Sociales como Derechos Exigibles**. Prólogo de Luigi Ferrajoli. Madrid: Trotta, 2002.

AFP. Crescimento populacional da China desacelera apesar de fim da política do filho único. **G1**, Mundo, 21 jan. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/mundo/noticia/2019/01/21/crescimento-populacional-da-china-desacelera-apesar-de-fim-da-politica-do-filho-unico.ghtml>. Acesso em 20 fev. 2020.

AFP. Previdência dos EUA quebra em 17 anos, diz Tesouro. **Exame**, Economia, 13 jul. 2017. Disponível em: <https://exame.abril.com.br/economia/previdencia-dos-eua-quebra-em-17-anos-diz-tesouro/>. Acesso em: 20 fev. 2020;

AGAMBEN, Giorgio. **Homo Sacer I: o pode soberano e a vida nua**. Tradução de Henrique Burigo, 2. reimp. Belo Horizonte: UFMG, 2007.

AGAMBEN, Giorgio. O que é um dispositivo? In: **Revista Outra Travessia**, n. 5, jan. 2005, p. 9-16. Florianópolis: UFSC, 2005. Disponível em: <https://periodicos.ufsc.br/index.php/Outra/article/view/12576/11743>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<https://doi.org/10.5007/%x>.

AGAMBEN, Giorgio. **O tempo que resta: um comentário à Carta aos Romanos**. Tradução de Davi Pessoa e Cláudio Oliveira. 1.ed. Belo Horizonte: Autêntica, 2016.

AGÊNCIA O GLOBO. Rombo nos fundos de pensão deve ultrapassar R\$ 46 bilhões. **Gazeta do Povo**, Curitiba, 15 fev. 2016. Disponível em: <https://www.gazetadopovo.com.br/economia/rombo-nos-fundos-de-pensao-deve-ultrapassar-r-46-bilhoes-4igl0nvgfyzsosjgtqklijz8n/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

AGOSTINHO, Luis Otávio Vicenzi de. **Retrocessos no novo código florestal: análise das mudanças relativas às áreas de preservação permanente e reserva legal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

AGUIAR, Eloisa Nogueira. A psicoterapia diante da liberdade humana: uma discussão orteguiana. In: **Fractal: Revista de Psicologia**, v. 24, n. 1, p. 111-124, abr. 2012. Niterói: UFF, 2012.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 2, 380**. Haftentschädigung. 1 juli 1953. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv002380.html> Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 11, 139**. Kostenrechtsnovelle. 31 mai 1960. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv011139.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 13, 261**. Rückwirkende Steuern. 19 dezember 1961. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv013261.html> . Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 24, 220**. Angestelltenversicherung. 16 oktober 1968. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv024220.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 40, 65**. Krankenversicherung. 9 juni 1975. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv040065.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 53, 257**. Versorgungsausgleich I. 28 februar 1980. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv053257.html>. Acesso em: 20 fev. 2020

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 58, 81**. Ausbildungsausfallzeiten. 28 februar 1980. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv058081.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 69, 272**. Krankenversicherung der Rentner. 16 juli 1985. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv069272.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 105, 73**. Pensionsbesteuerung. 6 März 2002. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv105073.html>. Acesso em: 20 fev. 2020).

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 125, 175**. Hartz IV. 9 februar 2010. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv125175.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. Bundesverfassungsgericht. **BVerfGE 132, 134**. Asylbewerberleistungsgesetz. 18 juli 2012. Disponível em: <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv132134.html> . Acesso em: 20 fev. 2020.

ALEMANHA. **Lei Fundamental da República Federal da Alemanha**. Assis Mendonça (trad.). Urbano Carvelli (rev. jur.). Bonn: Deutscher Bundestag, 2011, p.25. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020).

ALEXY, Robert. **Teoria Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. ed. alemã. 2. ed. 3. reimp. São Paulo: Malheiros, 2011.

ALVES, Fernando de Brito. **Constituição e participação popular: a construção histórico-discursiva do conteúdo jurídico-político da democracia como direito fundamental**. Curitiba: Juruá, 2013.

AMPERE, Andre-Marie. **Essai sur la philosophie des sciences** – ou exposition analytique d'une classification naturelle de tous les connaissances humaines. Part II. Paris: Bachelier libraire-éditeur, 1843. Disponível em: [https://books.google.com.br/books?id=ltAEAAAAYAAJ&redir\\_esc=y](https://books.google.com.br/books?id=ltAEAAAAYAAJ&redir_esc=y). Acesso em: 20 fev. 2020.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. Reimp. Coimbra: Almediana, 1998.

APPIO, Eduardo. **Direito das minorias**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

ARAÚJO, Valter Schuenquener de. **O princípio da proteção da confiança**: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói (RJ): Impetus, 2016.

ARES, J.; LARA, J.; LIZCANO, D. et al. Who Discovered the Binary System and Arithmetic? Did Leibniz Plagiarize Caramuel? In: **Science and Engineering Ethics**, v. 24, n. 1, february, 2018, p.173-188 [S.l]: Springer Netherlands, 2018. Disponível em: <http://doi.org/10.1007/s11948-017-9890-6>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ASHBY, William Ross. **An Introduction to Cybernetics**. 2. imp. London: Chapman & Hall Ltd, 1957, p. 53. Disponível em: <http://pespmc1.vub.ac.be/books/IntroCyb.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS ENTIDADES FECHADAS DE PREVIDÊNCIA COMPLEMENTAR – ABRAP. A Abrapp, **Associadas**. São Paulo, 2015. Disponível em: <http://www.abrapp.org.br/Abrapp/Paginas/Associadas.aspx>. Acesso em: 20 fev. 2020.

AVENGERS: Endgame. Direção: Anthony Russo; Joe Russo. [S.l.]: Marvel, 2019, 1 Blu-ray.

BACON, Francis. **The Advancement of Learning**. Transcribed from the 1893 Cassel & Company edition by David Price. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2002. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/files/5500/5500-h/5500-h.htm>. Acesso em: 26 abr.2020

BANCO MUNDIAL. **Competências e empregos: uma agenda para a juventude**: síntese de constatações, conclusões e recomendações de políticas. Washington, 2018. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/pt/953891520403854615/pdf/123968-WP-PUBLIC-PORTUGUESE-P156683-CompetenciaseEmpregosUmaAgendaparaaJuventude.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BANCO MUNDIAL. **Envelhecendo em um Brasil mais velho**: implicações do envelhecimento populacional para o crescimento econômico, a redução da pobreza, as finanças públicas e a prestação de serviços. Washington, 2011. Disponível em: [http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo\\_Brasil\\_Sumario\\_Executivo.pdf](http://siteresources.worldbank.org/BRAZILINPOREXTN/Resources/3817166-1302102548192/Envelhecendo_Brasil_Sumario_Executivo.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

BANCO NACIONAL DO DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO E SOCIAL – BNDES. **Fontes de recursos**. Disponível em: <https://www.bndes.gov.br/wps/portal/site/home/relacoes-com-investidores/fontes-de-recursos>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BAPTISTA, Patrícia. **Segurança Jurídica e Proteção da Confiança no Direito Administrativo**. 1. ed. [CreateSpace Independent Publishing Platform], [2014].

BARBOSA, Claudia Maria. **Lógica & Direito**: linguagem jurídica sob diferentes paradigmas lógicos. 1. ed. 3. reimp. Curitiba: Juruá, 2012.

BARROS, José d'Assunção. Retrodição – Um problema para a construção do tempo histórico. **Ler História** [Online], n. 65, 2013, Lisboa: ISCTE-IUL, 2013. Disponível em: <http://journals.openedition.org/lerhistoria/498>. Acesso em: 20 fev. 2020. DOI : 10.4000/lerhistoria.498).

BARROSO, Luís Roberto. Constitucionalidade e legitimidade da Reforma da Previdência (ascensão e queda de um regime de erros e privilégios). **Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro**, v. 58, p. 125-160. Rio de Janeiro: [Estado do Rio de Janeiro], 2004. Disponível em: <https://pge.rj.gov.br/revista-de-direito/2005-volume-58>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BASSI, Camillo de Moraes. Fundos Especiais e políticas públicas: uma discussão sobre a fragilização do mecanismo de financiamento. **Textos para discussão** n. 2458, março de 2019. Brasília, DF; Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2458.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2458.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

BATMAN: O cavaleiro das trevas. Direção: Christopher Noilan. Warner Bros Pictures, 2008. 1 DVD.

BAUMAN, Zygmunt. **Vidas Desperdiçadas**. Tradução de Carlos Alberto Medeiros. Rio de Janeiro: Zahar.

BBC. Como a previdência virou uma bomba-relógio que ameaça as 8 maiores economias do planeta. **BBC News**, Brasil, 26 ago. 2018. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/internacional-45269015>. Acesso em 20 fev. 2020;

BECKER, Alfredo Augusto. **Teoria Geral do Direito Tributário**. [S.l.]: Saraiva, [s.d.]. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297457/mod\\_resource/content/1/BECKER.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/297457/mod_resource/content/1/BECKER.pdf). Acesso em 20 fev.2020.

BENJAMIN, Antonio Herman. Princípio da proibição de retrocesso ambiental. In: Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle (org.). **O princípio da proibição de retrocesso ambiental**. Brasília, DF: Senado Federal;

BENJAMIN, Walter. Teses sobre o conceito o História. In BENJAMIN, Walter. **Obras escolhidas** – magia e técnica, arte e política. Ensaios sobre literatura e história da cultura. v. 1, Prefácio de Jeanne Marie Gagnebin. São Paulo: Brasiliense, 1987, p.222-232. Disponível em: [https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3957253/mod\\_resource/content/1/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria%20%281%29.pdf](https://edisciplinas.usp.br/pluginfile.php/3957253/mod_resource/content/1/Teses%20sobre%20o%20conceito%20de%20hist%C3%B3ria%20%281%29.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

BERCOVICI, Gilberto. **Constituição e estado de exceção permanente**. Rio de Janeiro: Azougue, 2004.

BERCOVICI, Gilberto. Constituição e política: uma relação difícil. In: **Lua Nova: Revista de Cultura e Política**, n. 61, 2004, p. 5-24. São Paulo: CEDEC, 2004. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-64452004000100002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-64452004000100002>).

BERTALANFFY, Ludwig von. **Teoria geral dos sistemas: fundamentos, desenvolvimento e aplicações**. Tradução de Francisco M. Guimarães. 8. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2015.

BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria dos direitos administrativo: diretos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 3. ed. rev. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

BLOY, Marjie. **The 1601 Elizabethan Poor Law**. Victorian web, 12 nov. 2002 [S.l.:s.n.], 2002. Disponível em: <http://www.victorianweb.org/history/poorlaw/elizpl.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Carlos Nelson Coutinho (trad.). 13. tir. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BOBBIO, Norberto. **O Futuro da Democracia**. 8. ed. rev. ampl. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. São Paulo: Paz e Terra, 2002.

BOBBIO, Norberto. **Qual socialismo?: discussão de uma alternativa**. 4. ed. Tradução de Iza de Salles Freaza. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2011.

BOCAGE, Manuel Maria de Barbosa l'Hedois du. A cigarra e a formiga. In: PAIS, Carlos Castilho. Bocage, tradutor. **O língua**, n. 8, abril de 2006. Lisboa: Camões – Instituto da Cooperação e da Língua. Disponível em: <http://cvc.instituto-camoes.pt/olingua/08/lingua02.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BOMFIM, Camila; PALMA, Gabriel. PF mira delator da CPI dos fundos de pensão em operação para desarticular esquema de fraudes. **G1**, Política, Brasília, DF, 21 out. 2019. Disponível em: <https://g1.globo.com/politica/noticia/2019/10/21/pf-mira-deputado-em-operacao-para-desarticular-esquema-fraudes-em-fundos-de-pensao.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2020

BOTELHO, Catarina Santos. **Os direitos sociais em tempos de crise ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015, e-book.

BRASIL. Banco Central do Brasil. **Resolução n. 4.676, de 31 de julho de 2018**. Dispõe sobre os integrantes do Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), do Sistema Financeiro da Habitação (SFH) e do Sistema de Financiamento Imobiliário (SFI), as condições gerais e os critérios para contratação de financiamento imobiliário pelas instituições financeiras e demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e disciplina o direcionamento dos recursos captados em depósitos de poupança. Brasília, DF: Banco Central do Brasil, 2018. Disponível em: [https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50628/Res\\_4676\\_v1\\_O.pdf](https://www.bcb.gov.br/pre/normativos/busca/downloadNormativo.asp?arquivo=/Lists/Normativos/Attachments/50628/Res_4676_v1_O.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Proposta de Emenda à Constituição n. 6/2019**.

Disponível em:

<https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2192459>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final da CPI das práticas ilícitas no âmbito do BNDES**. Brasília, DF: Senado Federal, 2019. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?5&codcol=2093>. Acesso em: 20 fev. 2020) (<https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/56a-legislatura/cpi-praticas-ilicitas-no-ambito-do-bndes>). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Câmara dos Deputados. **Relatório Final da CPI destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios [...]**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/comissoes/comissoes-temporarias/parlamentar-de-inquerito/53a-legislatura-encerradas/cpidivi/relatorio-final-aprovado/relatorio-final-versao-autenticada>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Decreto Legislativo n. 269, de 2008**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2008. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-269-18-setembro-2008-580870-convencao-103716-pl.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Congresso Nacional. **Exposição de Motivos do Decreto Legislativo n. 269, de 2008**. Brasília, DF: Congresso Nacional, 2008. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decleg/2008/decretolegislativo-269-18-setembro-2008-580870-exposicaodemotivos-152188-pl.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. [Constituição (1988)]. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicao.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 591, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992**. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos. Promulgação. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/d0592.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 3.321, de 30 de dezembro de 1999**. Promulga o Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais "Protocolo de São Salvador", concluído em 17 de novembro de 1988, em São Salvador, El Salvador. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/D3321.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D3321.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019**. Extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9759.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Decreto n. 9.812, de 30 de maio de 2019**. Altera o Decreto n. 9.759, de 11 de abril de 2019, que extingue e estabelece diretrizes, regras e limitações para colegiados da

administração pública federal. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2019-2022/2019/decreto/D9812.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2019-2022/2019/decreto/D9812.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

**BRASIL. Decreto n. 13.129, de 26 de maio de 2015.** Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13129.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

**BRASIL. Decreto n. 13.140, de 30 de maio de 2015.** Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública; altera a Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997, e o Decreto n. 70.235, de 6 de março de 1972; e revoga o § 2º do art. 6º da Lei n. 9.469, de 10 de julho de 1997. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/113140.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

**BRASIL. Decreto-lei n. 73, de 21 de novembro de 1996.** Dispõe sobre o Sistema Nacional de Seguros Privados, regula as operações de seguros e resseguros e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/Del0073.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del0073.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

**BRASIL. Decreto-lei n. 4.657, de 4 de setembro de 1942.** Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto-lei/del4657.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/del4657.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

**BRASIL. Emenda Constitucional n. 32, de 11 de setembro de 2001.** Altera dispositivos dos arts. 48, 57, 61, 62, 64, 66, 84, 88 e 246 da Constituição Federal, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/Emendas/Emc/emc32.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

**BRASIL. Lei n. 8.024, de 12 de abril de 1990.** Institui o cruzeiro, dispõe sobre a liquidez dos ativos financeiros e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8024.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8024.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

**BRASIL. Lei n. 8.742, de 7 de dezembro de 1993.** Dispõe sobre a organização da Assistência Social e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/LEIS/L8742.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/LEIS/L8742.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

**BRASIL. Lei n. 10.741, de 1º de outubro de 2003.** Dispõe sobre o Estatuto do Idoso e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/2003/110.741.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2003/110.741.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei n. 12.154, de 23 de dezembro de 2009.** Cria a Superintendência Nacional de Previdência Complementar - PREVIC e dispõe sobre o seu pessoal; inclui a Câmara de Recursos da Previdência Complementar na estrutura básica do Ministério da Previdência Social; altera disposições referentes a auditores-fiscais da Receita Federal do Brasil; altera as Leis nos 11.457, de 16 de março de 2007, e 10.683, de 28 de maio de 2003; e dá outras providências Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/\\_Ato2007-2010/2009/Lei/L12154.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2007-2010/2009/Lei/L12154.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 108, de 29 de maio de 2001.** Dispõe sobre a relação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, suas autarquias, fundações, sociedades de economia mista e outras entidades públicas e suas respectivas entidades fechadas de previdência complementar, e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/lcp/Lcp108.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lcp/Lcp108.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. **Lei Complementar n. 109, de 29 de maio de 2001.** Dispõe sobre o Regime de Previdência Complementar e dá outras providências. Brasília, DF: Presidência da República, [s.d.]. Disponível em: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/Leis/LCP/lcp109.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/LCP/lcp109.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Ministério da Previdência Social. **Previdência Social: Reflexões e Desafios.** Coleção Previdência Social, Série Estudos; v. 30, 1. ed. Brasília, DF: Ministério da Previdência Social, 2009, p.136-137. Disponível em: [http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3\\_100202-164641-248.pdf](http://sa.previdencia.gov.br/site/arquivos/office/3_100202-164641-248.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Senado Federal. **Relatório Final da CPI da Previdência.** Brasília, DF: Senado Federal, 2017. Disponível em: <https://legis.senado.leg.br/comissoes/comissao?5&codcol=2093>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **MS n. 24268/MG.** Processo n. 0001734-83.2002.0.01.0000. Relator: Min. Ellen Gracie, 5 fev. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADC n. 42/DF.** Processo n. 0052507-87.2016.1.00.0000. Relator: Min. Luiz Fux, 13 ago. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 493/DF.** Processo 0000620-95.1991.0.01.0000. Relator: Min. Moreira Alves, 25 jun. 1992. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 605 MC/DF.** Processo n. 0001805-71.1991.0.01.0000. Relator: Min. Celso de Mello, 23 out. 1991. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 815/DF.** Processo n. 0002061-77.1992.0.01.0000. Relator: Min. Moreira Alves, 28 mar. 1996. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 2065/DF**. Processo n. 0003778-80.1999.0.01.0000. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 17 fev. 2000. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 3105/DF**. Processo n. 0004950-18.2003.0.01.0000. Relator: Min. Ellen Gracie, 18 ago. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 4350/DF**. Processo n. 0774320-76.2009.1.00.0000. Relator: Min. Luiz Fux, 23 out. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 4543 MC/DF**. Processo n. 9353187-16.2011.1.00.0000. Relator: Min. Cármen Lúcia, 19 out. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 4717/DF**. Processo n. 9940164-17.2012.1.00.0000. Relator: Min. Cármen Lúcia, 5 abr. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5090/DF**. Processo n. 9956690-88.2014.1.00.0000. Relator: Min. Roberto Barroso. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **ADI n. 5350/DF**. Processo n. 0004831-80.2015.1.00.0000. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ADI n. 6121MC/DF**. Processo n. 0021125-71.2019.1.00.0000. Relator: Min. Marco Aurélio, 13 jun. 2019. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Monocrático). **ADPF n. 45 MC/DF**. Processo n. 0003880-63.2003.0.01.0000. Relator: Min. Celso de Mello, 29 abr. 2004. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>; e também em: [http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/200\\_1.pdf](http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoRTJ/anexo/200_1.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ARE n. 581352 AgR/AM**. Processo sem número único. Relator: Min. Celso de Mello, 29 out. 2013. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ARE n. 639337 AgR/SP**. Processo sem número único. Relator: Min. Celso de Mello, 23 ago. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ARE n. 727864 AgR/PR**. Processo sem número único. Relator: Min. Celso de Mello, 4 nov. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **ARE n. 745745 AgR/MG**. Processo n. 3494148-31.2007.8.13.0024. Relator: Min. Celso de Mello, 2 dez. 2014. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Primeira Turma). **ARE n. 823985 AgR/MG**. Processo sem número único. Relator: Min. Roberto Barroso, 23 mar. 2018. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **MS n. 24872/DF**. Processo n. 0001150-45.2004.0.01.0000. Relator: Min. Marco Aurélio, 30 jun. 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **MS n. 26603/DF**. Processo n. 0002202-71.2007.0.01.0000. Relator: Min. Celso de Mello, 4 de outubro de 2007. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 177072/SP**. Processo sem número único. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 26 fev. 2002. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 226473/SC**. Processo sem número único. Relator: Min. Sepúlveda Pertence, 13 maio 1998. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 394661 AgR /RS**. Processo sem número único. Relator: Min. Carlos Velloso, 20 set. 2005. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 563965/RN**. Processo sem número único. Relator: Min. Cármen Lúcia, 11 fev. 2009. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 633703/DF**. Processo sem número único. Relator: Min. Gilmar Mendes, 23 mar. 2011. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **RE n. 878694/MG**. Processo n. 1037481-72.2009.8.13.0439. Relator: Min. Roberto Barroso, 10 maio 2017. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **STA n. 175 AgR/CE**. Processo n. 0005936-30.2007.0.01.0000. Relator: Min. Gilmar Mendes, 17 mar. 2010. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal (Pleno). **STA n. 223 AgR/PE**. Processo n. 0001018-46.2008.0.01.0000. Relator: Min. Ellen Gracie, 14 abr. 2008. Disponível em: <http://portal.stf.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ‘Corrupção é inaceitável’, afirma a ministra Cármen Lúcia durante cerimônia do Prêmio Inovare. **Notícias STF**, 8 mar. 2018. Disponível em:

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=371735>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BRASIL. Tribunal de Contas da União (Plenário). **Acórdão n. 1295/2017**. Processo n. 001.040/2017-0. Relator: Min. Raimundo Carreiro Silva, 26 de junho de 2017. Disponível em: <https://pesquisa.apps.tcu.gov.br/#/resultado/acordao-completo/104020170.PROC/%2520/%2520>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BREAKING all the rules. Intérprete: Peter Frampton. 1981. Compositor: Peter Frampton; Keith Reid. In: *BREAKING all the rules*. Intérprete: Peter Frampton. [S.l.]: A&M Records, 1981. 1 CD, faixa 9.

BREGA FILHO, Vladimir. **Direito fundamentais na Constituição de 1988**: conteúdo jurídico das expressões. 1. ed. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002.

BREGA FILHO, Vladimir. Proibição do retrocesso social: o estado da arte em Portugal e no Brasil. In: **Argumenta Journal Law**, n. 19, p. 103-124, mar. 2014. Jacarezinho: UENP, 2014. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/409>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i19.409>.

BRESSER-PEREIRA, Luiza Carlos. Da Inflação à Hiperinflação: uma abordagem estruturalista. In: Rego, J. M. (org.). **Inflação e Hiperinflação**: Interpretações e Retórica. São Paulo: Biental, 1990, p. 7-28. Disponível em: <http://www.bresserpereira.org.br/papers/1990/86.DaInflacaoAHiperinflacao.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

BREYNER, Frederico Menezes. **Benefícios fiscais inconstitucionais e a proteção da confiança do contribuinte**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

BRITO, Jaime Domingues. Pessoas com deficiência e o artigo 93 da Lei n. 8.213/91, p. 186-204. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; ANSELMO, José Roberto (org.). **Estudos sobre os direitos fundamentais e inclusão social**: da falta de efetividade à necessária judicialização, um enfoque voltado à sociedade contemporânea. 1. ed. Birigui: Boreal, 2010.

BULARD, Martine. Traídos pelos fundos de pensão. **Le Monde Diplomatique**, Brasil, Previdência, 1 maio 2003. Disponível em: <https://diplomatique.org.br/traidos-pelos-fundos-de-pensao/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo**: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

CAMBI, Eduardo; NASSIF, Diego. Expansão da Jurisdição Constitucional e Separação de Poderes: uma análise sistêmica à luz da cidadania. In: **Revista dos Tribunais**. Ano 101, v. 916, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

CANO, Rosa Jiménez. O robô racista, sexista e xenófobo da Microsoft acaba silenciado. **El País**, San Francisco, 25 de março de 2016. Tecnologia. Disponível em: [https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274\\_096966.html](https://brasil.elpais.com/brasil/2016/03/24/tecnologia/1458855274_096966.html). Acesso em: 20 fev. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. Metodología "fuzzy" y "camaleones normativos" en la problemática actual de los derechos económicos, sociales y culturales. In: **Derechos y Libertades**: revista del Instituto Bartolomé de las Casas, n. 6, ano III, feb. 1998, p.35-50. Madrid (Espanha): Universidad Carlos III de Madrid, Instituto Bartolomé de las Casas, Boletín Oficial del Estado, 1998. Disponível em: <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1319>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. O Direito Constitucional como Ciência de Direcção: o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade (Contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”), não paginado. In: **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 22, fev. 2008. Porto Alegre: TRF da 4ª Região, 2008. Disponível em: <https://revistadoutrina.trf4.jus.br/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 14. reimp. Coimbra: Almedina, [2014].

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. **Constituição da República Portuguesa Anotada**, v.1, 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CAPPELETTI, Mauro; GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução de Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre, Fabris, 1988.

CAPRA, Fritjof. **A teia da vida**: uma nova compreensão científica dos sistemas vivos. Tradução de Newton Roberval Eichenberg. 1. ed. 15. reimp. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAPRA, Fritjof. **O Ponto de mutação**. Tradução de Álvaro Cabral. São Paulo: Cultrix, 2006.

CAPRA, Fritjof; LUISI, Pier Luigi. **A visão sistêmica da vida**: uma concepção unificada e suas implicações filosóficas, políticas, sociais e econômicas. Tradução de Mayra Teruya Eichenberg e Newton Roberval Eichenberg. São Paulo: Cultrix, 2014.

CARDOSO JÚNIOR, José Celso. Da crise do Estado-providência à nova questão social: alcances e impasses no pensamento de Pierre Rosanvallon. In: **Leituras de Economia Política**: Revista do Instituto de Economia da Universidade Estadual de Campinas, Campinas, v. 9, dez. 2001, p. 41-61. Campinas: UNICAMP. Disponível em: [http://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/LEP/L9/LEP9\\_03ZeCelso.pdf](http://www.eco.unicamp.br/images/arquivos/artigos/LEP/L9/LEP9_03ZeCelso.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

CARNIELLI, Walter A.; EPSTEIN, Richard L. **Pensamento crítico**: o poder da lógica e da argumentação. Com assistência e colaboração de Desidério Murcho. 3. ed. São Paulo: Rideel, 2011.

CERQUEIRA, Fabio Vergara. Música e Guerra na Grécia Antiga: o testemunho dos textos antigos e da iconografia. In: **Revista Phoénix**, v. 8, n.1, 2002. Rio de Janeiro: Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2002. Disponível em:

[http://phoenix.historia.ufrj.br/media/uploads/artigos/8\\_-\\_Musica\\_e\\_guerra\\_na\\_Grecia\\_Antiga\\_-\\_Fabio\\_Vergara.pdf](http://phoenix.historia.ufrj.br/media/uploads/artigos/8_-_Musica_e_guerra_na_Grecia_Antiga_-_Fabio_Vergara.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

CHARLESWORTH, Lorie. **The Acts of 1601: Connections Between Poor Relief and Charity in a Legal and Local Context**. Liverpool: John Moores' University, [s.d.]. Disponível em: <http://www.vahs.org.uk/vahs/papers/charlesworth.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CHIARA, Márcia de; BRANDÃO, Raquel; OSCAR, Naiara. Crise reforça aposentados como arrimo de família. **Folha de Londrina**, 15 jul. 2018. Disponível em: <https://www.folhadelondrina.com.br/economia/crise-reforca-aposentados-como-arrimo-de-familia-1010611.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

CIA BARBIXAS DE HUMOR. **O Coiso**, 3 ago 2008. [S.l.], 2008. Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=6-9nWt04oSI>. Acesso em: 20 fev. 2020.

COELHO, Marcus Vinicius Furtado. O controle de constitucionalidade de normas constitucionais. A Nova Constituição, 10 jul. 2016. In: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo: 2016. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2016-jul-10/constituicao-controle-constitucionalidade-normas-constitucionais>. Acesso em: 20 fev. 2020.

COIMBRA, Leandro Willer Pereira; TOYOSHIMA, Silvia Harumi. Uma análise do setor de previdência complementar brasileiro. In: **Revista de Economia Contemporânea**, v. 13, n. 3, p. 439-466. Rio de Janeiro: UFV, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1415-98482009000300003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1415-98482009000300003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI:<http://dx.doi.org/10.1590/S1415-98482009000300003>.

COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

CONTIERI, Roberto Pepi. **Disputa entre Newton e Leibniz sobre o cálculo: uma divergência, analisada sobre as correspondências na Royal Society**. Dissertação (Mestrado em História da Ciência) – PUC-SP, São Paulo, 2006.

CONTO, Mario de. **O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COSTA, Newton. Aquiles e a tartaruga. **Folha de S. Paulo**, Jornal de Resenhas, São Paulo, sábado, 11 de agosto de 2011. São Paulo: Folha da Manhã, 2001. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/resenha/rs1108200103.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

COSTANZI, Rogerio Nagamine; FERNANDES, Alexandre Zioli; ANSILIERO, Graziela. O princípio constitucional de equilíbrio financeiro e atuarial no regime geral de previdência social: tendências recentes e o caso da regra 85/95 progressiva. **Textos para discussão n. 2395**, julho de 2018. Brasília, DF; Rio de Janeiro: Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 2018. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td\\_2395sss.pdf](http://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/TDs/td_2395sss.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

COURTIS, Christian (Comp.). **Ni un paso atrás: la prohibición de regresividad em matéria de derechos sociales**. 1. ed. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. Direito administrativo inglês. In: **Revista de Informação Legislativa**, v. 25, n. 99, p. 69-90, jul./set. 1988. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: <https://www2.senado.leg.br/bdsf/item/id/181860>. Acesso em: 20 fev. 2020.

DAMÁSIO, Antônio R. **O Erro de Descartes: emoção, razão e o cérebro humano**. Tradução portuguesa de Dora Vicente e Georgina Segurado. 7. reimp. São Paulo: Companhia das Letras, 2001.

DECLARAÇÃO de direitos do homem e do cidadão. França, 26 de agosto de 1789. In: **Biblioteca virtual de direitos humanos**. São Paulo: USP, [s.d.]. Disponível em: <http://www.direitoshumanos.usp.br>. Acesso em: 20 fev. 2020.

DEPARTAMENTO INTERSINDICAL DE ESTATÍSTICAS E ESTUDOS SOCIOECONÔMICOS - DIEESE. **Nota Técnica n. 125, junho de 2013**. São Paulo: DIEESE, 2013. Disponível em: <https://www.dieese.org.br/notatecnica/2013/notaTec125FGTSeTR.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

DEPENHEUER, Otto. Wie Sicher Ist Verfassungsrechtlich Die Rente? — Vom Liberalen Zum Solidarischen Eigentumsbegriff —. **Archiv Des öffentlichen Rechts**, v. 120, n. 3, p. 417-46. [S.l.]: Mohr Siebeck GmbH & Co. KG, 1995. Disponível em: <http://www.jstor.org/stable/44316125>. Acesso em: 20 fev. 2020.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DESCARTES, René. **Discurso do Método**. [S.l. s.d.]. Disponível em: [http://www.intratext.com/IXT/POR0305/\\_P5.HTM](http://www.intratext.com/IXT/POR0305/_P5.HTM). Acesso em: 20 fev. 2020.

DIAS, Fernando Álvares Correia. Desvinculação de Receitas da União, ainda necessária? **Textos para Discussão** n. 103, outubro/2011. Brasília, DF: Senado Federal, 2011. Disponível em: <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-103-desvinculacao-de-receitas-da-uniao-ainda-necessaria>. Acesso em: 20 fev. 2020.

DINIZ, Maria Helena. **Compendio de introdução à ciência do direito**. 10. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 1998.

DINIZ, Matheus Brito Nunes. **Reforma previdenciária: o envelhecimento populacional e a aposentadoria no regime geral de previdência social**. Curitiba: Juruá, 2017.

DOMENÈCH, Germán Colón. Los Adagia de Erasmo em Español y em Portugués. In: **Revista de Filología Española**, n. 1, Tomo LXXXIV, enero-junio 2004, p.5-27. [S.l.]: ILLA; CSIC, 2004. Disponível em: <http://xn--revistadefilologiaespaola-uoc.revistas.csic.es/index.php/rfe/article/viewFile/96/95>. Acesso em: 20 fev. 2020.

DWORKIN, Ronald. **A Virtude Soberana**: a teoria e a prática da igualdade. Tradução de Jussara Simões; revisão técnica e da tradução Cícero Araújo e Luiz Moreira. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

ÉBOLI, Evandro. Ayres Britto: Poder Judiciário é o mais cobrado e o que ganha menos. **O Globo**, 13 nov. 2012. [Rio de Janeiro]: Globo, 2012. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/brasil/ayres-britto-poder-judiciario-o-mais-cobrado-o-que-ganha-menos-6721502>. Acesso em: 20 fev. 2020.

EDDINGTON, Sir Arthur Stanley. **The Nature of The Physical World**. Cambridge: The University Press, 1948. Disponível em: <http://henry.pha.jhu.edu/Eddington.2008.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

EL CHAVO DEL 8. **Examen com los padres**. México: Televisa S.A, de C.V., 1976, de 4'25" a 5'25". Disponível em: <https://www.youtube.com/watch?v=zyQ8F0Pnggg>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ELSTER, Jon. **Ulisses liberto**: estudos sobre racionalidade, pré-compromisso e restrições. Cláudia Sant'Ana Martins (trad.). São Paulo: UNESP, 2009.

ESOPO. **Fábulas de Esopo** – Traduzida da língua grega com aplicações Moraes a cada Fabula, por Manoel Mendes da Vidigueira. 2. ed., correcta, e emendada. Com licença da Real Meza da Comissão Geral sobre o Exame, e Censura dos Livros. Lisboa: Typografia Rollandiana, 1791. Disponível em: <https://books.google.com.br/books?id=WzEBAAAAMAAJ>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FACHIN, Luiz Edson. Os 'corpos do rei' e a segurança jurídica: o esperar das cortes superiores. In: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 5 abr. 2015. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2015-abr-05/processo-familiar-corpos-rei-seguranca-juridica-esperar-cortes-superiores>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FARIA, Ernesto. **Vocabulário latino-português**: significação e história das palavras, agrupadas por famílias, segundo os programas atuais. Dicionários Garnier, v. 8. Belo Horizonte: Livraria Garnier, 2001.

FERNANDES, Millôr. A Cigarra e a Formiga. In: **Revista Veja**, ano 42, n. 27, 2120 ed., 08 jul. 2009. São Paulo: Abril, 2009.

FERREIRA, Sergio Guimarães. Sistemas previdenciários no mundo: sem 'almoço grátis'. In: TAFNER, Paulo; GIAMBIAGI, Fabio (org.). **Previdência no Brasil**: debates, dilemas e escolhas, p. 65-94. Rio de Janeiro: IPEA, 2007. Disponível em: <https://www.ipea.gov.br/portal/images/stories/PDFs/previdencia-no-brasil.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **A democracia possível**. São Paulo: Saraiva, 1972.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Democracia no limiar do século XXI**. São Paulo: Saraiva, 2001.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Direitos humanos fundamentais**. 5. ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2002.

FERRO, Ana Luiza Almeida. **Justiça em Kelsen e Direito em Luhmann**. Curitiba: Juruá, 2018.

FIRPO, Sergio. Metade dos jovens brasileiros tem futuro ameaçado, diz Banco Mundial. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 8 mar. 2018. Economia & Negócios, p. B3.

FIRPO, Sergio. O futuro da desigualdade: foco nos jovens de hoje. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 7 mar. 2018. Disponível em: <https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,o-futuro-da-desigualdade-foco-nos-jovens-de-hoje,70002218125>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FOERSTER, Heinz Von. On Self-Organizing Systems and Their Environments, p.1-19. In: FOERSTER, Heinz Von. *Understanding Understanding: essays on Cybernetics and Cognition*. New York: Springer, 2003.

FOLLONI, André. **Introdução à teoria da complexidade**. Curitiba: Juruá, 2016.

FONTAINE, Jean de La. **Fables**. Livre I, 1668-1694. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2006. Disponível: [http://www.gutenberg.org/files/17941/17941-h/17941-h.htm#La\\_Cigale\\_et\\_la\\_Fourmi](http://www.gutenberg.org/files/17941/17941-h/17941-h.htm#La_Cigale_et_la_Fourmi). Acesso em: 20 fev. 2020.

FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Tradução de Roberto Cabral de Nelo Machado e Eduardo Jardim Morais; Supervisão final do texto de Léa Porto de Abreu Novaes et al. Rio de Janeiro: Nau, 1999.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 202-461 du 29 août 2002**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2002/2002461DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 79-109 L du 13 septembre 1979**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1979/79109l.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 80-120 du 17 juillet 1980**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1980/80120DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 82-155 DC du 30 décembre 1982**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1982/82155DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 83-165 DC du 20 janvier 1984**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1984/83165DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 86-207 DC du 26 juin 1986**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1986/86207DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 90-287 DC du 16 janvier 1991**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1991/90287DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FRANÇA. Conseil Constitutionnel. **Décision n. 92-311 DC du 29 juillet 1992**. Disponível em: <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/1992/92311DC.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

FREUD, Sigmund. Os chistes e sua relação com o inconsciente (1905). In: FREUD, Sigmund. **Edição standard brasileira das obras psicológicas completas de Sigmund Freud**, v. VIII. Rio de Janeiro: Imago, [1980]. Disponível em: <http://conexoesclinicas.com.br/wp-content/uploads/2015/01/freud-sigmund-obras-completas-imago-vol-08-1905.pdf>. Acesso em 20 fev. 2020.

FULLER, Lon F. **O Caso dos Exploradores de Cavernas**, trad., 10. Reimp. Porto Alegre: Fabris, 1999.

FUNDO DE GARANTIA POR TEMPO DE SERVIÇO – FGTS. **Programas sociais**. Disponível em: <http://www.fgts.gov.br/Pages/fgts-social/programas-sociais.aspx>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GAHYVA, Helga. Um Espectro Ronda a Teoria Social Contemporânea: Tocqueville, Rosanvallon e a Modernidade. In: **Plural**, Revista do Programa de Pós-Graduação em Sociologia da USP, São Paulo, v. 16, n. 1, p. 39-52. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/plural/article/view/75207>. Acesso em: 20 fev. 2020

GALHARDO, Ricardo. Lula: crise é tsunami nos EUA e, se chegar ao Brasil, será ‘marolinha’. **O Globo**, São Bernardo do Campo, 4 out. 2008. Economia. Disponível: <https://oglobo.globo.com/economia/lula-crise-tsunami-nos-eua-se-chegar-ao-brasil-sera-marolinha-3827410>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GAZETA DO POVO. Revogação da política do filho único na China não tem surtido o efeito esperado. **Gazeta do Povo**, Sempre Família, Natalidade, Curitiba, 7 jan. 2019. Disponível em: <https://www.semprefamilia.com.br/revogacao-da-politica-do-filho-unico-na-china-nao-tem-surtido-o-efeito-esperado/>. Acesso em 20 fev. 2020;

GENTIL, Denise Lobato. **A Política Fiscal e a Falsa Crise da Seguridade Social Brasileira**: análise financeira do período 1990-2005. Tese (Doutorado em Economia) – UFRJ, Rio de Janeiro, 2006.

GIACOIA JUNIOR, Oswaldo. **Agamben**: por uma ética da vergonha e do resto. São Paulo: n-1, 2018.

GÖDEL, Kurt. **On Formally Undecidable Propositions of Principia Mathematica and Related Systems**. Translated by B. Meltzer; Introduction by R B. Braidthwaite. New York: Dover Publications, 1992.

GOFFMAN, Erving. **Estigma**: notas sobre a manipulação da identidade deteriorada. Márcia Bandeira de Mello Leite Nunes (trad.). 4 ed. Rio de Janeiro: LTC, 2008.

GONÇALVES, Guilherme Leite; VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **Teoria dos sistemas sociais**: direito e sociedade na obra de Niklas Luhmann. São Paulo: Saraiva, 2013.

GRACHER, Kherian. Identidade, Indiscernibilidade e lógica. In: **Fundamento**: revista de pesquisa em filosofia, n. 10, jan-jun 2015, p.21-40. Ouro Preto (MG): UFOP, 2015.

Disponível em:

<http://www.revistafundamento.ufop.br/index.php/fundamento/article/view/228>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GRANETTO, Ederson. **Livros 77: Como decidem as cortes – José Rodrigo Rodriguez**. UNIVESP TV. [S.l.]: 10 fev. 2014. Disponível em:

[https://tvcultura.com.br/videos/35115\\_livros-77-como-decidem-as-cortes-jose-rodrigo-rodriguez.html](https://tvcultura.com.br/videos/35115_livros-77-como-decidem-as-cortes-jose-rodrigo-rodriguez.html). Acesso em: 20 fev. 2020.

GROSS, Charles G. Claude Bernard and the Constancy of the Internal Environment. In: **Neuroscientist**, v. 4, sep. 1998, p. 380-385. Princeton: Princeton University, 1998.

GROTIUS, Hugo. **The Rights of War and Peace**. Translated from the original latin of Grotius with notes and illustrations from political and legal writers by A. C. Campbell, A. M.. New York; London, 1901. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2014. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/46564>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GROTIUS, Hugo. **Traité du Pouvoir du Magistrat Politique sur les choses sacrées**. Traduit du Latin de Grotius. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2005. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/14905>. Acesso em: 20 fev. 2020.

GUIBENTIF, Pierre. Obras de Niklas Luhmann, In: ARNAUD, Jean-André; LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Niklas Luhmann**: do sistema social à sociologia jurídica. Traduções de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004, p.371-389.

HÄBERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional**: a sociedade aberta dos intérpretes da constituição – contribuição para a interpretação pluralista e ‘procedimental’ da constituição. Gilmar Ferreira Mendes (trad.). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1997.

HANCOCK, Mark. **The Wave Home**. Disponível em: <http://www.thewavehome.com>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HANDLER, Joel F. **Social movements and the legal system**: a theory of law reform and social change. Winsconsin: University of Winsconsin-Madison, 1978.

HARPER, Douglas. **Online Etymology Dictionary**. Demon. [S.l.:s.d.]. Disponível em: <https://www.etymonline.com>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HIGGINBOTHAM, Peter. **The Old Poor Law**. [S.l.:s.d.]. Disponível em: <http://www.workhouses.org.uk/poorlaws/oldpoorlaw.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HILBERT, David. **Mathematical Problems**. Palestra. Paris: 2º Congresso Internacional de Matemáticos, 1900. Disponível em: <https://mathcs.clarku.edu/~djoyce/hilbert/problems.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HILBERT, David. Problemas matemáticos – Conferência proferida no 2º Congresso Internacional de Matemáticos realizado em Paris em 1900 (traduzida do alemão para o português por Sergio Nobre). **Revista Brasileira de História da Matemática**, v. 3, n. 5, p. 5-12, abril-setembro de 2003. [S.l.]: Sociedade Brasileira de História da Matemática – SBHMat, 2003. Disponível em: <http://www.rbhm.org.br/vo3-no5.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HIRATA, Celi. Sistema em Leibniz e Descartes. In: **Trans/form/ação**, v. 35, n. 1, abr. 2012, p. 23-36. Marília: UNESP, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0101-31732012000100003&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-31732012000100003&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0101-31732012000100003>.

HOBBS, Thomas. **Leviatã** – ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil. São Paulo: Martins Claret, verão de 2002.

HOBBS, Thomas. **Leviathan**. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2013. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/3207>. Acesso em: 20 fev. 2020.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass R. **The Cost of Rights: why liberty depends on taxes** New York: W. W. Norton & Company, 1999.

HUXLEY, Aldous. **Admirável Mundo Novo**. Lisboa: Editores Associados, [s.d.], p.26. Disponível em: <http://www.revistaliteraria.com.br/aldous%20huxleyAMN.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

IHU ON-LINE: **Revista do Instituto Humanitas Unisinos**, ano XI, n.367, 27 de junho de 2011. São Leopoldo: Instituto Humanistas Unisinos, 2011. Disponível em: [https://issuu.com/\\_ihu/docs/ihuonlineedicao367](https://issuu.com/_ihu/docs/ihuonlineedicao367). Acesso em: 20 fev. 2020.

ÍNDIOS. Intérprete: Legião Urbana. Compositores: Renato Russo. In: DOIS. Intérprete: Legião Urbana. [S.l.]: EMI-Odeon Brasil, 1986. 1 CD, faixa 12.

INFERNO. Direção: Ron Howard. [S.l.]: Sony Pictures, 2016. 1 Blu-ray.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Projeção da População 2018: número de habitantes do país deve parar de crescer em 2047. **Agência de Notícias IBGE**, Estatísticas Sociais, 25 jul. 2018. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-sala-de-imprensa/2013-agencia-de-noticias/releases/21837-projecao-da-populacao-2018-numero-de-habitantes-do-pais-deve-parar-de-crescer-em-2047>. Acesso em: 20 fev. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Projeção da população do Brasil por sexo e idade 1980-2050**: revisão 2008. Rio de Janeiro: IBGE, 2008. Disponível em: <https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv41229.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Quase 25% da renda de mais pobres vêm de aposentadorias e programas sociais. **Agência de Notícias**

**IBGE**, 01 ago. 2018. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/25608-quase-25-da-renda-de-mais-pobres-vem-de-aposentadorias-e-programas-sociais>. Acesso em: 20 fev. 2020).

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. **Rendimentos de todas as fontes 2017**. Brasília, DF: 2018. Disponível em: [https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559\\_informativo.pdf](https://biblioteca.ibge.gov.br/visualizacao/livros/liv101559_informativo.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020)

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA – IBGE. Tabela 2010-2060 – Projeção da População (revisão 2018). **Agência de Notícias IBGE**, 01 ago. 2018. Brasília, DF: IBGE, 2018. Disponível em: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-detalle-de-midia.html?view=mediaibge&catid=2103&id=2188>. Acesso em: 20 fev. 2020.

INSTITUTO DE ENSINO E PESQUISA – INSPER. **Judicialização da Saúde no Brasil: perfil das demandas, causas e propostas de solução**. Série Justiça Pesquisa: Relatório Analítico Propositivo. Brasília, DF: CNJ, 2019. Disponível em: <http://cnsaude.org.br/wp-content/uploads/2019/07/JUDICIALIZAC%CC%A7A%CC%83O-DA-SAU%CC%81DE-NO-BRASIL.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ITALIA. Corte Costituzionale. Giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale. **Sentenza n. 349/1985**. Massima numero 11267, 17/12/1985. Disponível em: <https://www.cortecostituzionale.it/actionRicercaMassima.do>. Acesso em: 20 fev. 2020.

JOHNSTON, Ian. AI robots learning racism, sexism and other prejudices from humans, study finds. **Independent**, 13 april 2017. Disponível em: <https://www.independent.co.uk/life-style/gadgets-and-tech/news/ai-robots-artificial-intelligence-racism-sexism-prejudice-bias-language-learn-from-humans-a7683161.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

JORION, Paul. L’ “effet de cliquet”, enemi de la démocratie. In: **Le Monde**, Économie, 14 out. 2014, [S.l.]: [s.n.], 2014. Disponível em: [https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/10/14/l-effet-de-cliquet-ennemi-de-la-democratie\\_4505904\\_3234.html](https://www.lemonde.fr/economie/article/2014/10/14/l-effet-de-cliquet-ennemi-de-la-democratie_4505904_3234.html). Acesso em: 20 fev. 2020).

JUNGES, Márcia; WOLFART, Graziela. Morin e a compreensão do Direito como um sistema: entrevista com a professora Angelita Maders. In: **Revista do Instituto Humanistas Unisinos**, ano XII, 402 ed., 10 set. 2012. São Leopoldo: Instituto Humanistas Unisinos, 2012. Disponível em: <http://www.ihuonline.unisinos.br/artigo/4636-angelita-maders>. Acesso em: 20 fev. 2020.

JUVENAL. **Sátira IV**. The Latin Library: [S.d.:s.l.]. Disponível em: <http://www.thelatinlibrary.com/juvenal/6.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

KAKKAR, Hemant; SIVANATHAN, Niro. Appeal of a dominant leader over a prestige leader. **Proceedings of the National Academy of Sciences**, jun. 2017, 114 (26) 6734-6739; DOI: 10.1073/pnas.1617711114. Disponível em: <https://www.pnas.org/content/114/26/6734>. Acesso em: 20 fev. 2020.

KANTOROWICZ, Ernst. H. **Os dois corpos do rei**: um estudo sobre teologia política medieval. São Paulo: Companhia das Letras, 1998.

KING, Michael. A verdade sobre a autopoiese no direito. In: ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

KINOUCI, Renato Rodrigues. Entrevista com Arno Engelmann. In: **Scientiae Studia**, v. 7, n. 2, abr.-jun., 2009, p. 325-330. São Paulo: USP, 2009. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S1678-31662009000200011&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1678-31662009000200011&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. <https://doi.org/10.1590/S1678-31662009000200011>.

KYLE, Jordan; MOUNK, Yascha. **The populist harm to democracy: an empirical assessment**, 26 dec. 2018. [S.l.]: Tony Blair Institute for Global Change, 2018. Disponível em: <https://institute.global/policy/populist-harm-democracy-empirical-assessment>. Acesso em: 20 fev. 2020.

LEAL, Rogério Gesta. **Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais**. Os desafios do Poder Judiciário no Brasil. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LEIBNIZ, Gottfried Wilhelm. **Novos ensaios sobre o entendimento humano**. Trad. Luiz João Baraúna. São Paulo: Abril Cultural, 1984.

LÉRIAS, Reinéro Antonio. As constituições brasileiras: direitos fundamentais e cidadania. In: ALVES, Fernando de Brito; CAMBI, Eduardo; KLOCK, Andrea Bulgakov (org.). **Direitos fundamentais revisitados**, 1. ed, 1. reimp., Curitiba: Juruá, 2009.

LIDDELL, Henry George; SCOTT, Robert. **A Greek-English Lexicon**. revised and augmented throughout by. Sir Henry Stuart Jones. with the assistance of. Roderick McKenzie. Oxford: Clarendon Press. 1940. Disponível em: [http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0057:entry=i\(/sthmi](http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.04.0057:entry=i(/sthmi). Acesso em: 20 fev. 2020.

LIMA, Fernando Rister de Sousa. **Sociologia do Direito**: o direito e o processo à luz dos sistemas de Niklas Luhmann. 2. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2012.

LIMA, Jairo. **Emendas Constitucionais Inconstitucionais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

LOBATO, Monteiro. **Fábulas**. Alcy Linares (ilustrações). 1. ed. São Paulo: Globo, 2008.

LOPES, Frederico José Andries. Leibniz e a aritmética binária. **Revista Brasileira de História da Matemática**, v. 11, n. 22, p.89-94. Campo Grande: UFMT, out/2011-mar/2012. Disponível em: <http://www.rbhm.org.br/issues/RBHM%20-%20vol.11,no22/5%20-%20Fred.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

LOSSO, Marcelo Ribeiro. **Negócios entre Estado e Particulares**: a violação do princípio da proteção à confiança nas relações pré-negociais. Juruá: Curitiba, 2017.

LOUREIRO, João Carlos. Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não-ter. In: **Boletim da Faculdade de Direito**, v.83, 2007, p.99-182. Coimbra (Portugal): Universidade de Coimbra, 2007. Disponível em: [http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus\\_ao\\_estado\\_Social\\_0.pdf](http://www.centrodedireitodafamilia.org/sites/cdb-dru7-ph5.dd/files/Adeus_ao_estado_Social_0.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

LUHMANN, Niklas. A restituição do décimo segundo camelo: do sentido de uma análise sociológica do direito, p.33-108. In: ARNAUD, Jean-André; LOPES JÚNIOR, Dalmir. **Niklas Luhmann: do sistema social à sociologia jurídica**. Traduções de Dalmir Lopes Jr., Daniele Andréia da Silva Manão e Flávio Elias Riche. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2004.

LUHMANN, Niklas. A terceira questão – o uso criativo dos paradoxos no Direito e na história do Direito. Tradução de Cícero Krupp da Luz e Jeferson Luiz Dutra. In: **Estudos Jurídicos**, v. 39, n. , jan-jun 2006, p. 45-52. São Leopoldo: Unisinos, 2006.

LUHMANN, Niklas. **¿Cómo es posible el orden social?** Traducción de Pedro Morandé Court. Corrección de estilo de Arieli Montes. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2009.

LUHMANN, Niklas. **Confianza**. Introducción de Darío Rodríguez Mansilla. 1. reimp. Barcelona; Santiago de Chile; Ciudad de México: Anthropos Editorial; Pontificia Universidad Católica de Chile; Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. 1. ed. en español. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate, con la colaboración de Brunhilde Erker, Silvia Pappé y Luis Felipe Segura. 2. ed. en español. Ciudad de México: Herder; Universidad Iberoamericana, 2005.

LUHMANN, Niklas. Iluminismo sociológico, p.19-70. In: SANTOS, José Manuel. **O pensamento de Niklas Luhmann**. [Covilhã (Portugal)]: Universidade da Beira Interior, 2005. Disponível em: [http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/201607061748-o\\_pensamento\\_de\\_niklas.pdf](http://www.labcom-ifp.ubi.pt/ficheiros/201607061748-o_pensamento_de_niklas.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

LUHMANN, Niklas. Inclusão e exclusão. Tradução de Stefan Fornos Klein e Revisão Técnica de João Paulo Bachur. In: DUTRA, Roberto; BACHUR, João Paulo (org.). **Dossiê Niklas Luhmann**, p. 15-50. Belo Horizonte: UFMG, 2013.

LUHMANN, Niklas. **Introdução à Teoria dos Sistemas**: aulas publicadas por Javier Torres Nafarrate. Tradução de Ana Cristina Arantes Nasser. 3. ed. Petrópolis: Vozes, 2011.

LUHMANN, Niklas. **La ciencia de la sociedad**. México. Anthropos; Universidad Iberoamericana; Ileso, 1996.

LUHMANN, Niklas. **La Sociedad de la sociedad**. Traducción: Javier Torres Nafarrate bajo el cuidado conceptual de Darío Rodríguez Mansilla, y estilístico de Marco Ornelas Esquinca, Rafael Mesa Iturbide y Areli Montes Suárez. Ciudad de México: Helder; Universidad Iberoamericana, 2007.

LUHMANN, Niklas. **Legitimação pelo procedimento**. Tradução de Maria da Conceição Côrte Real. Brasília, DF: UnB, 1980.

LUHMANN, Niklas. **Risk: a sociological theory**. With a new introduction by Nico Stehr and Gotthard Bechmann. 4 th printing. New Brunswick; London: Aldine Transaction, 2008.

LUHMANN, Niklas. **Sistemas sociais: esboço de uma teoria geral**. Tradução de Antonio C. Luz Costa, Roberto Dutra Torres Junior, Marco Antonio dos Santos Casanova. Petrópolis (RJ): Vozes, 2016.

LUHMANN, Niklas. **Social Systems**. Translated by John Bednarz, Jr., with Dirk Baecker. Foreword by Eva M. Knodt. Stanford: Stanford University, 1995.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. Traducción Silvia Pappe, Brunhilde Erker y Luís Felipe Segura. Coordinador de Traducción: Javier Torres Nafarrete. 3. ed. en Español. Coleccion Teoria Social México: Universidad Iberoamericana, 2006.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1983.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito II**. Tradução de Gustavo Bayer. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1985.

MACPHERSON, Crawford Brough. **A democracia liberal: origens e evolução**. Nathanael C. Caixeiro (trad.). Rio de Janeiro: Zahar, 1978.

MAFFINI, Rafael de Cás. **O princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro**. Tese (Doutorado em Direito) – UFRGS, Porto Alegre, 2005.

MARTINEZ, Wladimir Novaes (orient.); KOSUGI, Dirce Namie (coord.). **O princípio da vedação de retrocesso na previdência social**. São Paulo: LTr, 2018.

MATTOS, Max Cirino de; DUDLEY, Peter. Uma introdução à Tectologia de Bogdanov: reflexões para a transdisciplinaridade? In: **Prismas.com** – Revista de Ciência e Tecnologias de Informação e Comunicação, n.18, 2012. Porto (Portugal): Universidade do Porto, 2012. DOI: 10.21747/16463153. Disponível em: <https://ojs.letras.up.pt/index.php/prismacom/article/view/1954>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MAXWELL, James Clerk. **On Governors**. Proceedings of the Royal Society, n. 100. [S.l.]: 1868. Disponível em: [https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/b/b1/On\\_Governors.pdf](https://upload.wikimedia.org/wikipedia/commons/b/b1/On_Governors.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

MEIRINHO, Augusto Grieco Sant’Anna. **O trabalho decente como pressuposto essencial do Sistema de Seguridade Social**. O efeito *cliquet* e a construção do mínimo existencial ‘beveridgiano’. Tese (Doutorado em Direito) – PUC-SP, São Paulo, 2017.

MENDES, Marcelo Barroso. A constituição dirigente e a Constituição de 1988. In: **BRASIL. Revista Virtual da AGU**, ano IX, n. 88, maio de 2009, p.1-9. Brasília, DF: Advocacia Geral

da União, 2009. Disponível em: <https://www.agu.gov.br/noticia/n-88-mai-2009>. Acesso em: 10 fev. 2020.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação de Retrocesso: o que é e como perder o medo, p. 205-236. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). **Direitos Fundamentais** – Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.

MERTON, Robert King. **Social Theory and Social Structure**. New York: The Free Press, 1968.

MILLER, Tim; CASTANHEIRA, Helena Cruz. The fiscal impact of population aging in Brazil: 2005-2050. In: **Revista Brasileira de Estudos de População**, v. 30, supl. p. 5-23, 2013. São Paulo: ABEP. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-30982013000400002&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-30982013000400002&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. Doi:<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-30982013000400002>.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Tomo IV: Direitos Fundamentais, 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012.

MOISES, José Álvaro; CARNEIRO, Gabriela Piquet. Democracia, desconfiança política e insatisfação com o regime: o caso do Brasil. **Opinião Pública**, v. 14, n. 1, p. 1-42, June 2008. Campinas: Universidade Estadual de Campinas, 2008. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0104-62762008000100001&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-62762008000100001&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0104-62762008000100001>.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLON, Newton Duarte; VIANNA, Rodolfo. O Círculo de Bakhtin e a Linguística Aplicada. In: **Bakhtiniana: Revista de Estudos do Discurso**, v. 7, n. 2, p. 142-165, dez. 2012. São Paulo: LAEL/PUC-SP, 2012. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S2176-45732012000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2176-45732012000200010&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S2176-45732012000200010>.

MONTESQUIEU. **O espírito das leis**. Jean Melville (trad.). São Paulo: Martin Claret, 2002.

MORAIS, Fausto Santos de. **Ponderação e arbitrariedade: a inadequada recepção de Alexy pelo STF**. 2. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2018.

MORAIS, Marília Brandão Lemos. Humor e psicanálise. In: **Estudos de Psicanálise**, n.31, out. 2008. Belo Horizonte: Círculo Brasileiro de Psicanálise, 2008. Disponível em: <http://www.cbp.org.br/rev3114.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

MORE, Thomas. **Utopia**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

MORIN, Edgar. **Os sete saberes necessários à educação do futuro**. Tradução de Catarina Eleonora F. da Silva e Jeanne Saways; revisão técnica de Edgard Assis Carvalho. 2. ed. rev. São Paulo: Cortez; Brasília, DF: UNESCO, 2011.

MOTA, Camila Veras. Reforma da Previdência: por que 4 países da América Latina revisam modelo de capitalização, prometido por Paulo Guedes. **BBC News**, Brasil, 4 fev. 2019. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/geral-47003508>. Acesso em 20 fev. 2020.

MÜLLER, Roland. Mueller Science. **Definitionen von "System"**. [S.l.:s.d.]. Disponível em: [http://www.muellerscience.com/SPEZIALITAETEN/System/System\\_Definitionen.htm](http://www.muellerscience.com/SPEZIALITAETEN/System/System_Definitionen.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

MÜLLER, Roland. Mueller Science. **Uebersicht historisch gesetzt**. [S.l.:s.d.]. Disponível em: [http://www.muellerscience.com/SPEZIALITAETEN/System/Uebersicht\\_historisch\\_gesetzt.html](http://www.muellerscience.com/SPEZIALITAETEN/System/Uebersicht_historisch_gesetzt.html). Acesso em: 20 fev. 2020.

NAFARRETE, Javier Torres. Galáxias de comunicação: o legado teórico de Luhmann. In: **Lua Nova**: Revista de Cultura e Política, n. 51, 2000, p. 144-161. São Paulo: CEDEC, 2000. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-6445200000300009&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-6445200000300009&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI:<http://dx.doi.org/10.1590/S0102-6445200000300009>.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2011.

NEVES, Marcelo. **Entre Têmis e Leviatã**: uma relação difícil: o Estado Democrático de Direito a partir e além de Luhmann e Habermas. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2008.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos sociais**: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais. 2. ed. rev. reform. Lisboa: AAFDL, 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os princípios constitucionais estruturantes das República portuguesa**. Coimbra: Coimbra, 2011.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR). **Observacion general n. 13**: El derecho a la educación (artículo 13 del Pacto), 8 Diciembre 1999, E/C.12/1999/10. Ginebra (Suíça): ONU, 1999. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/docid/47ebcc8e2.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comité des Droits Économiques, Sociaux et Culturels. **Observation générale 13**: Le droit à l'éducation (art. 13 du Pacte), 8 décembre 1999, E/C.12/1999/10. Ginebra (Suíça): ONU, 1999. Disponível em: <https://www.refworld.org/es/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=47ebcc752>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Comitê dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. **Comentário Geral n. 3**, 1990, E/1991/23. Tradução: Adriana Carneiro Monteiro. Genebra (Suíça): ONU, 1990. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/dados/cursos/dh/br/pb/dhparaiba/2/c3.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment n. 1: Reporting by States Parties**, 27 July 1981, E/1989/22. Genebra (Suíça): ONU, 1981. Disponível em: <https://www.refworld.org/publisher,CESCR,GENERAL,,4538838b2,0.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Committee on Economic, Social and Cultural Rights (CESCR). **General Comment n. 3: The Nature of States Parties' Obligations (Art. 2, Para. 1, of the Covenant)**, 14 December 1990, E/1991/23. Genebra (Suíça): ONU, 1991. Disponível em: <https://www.refworld.org/docid/4538838e10.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **Declaracion Universal de Derechos del Hombre**, 10 diciembre de 1948. A /RES/217 (III). Genebra (Suíça): ONU, 1981. Disponível em: [https://undocs.org/es/A/RES/217\(III\)](https://undocs.org/es/A/RES/217(III)). Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. General Assembly. Human Rights Council, 17th session, 17 may 2011. **Report of the Special Rapporteur on the promotion and protection of the right to freedom of opinion and expression**, Frank La Rue. Disponível em: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27\\_en.pdf](http://www2.ohchr.org/english/bodies/hrcouncil/docs/17session/A.HRC.17.27_en.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. **International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights**. Res. 2200A (XXI). Genebra (Suíça): ONU, 1966. Disponível em: <https://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>. Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS – OEA. Comissão Interamericana de Direitos Humanos. **Convenção Americana sobre direitos humanos**, de 22 de novembro de 1969. San Jose: OEA, 1969. Disponível em: [https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao\\_americana.htm](https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm). Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Declaração da Filadélfia** (Constituição), 10 de maio de 1944. Filadélfia: OIR, 1944. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms\\_336957.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---ro-lima/---ilo-brasil/documents/genericdocument/wcms_336957.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Normlex: Information System on International Labour Standars**. Ratificación del C102 – Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102). [S.l:s.d]. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300\\_INSTRUMENT\\_ID:312247](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312247). Acesso em: 20 fev. 2020.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. **Recomendación n. 202:** sobre los pisos de protección social, 2012. Normlex: Information System on International Labour Standards. [S.l:s.d]. Disponível em: [https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_COD E:R202](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COD E:R202). Acesso em: 20 fev. 2020.

ORWELL. George. **1984**. Tradução de Wilson Velloso, 29 ed. São Paulo: Companhia Editora Nacional, 2005.

ORWELL, George. **A revolução dos bichos**. 4 ed. Rio de Janeiro: Editora Globo, [s.d.].

OTTA, Lu Aiko. Metade dos jovens brasileiros tem futuro ameaçado, diz Banco Mundial. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 8 mar. 2018. Economia & Negócios, p. B1.

OXFORD Dictionary of Current English. Third edition. [S.l.]: Oxford University Press, 2001.

PANCOTTI, Luiz Gustavo Boiam. Ensaio sobre a teoria da responsabilidade na sociedade de risco. In: **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 15ª Região**, n.38, p.75-94. Campinas, 2011.

PARANÁ (Estado). Ministério Público de Contas do Paraná. **Nota de Esclarecimento do MPC-PR** – custos da operação ‘Centro Cívico’ e inconstitucionalidade da reforma da previdência. Curitiba: MPCPR, 28 de maio de 2015. Disponível em: <http://www.mpc.pr.gov.br/nota-de-esclarecimento-do-mpc-pr-custos-da-operacao-centro-civio-e-inconstitucionalidade-da-reforma-da-previdencia/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. Da administração pública burocrática à gerencial. **Revista do Serviço Público**, v. 47, n. 1, p. 7-40. Brasília, DF: ENAP, 1996. Disponível em: <http://www.spell.org.br/documentos/ver/36028/da-administracao-publica-burocratica-a-gerencial>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PERFEIÇÃO. Intérprete: Legião Urbana. Compositores: Dado Villa-Lobos / Marcelo Augusto Bonfá / Renato Russo. In: O DESCOBRIMENTO do Brasil. Intérprete: Legião Urbana. [S.l.]: Sony; ATV Music, 1993. 1 CD, faixa 4.

PERRY, Ted. **A Carta do Cacique Seattle**. [S.l.]: Versal, 2007.

PERSEU DIGITAL LIBRARY. **Word frequency information for σύστημα**. Ed. Gregory R. Crane. Medford: Tufts University, [s.d.]. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/wordfreq?lang=greek&lookup=su%2Fsthma>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PIDWIRNY, Michael. **Fundamentals of Physical Geography**. 2. ed. Disponível em: <http://www.physicalgeography.net/fundamentals/4a.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PLATÃO. **A República**, 413 a-e. São Paulo: Martin Claret, 2001.

PLATO. **Platonis Opera**, Alcibiades 1, 125c, ed. John Burnet. Oxford: Oxford University Press. 1903. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus%3Atext%3A1999.01.0175%3Atext%3DA1c.1%3Asection%3D125c>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PLATO. **Platonis Opera**, Philebus, 17d, ed. John Burnet. Oxford: Oxford University Press. 1903. Disponível em: <http://data.perseus.org/citations/urn:cts:greekLit:tlg0059.tlg010.perseus-grc1:17d>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PLATO. **Platonis Opera**, Republic, 332 e, ed. John Burnet. Oxford: Oxford University Press. 1903. Disponível em: <http://www.perseus.tufts.edu/hopper/text?doc=Perseus:text:1999.01.0167:book=1:section=332e>.

PLATO, **Theaetetus**. Translated by Benjamin Jowett. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2008. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/1726>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PLATO. **The Dialogues of Plato**. Translated into English with Analyses and Introductions by B. Jowett, M. A. in Five Volumes. 3rd edition revised and corrected. v. 4: Parmenides, Theaetetus, Sophist, Statesman, Philebus. Oxford: Oxford University Press, 1892. Disponível em: <http://oll.libertyfund.org/titles/plato-dialogues-vol-4-parmenides-theaetetus-sophist-statesman-philebus>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PLUTARCH. Lycurgus. **Lives**. The Internet classic archieve: [S.d.:s.l.]. Disponível em: <http://classics.mit.edu/Plutarch/lycurgus.html>. Acesso em 20 fev. 2020.

PLUTARCO. **Vidas Paralelas**: Teseu e Rómulo. Tradução do grego, introdução e notas de Delfim F. Leão e Maria do Céu Fialho. 1. ed. Centro de Estudos Clássicos. Série Autores Gregos e Latinos – tradução, introdução e comentário. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2008. Disponível em: [https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/2412/7/vidas\\_teseu\\_e\\_romulo.pdf](https://digitalis-dsp.uc.pt/jspui/bitstream/10316.2/2412/7/vidas_teseu_e_romulo.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

POLYBIUS. **The Histories of Polybius**. 2 v. Translated from the texto of F. Hultsch by Evelyn S. Shuckburgh, M. A. London: MacMillan and Co. and New York, 1889. Salt Lake City: Project Gutenberg Literary Archive Foundation, 2013. Disponível em: <http://www.gutenberg.org/ebooks/author/42603>. Acesso em: 20 fev. 2020.

POPPER, Karl Raimund. **A sociedade aberta e seus inimigos**. Tradução de Milton Amado. Belo Horizonte: Itatiaia; São Paulo: USP, 1974.

PORTUGAL. Assembleia da República. **Lei n. 45/78, de 11 de julho**. [S.l.], 1978. Disponível em: <https://dre.pt/application/file/a/297973>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PORTUGAL. **Constituição da República Portuguesa**. [S.l.]: Diário da República Eletrônico, [s.d.]. Disponível em: <https://dre.pt/crp-parte-i>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PORTUGAL. Decreto do Presidente da República n. 25/92, de 3 de novembro. Disponível em: [https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms\\_c102\\_pt.pdf](https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/normativeinstrument/wcms_c102_pt.pdf). Acesso em: 20 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 39/84**. Processo n. 6/83. Relator: Cons. Vital Moreira, 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 353/12**. Processo n. 40/12. Relator: Cons. João Cura Mariano, 2012. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20120353.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 396/11**. Processo n. 72/11. Relator: Cons. Joaquim de Sousa Ribeiro, 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. **Acórdão n. 509/02**. Processo n. 768/02. Relator: Cons. Luís Nunes de Almeida, 2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

POSSENTI, Sírio; BARONAS, Roberto Leiser. A linguagem politicamente correta no Brasil: uma língua de madeira? **Polifonia**. v. 12, n. 2. Cuiaba: EdUFMT, 2006.

PRIEUR, Michel. O princípio da proibição de retrocesso no cerne do direito humano ao meio ambiente. **Revista Direito à Sustentabilidade**, v. 1, n. 1, p. 20-33, dez. 2014. [S.l.]: UNIOESTE, 2014. Disponível em: <http://saber.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/11045>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PRIEUR, Michel. Le principe de non regression “au cœur” du droit de l’homme a l’environnement. **Revista Direito à Sustentabilidade**, v. 1, n. 2, p. 133-146, jun. 2015. [S.l.]: UNIOESTE, 2015. Disponível em: <http://saber.unioeste.br/index.php/direitoasustentabilidade/article/view/12361>. Acesso em: 20 fev. 2020.

PUGLIESI, Márcio. Resposta à Questão: O que é Esclarecimento?. **Cognitio: Revista de Filosofia**, [S.l.], v. 13, n. 1, p. 145-154, out. 2012. [São Paulo]: PUCSP, 2012. Disponível em: <https://revistas.pucsp.br/cognitiofilosofia/article/view/11661/8392>. Acesso em: 20 fev. 2020.

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

QUINTELA, Guilherme. **Segurança Jurídica e Proteção da confiança: a justiça prospectiva na estabilização das expectativas no direito tributário brasileiro**. Prefácio de Misabel Abreu Machado Derzi. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

RAMOS, Itamar de Ávila; BUSSINGUER, Elda Coelho de Azevedo. **Princípio da vedação de retrocesso e financiamento da seguridade social no Brasil**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2018.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva Ramos. **Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental**: aplicabilidade. Curitiba: Juruá, 2009.

RAPOPORT, Anatol. Aspectos matemáticos da análise geral dos sistemas. In: BERTALANFFY, Ludwig von. et al. **Teoria dos Sistemas**. Tradução de Maria da Graça Lustosa Becskházy. 1. ed, p. 21-46. Rio de Janeiro: FGV, 1976.

RAWLS, John. El derecho de gentes. In: **Isegoría**, n. 16, p. 5-36, maio 1997. Madrid: CSIC, 1997. Disponível em: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/view/182>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.3989/isegoria.1997.i16.182>.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 25. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

REIS, Daniela Muradas. **O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho**. São Paulo: LTr, 2010.

RIBEIRO, Jorge Ponciano. A resistência olha a resistência. In: **Psicologia: Teoria e Pesquisa**, v. 23, n. especial, 2007, p. 73-78. Brasília, DF: UnB, 2007. Disponível em [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-37722007000500014&lng=pt&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-37722007000500014&lng=pt&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. <https://doi.org/10.1590/S0102-37722007000500014>.

ROCHA, Leonel Severo; KING, Michael; SCHWARTZ, Germano. **A verdade sobre a autopoiese no direito**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

ROCHA, Leonel Severo; SCHWARTZ, Germano; CLAM, Jean. **Introdução à teoria do sistema autopoietico do direito**. 2. ed. rev. ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

RODRIGUES, Léo Peixoto. Analogias, modelos e metáforas na produção do conhecimento em ciências sociais. In: **Pensamento Plural**, n. 1, julho/dezembro 2007, p.11-28. Pelotas: UFP, 2007.

RODRIGUES, Léo Peixoto. Da fisiologia à sociologia?: Elementos para uma revisão da história teórica da sociologia sistêmica. In: **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 28, n. 82, jun. 2013, p. 165-178. São Paulo: ANPOCS, 2013, p. 176. Disponível em: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-69092013000200010&lng=en&nrm=iso](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69092013000200010&lng=en&nrm=iso). Acesso em: 20 fev. 2020. DOI: <http://dx.doi.org/10.1590/S0102-69092013000200010>.

RODRIGUES, Léo Peixoto; NEVES, Fabrício Monteiro. **A sociologia de Niklas Luhmann**. Petrópolis (RJ): Vozes, 2017.

RODRIGUEZ, José Rodrigo. **Como Decidem as Cortes?:** para uma crítica do direito (brasileiro). FGV: 2013.

ROTTERDAM, Erasmo de. **Elogio da Loucura**. Tradução de Pietro Nassetti. São Paulo: Martin Claret, 2001.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Rousseau**: vida e obra. Os pensadores. São Paulo: Abril Cultural, 1983.

SAGANISTAS [O Paradoxo da tolerância pelo filósofo Karl Popper], 15 de agosto de 2017. Disponível em:  
<https://www.facebook.com/saganistas/photos/p.2020653704835104/2020653704835104/?type=1>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SANDEL, Michael J. **Justiça** – o que é fazer a coisa certa? Tradução de Heloisa Matias e Maria Alice Máximo. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013.

SANTOS, Boaventura de Sousa. O Estado, a sociedade e as políticas sociais: o caso das políticas de saúde. In: **Revista Crítica de Ciências Sociais**, n. 23, set. 1987, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra. Disponível em:  
[http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado\\_Sociedade\\_Politicais\\_Sociais\\_RC\\_CS23.PDF](http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Estado_Sociedade_Politicais_Sociais_RC_CS23.PDF). Acesso em 20 fev. 2020.

SANTOS, Milton. **Território e sociedade**. Entrevista com Milton Santos. 2. ed. São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. **Constituição e Segurança Jurídica**: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada – estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed. rev. e ampl. 1. reimp., p. 85-129. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional, 13. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade. In: **Revista da Faculdade de Direito da UFRGS**, v.17, 1999, p.111-132. Porto Alegre: UFRGS, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. **Direito constitucional ambiental**: Constituição, direitos fundamentais e proteção do ambiente. 3. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

SCHIER, Adriana Costa Ricardo. **Serviço público**: garantia fundamental e cláusula de proibição de retrocesso social. Curitiba: Íthala, 2016.

SCHLENKER, Rolf-Ulrich. **Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz**: Aspekte verfassungsrechtlicher Einwirkung auf die Stabilität sozialer Rechtslagen. Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht, v. 79. Berlin: Duncker-Humblot, 1986. Disponível em:  
<https://elibrary.duncker-humblot.com/publication/b/id/37972/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SCHRADER, Dorothy V. The Newton-Leibniz Controversy concerning the Discovery of the Calculus. **The Mathematics Teacher**, v.55, n. 55, may 1962, p. 385-396. [S.l.]: National Council of Teachers of Mathematics, 1962. Disponível em:  
<http://www.jstor.org/stable/27956626>>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SCHRÖDINGER, Erwin. **What is Life?:** the physical aspect of the living cell. [S.l.]: 1944. Disponível em: <http://www.whatislife.ie/downloads/What-is-Life.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SCHWARTZ, Germano; PŘIBÁŇ, Jiří; ROCHA, Leonel Severo. **Sociologia sistêmico-autopoiética das constituições**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHWARZER, Helmut. Previdência e promessas duvidosas. **O Estado de S. Paulo**, São Paulo, 12 nov. 1997. Mercado, Opinião Econômica. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/fsp/dinheiro/fi121102.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020

SCHWARZER, Helmut; PEREIRA, Eduardo da Silva; PAIVA, Luis Henrique. **Projeções de Longo Prazo para o regime geral de previdência Social:** o debate no fórum nacional de previdência social. Série Seguridade Social. Textos para Discussão n. 1405. Brasília, DF: IPEA, jun. 2009, passim. Disponível em: [http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com\\_content&view=article&id=4732](http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=4732). Acesso em: 20 fev. 2020.

SCLIAR, Moacyr. **Pequena história da usura**. Folha de São Paulo, domingo, 8 de maio de 1983. In: BANCO DE DADOS DA FOLHA. São Paulo: Folha de São Paulo, [s.d.]. Disponível em: <http://almanaque.folha.uol.com.br/moacyrscliar1.htm>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SERPA, Luiz Gustavo Martins. **A sociedade aberta e seus amigos:** o conceito de sociedade aberta no pensamento político de Popper, Schumpeter, Hayek e Von Mises. Tese (Doutorado em Ciência Política) – Universidade de São Paulo, São Paulo, 2007.

SETTI, Rennan; NETO, João Sorima. Com reforma, 4 milhões de brasileiros devem aderir à previdência privada em cinco anos. **O Globo**, [S.l.], 11 de agosto de 2019. Disponível em: <https://oglobo.globo.com/economia/com-reforma-4-milhoes-de-brasileiros-devem-aderir-previdencia-privada-em-cinco-anos-23869473>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SHANNON, Claude Elwood. A Mathematical Theory of Communication. In: **The Bell System Technical Journal**, v. 27, p.379-423, 623-656, July, October, 1948. [S.l.]:1948. Disponível em: <https://www.qsl.net/n9zia/pdf/shannon1948.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SHANNON, Claude Elwood. WEAVER, Warren. **The Mathematical Theory of Communication**. [S.l.]: The University of Illinois Press; Urbana, 1964.

SILVA, Artur Stamford da. **10 lições sobre Luhmann**. Petrópolis: Vozes, 2016.

SILVA, Artur Stamford da. Niklas Luhmann: 20 anos do sociedade da sociedade. O lugar do ao mesmo tempo na teoria do direito. In: **Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito – RECHTD**, v. 10, n. 1, jan.-abr. 2018, p. 27-40. São Leopoldo: Unisinos, 2018. Disponível em: <http://www.revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/rechtd.2018.101.03>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SILVA, Diego Nassif da. **Inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho:** o conceito de pessoa com deficiência e sua aplicação jurídica. Curitiba: Juruá, 2013.

SILVA, Marcos Fabrício Lopes da. O idiota da aldeia e o portador da verdade. **Jornal de Debates**, ed. 856, 23 de junho de 2015. Disponível em: <http://observatoriodaimprensa.com.br/jornal-de-debates/o-idiota-da-aldeia-e-o-portador-da-verdade/>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SILVA, Jairo José da. O segundo problema de Hilbert. **Revista Brasileira de História da Matemática**, v. 3, n. 5, p. 29-37, abril-setembro de 2003. [S.l.]: Sociedade Brasileira de História da Matemática – SBHMat, 2003. Disponível em: <http://www.rbhm.org.br/vo3-no5.html>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 17. ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA, Ronny Carvalho da. **O direito fundamental à segurança no constitucionalismo luso-brasileiro**. 1. ed. Curitiba: Prismas, 2016.

SILVA, Virgílio Afonso da. **Direito fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SILVINO, Santin. **A biomecânica entre a vida e a máquina: um acesso filosófico**. 2. ed. Ijuí: Unijuí, 2000.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto. **Curso de hermenêutica jurídica contemporânea: do positivismo clássico ao pós-positivismo jurídico**. Curitiba: Juruá, 2014.

SIMIONI, Rafael Lazzarotto et al. Direitos e gradualismo autopoietico: o debate entre Luhmann e Teubner a respeito da autopoiese jurídica como um processo gradativo. In: **Argumenta Journal Law**, n. 24, p. 281-300, jul. 2016. Jacarezinho: UENP. Disponível em: <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/758>. Acesso em: 20 fev. 2020. doi:<http://dx.doi.org/10.35356/argumenta.v0i24.758>.

SIMONETTI, José Augusto. **O princípio da proteção da confiança no direito administrativo brasileiro: estabilidade de atos e limitação da discricionariedade administrativa**. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.

SOARES, Dilmanoel de Araujo. **Direito sociais e o princípio da proibição do retrocesso social**. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

SOARES, José Luis. **Biologia no terceiro milênio**, v. 2. São Paulo: Scipione, 1999.

SOUZA, Victor. **Proteção e promoção da confiança no direito previdenciário**. Curitiba: Alteridade, 2018.

SPENCER-BROWN, George. **Laws of form**. New York: The Julian Press Inc., 1972.

STRAPAZZON, Carlos Luiz. A dança dos números: as contas da Previdência e da Seguridade Social depois da Auditoria do TCU de 2017. In: **Espaço Jurídico Journal of Law**, v. 18, n. 3, p. 791-828, 20 dez. 2017. Joaçaba: UNOESC, 2017. Disponível em:

<https://portalperiodicos.unoesc.edu.br/espacojuridico/article/view/16386>.  
DOI:<https://doi.org/10.18593/ejil.16386>).

STRECK, Lenio Luiz. **O que é isto: decido conforme minha consciência?** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK. Lenio Luiz. **Senso Incomum: o pan-principiologismo e o sorriso do lagarto**. In: **Revista Consultor Jurídico**, São Paulo, 22 mar. 2012. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2012-mar-22/senso-incomum-pan-principiologismo-sorriso-lagarto>. Acesso em: 20 fev. 2020.

THE POST-REFORMATION DIGITAL LIBRARY – PRDL. **Bartholomäus Keckermann**. Grand Rapids: Junius Institute, [s.d.]. Disponível em: [http://www.prdl.org/author\\_view.php?a\\_id=6](http://www.prdl.org/author_view.php?a_id=6). Acesso em: 20 fev. 2020.

THE WORLD BANK. **Growing Old in na Older Brazil: implications of population ageing on growth, poverty, public finance, and service delivery**. Washington, 2011, passim. Disponível em: <http://documents.worldbank.org/curated/en/906761468226151861/Growing-old-in-an-older-Brazil-implications-of-population-aging-on-growth-poverty-public-finance-and-service-delivery>. Acesso em: 20 fev. 2020.

THE WORLD BANK. **Skills and Jobs in Brazil: an agenda for youth**. Washington, 2018, p.34. Disponível em: <https://openknowledge.worldbank.org/bitstream/handle/10986/29958/9781464812934.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020

TRINDADE, André. **Para entender Luhmann e o direito como sistema autopoietico**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TSIEN, Hsue-Shen. **Engineering Cybernetics**. New York: McGraw-Hill, 1954.

UNESCO. **Towards Knowledge Societies**. França: UNESCO, 2005. Disponível em: <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000141843>. Acesso em: 20 fev. 2020.

UNIÃO EUROPEIA. **Carta Social Europeia**, 18 de outubro de 1961. Turim (Italia): União Europeia, 1961. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/sip/euro/7.htm> . Acesso em: 20 fev. 2020.

UNIVERSITY OF GRONINGEN. **American History: from revolution to reconstruction and beyond – The Letters of Thomas Jefferson 1743-1826: to James Madison Paris, Sep. 6, 1789**. Disponível em: <http://www.let.rug.nl/usa/presidents/thomas-jefferson/letters-of-thomas-jefferson/jeffl81.php>. Acesso em: 20 fev. 2020.

VALENTE, Ivan. **Voto em separado na CPI destinada a investigar a dívida pública da União, Estados e Municípios [...]**. Brasília, DF: Câmara dos Deputados, 2010. Disponível em: <https://www.auditoriacidada.org.br/wp-content/uploads/2012/08/Voto-em-separado.pdf>. Acesso em : 20 fev. 2020.

VAZ, Paulo Afonso Brum; FLORES, Vinicius Letti. O impeachment e o acoplamento estrutural entre os sistemas político e jurídico. **Revista Direitos Fundamentais &**

**Democracia**. v.21, n. 21, dez. 2016, edição temática: impeachment, p.106-135. Curitiba: Unibrasil, 2016.

VEJA. Governo quer pacto federativo e reforma tributária neste ano, diz Guedes. In: **Revista Veja**, Economia, 26 jul. 2019. São Paulo: Abril, 2019. Disponível em: <https://veja.abril.com.br/economia/governo-quer-pacto-federativo-e-reforma-tributaria-neste-ano-diz-guedes/>. Acesso em 20 fev. 2020.

VILLAS BÔAS FILHO, Orlando. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Max Limonad, 2006.

WEBBER, Suelen da Silva. **Decisão Judicial e Estabilização Social**: legitimação pelo procedimento na sociedade complexa. Curitiba: Juruá, 2017.

WIENER, Norbert. **Cibernética**: ou controle e comunicação no animal e na máquina. Tradução de Gita K. Guinsburg. São Paulo: Perspectiva, 2017.

WIGGLESWORTH, Robin. Sistema de pensões nos EUA ameaça aposentadoria de americanos. **Folha de S. Paulo**, Mercado, 22 set. 2016. São Paulo, 2016. Disponível em: <https://www1.folha.uol.com.br/mercado/2016/09/1815860-sistema-de-pensoes-nos-eua-ameaca-aposentadoria-de-americanos.shtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

WIKIQUOTE. **Douglas Mac Arthur**. Disponível em: [https://en.wikiquote.org/wiki/Douglas\\_MacArthur](https://en.wikiquote.org/wiki/Douglas_MacArthur) . Acesso em: 20 fev. 2020.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. São Paulo: Saraiva, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Historia y constitución**. Miguel Carbonell (trad.). Torino: Minima Trotta, 1996.

ZAPATER, Tiago Cardoso Vaitekunas. **Reformas processuais na teoria dos sistemas**: certeza do direito e as decisões judiciais. De acordo com o novo código de processo civil. Curitiba: Juruá, 2016.

ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. **O direito previdenciário e o princípio da vedação do retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013.

ZWEIG, Stefan. **Brasil, país do futuro**. Odilon Gallotti (trad.). [S.l.]: Ridendo Castigat Moraes, 2001. Disponível em: <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/paisdofuturo.pdf>. Acesso em: 20 fev. 2020.