

REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO: CONTORNO TEÓRICO E APLICABILIDADE PRÁTICA¹

Antonio Francisco Gomes de Oliveira²

Sumário: Introdução. Capítulo I - Direitos sociais: aspectos relevantes para o desenvolvimento do tema. 1.1 Breve esboço histórico. 1.2 Gerações/Dimensões. 1.3 Jellinek e o status positivo. 1.4 Conceitos e características. Capítulo II - A fundamentalidade dos direitos sociais. 2.1 A Dificuldade de compreensão do que sejam direitos fundamentais. 2.2 Direitos sociais como direitos fundamentais. Capítulo III - A eficácia dos direitos sociais. Capítulo IV- Princípio da proibição de retrocesso social. 4.1 Considerações gerais. 4.2 Origem e desenvolvimento do princípio. 4.3 Conceito. 4.4 Substrato jurídico. 4.5 Breves comentários sobre precedentes do Supremo Tribunal Federal. 4.5.1 ADI nº 2065-0. 4.5.2 ADI nº 3104-0 DF. 4.5.1 Outros julgados. 4.6 Argumentos favoráveis e desfavoráveis. 4.6.1 Argumentos favoráveis. 4.6.2 Argumentos desfavoráveis. 4.7 A desnecessidade de aplicação prática do princípio no Brasil. Considerações finais. Referências.

¹ Salvo pequenas alterações, cuida-se de relatório apresentado na disciplina Direito Constitucional, sob a regência do Professor Doutor Jorge Reis Novais, como requisito parcial para habilitação no Mestrado Científico em Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, ano letivo 2011/2012.

² Juiz de Direito Titular da Comarca de Itainópolis – PI; Professor de Pós-graduação da Disciplina Processo Penal I na Escola da Magistratura do Estado do Piauí – ES-MEPI; Pós-graduado em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Piauí; Mestrando em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL.

INTRODUÇÃO



progresso do direito constitucional, em especial os direitos do homem nele estudados, são produtos da evolução dos direitos fundamentais conquistados paulatinamente - e de maneira bastante árdua - no decorrer da história mundial, o que não significa que os últimos sejam os mesmos e tenham atingido idêntico grau de amadurecimento e efetivação em todas as partes do planeta, dada as características de regimes, sistemas e formas de governos adotados por cada Estado.

Nesse contexto, ultrapassadas as revoluções, guerras, mudanças de regimes políticos, e, sobretudo, de pensamentos arraigados no seio de algumas sociedades pretéritas, o homem conseguiu e vem maturando uma tutela racional e efetiva dos seus direitos, designadamente alicerçado naquilo que se “convencionou” chamar de dignidade da pessoa humana.

Com efeito, após o surgimento do constitucionalismo moderno³ tornou-se possível a positivação de enunciados normativos consagradores de direitos fundamentais, em especial os direitos negativos ou tidos como de primeira geração (ou dimensão conforme se prefira). Tal fato, mesmo sendo inextinguívelmente elogiável em um primeiro momento da história, não foi - nem tampouco tem sido suficiente - para suprir todas as

³ De acordo com magistério de Canotilho, o movimento constitucional que gerou a Constituição em sua acepção moderna possui diversas origens com tempo e espaços distintos. Rigorosamente, não há um único constitucionalismo, mas vários deles, tal qual o americano, o inglês e o Francês, por exemplo. Cada um dos movimentos constitucionais com características locais, mas também com traços que por vezes se aproximam, culminando numa ligação histórico-cultural. Logo prefere discorrer acerca de diversos movimentos constitucionais à diversos constitucionalismos como melhor forma de delimitar a noção elementar de constitucionalismo. E arremata: “Constitucionalismo é a teoria (ou ideologia) que ergue o princípio do governo limitado indispensável à garantia dos direitos em dimensão estruturante da organização político-social de uma sociedade”. CANOTILHO, José Joaquim. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. Ed. (2ª reimpressão). Coimbra: Edições Almedina, 2003. p 51.

demandas relativas aos direitos do homem, em especial no que toca aos chamados direitos prestacionais.

Tais direitos, ditos de segunda geração - aí englobados os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais demandam prestações positivas do Estado -, não foram concretizados na mesma proporção que foram prometidos ou disciplinados nos textos constitucionais.

A partir dessa e de outras constatações, observa-se que o simples reconhecimento dos direitos, nos moldes efetivados nos direitos negativos, não é suficiente, de *per si*, para solucionar a imensidão de demandas por direitos existentes no seio social. Nesse mote, o problema hodierno não se relaciona tanto com o reconhecimento, mas com a efetivação⁴ dos direitos estabelecidos como fundamentais pelas Constituições dos Estados, o que faz emergir - de maneira acentuada - a necessidade de concretizar direitos que requerem ações positivas dos poderes públicos.

Não alheio a tal problema, muito pelo contrário, talvez mais inserido ainda do que outros países, cumpre analisar a sistematização e o comportamento dos referidos direitos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro. A partir daí, buscar-se-á entender o gracioso rol de direitos reconhecidos na Constituição Federal de 1988, o que eleva as expectativas das demandas sociais em detrimento de bens cada vez mais escassos, que dificultam uma contrapartida estatal para a sua manutenção, solucionados na sua esmagadora maioria com o dispêndio de recursos orçamentários que não contemplam todos os anseios da massa.

Assim sendo, cabe refletir se, diante de eventuais crises econômico-financeiras, contingências diversas de caixa ou mesmo frente à liberdade de conformação do legislador, é possível a implantação de uma legislação que diminua, restrinja ou

⁴ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 23.

até mesmo suprime direitos até então previstos no ordenamento jurídico, sob argumento de invocação de um possível acolhimento do famigerado princípio da proibição de retrocesso social.

Ademais, cumpre perquirir se tal princípio, nos moldes propalados no direito alienígena, encontra, de fato, sustentação jurídica no ordenamento jurídico brasileiro, a ponto de considerá-lo como princípio autônomo e imprescindível para o sistema jurídico, sobretudo o controle de constitucionalidade de leis.

O presente trabalho está estruturado em quatro capítulos, dos quais o primeiro trilhará alguns aspectos considerados relevantes para o desenvolvimento do tema, tais como um breve histórico dos direitos fundamentais, entre eles os sociais, incursionando pelas gerações de direitos, o *status* positivo de Georg Jellinek, além de conceitos e características. O segundo capítulo trabalhará com a celeuma da fundamentalidade dos direitos sociais, perpassando inicialmente a própria dificuldade de se entender o que sejam direitos fundamentais para, logo em seguida, analisar o grupo dos direitos sociais aí incluídos. Já no terceiro capítulo, abrir-se-á a discussão acerca da eficácia dos direitos sociais, demonstrando as dificuldades de aplicação dos mesmos para, então, introduzir-se o quarto e último capítulo, que versará exclusivamente sobre o princípio da proibição de retrocesso social, mostrando entre outros aspectos, seus contornos teóricos e aplicabilidade prática no Brasil. Por derradeiro, serão apresentadas as principais considerações a que se chegou com o desenvolvimento do trabalho.

Fica consignado, desde já, que, sem embargo de outras denominações trazidas pela doutrina, será acolhida neste trabalho a mais usual entre os estudiosos brasileiros e lusitanos⁵, qual seja, o princípio de proibição de retrocesso social.

⁵ Tendo em vista a forte influência da doutrina portuguesa para o estudo e desenvolvimento do princípio no Brasil.

CAPÍTULO I - DIREITOS SOCIAIS: ASPECTOS RELEVANTES PARA O DESENVOLVIMENTO DO TEMA

Não se descarta que o estudo dos direitos sociais possui um enorme arcabouço de informações e matizes a serem explorados. No entanto, considerando que o escopo principal do presente trabalho concentra-se no estudo do princípio da proibição de retrocesso social, o capítulo ora inaugurado limitar-se-á a fazer uma ligeira abordagem de pontos considerados relevantes para a contextualização e desenvolvimento entre os direitos sociais e o princípio acima apontado, conforme será visto doravante.

1.1 BREVE ESCORÇO HISTÓRICO

Discorrer sobre o processo histórico que conduziu a evolução dos direitos fundamentais, nele incluídos os direitos sociais, é, sem dúvida, uma tarefa que, por si só, já justificaria, no mínimo, um trabalho científico específico somente para comentar o assunto. Não obstante, considerando os objetivos do presente artigo, num hercúleo esforço de síntese, limitar-se-á descrever um brevíssimo esboço da história de tais direitos, enumerando suas principais fases, bem como destacando, por necessário, a trajetória dos direitos sociais, na procura de sublinhar os aspectos mais importantes concernentes ao tema.

Klaus Stern, resumindo o histórico dos direitos fundamentais até o reconhecimento nas primeiras Constituições escritas, aponta três etapas: a) uma pré-história, que vai até o século XVI; b) uma fase intermediária, correspondente ao período de elaboração da doutrina *jusnaturalista* e da afirmação dos direitos naturais do homem; c) a fase da constitucionalização, iniciada no ano de 1776, com as sucessivas declarações de direitos dos novos Estados americanos.⁶

⁶ STERN, Klaus. Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, vol. III/1, Mün-

Partindo-se das referidas etapas, pode-se dizer que os direitos sociais, de forma mais acentuada e definida, somente surgem⁷ na terceira fase, porém em um período bem mais adiantado, com o declínio do Estado liberal e início do Estado Social, durante o final do século XIX e início do século XX, sobretudo após as experiências políticas que sucederam a 1ª guerra mundial.

O novo modelo de Estado constitucional - configurado de maneira originária nas Constituições mexicana de 1917, de Weimar, na Alemanha em 1919, e retomado posteriormente em diversas Constituições do segundo pós-guerra - constituirá o quadro histórico por excelência de recepção e preservação do princípio do Estado de Direito nas condições do século XX.⁸

Com o impacto ocasionado pela 1ª guerra mundial, houve uma profunda alteração na forma de conceber as relações entre o Estado e a sociedade, desmontando-se o otimismo liberal fundado na ideia de justiça imanente às relações sociais autônomas e livremente desenvolvidas a partir de uma autorregulação do mercado. A partir de então, o Estado reconhecia a necessidade de superar os pressupostos do liberalismo e avocava - no afã de buscar a justiça social - a via para a integração

chen: C.H. Beck, 1988. p. 56. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 44.

⁷ BOBBIO discorrendo sobre “os direitos do homem de hoje” preconiza que: “os direitos sociais sob forma de instituição da instrução pública e de medidas a favor do trabalho para os ‘pobres válidos que não puderam consegui-lo’ fazem sua primeira aparição no título I da Constituição Francesa de 1791 e são reafirmados solenemente nos artigos 21 e 22 da Declaração dos Direitos de junho de 1793”. BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p. 206. Novais destaca também que os antecedentes da atividade assistencial do Estado já são percebidas no século XIX ou, quiçá, antes, tendo em vista que desde o século XVII, a Grã Bretanha, a partir das *poorlaws*, já procurava organizar e sistematizar a assistência social. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 180.

⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 179.

das camadas sempre esquecidas, o que o Estado liberal era incapaz de resolver.

Tais mudanças na vida do cidadão em detrimento do Estado traduzem-se em uma nova configuração da esfera de autonomia individual, onde, paralelo aos direitos de liberdade clássicos, surgem agora os chamados direitos sociais, que exigem prestações do Estado. Na realidade, o Estado social é vislumbrado, essencialmente, como um Estado que é capaz de garantir a integração existencial.⁹

“Estado assistencial”, “Estado-Providência”, “*Welfare State*”, “Estado de bem-estar” e, até mesmo, “Estado de partidos”, “Estado de associações” e “Estado administrativo”, são expressões com pontos comuns ou mesmo com identidades fundamentais, que procuram trazer à tona o conceito mais amplo de Estado Social. Advirta-se, porém, como muito bem ressaltado por Jorge Reis Novais, que o Estado social surge como conceito mais apto para expressar, em toda a sua extensão, a natureza específica do novo tipo de relações entre o Estado, o cidadão e a sociedade.¹⁰

Portanto, é nesse contexto de mudanças socioeconômicas que emergem as balizas para o reconhecimento e desenvolvimento dos direitos de segunda dimensão ou direitos sociais, cujas características se passam a lançar as luzes que seguem.

1.2 GERAÇÕES/DIMENSÕES

Os direitos fundamentais tradicionalmente são divididos em três grupos alusivos ao ideário da revolução francesa ocorrida no século XVIII, a saber: liberdade, igualdade e fraternidade.¹¹

⁹ Ibid., p. 185-187.

¹⁰ Ibid., p. 187-188.

¹¹ Conforme pondera BONAVIDES, o lema revolucionário do século XVIII, exprimiu em três princípios cardeais todo o conteúdo possível dos direitos fundamentais, chegando, até mesmo, profetizar a sequência histórica da gradativa institucionaliza-

Nessa ordem de ideias, em sua essência, o primeiro grupo – liberdade - toca às escolhas e à autonomia dos indivíduos, aos direitos civis e políticos, dispensando qualquer ação estatal direta para haver seu exercício pelas pessoas, bastando que elas apenas tenham a oportunidade e a capacidade de exercer suas liberdades.

No segundo grupo – igualdade - compreendem-se os direitos sociais, culturais e econômicos, relacionados com a implementação das liberdades, na medida em que se torna necessária uma ação estatal direta ou prestacional, no intuito de munir às pessoas de oportunidades para o exercício de suas liberdades.

Por derradeiro, o terceiro grupo de direitos – fraternidade - emerge da necessária cooperação e solidariedade para formação de uma sociedade organizada, costurando, portanto, todos os grupos, de forma a denotar que os direitos fundamentais possuem como destinatário o gênero humano, ou seja, são de todos e por estes e pelo Estado devem ser respeitados.

Jorge Miranda, discorrendo sobre os direitos fundamentais na história, após indicar a existência de até quatro gerações de direitos, pondera que, embora a referida maneira de ver o tema possa ajudar a vislumbrar as distintas épocas de surgimento dos direitos, o termo geração de direitos apresenta-se enganador, tendo em vista que sugere uma sucessão de categorias de direitos, umas substituindo às outras quando o que se verifica no Estado social de direito é o enriquecimento cumulativo, respondendo às novas exigências das pessoas e sociedades.¹²

Paulo Bonavides, por sua vez, além de apontar a existência de uma quarta geração de direitos fundamentais - ligados

ção: liberdade, igualdade e fraternidade. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 562.

¹² MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2012. vol. IV. p. 30.

à globalização política, à democracia, o direito à informação e ao pluralismo - também evoca uma quinta geração de direitos. Referida geração estaria atrelada ao direito à paz, tendo por pressuposto que a dignidade jurídica da paz - derivada do reconhecimento universal da mesma para a convivência humana e como elemento conservador da espécie - conduz ao reino da segurança dos direitos.¹³

No presente trabalho, dada a sua especificidade em torno do princípio da proibição de retrocesso social, deter-se-á essencialmente sobre os direitos sociais ou de segunda geração/dimensão, e, de quando em vez, como forma ilustrativa, recorrer-se-á a breves referências às demais dimensões.

1.3 JELLINEK E O *STATUS POSITIVO*

É consabido que os direitos fundamentais desempenham uma gama de funções na ordem jurídica, conforme o seu campo específico de tutela. Com efeito, tais direitos ora asseguram aos indivíduos o direito de defesa frente a uma possível ingerência abusiva do Estado, ora legitimam a exigência de atuação positiva estatal, além de poderem assegurar ao indivíduo o direito de participação.

Nesse contexto, emerge a teoria dos direitos subjetivos públicos, a qual, partindo da concepção do Estado como pessoa jurídica que mantém com os particulares relações de caráter jurídico, considera o mesmo e os particulares – igualmente considerados como sujeitos de direitos – titulares de posições subjetivas que, na proporção em que são protegidas pelo Direito, apresentam-se como direitos subjetivos e correspondentes deveres.¹⁴

Discorrendo sobre a referida teoria, Novais esclarece

¹³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2008. p. 570-584.

¹⁴ NOVAIS, op. cit., p. 81-82.

que Jellinek foi seu grande expoente, tendo em vista que o autor alemão fez da citada construção um elemento indissociável da teoria da autolimitação do Estado e do Estado de Direito. Desse modo, preconiza que:

Para Jellinek a nota distintiva do Estado moderno é o reconhecimento dos seus súditos como pessoas, como sujeitos de direito capazes de “reclamar eficazmente a tutela jurídica do Estado”. [...] Pelo simples fato de pertencer ao Estado, o indivíduo situa-se, nas relações que com ele estabelece, em condições juridicamente relevantes. Ora, “as pretensões jurídicas que resultam de tais condições são o que se designa por direitos subjetivos públicos. Os direitos subjetivos públicos consistem, pois, [...] em pretensões jurídicas que resultam diretamente de condições jurídicas.”

Nesse diapasão, levando em consideração os diferentes estágios da posição do indivíduo em relação ao Estado, vem à tona a famosa classificação dos direitos subjetivos públicos, firmada no final do século XIX, por George Jellinek, conhecida como teoria dos (quatro) status, a saber: status passivo, status negativo, status positivo e status ativo¹⁵.

Dentro da referida classificação, os direitos sociais estariam incluídos no *status* positivo ou *status civitatis*, tendo em vista que estão compreendidos na situação em que o indivíduo possui direito a prestações que devem ser fornecidas pelo Estado. Como muito bem resume Robert Alexy, “o cerne do *status* positivo revela-se como o direito do cidadão, em face do Estado, a ações estatais”¹⁶.

Com percuciente análise, Novais, embora atribuindo outros sinônimos aos estágios da posição do indivíduo frente ao Estado, obtempera que os mesmos estão sucessivamente escalonados num processo da vontade do indivíduo, que do dever de prestações ao Estado passa ao direito a prestações do

¹⁵ NOVAIS, op. cit., p. 84.

¹⁶ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã. Malheiros editores. 2008. p. 265.

Estado e, por fim, às prestações por conta do Estado.¹⁷ Da arguta observação, tem-se, pois, que os direitos sociais encontram-se na “confortável posição” de exigir que o Estado atue positivamente, realizando uma prestação em seu favor, fato que invariavelmente trará à baila a necessidade de dispêndios financeiros para poder concretizá-los.

1.4 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DOS DIREITOS SOCIAIS

Os conceitos apontados pela doutrina aos direitos sociais são os mais diversos, embora, no geral, consigam concentrar as mesmas características inerentes a tais direitos. No âmbito brasileiro, destaca-se o magistério de José Afonso da Silva, para quem os direitos sociais “são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciativas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem realizar a igualização de situações sociais desiguais”. São, portanto, direitos atrelados ao direito de igualdade.¹⁸

Para Alexy os direitos sociais ou direitos a prestação em sentido estrito, são aqueles que o indivíduo possui em face do Estado, em que se o primeiro dispusesse de meios financeiros suficientes e houvesse uma oferta satisfatória no mercado, também poderia conseguir dos particulares.¹⁹

Abstendo os direitos de terceira geração, os quais possuem características bem distintas, costuma-se com frequência procurar um divisor de águas entre os direitos de primeira e de segunda geração. Tais diferenças cingem-se, em síntese, ao seu objeto, ou seja, o objeto dos direitos de defesa é uma abstenção

¹⁷ NOVAIS, op. cit., p. 85.

¹⁸ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004). p. 286-287.

¹⁹ ALEXY, op. cit., p. 449.

do Estado – não fazer -, significando que tais direitos têm por finalidade tutelar o indivíduo contra abusividades cometidas pelo Estado, exigindo deste apenas prestações negativas.

Por seu turno, os direitos sociais têm por objeto uma atuação permanente do Estado – um fazer – revelado numa prestação positiva de natureza material ou fática em benefício do indivíduo, no intuito de lhe garantir o mínimo existencial, possibilitando-lhe, por conseguinte, os recursos materiais indispensáveis para uma existência digna, como atitude reflexa do modelo de Estado do Bem – Estar Social.

Novais, partindo da divisão dos direitos fundamentais em direitos de liberdade e direitos sociais, consegue, de forma bastante nítida, mostrar características marcantes dos mesmos, ao obtemperar:

Nos direitos de liberdade a norma constitucional de direitos fundamentais cria, ela própria, uma área juridicamente delimitada ou delimitável de livre acesso ou fruição de um bem ou interesse de liberdade protegido pelo direito fundamental. Com a referência “juridicamente delimitável” pretendemos significar uma determinabilidade individualizável do conteúdo concreto do direito fundamental suscetível de ser apurado pelo operador jurídico e, designadamente o juiz, através do recurso exclusivo de interpretação da norma constitucional de garantia.

E continua:

Por sua vez, nos direitos sociais a norma de direito fundamental traduz-se essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar cuja realização, todavia, por estar essencialmente dependente de pressupostos matérias, designadamente financeiros, não se encontra (ou pode deixar de estar) na inteira disponibilidade da decisão do Estado. Por esse facto, ou seja, pelo essencial condicionamento material e financeiro da prestação estatal, a norma constitucional não pode garantir, na esfera jurídica do titular real ou potencial do direito fundamental, uma quantidade juridicamente determinada ou determinável de acesso ao bem protegido.²⁰⁻²¹

²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 292-293.

Destarte, lançados breves lampejos acerca da compreensão do conceito e as características dos direitos sociais, é hora de perquirir eventual fundamentalidade ou não dos direitos sociais e, por conseguinte, seus respectivos desdobramentos práticos.

CAPÍTULO II - A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Do que fora visto até aqui, denota-se, desde logo, uma dificuldade de compreensão do que seja considerado direito fundamental, assim como saber se no referido entendimento estariam incluídos os direitos sociais, razão pela qual os dois questionamentos serão analisados em locais distintos.

2.1 A DIFICULDADE DE COMPREENSÃO DO QUE SEJAM DIREITOS FUNDAMENTAIS

Ao se referir à diversidade existente no plano dos direitos fundamentais, a doutrina, tanto nacional quanto estrangeira, tem se utilizado da expressão “catálogo de direitos fundamentais”. Nesse mote, utilizando-se aqui a referida expressão, pode-se preconizar que o catálogo de direitos fundamentais vem aumentando à medida que as exigências específicas da evolução humana assim as demandam.

Contudo, conceituar, sistematizar, separar e distinguir os “diversos tipos de direitos” não é algo tão fácil, como se possa eventualmente imaginar. Nesse passo, aduz Mendes que descobrir características básicas dos direitos fundamentais, não constitui tarefa meramente acadêmica e pode revelar-se impor-

²¹ O autor, em outra obra específica sobre os direitos sociais, aponta preciosa crítica à tradicional abordagem de distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais feita pela maior parte da doutrina sul-americana e espanhola. Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010. p. 33-34.

tante para resolver problemas concretos. Todavia, acrescenta o autor, que se trata de um esforço necessário para identificar direitos fundamentais implícitos fora do catálogo expresso da Constituição.²²

Na realidade, não existe um consenso entre os estudiosos não só do que sejam os direitos fundamentais²³, seu conceito e, até mesmo, sua mais adequada denominação, sendo comum tanto na doutrina quanto na jurisprudência o uso das mais diversas expressões²⁴ e de distintos sentidos para identificar os direitos da pessoa, enquanto homem e cidadão. Ou como anota Silva²⁵:

A ampliação e transformação dos direitos do homem no desenvolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e processo. Aumenta essa possibilidade a circunstância de se empregarem várias expressões para designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades públicas e direitos fundamentais do homem.

Hesse, citado por Bonavides, ao que se imagina, traça

²² MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva. 2009. p. 270.

²³ A expressão “direitos fundamentais” (*droitfondementaux*) foi, originariamente utilizada na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, na França, no ano de 1789. Enquanto a expressão “direitos humanos” costuma ser empregada em alusão aos direitos reconhecidos pela ordem jurídica supranacional, a expressão “direitos fundamentais” passou a se relacionar aos direitos expressamente positivados nas Constituições de cada país. LUÑO, Antonio Enrique Perez. *Derechos humanos, estado y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999, p. 30-31.

²⁴ Podem as expressões direitos humanos, direitos fundamentais ser usadas indiferentemente? Temos visto nesse tocante o uso promíscuo de tais denominações na literatura jurídica, ocorrendo porém o emprego mais frequente de direitos humanos e direitos do homem entre autores anglo-americanos e latinos, em coerência aliás com a tradição e a história, enquanto a expressão direitos fundamentais parece ficar circunscrita à preferência dos publicistas alemães. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atualizada e ampliada. Malheiros editores. p. 560.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. edição, revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004) p. 175.

uma diretriz do que entende sobre o assunto, quando assevera que “criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e na dignidade, eis aquilo que os direitos fundamentais almejam”.²⁶

Por seu turno, José Joaquim Gomes Canotilho, por ocasião do estudo dos direitos fundamentais, assevera que os mesmos serão estudados enquanto direitos jurídico-positivamente vigentes dentro de uma ordem constitucional, sendo a Constituição o local exato da referida positivação, sem a qual – acrescenta - “os direitos do homem são esperanças, aspirações, ideais, impulsos, ou, até, por vezes, mera retórica política”, mas não direitos tuteladas por normas e princípios de direito constitucional.²⁷

Já Novais, ao dissertar sobre a norma de direito fundamental, explica que a mesma é aquela que impõe ao Estado sempre um dever jurídico concernente à tutela de um bem, donde resulta, direta ou indiretamente, uma garantia efetiva ou potencial de acesso ao bem protegido pela norma aos cidadãos. Com efeito, além das obrigações objetivas que dele derivam para o Estado, um direito fundamental, quando vislumbrado sob a ótica da dimensão subjetiva, tem sempre como conteúdo - ainda que reflexo - uma posição jurídica subjetiva e fundamental de vantagem em relação a um bem jusfundamentalmente tutelado. E arremata:

“uma análise do catálogo constitucional dos direitos fundamentais mostra, contudo, que são muito diferenciados a natureza e o tipo dos bens protegidos pelas normas de direitos fundamentais”.²⁸

Entre possíveis conceitos, recorrentemente traz-se à baila os de fundamentalidade formal e fundamentalidade material.

²⁶ Konrad Hesse, Grundzuge *Apud* BONAVIDES, op. cit., p. 460.

²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 2 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 377.

²⁸ NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 125.

Miranda, discorrendo sobre o conceito formal, leciona que os direitos fundamentais são todos aqueles assim reconhecidos pelo texto constitucional.²⁹ Bonavides, por seu turno - fazendo alusão à teoria desenvolvida por Carl Schmitt, em *Verfassungslehre* -, preconiza a existência de dois critérios formais para que sejam identificados: 1) são direitos fundamentais todos aqueles nomeados e especificados no texto constitucional; 2) são direitos fundamentais aqueles que gozam de maior segurança da constituição, seja em razão de sua imutabilidade (leia-se, cláusulas pétreas) ou de procedimento que dificulte sua modificação.³⁰

Considerando que apenas critérios puramente formais mostram-se insuficientes para se reconhecer todos os direitos fundamentais, emerge então o conceito material. Para Ingo Wolfgang Sarlet, a fundamentalidade material decorre do fato de serem os direitos fundamentais o elemento constitutivo da Constituição material, que contém decisões fundamentais acerca da estrutura básica do Estado e da sociedade. Pondera ainda que, em relação à nota de fundamentalidade dos direitos fundamentais, apenas a análise de seu conteúdo enseja a verificação de sua fundamentalidade material, considerando a existência de decisões fundamentais sobre a estrutura do Estado e da sociedade, de modo relevante, no que toca à posição nesse ocupada pela pessoa humana.³¹

O ponto nevrálgico acerca da celeuma do que venha ser ou não direitos fundamentais, torna-se relevante, em especial no contexto brasileiro, por conta da consequência jurídica que provém do referido reconhecimento pelo Estado, o qual irá outorgar uma blindagem constitucional de cláusula pétrea, garantido, portanto, a imutabilidade a tais direitos. De toda sorte, irretocável se mostra a observação de Novais ao pontificar que,

²⁹ MIRANDA, op. cit., p. 8.

³⁰ BONAVIDES, op. cit., p. 561.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 88-89.

seja qual for o entendimento que se adote sobre os direitos fundamentais, essa expressão deve partir da premissa de que sob a mesma são tutelados posições, situações, faculdades, competências, deveres e obrigações bastante diversificados.³²

2.2 DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

Para além de saber o que de fato é considerado ou não como direito fundamental, certamente, é tema que está longe de consenso. No entanto, aproveitando a sistemática de estudo aqui desenvolvida, calha perquirir se, da mesma forma que os direitos de liberdade ou civis, os direitos sociais gozam ou não do “*status*” de direitos fundamentais.

Silva aduz que na doutrina francesa o pensamento cristão e a concepção dos direitos naturais são as principais fontes de inspiração das declarações de direito. No entanto, pondera que o referido pensamento encontra-se fundado numa insuficiente e restrita concepção das liberdades públicas, razão pela qual não atina com a necessidade de envolver nessa problemática também os direitos econômicos, sociais e culturais, os quais se chamam brevemente de direitos sociais.³³

Karl Loewenstein preconiza que os direitos sociais não são considerados direitos em sentido estrito, tendo em vista que não podem ser exigidos judicialmente do Estado antes de terem sido institucionalizados por uma ação estatal.³⁴

Ora, as características e a ausência de instrumentos práticos que viabilizam a tutela judicial dos direitos sociais põem

³² NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 49.

³³ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. edição, revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004) p. 172.

³⁴ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1976. p. 401.

em dúvida sua inserção entre os direitos fundamentais. Nesse sentido, abordando a problemática, Norberto Bobbio evoca a simbólica reflexão:

Será que já nos perguntamos alguma vez que gênero de normas são essas que não ordenam, proibem ou permitem *hic et nunc* (aqui e agora), mas ordenam, proibem e permitem num futuro indefinido e sem um prazo de carência delimitado? E, sobretudo, já nos perguntamos alguma vez que gênero de direitos são esses que tais normas definem? Um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado corretamente de direito?³⁵

Também invocando Bobbio, mais especificamente no que toca à expressão “segunda geração”, como o autor denominou os direitos sociais, Antônio Enrique Pérez Luño, pontua que tais direitos despontam como o reconhecimento de que “liberdade sem igualdade não conduz a uma sociedade livre e pluralista, mas uma oligarquia, vale dizer, à liberdade de alguns e a não-liberdade de muitos.”³⁶

Alexy, por sua vez, discorrendo sobre a teoria dos direitos fundamentais, apresenta argumentos contrários e favoráveis à fundamentalidade dos direitos sociais.³⁷ Leciona que o principal argumento favorável encontra-se alicerçado na liberdade, tendo seu ponto de partida fincado em duas teses. A primeira aduz que a liberdade jurídica - entendida como permissão jurídica de se fazer ou deixar de fazer algo - não possui valor sem que haja uma liberdade fática (real), consistente entre escolher alternativas permitidas. A segunda, por seu turno, revela que, sob as condições da moderna sociedade industrial, a liberdade fática dos titulares de direitos fundamentais não encontra um

³⁵ BOBBIO, op. cit., p. 72.

³⁶ LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los Derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 1993. p. 215.

³⁷ ALEXY, op. cit., p. 503-511.

substrato material, sem que dependa de atividades do Estado.³⁸

No que toca às objeções, Alexy esclarece que, não obstante as mesmas sejam inúmeras, agrupa-as em dois grandes argumentos complexos, um formal e outro substancial. O primeiro informa que, se os direitos sociais forem considerados vinculantes, eles deslocam a política social da competência do legislador para a competência do tribunal constitucional. A partir daí, suscita-se outro questionamento a respeito de saber se os direitos fundamentais sociais são ou não são justiciáveis ou o são apenas de maneira diminuta, tendo em vista que a maioria deles possuem alto grau de indeterminação. Exemplifica, entre outros, com o questionamento sobre o conteúdo de um direito fundamental ao trabalho, cuja escala de prováveis interpretações pode sofrer várias gradações quanto à tutela de tal direito.

Ora, segundo Alexy, o direito não fornece critérios suficientes para responder a perguntas de tal natureza, por conseguinte, a decisão sobre o conteúdo dos direitos fundamentais sociais seria uma tarefa da política. No entanto, atento ao princípio da separação dos poderes e da democracia, a decisão seria do “legislador diretamente legitimado pelo povo” e não dos tribunais, que só eles poderiam decidir após o legislador já haver se pronunciado.

O argumento competência ganha relevo também quando vem à tona os efeitos financeiros dos direitos fundamentais sociais, os quais demandam vultosos dispêndios financeiros, cuja implementação por intermédio da via judicial conduziria à determinação de um política orçamentária que ficaria, em grande parte, nas mãos do tribunal constitucional, o que viola a Constituição. Logo, aquele que quiser evitar tal resultado insustentável e manter-se fiel à ideia de direitos fundamentais sociais terá apenas uma saída, ou seja, compreender as normas que garantem tais direitos como normas não-vinculantes e, como

³⁸ ALEXY, op. cit., p. 503-504.

consectário, violar a cláusula de vinculação.

De outro flanco, o argumento substancial em desfavor dos direitos fundamentais sociais parte do pressuposto de que os mesmos são incompatíveis ou, no mínimo, colidem com normas constitucionais materiais, na medida em que estas normas garantem direitos de liberdade. Assim, em algum momento, os direitos sociais, que são extremamente custosos podem colidir com um direito de liberdade, a exemplo do que ocorre quando o Estado tenta garantir direitos de trabalhadores tendo que se valer de tributos que irão onerar a propriedade de terceiros.

Na tentativa de buscar uma solução entre os fervorosos argumentos dos dois lados, Alexy propõe, então, um modelo de direitos fundamentais sociais baseado na *Idea-guia*³⁹, segundo a qual a questão acerca dos direitos fundamentais sociais do indivíduo deverá passar por um sopesamento entre princípios. De um lado estará, principalmente, o princípio da liberdade fática e de outro estarão os princípios formais (competência decisória do legislador democraticamente legitimado e princípio da separação de poderes) e os princípios materiais, concernentes, sobretudo, à liberdade jurídica de terceiros.

O modelo não determina que direitos fundamentais sociais definitivos têm o indivíduo, porém diz que ele pode ter alguns e o que é relevante para sua existência e seu conteúdo. Em uma resposta geral, preconiza que uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vislumbrada como definitivamente garantida se:

- 1) O princípio da liberdade fática a exigir de forma premente e se 2) o princípio da separação de poderes e o princípio democrático (que inclui a competência orçamentária do parla-

³⁹ “*Idea-guia* seria um conceito geral e formal de direitos fundamentais, que pode ser expresso da seguinte forma: direitos fundamentais são posições que são tão importantes que a decisão sobre garanti-las ou não garanti-las não pode ser simplesmente deixada para a maioria parlamentar simples.” ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã. Malheiros editores. 2008. p. 446.

mento) bem como 3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial, a uma moradia simples, à educação fundamental e médica, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica [...] ⁴⁰

De qualquer maneira, mesmo com as ressalvas dos que negam a fundamentalidade dos direitos sociais, tem-se como inofensivo que o princípio da dignidade da pessoa humana seja a base de todos os direitos sociais, conduzindo alguns estudiosos a preconizarem que, independente da previsão expressa desses direitos a prestações, é-lhes devido o pleno reconhecimento, não sendo possível reduzi-los às normas sem eficácia constitucional.

CAPÍTULO III - A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS

Ao se debruçar sobre o estudo dos direitos sociais, de imediato, é possível se notar quanto a aplicabilidade, a eficácia e a efetividade de tais direitos são questionadas pela doutrina. Parte dela os vislumbra despidos de eficácia plena - de sorte a ser considerados apenas como normas programáticas ⁴¹ - dirigidas ao legislador como um programa de atuação a ser concretizado conforme seu arbítrio, o que levaria à impossibilidade de assegurar aos indivíduos o viés de direitos subjetivos.

Conforme anota Andrade, o entendimento acerca dos direitos sociais à prestação modifica-se de acordo com os orde-

⁴⁰ Ibid., p. 512.

⁴¹ CANOTILHO asseverava que mesmo com as normas programáticas pode-se conseguir o fundamento constitucional da regulamentação de prestações sociais. CANOTILHO, op. cit., p. 474-475.

namentos jurídicos, onde:

São encarados como princípios políticos, como normas programáticas, como preceitos indicadores dos fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como preceitos indicadores de fins do Estado, como princípios jurídicos, como normas organizatórias, como garantias institucionais ou, mais raramente, como direitos subjetivos públicos.⁴²

Ora, se de um lado não há objeções relevantes quanto à aplicabilidade direta dos direitos negativos, que podem, de imediato, produzir efeitos jurídicos, o mesmo não pode ser dito dos direitos prestacionais, que demandam uma conduta positiva do Estado. Assim sendo, dada a forma como estes direitos costumam ser positivados pelo legislador, vêm à tona as grandes discussões no que tange à eficácia dos direitos sociais.

Nesse mote, Novais esclarece que o conteúdo dos direitos sociais - diferente do que ocorre com os direitos de liberdade - não é constitucionalmente determinado ou determinável, porquanto a norma fundamental se apresenta essencialmente na imposição ao Estado de um dever de prestar, cuja concretização subordina-se a pressupostos materiais, principalmente financeiros, que não se encontram na total disponibilidade da decisão estatal. Com efeito, aludido condicionamento material de tais direitos os torna sempre direitos sob a reserva do possível.⁴³

Desse modo, pode-se dizer que há uma estreita relação de dependência entre a concretização dos direitos sociais a prestações e os limites econômico-financeiros do Estado. Com efeito, a escassez de recursos é apontada como justificativa para cancelar a omissão dos poderes públicos na efetivação de normas constitucionais de direitos sociais - tratados como de baixa densidade normativa -, tendo em vista a dependência que possuem do legislador ordinário e de recursos financeiros para

⁴² ANDRADE, José Carlos Viera de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006. p. 387.

⁴³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 293- 294.

torná-los exequíveis.

De qualquer modo, ao se partir da premissa de que os direitos sociais são direitos fundamentais por disposição expressa da Constituição,⁴⁴ os mesmos possuem a possibilidade de aplicação imediata,⁴⁵ razão pela qual podem ser defendidos, no caso de omissão legislativa, seja pela ação de inconstitucionalidade por omissão ou até mesmo via mandado de injunção.

Por fim, pode-se afirmar que, independente da classificação doutrinária que se adote, não se pode perder de vista que todo e qualquer preceito constitucional apresenta um certo grau de eficácia jurídica e também de aplicabilidade mínimos, conforme a vontade do legislador constituinte. Ou ainda, como diria Konrad Hesse, “toda Constituição contém, ainda que de forma limitada, uma força própria, motivadora e ordenadora da vida do Estado.”⁴⁶

CAPÍTULO IV - PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

4.1 CONSIDERAÇÕES GERAIS

Percebe-se, pelo que foi visto alhures, que a incursão sobre os direitos sociais é considerada, pelas suas próprias características, o *locus* mais adequado para uma eventual aplicação e desenvolvimento do estudo concernente ao princípio da proibição de retrocesso social, sobretudo pela própria essência daqueles como direitos prestacionais passíveis de serem restringidos ou suprimidos com o tempo.

Aprioristicamente, deve-se destacar que as expres-

⁴⁴ CRFB/1988, Título II – Dos direitos e garantias fundamentais. Capítulo II – Dos direitos sociais.

⁴⁵ CRFB/1988, Art. 5º, § 1º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁴⁶ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991. p. 11.

sões utilizadas em referência ao citado princípio são bastante fartas, sendo encontrados na doutrina nacional e estrangeira, entre outros, os seguintes vocábulos: “princípio do não retrocesso social”, “princípio da proibição de contra-revolução social ou evolução reacionária”⁴⁷ “princípio da vedação de retrocesso”⁴⁸; “princípio de irreversibilidade jusfundamental”⁴⁹; “princípio da não reversibilidade”⁵⁰; “princípio de proibição reacionária”, “regra do não-retorno da concretização”, “princípio da proibição de retrogradação”⁵¹; “obrigação de não regressividade”⁵²; e “princípio da aplicação progressiva dos direitos sociais”.⁵³

Conquanto a terminologia “proibição de retrocesso social” seja amplamente utilizada pela doutrina, não se pode perder de vista que há autores que preferem utilizar a expressão “genérica” de “princípio da proibição de retrocesso”⁵⁴ ou

⁴⁷ CANOTILHO, op.cit., p. 338.

⁴⁸ MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo, In: BINENBOJIM, Gustavo (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003. p. 218.

⁴⁹ RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental aplicabilidade*. Curitiba: Juruá Editora, 2010. p. 205.

⁵⁰ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra Editora, 2006. p. 159.

⁵¹ MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do advogado. 2007. p. 91.

⁵² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 294.

⁵³ Encontrado a partir da interpretação do art. 5º, item 2, do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966, de que o Brasil é signatário, o qual prevê cláusula contra a revogabilidade de direitos, intuindo-se, daí, o princípio da proibição do retrocesso.

⁵⁴ Nesse sentido, iniciando a narrativa sobre o citado princípio, no capítulo específico de sua obra, desponta o magistério de Sarlet, o qual assevera: “Vale revelar aqui, portanto, que não estamos diante de um fenômeno que se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais (o que, considerando uma acepção ampla da proibição de retrocesso, já deflui da já referida proteção outorgada aos direitos adquiridos em geral e à proteção com base nas assim denominadas cláusulas pétreas da Constituição) igualmente merece destaque. [...] Todavia, também há que reconhecer

“princípio da vedação do retrocesso”⁵⁵, tendo em vista entenderem que o referido princípio se aplica a todos os direitos fundamentais indistintamente⁵⁶.

Cristina Queiroz - em obra intitulada de “O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais” - pondera que a expressão “proibição de retrocesso social” não é feliz, aduzindo que, juridicamente, poderia ser substituída por outros conceitos, a exemplo da “segurança jurídica” ou “proteção de confiança”. Assevera a autora que estes dois princípios individualizam a cláusula do “Estado de direito democrático e constitucional”, inserido no artigo 2º da Constituição portuguesa, os quais, quando violados, se apresentam, em rigor, como critérios indicativos de um “retrocesso social” “constitucionalmente

– até mesmo em face dos exemplos citados em caráter especulativo no parágrafo anterior – que é na seara das normas que estabelecem objetivos na seara da justiça social e, acima de tudo, dos direitos fundamentais sociais, que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão e onde também nós – tal como anunciado – iremos centrar a nossa atenção, notadamente na fundamentação e alcance de uma proibição do retrocesso no direito brasileiro. Antes, contudo, de enveredarmos de vez por todas por este caminho, pelo menos algumas palavras sobre a efetiva possibilidade de se admitir, à luz do direito constitucional positivo pátrio, uma proteção contra o retrocesso na acepção mais limitada aqui enfocada e que, para efeitos de uma delimitação em relação às demais dimensões referidas, *designaremos de proibição de retrocesso em sentido estrito* [...]. (grifo do pesquisador). SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6 ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 439.

⁵⁵Adotando terminologia também genérica, qual seja, Vedação do Retrocesso”, consultar MENDONÇA, José Vicente dos Santos. “Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo”. In: BINENBOJIM, Gustavo (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII (direitos Fundamentais), p. 218.

⁵⁶Registre-se, aqui, a posição de Luísa Cristina Pinto e Netto, para quem, mesmo adotando a expressão “vedação ao retrocesso social”, entende que esta pode ser vislumbrada apenas como um dos aspectos de uma vedação ao retrocesso em matéria de direitos fundamentais, de sorte a admitir a existência de um princípio que proíbe atos estatais retrocessivos não só em matéria de direitos sociais, mas em relação a todos os direitos fundamentais, inclusive às denominadas liberdades clássicas. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.111-114.

ilegítimo”.⁵⁷

A autora lusitana, na mesma obra apontada, destaca uma informação curiosa, ao mencionar que na Itália, o respectivo Tribunal Constitucional, não se refere à chamada “proibição de retrocesso social”, mas sim à “reserva do possível”, onde esta, porém - ao que se compreende da leitura -, é vislumbrada numa ótica um pouco afastada da tradicional análise do princípio em exame.⁵⁸

Contudo, como dito alhures, sem embargo das diversas denominações supra, considerando o elo entre o referido princípio e os direitos prestacionais, bem como levando em conta o nome mais usual na doutrina brasileira⁵⁹, o mesmo será, doravante, tratado neste trabalho como princípio da proibição de retrocesso social, salvo quando estiver sendo feita remissão a expressões específicas de autores em contextos distintos e necessários.

4.2 ORIGEM E DESENVOLVIMENTO DO PRINCÍPIO

Ao que tudo indica, a formulação do princípio da proibição de retrocesso social eclodiu a partir da seguinte indagação: estabelecido no sistema jurídico um determinado direito fundamental e tendo o Estado tomado medidas concretizadoras para garanti-lo, estes direitos poderiam ser suprimidos ou res-

⁵⁷ Referida autora lembra que, entre os portugueses, o Tribunal Constitucional não destoa inteiramente de sua posição, tendo em vista que envereda por uma posição mais moderada. Com efeito, entende que para o referido tribunal só poderá ocorrer “retrocesso social “constitucionalmente proibido” quando resultar diminuído ou afetado “direitos adquiridos” e isto em termos de geração de violação do princípio da proteção da confiança e da segurança. QUEIROZ, op. cit., p. 71-72.

⁵⁸ Ao se reportar à reserva do possível, a autora explica que aquela “não tem o condão de se traduzir numa insindicabilidade jurisdicional das opções legislativas quanto à densificação de normas constitucionais reconhecedoras de direitos sociais, mas na ‘graduabilidade’ da respectiva concretização e realização, tendo em conta as exigências de ‘equilíbrio financeiro inderrogáveis expressas no orçamento do Estado”’. QUEIROZ, op. cit., p. 69.

⁵⁹ Denominação também usual entre os autores portugueses.

tringidos na elaboração de novas leis ou mesmo interpretações ulteriores que conduzissem a um retrocesso na área social atingida, como, por exemplo, na saúde, educação, previdência ou trabalho?

O questionamento e, sobretudo, a possível resposta, desembocam na discussão sobre o reconhecimento ou não do princípio ora em estudo, onde os que o defendem acreditam que a mesma deverá ser negativa, ao passo que, na hipótese contrária, para os que o rejeitam, a resposta deverá ser positiva, permitindo sim a supressão ou restrição da norma.

A origem e tratamento do princípio encontram-se mais desenvolvidos em países da Europa Ocidental, tais como Itália, França, Espanha e, em especial na Alemanha e em Portugal.

Alexy, analisando a Constituição alemã, adverte que a mesma não possui previsão expressa em relação aos direitos prestacionais (salvo no que toca ao disposto no art. 6º, § 4º, que prevê o direito da mãe à proteção e assistência da comunidade), nem tampouco do reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais. No entanto, pondera que a Constituição prevê uma série de pontos de apoio, formulados de maneira objetiva, convergindo para uma interpretação orientada a direitos prestacionais, como por exemplo, a disposição que preceitua a obrigação de todos os poderes estatais de proteger a dignidade da pessoa humana e a cláusula do Estado Social (art. 20).⁶⁰

Registre-se que o autor alemão - mesmo reconhecendo que a Constituição de seu país é uma Carta sintética e sem previsão de direitos prestacionais -, ainda assim, faz questão de frisar a importância da dignidade da pessoa humana como fonte indiscutível de direitos sociais.

Em solo lusitano, cuja doutrina, indubitavelmente, apresenta significativa inspiração aos estudiosos brasileiros, desponta o magistério de Canotilho, o qual, ao associar o princípio da democracia econômica e social com o princípio do não re-

⁶⁰ ALEXY, op. cit., p. 435.

trocesso social, assevera que os direitos econômicos e sociais, após obter um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.⁶¹

Malgrado marcado por fundadas críticas⁶², os defensores do princípio da proibição de retrocesso social, tanto no Brasil, quanto em Portugal, costumam citar dois precedentes clássicos do Tribunal Constitucional português, que, em tese, abordam a resolução de situações fáticas com base no referido princípio.

O primeiro *leading case* citado é o acórdão nº 39/84, onde o Tribunal Constitucional de Portugal declarou a inconstitucionalidade de uma lei (Lei nº 56/79) que revogou considerável parte da Lei que instituiu o Serviço Nacional de Saúde (art. 17 do Decreto-Lei nº 254/82), ponderando que a revogação levada a efeito pelo legislador estava ferindo o direito fundamental à saúde (previsto no art. 64 da Constituição da República portuguesa), sobretudo aduzindo que este direito deveria ser efetivado por intermédio da criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (conforme art. 64/2 da CRP).

Nos termos decididos pela Corte,

[...] os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc. Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição assa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. 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.

⁶¹ CANOTILHO, op. cit., p. 338.

⁶² Entre outros, destaque para Jorge Reis Novais, nota 228, o qual nega a autonomia e validade da proibição de retrocesso social atrelado a intenção de resguardar o núcleo essencial dos direitos sociais. NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003. p. 138.

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) numa 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.⁶³

Outro acórdão bastante citado pela doutrina como exemplo de decisão reconhecadora do princípio da proibição retrocesso é o acórdão nº 509/2002⁶⁴, onde o Tribunal Constitucional Português, em tese⁶⁵, também teria reconhecido a inconstitucionalidade, com apoio no princípio da proibição de retrocesso social, do Decreto da Assembleia da República que, instituindo um novo rendimento social de inserção, substituiu o antigo rendimento mínimo garantido, deixando de fora pessoas compreendidas na faixa etária entre 18 (dezoito) e 25 (vinte e cinco) anos de idade. Argumenta-se que a decisão revogada concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes - assim incluídas as pessoas na faixa etária entre 18 e 25 anos de idade - de tal sorte que, alijar as mesmas, sem que houvesse qualquer tipo de tutela social análoga que pudesse ter

⁶³ Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 39/1984, Processo nº 6/1983 – Rel. Cons.º Vital Moreira – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 22 de jul. 2012.

⁶⁴ Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002 – Rel. Cons.º Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 22 de jul. 2012.

⁶⁵ Não se concorda que a solução dos casos descritos tenha como apoio o princípio da proibição de retrocesso social. Aqui, adere-se ao posicionamento de Jorge Reis Novais, que, por ocasião do estudo do princípio da socialidade, deixa pistas de que os acórdãos foram, respectivamente, solucionados a partir da ocorrência da inconstitucionalidade por omissão e desrespeito a outros princípios constitucionais estruturantes do Estado de Direito, designadamente, o princípio da dignidade da pessoa humana.” NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 299-304.

um efeito compensador, conduziria a um retrocesso em detrimento de um conquistado patamar de direito social ao rendimento mínimo, com a conseqüente violação do núcleo essencial desse direito.

Curioso notar que o próprio relator do acórdão nº 509/2002, da Corte portuguesa, Conselheiro Luís Nunes de Almeida, traz no corpo de seu voto precedente de outra Corte europeia, qual seja, o Conselho Constitucional Frances, no qual pondera:

A questão da proibição de retrocesso não se colocará, em tese, apenas no que se refere aos direitos sociais. Pelo contrário, o Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet* precisamente no domínio das liberdades fundamentais, na sua decisão DC 83-165, de 20 de janeiro de 1984, considerando que não é possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. [...] E só bastante mais tarde veio, num caso (DC 90-287, de 16 de janeiro de 1991) a admitir que o referido *effet cliquet* pudesse ainda operar no âmbito dos direitos econômicos e sociais, não sem que a doutrina se tenha interrogado sobre essa extensão [...] ⁶⁶

No caso da jurisprudência do Conselho Constitucional da França – o tribunal, contudo, preferiu usar a expressão “efeito cliquet” (*effet cliquet*) no intuito de trazer à baila a mesma ideia do princípio da proibição de retrocesso. Na realidade, a expressão deriva da referência a uma técnica de engenharia mecânica que impede a reversão de um processo, depois de ultrapassado determinado estágio, simbolizado por um som de “clic”, tal qual uma chave fechando uma porta, impossibilitando o retorno por intermédio da mesma. Portanto, utilizando-se um sentido figurado, o núcleo essencial dos direitos sociais, após a interposição do legislador, “trava-se”, de forma que não pode mais ser suprimido ou reduzido, sob pena da caracteriza-

⁶⁶ Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002 – Rel. Cons.º Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 22 de jul. 2012.

ção de um retrocesso, que deve ser rechaçado.

Calha frisar ainda, que, diferente da construção teórica dominante em outros países, inclusive o Brasil, a Corte francesa reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (ou efeito cliquet) se aplica em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que é defesa a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente.⁶⁷

Já no plano do direito nacional, os estudos preliminares sobre o princípio são imputados a José Afonso da Silva, ao dissecar sua famosa classificação que leva em conta a eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais. Referida análise revela que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada, jungidas ao princípio democrático, que mesmo tendo caráter imperativo e vinculativo, demandam a intervenção do legislador infraconstitucional para sua concretização, vinculando assim os órgãos estatais e, por conseguinte, exigindo uma proibição de retroceder na concretização de tais direitos. Portanto, intui-se que o autor reconhece, ainda que indiretamente, a existência do princípio da proibição do retrocesso social.⁶⁸

Em tempos coetâneos, destaca-se o magistério de Felipe Derbli para quem o princípio da proibição de retrocesso social é considerado um princípio constitucional, marcado pelo caráter prospectivo, tendo em vista que procura preservar um estado de coisas já conquistado em contraposição a sua restrição ou supressão arbitrária. E mais, registra que o princípio em exame não se resume a uma mera manutenção do *status quo*, mas significa também uma obrigação de avanço social.⁶⁹

⁶⁷ MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008, p. 267.

⁶⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 319.

⁶⁹ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 202.

4.3 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

Como já frisado, o estudo do princípio da proibição de retrocesso encontra-se mais desenvolvido em países europeus, em especial na Alemanha e em Portugal. Neste país, abeberando-se das preciosas lições de Canotilho, o autor, ao associar o princípio da democracia econômica e social com o “princípio do não retrocesso social”, assevera que os direitos econômicos e sociais, após obter um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo.⁷⁰

Para o professor lusitano, o princípio da proibição de retrocesso social traz à tona a ideia de que o núcleo dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, traduzam-se, na prática, em uma “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial.⁷¹

Pode-se vislumbrar, ainda, no contexto da obra do autor - onde o mesmo discorre sobre o princípio analisado - que a proibição de retrocesso social limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação dos princípios da confiança, da segurança jurídica e dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, aponta que havendo a violação do núcleo essencial efetivado, justificada estará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada “justiça social” ao citar, por exemplo, que seria inconstitucional uma lei que extinguisse o direito ao subsídio de desemprego ou aumentasse de forma desproporcional o tempo de

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 2 reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338.

⁷¹ CANOTILHO, op. cit., p. 338-340.

serviço necessário para a concessão de aposentadoria.⁷²

Luísa Cristina Pinto e Netto - em obra particular sobre o tema - conceitua o princípio da proibição do retrocesso social como sendo a "norma jus fundamental adscrita"⁷³, de natureza principal, que veda ao Legislador a eliminação ou alteração de normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de forma a violar sua eficácia".⁷⁴

Ainda sob a ótica além-mar, desponta o posicionamento de Queiroz, a qual - também analisando o assunto em obra especializada - giza que, concretamente, a "proibição de retrocesso social" determina que, uma vez consagradas legalmente "prestações sociais", o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Com efeito, emanada pelo Estado uma legislação concretizadora do direito fundamental social - apresentada como uma "lei de proteção" -, a ação do Estado, que se consubstanciava num "dever de legislar, transforma-se num dever mais alargado de não eliminar ou revogar essa lei".⁷⁵

Mencionada autora observa que havendo referência à tese de "irreversibilidade" dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados, o princípio da proibição de

⁷² Ibid., p. 339.

⁷³ A expressão "norma adscrita", utilizada pela autora, concerne ao conceito de norma atribuída a dispositivo de direito fundamental prevista na obra de Alexy. Em termos práticos, cuida-se de possibilitar para os casos em que a Constituição não menciona expressamente determinada norma, a possibilidade de extração de normas implícitas. Em Teoria dos Direitos Fundamentais (p. 69-76) o autor aborda a questão, fornecendo um critério de aferição de validade para as normas citadas: "uma norma atribuída é válida, e é uma norma de direitos fundamentais, se, para tal atribuição a uma norma diretamente estabelecida pelo texto constitucional, for possível uma correta fundamentação referida a direitos fundamentais". PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.113. ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5. edição alemã. Malheiros: São Paulo, 2008. p. 69-76.

⁷⁴ PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.113.

⁷⁵ QUEIROZ, op. cit., p. 69-70.

retrocesso acaba por assumir a função de “guarda de flanco” desses direitos e pretensões no seu conjunto, garantindo o grau de concretização já obtido, transformando-se numa espécie de “densificação” de direitos fundamentais. Logo em seguida, resume a ideia aduzindo que, ainda que os direitos fundamentais não imponham uma obrigação de “avançar”, estabelecem, no entanto, uma “proibição de retroceder”.⁷⁶

Queiroz levanta ainda uma informação curiosa, quando preconiza que o Tribunal Constitucional alemão e o Tribunal Constitucional italiano⁷⁷ não se reportam ao princípio da “proibição de retrocesso”, mas sim a uma cláusula da “reserva do possível”, tratando-a como “aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade”, perpassando a ideia de dependência dos direitos fundamentais sociais aos recursos econômicos disponíveis e, designadamente, revelar a necessidade de cobertura orçamentária e financeira.⁷⁸

No âmbito da doutrina nacional desponta o magistério de Sarlet, para quem o princípio ora analisado guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. Depreende-se das palavras do autor que o princípio da proibição de retrocesso comporta-se como um subprincípio do princípio da segurança jurídica.

Demais disso, o autor gaúcho ressalta que o princípio da segurança jurídica guarda, também, umbilical vinculação com a noção de dignidade da pessoa humana, onde preconiza que a dignidade não estará suficientemente respeitada e tutelada nos locais onde as pessoas estejam sendo afetadas por um nível de instabilidade jurídica, não podendo confiar nas instituições por falta de condições mínimas de segurança e tranquilidade.⁷⁹

⁷⁶ Ibid., p. 68.

⁷⁷ Sentença nº 457/1998 do Tribunal Constitucional italiano, cujo relator foi Valerio Onida. Ibid., p. 69.

⁷⁸ Ibid., p. 68.

⁷⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 6. ed. revisada, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p. 433-435.

Silva, por sua vez, entende que a proibição de retrocesso constitui um direito subjetivo negativo, pelo qual seria possível combater em juízo toda e qualquer medida que se apresente em conflito com o texto constitucional (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de conteúdo programático), bem como refutar as medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair posteriormente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.⁸⁰

Já Barroso, vislumbra o princípio da proibição de retrocesso como um princípio implícito, o qual decorre do sistema jurídico-constitucional, onde toda regulamentação legal de preceitos constitucionais, mediante a instituição de um direito, é incorporado ao “patrimônio jurídico da cidadania”, razão pela qual “não pode ser absolutamente suprimido”. Com efeito, uma lei ulterior não pode extinguir um direito ou garantia, sobretudo de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, extirpando um direito fundado na Constituição.⁸¹

Visto os diversos conceitos sobre o tema, sem pretensão de ineditismo, pode-se então chegar ao seguinte conceito: tem-se o princípio da proibição de retrocesso social como sendo um princípio implícito, derivado do sistema jurídico-constitucional, o qual tem como finalidade limitar a autorreversibilidade do legislador no que toca ao aniquilamento ou à redução de concretização legislativa já assegurada por um determinado direito social.

4.4 SUBSTRATO JURÍDICO

Para os que defendem a existência do princípio da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro, o mesmo possui substrato constitucional, predominando o enten-

⁸⁰ SILVA, op. cit., p. 158.

⁸¹ BARROSO, op. cit., p.158-159.

dimento de que o mesmo encontra-se disposto de maneira implícita no corpo da Constituição Federal.

Contudo, não se pode deixar de registrar que vozes isoladas defendem sua existência também de maneira expressa no texto constitucional. Nesse sentido, Ipojucan Demetrius Vechi entende o que o citado princípio está claramente previsto no art. 7º, *caput*, da Constituição Federal quando a mesma prescreve:

“são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria da sua condição social: [...]”⁸²

Argumenta-se que citado preceito legal versa sobre uma série de direitos fundamentais trabalhistas, onde o catálogo se encontra aberto para a expansão de direitos outros que visam à melhoria da condição social do trabalhador, de forma a franquear apenas o progresso de tais direitos, e, portanto, vedar o retrocesso.

Malgrado aborde o tema sob o prisma do direito coletivo do trabalho - que possibilita aos empregados e empregadores, por intermédio de sindicatos, estabelecerem convenções coletivas de trabalho -, o citado autor obtempera:

Assim, é evidente que entre nós também tem plena vigência a cláusula de proibição de retrocesso social, entrando, então, em discussão se o legislador infraconstitucional, após ter colocado em vigência um patamar mínimo de direitos poderia dar competência para que o poder negocial coletivo aniquilasse tais direitos. Parece evidente que não pode o poder negocial dos grupos possibilitar o retrocesso social, atacando direitos que já são uma conquista dos trabalhadores, muito menos pode o legislador infraconstitucional conferir tal competência aos atores coletivos.⁸³

De outro quadrante, como já adiantado, predomina o entendimento daqueles que advogam a existência do princípio do retrocesso social como princípio constitucional implícito, o

⁸² Referido artigo dispõe de 34 incisos.

⁸³ VECHI, Ipojucan Demetrius. Considerações sobre a proposta de alteração do artigo 618 da CLT. In: FREITAS, José de Mello (Org.) *Reflexões sobre o direito do trabalho e flexibilização*. Passo Fundo: UFP, 2003. p. 46-47.

qual emana de outros princípios constitucionais, tais como o princípio do Estado social e democrático de direito, dignidade da pessoa humana, segurança jurídica, da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e outros, conforme melhor será desenvolvido no tópico sobre os argumentos favoráveis à existência do princípio no Brasil.⁸⁴

4.5. BREVES COMENTÁRIOS SOBRE PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Conquanto as manifestações do princípio da proibição de retrocesso social não sejam estranhas no âmbito dos tribunais inferiores (Tribunais de Justiça, Tribunais Regionais Federais e Tribunais Regionais do Trabalho), no presente trabalho a análise do princípio cingir-se-á ao aparecimento e reconhecimento do mesmo apenas na Corte constitucional brasileira, tendo em vista seu caráter nacional e unificador da jurisprudência em material constitucional.

Ao que se nota de pesquisas realizadas no sítio do Supremo Tribunal Federal⁸⁵, poucos julgados tem abordado - e ainda de forma tangente - o princípio da proibição de retrocesso social. No todo foram encontrados apenas onze acórdãos⁸⁶ em que o princípio é citado, o que logo demonstra que o mesmo ou não está solidificado ou não goza da “simpatia” dos componentes da Corte Suprema.

⁸⁴ BARROSO, op. cit., p.158.

⁸⁵ Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>> Acesso em: 24 out. 2012.

⁸⁶ São encontrados onze acórdãos com a expressão “princípio da proibição de retrocesso” ou “princípio da proibição de retrocesso social”, nove com a expressão “vedação de retrocesso” e apenas sete com a designação “vedação de retrocesso social”. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28princ%EDpio+da+proibi%E7%E3o+de+retrocesso+social%29&base=baseAcordaos.>>>. Acesso em: 24 out. 2012.

De toda sorte, na pesquisa realizada ficou bem claro que, das vezes em que o princípio da proibição de retrocesso social foi mencionado nos julgamentos da Corte, em nenhum ele foi utilizado com fundamento determinante. Pelo contrário, denota-se que esse princípio foi mencionado apenas em caráter secundário, seja para reforçar o argumento principal (seja uma regra ou outro princípio), ou até mesmo para negar eventual vinculatividade.

Ilustrando o mencionado raciocínio, passa-se a análise de alguns dos julgamentos, seguidos de breves comentários.

4.5.1 ADI Nº 2065-0

Aponta-se o julgamento com sendo aquele em que o STF emitiu seu primeiro pronunciamento relativo ao princípio em estudo. A origem da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI)⁸⁷ deu-se por intermédio de ação que pleiteava a inconstitucionalidade de dispositivos contidos na Medida Provisória 1.911-9/99, que havia revogado vários dispositivos das Leis nº 8.212/91 e 8.213/91, as quais versam, respectivamente, sobre custeio da seguridade social e benefícios da previdência social.

Em apertada síntese, os dispositivos revogados pela Medida Provisória citada extinguiram o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social, além de revogar dispositivos que concretizavam o direito à saúde.

Referida ADI não foi conhecida, tendo em vista que a maioria dos integrantes da Corte entendeu que no caso concreto houve apenas ofensa reflexa à Constituição. No entanto, o Ministro Relator, Sepúlveda Pertence, conheceu do pedido, julgando procedente a ação com apoio no princípio da proibi-

⁸⁷ Acórdão proferido na ADI 2.065-0/DF. Publicado no DJU de 04 de junho de 2004. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.

ção de retrocesso, embora tenha sido vencido.

4.5.2 ADI Nº 3.104-0 DF

Na citada ADI⁸⁸, que teve como requerente a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP) questionavam-se modificações trazidas nos artigos 2º e 10 da Emenda Constitucional nº 41, versando sobre a modificação de critérios de aposentadoria para servidores públicos.

Sustentou-se, entre os argumentos jurídicos, a conquista de direito adquirido por conta de regime anterior, bem como violação do princípio do retrocesso social para infirmar a constitucionalidade da norma.

A relatora, Ministra Carmem Lúcia, cujo voto guiou a maioria dos Ministros, rechaçou a inconstitucionalidade da norma com apoio na consolidada jurisprudência do STF sobre a inexistência de direito adquirido a regime jurídico previdenciário. Para a Ministra, a “aposentadoria constitui-se em direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente”, o que não ocorreu na espécie.

Quanto à aplicação da lei previdenciária no tempo, ressaltou que inúmeros precedentes da Corte solidificaram o entendimento quanto à validade da aplicação do princípio *tempus regit actum* nas relações previdenciárias. Com efeito, reafirmou que “só se adquire direito quando seu titular preenche todas as exigências previstas no ordenamento jurídico vigente, de forma a habilitá-lo ao seu exercício”.

Em aditamento de seu voto - e especificamente enfrentado o argumento de violação do princípio da proibição de retrocesso social - a relatora assim se manifestou:

⁸⁸ Acórdão proferido na ADI 3.104-0 DF. Publicado no DJU de 09 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.

[...] Quanto ao princípio do retrocesso social, que este seria o caso se houvesse negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de aposentadoria, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não acontece neste caso. Aqui aconteceu uma adaptação dos critérios de transição para o novo modelo previdenciário que se veio a estabelecer.⁸⁹

Com o resumo das considerações supra a relatora encerrou seu voto, que sendo acompanhada pela maioria, julgou improcedente a ação direta de inconstitucionalidade.

4.5.3 OUTROS JULGADOS

Acerca da abordagem do princípio da proibição de retrocesso social no âmbito do Supremo, entre outros, dois precedentes - ADI 1946 MC/DF e ADI 1946/DF – respectivamente, julgados em 29.04.1999 e 03.04.2003, foram submetidos ao seu crivo quando se discutiu matéria previdenciária concernente ao direito à licença gestante. Também versando sobre previdenciário, merece registro a ADI 3104/DF, julgada em 26.09.2007, cujo enfoque dizia respeito ao pretense direito adquirido à aposentadoria.

Também são encontrados julgados relativos a outra matérias, entre elas: discussão sobre medidas provisórias (ADI 2.213-0 DF) - que, apenas de maneira incidente, faz alusão ao princípio do retrocesso social -; um mandado de segurança relativo a teto remuneratório (MS 24.875-1 DF); uma medida cautelar em ação declaratória de inconstitucionalidade (ADI 4543 MC/DF), versando sobre o sigilo do voto; além de um agravo regimental em recurso extraordinário (ARE 639337 AgR/SP), em que se discute o direito de crianças de até cinco anos serem atendidas em creche e pré-escola.

⁸⁹ Acórdão proferido na ADI 3.104-0 DF. Publicado no DJU de 09 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.

Por derradeiro, são localizados quatro julgamentos relativos ao mesmo tema: matérias envolvendo a Lei Complementar nº 135 - conhecida como “Lei Ficha Limpa” -, onde o primeiro dos processos (RE 633703/MG) foi julgado isoladamente em 23.03.2011 e os outros três processos (ADC 29/DF, ADC 30/DF e ADI 4578/AC) foram julgados conjuntamente em 16.02.2012.

O ponto comum entre todos os acórdãos,⁹⁰ conforme preconizado alhures, é que em nenhum deles o princípio da proibição de retrocesso foi utilizado como substrato para declarar a constitucionalidade ou não das normas atacadas. Em todos eles, o que foi considerado determinante na fundamentação das decisões foram outras regras e princípios jurídicos, a exemplo da isonomia, razoabilidade, proporcionalidade, garantia do direito adquirido, garantia da irredutibilidade de vencimentos, mas não o princípio em estudo.

4.6 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS E DESFAVORÁVEIS

Como é ínsito à dialética jurídica, em especial pela polêmica que os estudiosos abordam o tema, o princípio da proibição de retrocesso social revela a existência de duas grandes correntes acerca de sua aceitabilidade: os que o admitem e os que o rejeitam.

Sem a pretensão de, necessariamente, correlacionar/refutar cada argumentado doravante citado, mesmo não contemplando todos os argumentos dispostos na doutrina, passa-se a elencar aqueles que se acredita constituírem os principais de cada uma das teses defendidas.

4.6.1 ARGUMENTOS FAVORÁVEIS

⁹⁰ Todos disponíveis em: <http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>. Acesso em: 24 out. 2012.

Na realidade, embora não exclusivos, os grandes argumentos favoráveis ao princípio da proibição de retrocesso social no cenário jurídico nacional decorrem, de modo essencial, de premissas traçadas, entre outros estudiosos, por Luís Roberto Barroso. O autor preconiza que através do referido princípio, não exposto, mas decorrente do sistema jurídico-constitucional, se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, criar certo direito, este se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não poderá ser suprimido.⁹¹

Portanto, um dos argumentos em prol do princípio em análise emerge de maneira implícita do sistema jurídico-constitucional, sobretudo abeberando-se de outros princípios, os quais se passam a descrever adiante.

I) Princípio decorrente de outros princípios do sistema jurídico-constitucional, entre eles:

a) *Princípio do Estado democrático e social de Direito*⁹², o qual abarca necessariamente a proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, culminando com segurança contra medidas retroativas e de caráter retrocessivo.

b) Outro princípio que serve de alicerce para a defesa da proibição de retrocesso é o *princípio da dignidade da pessoa humana*⁹³, o qual, demandando satisfação de prestações positivas (direitos sociais), de uma existência condigna para todos, conduz, numa perspectiva negativa, à inviabilidade de medidas que não obedeçam à tal condição.

⁹¹ BARROSO, op. cit., p.158-159.

⁹² CRFB/1988, art.1º, *caput*, inciso III: “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:”

⁹³ CRFB/1988, Art. 1º, *caput*, inciso III: “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: *a dignidade da pessoa humana.*”

c) Por seu turno, o *princípio da segurança jurídica*⁹⁴ também se soma ao referido rol, no sentido de que a ligação entre segurança jurídica e justiça é muito forte, a despeito do sentido autônomo daquela. Nesse passo, não basta a proposição de normas justas para a segurança jurídica, exige, ainda, que as referidas normas garantam aos sujeitos previsibilidade e que sejam dotadas de estabilidade, com vistas ao futuro.⁹⁵

d) Acresce a lista o *princípio da proteção da confiança*, o qual impõe ao poder público o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas. Para Netto, o referido princípio está ligado ao da segurança jurídica, onde o primeiro pode ser vislumbrado como uma vertente subjetiva que tutela o indivíduo permitindo-lhe confiar no Direito posto, fundado na ideia de boa-fé e, por conseguinte, no impedimento do Estado de atuar com má-fé perante os que confiam no direito.⁹⁶

e) Ainda no rol, figura o *princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais*⁹⁷, entendido como mecanismo de otimização e efetividade do direito à segurança jurídica, a exigir que se procure o maior nível de proteção possível, viabilizando, inclusive, a tutela contra medidas de natureza retrocessivas.

f) Da mesma forma, *manifestações constitucionais específicas que visam à proteção contra medidas de caráter retroativo, tais como a tutela dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito*⁹⁸, que, no seu conjunto, não

⁹⁴ CRFB/1988, Art. 5º, *caput*: “Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País, a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à *segurança* e à propriedade, nos seguintes termos.”

⁹⁵ PINTO E NETTO, op. cit., p. 211-212.

⁹⁶ *Ibid.*, p. 211-212.

⁹⁷ CRFB/1988, Art. 5º, § 1º, “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

⁹⁸ CRFB/1988, Art. 5º, XXXV: “A lei não prejudicará o direito adquirido, ato jurídi-

resolvem sozinhas todas as situações envolvidas no resguardo de uma ampla noção de segurança jurídica.

Pinto e Netto - em obra cujo capítulo particular discorre sobre delineamentos para a aceitação do princípio de proibição de retrocesso social - aduz que as normas retroativas, salvo aquelas favoráveis, devem ser entendidas como vedadas tanto no ordenamento jurídico português, quanto brasileiro, restando alheias à incidência de medidas retrocessivas o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Acrescenta que as normas que disciplinam a aplicação imediata sobre situações não consolidadas se apresentam como medidas que podem ser retrocessivas, razão pela qual devem passar pelo controle de verificação de sua constitucionalidade.⁹⁹

II) O contexto do ordenamento jurídico brasileiro em face do direito internacional

No plano internacional os direitos econômicos, sociais e culturais arrimam-se em uma progressiva implantação efetiva da proteção social por parte dos Estados, o que, inexoravelmente, conduz à vedação de um retrocesso em relação aos direitos sociais já consagrados.

Nessa senda, pode-se citar o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) de 1966, do qual o Brasil é signatário.¹⁰⁰ Ao que se argumenta, referido Pacto reconheceu, em seu art. 5º, item 2, uma cláusula contra a revogabilidade de direitos, intuindo-se, daí, o princípio da proibição do retrocesso consoante depreende-se do texto legal:

Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor, em qualquer país, em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob o pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.

Já no item 2.1, o Pacto determina aos Estados o assegu-

co perfeito e a coisa julgada”.

⁹⁹ PINTO E NETTO, op. cit., p. 213-214.

¹⁰⁰ Ratificado por intermédio do Decreto nº 591/1992.

ramento de níveis essenciais de cada um dos direitos nele reconhecidos:

Cada estado-parte impõe no presente Pacto comprometer-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.

Destarte, tem-se que, transpondo-se para o direito interno, o princípio da proibição de retrocesso veda a elaboração de normas que venham a restringir direitos reconhecidos ou já concretizados e tenha por escopo a tutela de um conteúdo de direito humano. Com efeito, na perspectiva da Constituição brasileira de 1988, a adoção de medida legislativa no sentido de qualquer tentativa de restringi-los ou aboli-los, fatalmente, implicaria inconstitucionalidade do ato.¹⁰¹

III) Vinculação do legislador aos direitos sociais.

Por derradeiro, pode-se citar ainda como argumento de peso ao reconhecimento do princípio em exame a vinculação do legislador aos direitos sociais. Referida vinculação contrapõe-se ao princípio da autonomia do legislador, na medida em que esse - assim como a administração pública e o Poder Judiciário - se encontra vinculado aos direitos sociais. Com efeito, a liberdade de conformação do legislador deverá ser exercitada na exata medida dos direitos fundamentais, porquanto representam visível limitação à discricionariedade legislativa.

Sarlet - procurando sistematizar os argumentos favoráveis ao princípio da proibição de retrocesso, além de citar a maior parte dos princípios supra¹⁰² - pondera que a negativa ao reconhecimento do mesmo, em última análise, aceita que os

¹⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: 2009. Ed. Max Limonad, 1996. p. 74.

¹⁰² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 448- 454.

órgãos legislativos, mesmo estando atrelados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, possam tomar livremente suas decisões, ainda que em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.¹⁰³

A propósito do argumento, pondera Barroso que, mediante uma proibição de retrocesso, está-se a impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou inviável o exercício de um direito, estaria acarretando retorno à situação de omissão anterior.¹⁰⁴

Demais disso, não se pode esquecer que a própria autonomia legislativa encontra forte limitação frente à ideia de mínimo existencial, correlacionando-se ao núcleo essencial dos direitos sociais a prestações, o qual não pode ser abertamente manipulável pelo legislador.¹⁰⁵

4.6.2 ARGUMENTOS DESFAVORÁVEIS

Se por um lado os argumentos favoráveis apresentam-se, em certa medida, convincentes, sobre a existência e utilização do princípio da proibição de retrocesso social no Brasil, de outro flanco, não menos persuasivos, mostram-se os argumentos daqueles que pregam a inexistência e inaplicabilidade do mesmo, os quais recorrem aos argumentos doravante dispostos.

I) Ausência de definição constitucional relativa ao conteúdo objeto dos direitos fundamentais sociais

Pondera-se que o conteúdo dos direitos sociais, de re-

¹⁰³ SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004. p. 162.

¹⁰⁴ BARROSO, op. cit., p.158-159.

¹⁰⁵ Explicitando a limitação de liberdade de conformação do legislador no que toca ao mínimo existencial, TORRES, Ricardo Lobo. A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 32.

gra, não se encontra definido na Constituição, sendo, ainda, indetermináveis sem a interferência do legislador, de forma que este dispõe de ampla margem de conformação, inclusive no que toca à autonomia de voltar atrás de suas próprias decisões. Tal liberdade somente esbarraria no princípio da confiança, bem como na necessidade de justificar as medidas restritivas ou reducionistas.¹⁰⁶

A crítica advém do fato que tal argumento franquearia ao legislador o poder de dispor do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, oportunizando uma fraude à Constituição no que toca ao desrespeito à própria dignidade da pessoa humana.

II) A maior força, e, por conseguinte, maior tutela, que seria atribuída aos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade

Dentro da tradicional divisão entre os direitos fundamentais, bastante difundida é a que os divide em direitos de primeira, segunda e terceira geração, fazendo alusão, respectivamente aos direitos de liberdade, direitos sociais e direitos de solidariedade. Nesta ótica, partindo do princípio que não existem direitos mais importantes que outros, como poderiam os direitos fundamentais sociais estar cobertos por uma proibição de retrocesso, sem que os outros - sobretudo os direitos de liberdade - pudessem gozar da mesma “prerrogativa”¹⁰⁷

Não se descarta, é claro, que referido argumento pode ser combatido quando se sustenta que a Constituição Federal

¹⁰⁶ Embora não refute totalmente a existência do princípio em causa, este é o posicionamento de VAZ, Manoel Afonso. *Lei e reserva de lei*. A causa da lei na constituição portuguesa de 1976. Porto: Coimbra Editora, 1992. p. 383 e ss.

¹⁰⁷ Aproximando-se da presente ideia, surge a afirmação de Novais que, ao tratar da possibilidade de restrição de direitos, esclarece que “do mesmo modo que os direitos, liberdades e garantias são susceptíveis de restrições, independentemente do grau de realização obtido, não há razões para que idêntica possibilidade não seja reconhecida nos direitos sociais, até porque estes são enfraquecidos pela agravante da reserva do possível”. NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 306.

brasileira atribui aos direitos sociais e aos direitos de liberdade a mesma proteção, não fazendo qualquer distinção substancial entre os mesmos.

III) Violação à hierarquia das normas

Objeta-se o reconhecimento do princípio estudado quando se parte de um estudo de hierarquia das normas. Com efeito, a admissibilidade da proibição de retrocesso significaria subverter a hierarquia normativa, atribuindo peso constitucional a normas infraconstitucionais densificadoras de direitos sociais. Para Netto, tal reconhecimento implicaria conferir valor às normas infraconstitucionais em detrimento das normas de natureza constitucional, conferindo um inequívoco desvirtuamento do escalonamento hierárquico da ordem jurídica, tendo em vista que as normas consagradoras de direitos sociais seriam intocáveis, ao tempo em que a maior parte das normas constitucionais seria alterável e até suprimível.¹⁰⁸

IV) A relatividade do princípio em face da realidade fática

É cediço que o direito deve procurar espelhar as demandas sociais na medida em que as mesmas se apresentam como merecedoras da intervenção legislativa. Nesse diapasão, a concretização legislativa dos direitos sociais não poderá estar desatrelada da realidade, sobretudo socioeconômica, onde o princípio em estudo não pode ser encarado de maneira cega e absoluta, a ponto de não poder ser afastado a partir de ponderações do caso concreto.

De toda sorte, aduz-se, porém, que de uma possível ponderação deve estar afastada, em regra, a possibilidade de total supressão da regulamentação infraconstitucional de um direito fundamental social ou de uma garantia constitucional correlata à manutenção desse direito.

V) Princípio da autonomia do legislador

Como dito alhures, tal princípio confronta-se com a

¹⁰⁸ PINTO E NETTO, op. cit., p. 145.

ideia de vinculação do legislador aos direitos sociais e, por sua importância no debate, merece um pouco mais de discussão.

José Carlos Vieira de Andrade, ao se debruçar sobre o tema - mesmo fazendo ressalvas¹⁰⁹ - expressamente destaca:

[...] Contudo, isso não implica a aceitação de um princípio geral de proibição de retrocesso, nem uma “eficácia irradiante” dos preceitos relativos aos direitos sociais, encarados como um “bloco constitucional dirigente”. *A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. A liberdade constitutiva e a auto-reversibilidade, ainda que limitadas, constituem características típicas da função legislativa e elas seriam praticamente eliminadas se, em matérias tão castas como as abrangidas pelos direitos sociais, o legislador fosse obrigado a manter integralmente o nível de realização e a respeitar os direitos por ele criados.* (grifo do pesquisador).

Na mesma linha, registra-se o posicionamento de Susana Toledo de Barros para quem o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social, como garantidor de direitos sociais perante a lei, choca-se com o princípio da autonomia do legislador, tendo em vista que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum.¹¹⁰

Mencionado argumento é veementemente rechaçado por Sarlet, o qual obtempera:

Tal concepção, ao menos no nosso sentir, não pode merecer acolhida, sob pena de outorgar ao legislador o poder de dispor (de modo demasiado livre) do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, notadamente no que diz com a sua concretização legislativa, já que no plano da mudança constitui-

¹⁰⁹ “Por nossa parte, aceitamos mesmo um processo de transformação constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na “consciência jurídica geral”, pois entendemos a Constituição susceptível de evolução, incluindo aí a possibilidade de, ao nível constitucional, se vir a densificar e a determinar o conteúdo dos preceitos”. ANDRADE, op. cit., p. 408.

¹¹⁰ TOLEDO, Susana Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Brasília jurídica. 1996. p 163.

onal formal já se dispõe da proteção (igualmente não absoluta, embora reforçada) assegurada pelos limites a reforma da Constituição [...] ¹¹¹.

No embate - indiretamente defendendo o princípio em apreço -, revelador se mostra o posicionamento de Novais que, ao discorrer sobre o princípio da socialidade, ressaltando as diferenças entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, apresenta estes como direitos de conteúdo não constitucionalmente determinado ou determinável. Tal característica, numa conjuntura de dificuldade de recursos materiais e do necessário estabelecimento de prioridades, conduz, dentro de uma democracia política, inevitavelmente a uma margem de livre decisão ao legislador. ¹¹²

Acrescenta que o condicionamento material dos direitos sociais torna-os sempre direitos condicionados à reserva do possível. O lusitano, lançando mão de engenhosa e elucidativa construção, justifica a importância da liberdade de decisão do legislador, ao asseverar:

De facto, a escassez de recursos obriga a optar politicamente quanto à sua repartição; ora, não é o facto de, em determinado momento histórico, uma maioria política ter privilegiado, por exemplo, a educação relativamente à saúde ou à habitação, que essa ordem de prioridade adquire um grau de rigidez que subtraia à margem de decisão de novas maiorias democraticamente legitimadas. Não fixando a Constituição qualquer directivas de orientação quanto às prioridades dentro do domínio da realização dos direitos sociais, essa é uma área que cai na margem de livre e exclusiva decisão do legislador democrático. ¹¹³

Quanto a característica da indeterminabilidade dos direitos sociais e a necessidade de intervenção do legislador

¹¹¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. 447.

¹¹² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 293- 294.

¹¹³ NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 295.

apontada por Novais, curiosa se apresenta a crítica de Roger Stiefelman Leal, o qual admite, frente a incapacidade prestacional do poder público, sobretudo nas amarras impostas pela reserva do possível, a possibilidade de supressão total de determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas nesta seara.¹¹⁴

Por derradeiro - em uma posição de admissão relativa¹¹⁵ do princípio da proibição de retrocesso -, desponta o magistério de Jorge Miranda, ao asseverar que o legislador não pode simplesmente suprimir as normas legais concretizadoras de direitos sociais, porquanto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.¹¹⁶

4.7 A DESNECESSIDADE DE APLICAÇÃO PRÁTICA DO PRINCÍPIO NO BRASIL

Sem embargo das diversas posições doutrinárias favoráveis e contra a aceitação da existência do princípio da proibição de retrocesso, cada uma com seus respectivos méritos, ou-seja, com a devida *vênia* dos que pensam em sentido contrário, entender que a referida discussão torna-se inócua se levada a efeito sua aplicabilidade dentro do ordenamento jurídico bra-

¹¹⁴ LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*, artigo extraído do programa de Pós-Graduação em Direito da universidade Federal do RS. Disponível em <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 09 de maio de 2012.

¹¹⁵ Em crítica sobre o princípio, Novais esclarece que o mesmo, além de insustentável “numa versão absoluta”, também não possui autonomia dogmática do ponto de vista relativo em detrimento de princípios em que se pretende sustentá-lo. Cuida-se, na realidade, dos chamados limites aos limites dos direitos fundamentais, ou seja, dos limites constitucionais, próprios do Estado de Direito, nos quais os poderes públicos estão obrigados a observar quando restringem os direitos fundamentais. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 245-246.

¹¹⁶ MIRANDA, op. cit., p. 494.

sileiro, designadamente no que toca ao controle de constitucionalidade de normas.

Ora, partindo do que fora mostrado até aqui, pode-se até, do ponto de vista teórico, concordar com a existência do princípio em comento, sobretudo se visto sob a ótica alienígena, como por exemplo na Alemanha, onde os direitos sociais não foram incluídos na Constituição do referido país.

Porém, no contexto pátrio, por questões pragmáticas, as situações que *a priori* seriam solucionadas com base na invocação do citado princípio - reitere-se, em especial no que tange ao controle de constitucionalidade das normas - terminam sendo solucionadas ou são solucionáveis com a invocação de violação direta de outros princípios constitucionais ou normas-regras de igual teor, seja por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão ou eventualmente mandado de injunção. Chega-se a esta conclusão apoiado nos quatro argumentos a seguir dispostos.

I) Princípio copiado do direito estrangeiro sem devido contexto jurídico nacional

Primeiramente, deve-se sublinhar que o princípio da proibição de retrocesso, conforme visto alhures, tem fonte de inspiração marcante o Direito Alemão, onde os direitos sociais não foram inseridos explicitamente na Lei Fundamental do citado país.¹¹⁷ No entanto, uma série de direitos com natureza social foram sendo criados pelo legislador ordinário e suprindo, de alguma forma, o vácuo constitucional.¹¹⁸

¹¹⁷ Alexy pondera que, diferente de várias Constituições de outros Estados-membros e de outros países, na Constituição alemã não existe a previsão expressa de direitos prestacionais (ressalvado o contido no art. 6º, § 4º, que prevê o reconhecimento do direito da mãe à proteção e à assistência da comunidade), embora se encontre no texto constitucional uma série de pontos de apoio, formulados de maneira objetiva, conduzindo a uma interpretação orientada a direitos prestacionais, sobressaindo-se a obrigação de todos os poderes estatais de proteger a dignidade da pessoa humana e a cláusula do Estado Social. ALEXY, op. cit., p. 434-435.

¹¹⁸ Nem por isso menos protetor que a maioria de outros ordenamentos jurídicos que preveem expressamente os direitos sociais no texto constitucional.

Como corolário, para garantir direitos previstos em leis infraconstitucionais,¹¹⁹ amparado em construções doutrinárias, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal passou a entender que os direitos sociais que haviam sido legislados no decorrer do tempo não poderiam ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de inconstitucionalidade. Ou como resume Novais:

[...] a fórmula e o eventual princípio da proibição do retrocesso surgiram, então, como invenção engenhosa destinada a justificar uma proteção jurídica reforçada a direitos a que se recusara natureza constitucional, jusfundamental. Tratava-se, em qualquer caso, nesse contexto, de uma invenção alemã para resolver uma dificuldade ou uma eventual lacuna constitucional alemã.¹²⁰

De outro flanco, países outros - nos quais se inclui o Brasil - ao lado dos clássicos direitos de defesa, possuem um verdadeiro catálogo de direitos a ações estatais positivas, ou seja, de direitos sociais,¹²¹. Tais direitos, se violados, podem ser tutelados pela alegação de violação direta dos mesmos ou princípios correlatos (conforme se infere do próximo argumento), o que dispensa a invocação do citado princípio.

II) A falácia de decorrência de outros princípios

Também com o devido respeito aos posicionamentos contrários, a aceitação ou não do princípio da proibição de retrocesso social no Brasil, mesmo que de maneira implícita na Constituição, nenhuma diferença prática fará em sede de con-

¹¹⁹ Servindo de reflexão para o contexto nacional, merece registro a crítica de Roger Stiefelmann Leal ao indagar “De que adianta incorporar estes novos direitos ao texto constitucional, se eles não poder ser exigidos? LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*, artigo extraído do programa de Pós-Graduação em Direito da universidade Federal do RS. Disponível em: <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 09 maio 2012.

¹²⁰ NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 241.

¹²¹ Alexy também obtempera, ao discorrer sobre o texto constitucional alemão, que o mesmo “claramente se aparta de uma série de Constituições dos Estados-Membros, nas quais, ao lado dos direitos de defesa clássicos, podem ser encontrados direitos como o direito ao trabalho, o direito a meios de subsistência, o direito à educação e o direitos à participação”. ALEXY, op.cit., p. 434.

trole de constitucionalidade. Tal afirmação é pautada pelo fato de que eventual alegação de inconstitucionalidade de uma norma garantidora de direito fundamental - como de resto todas as normas de natureza distintas - poderá ser vergastada tomando como base os princípios da dignidade da pessoa humana, igualdade, proteção de confiança, entre outros que, conforme já mencionados, servem como substrato constitucional na tese daqueles que defendem o princípio ora analisado.

Nesse mote, Novais - ao discorrer sobre os direitos sociais como tipos de direitos fundamentais - preconiza a impossibilidade de se extrair dos mesmos qualquer imposição juridicamente vinculante de “proibição de retrocesso” ou de “obrigação de não regressividade” tendente a conceber os padrões atingidos de prestações estatais como imunes, sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade por conta de uma eventual regressão. Entrementes, em continuidade de seu pensamento, pontifica:

É certo que a regressão pode vir a ser considerada inconstitucional – seja por violação de princípios como o princípio da confiança, o princípio da igualdade, da dignidade da pessoa humana ou do próprio direito social em questão -, *mas aí, a inconstitucionalidade funda-se nesses princípios, valores ou direitos e não na violação de um constitucionalmente inexistente princípio da proibição de retrocesso* (grifo do pesquisador).¹²²

Ora, na mesma linha de raciocínio do mencionado professor, pode-se afirmar que, algumas situações - hipoteticamente violadoras do princípio da proibição de retrocesso social -, na realidade, fundam-se justamente na violação de outros princípios jurídicos, como é o caso do princípio da segurança jurídica, do princípio do Estado democrático e social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos

¹²² NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004. p. 294.

fundamentais ou, até mesmo, das garantias dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, todos positivados na Carta Magna brasileira.

Logo, eventual descumprimento de situações tidas como “retrocessivas” serão, na realidade, salvaguardadas por um ou mais dos aludidos princípios ou regras, prescindindo, portanto, de aplicação do princípio implícito da proibição de retrocesso social.

III) “O velho modismo” da cultura jurídica brasileira

Não se pode deixar de considerar, pela própria cultura jurídica brasileira, a ligeira sensação de que a aplicação de certos princípios e institutos jurídicos no direito nacional, muitas vezes, não passa de “modismo” de alguns estudiosos em socorrerem-se de mecanismos novos para tentar resolver problemas antigos que, aparentemente, não são solucionáveis com o aparato jurídico já existente.

Ora, não precisa reinventar a roda para saber como utilizá-la de forma mais eficiente ou adequada. Malgrado o país sofra com o constante desrespeito à normas jurídicas (normas-regras e normas-princípios) - chegando-se até mesmo ao comentário popular de “lei que pega e lei que não pega” -, nem por isso se deve deixar de dar credibilidade e, sobretudo aplicabilidade e efetividade, às normas existentes como forma de combate às omissões estatais.

Nesse diapasão, frente à vasta previsão constitucional de outros princípios e regras, despciendo se torna a aclamação específica do princípio da proibição de retrocesso social para amparar eventual pedido de declaração de inconstitucionalidade que possa ser suscitado.

IV) Abundância de direitos sociais previstos no texto constitucional

Desde a Constituição de 1934 - como fruto do constitucionalismo social que se espalhou pelo mundo inteiro a partir da Constituição mexicana de 1917 e, principalmente sob influ-

ência da Constituição de Weimar, de 1919, na Alemanha - o Brasil passou a consagrar os direitos sociais. Na mesma linha do que vinha sendo previsto desde a segunda Constituição republicana - porém com as inevitáveis restrições das Constituições outorgadas nos períodos de exceção -, a Constituição Cidadã de 1988 deu uma enorme guinada no que tange à tutela dos direitos sociais.

Entre os pontos mais festejados da novel Carta Magna, merece destaque a inserção dos direitos sociais no Título II, que versam sobre os direitos fundamentais, aspecto que, pelo menos do ponto de vista formal, afastou a discussão sobre a natureza dos referidos direitos como fundamentais¹²³. A partir de então se denotou a preocupação do constituinte em fortalecer os direitos sociais, dando-lhes força normativa constitucional para que os seus titulares pudessem desfrutar da garantia de um mínimo existencial.

Nessa linha, o Capítulo II, do Título II, da Constituição Federal é pródigo na garantia de direitos sociais, trazendo em seu bojo quatro artigos (6º ao 11), com destaque para o artigo 7º, aglutinador de nada menos que 34 incisos. Entre os artigos, o 6º, cuja redação, embora curta, paradoxalmente, é o mais abrangente no que toca à consagração de direitos sociais, o que pela sua importância reclama sua transcrição:

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.

¹²³ Em crítica correlata, Novais aduz que “o que surpreende é o sucesso quase universal que a fórmula obtém, incluindo em países e ordens constitucionais onde não apresenta qualquer justificação ou utilidade, mais precisamente, nas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente considerados direitos fundamentais, direitos constitucionais, beneficiando, portanto, da protecção que decorre da sua natureza formal e materialmente constitucional, sem quaisquer necessidades de invenção de princípios incertos ou inexistentes e [...] contraditórios como é o princípio do retrocesso”. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2010. p. 241.

Calha registrar que os direitos à educação, à saúde, à previdência social, à assistência aos desamparados, a proteção à maternidade e à infância não foram renegados, estando apenas dispostos topograficamente em ponto diverso (Título VIII, que versa sobre a ordem social) no texto constitucional.

Embora a sede constitucional dos referidos direitos não repercuta, na prática, a mesma eficácia das leis ordinárias garantidoras de direitos sociais da Alemanha, não se pode ignorar que - pelo menos sob o prisma teórico - o caráter constitucional confere a eles uma verdadeira “blindagem” contra eventuais desrespeitos ou violações, nomeadamente quando se leva em conta a inserção dos mesmos no núcleo duro da Constituição.

Portanto - dentro contexto fático-jurídico brasileiro -, pode-se preconizar que o corolário lógico da tutela conferida pelo constituinte originário aos aludidos direitos conduz à inevitável conclusão de que os mesmos dispensam a invocação do princípio da proibição de retrocesso social como forma de protegê-los. Com efeito, ou se viola diretamente a norma constitucional garantidora do direito social invocado¹²⁴ e se procura a devida tutela do mesmo¹²⁵ ou - atento às restrições de tais direitos (pressupostos materiais, principalmente financeiros) - buscar-se-á a tutela com apoio na invocação do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir da violação da garantia do mínimo existencial dos direitos sociais violados¹²⁶.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Conforme visto, os direitos fundamentais são produto de longa evolução da história humana, conquistados paulatinamente e de maneira bastante árdua, o que não significou que

¹²⁴ Tese minimalista que, por exemplo, Novais expressamente afirma não acompanhar. NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*. Coimbra editora. 2006. p. 200.

¹²⁵ Leia-se: da norma regra.

¹²⁶ Leia-se: da norma princípio.

os mesmos tenham atingido o mesmo grau de amadurecimento e efetivação em todas as partes do mundo, dadas as peculiaridades de cada Estado.

Descreveu-se que, após o surgimento do constitucionalismo moderno, tornou-se possível a positivação de enunciados normativos consagradores de direitos fundamentais, em especial os direitos negativos ou tidos como de primeira geração ou dimensão, fato que - embora elogiável em um primeiro momento - não foi suficiente para suprir todas as demandas relativas aos direitos do homem, em especial no que toca aos chamados direitos prestacionais.

Anotou-se que tais direitos, ditos de segunda geração, aí englobados os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais demandam prestações positivas do Estado, não foram concretizados na mesma proporção em que foram prometidos ou disciplinados nos textos constitucionais. Com efeito, ponderou-se que o problema hodierno não se relaciona tanto com o reconhecimento, mas com a efetivação dos direitos estabelecidos como fundamentais pelas Constituições dos Estados, o que fez emergir, de maneira acentuada, a necessidade de concretizar direitos que requerem ações positivas dos poderes públicos.

A partir daí, apontou-se para a necessidade de analisar a sistematização e o comportamento dos referidos direitos no âmbito do ordenamento jurídico brasileiro, designadamente frente ao gracioso rol de direitos reconhecidos na Constituição Federal de 1988. Viu-se que tal fato ensejou a elevação das expectativas das demandas sociais em detrimento de bens cada vez mais escassos, cuja manutenção dificulta uma contrapartida estatal, solucionadas, na maioria das vezes, com o dispêndio de recursos orçamentários que não contemplam todos os anseios da massa.

Procurou-se refletir se, diante de eventuais crises econômico-financeiras, contingências diversas de caixa ou mesmo frente à liberdade de conformação do legislador, seria

possível a implantação de uma legislação que diminua, restrinja ou mesmo suprima direitos até então previstos no ordenamento jurídico, sob argumento de invocação de um possível acolhimento do famigerado princípio da proibição de retrocesso social.

Indagou-se se o referido princípio, nos moldes propalados no direito alienígena - especialmente em países em que o mesmo se desenvolveu, como, por exemplo, na Alemanha, que não positivou os direitos sociais no seu texto constitucional -, também teria sustentação jurídica no ordenamento jurídico nacional, a ponto de considerá-lo como princípio autônomo e imprescindível para o sistema jurídico, sobretudo no controle de constitucionalidade de leis.

Mostrou-se que, entre as duas correntes de pensamentos antagônicas, aqueles que advogam a existência do princípio do retrocesso social vislumbram-no como princípio implícito, decorrente do sistema jurídico-constitucional, o qual emana de outros princípios, assim como do contexto do ordenamento jurídico brasileiro em face do direito internacional, bem como pautado no argumento da vinculação do legislador aos direitos sociais.

Quanto aos argumentos desfavoráveis à existência do aludido princípio, apontou-se a ausência de definição constitucional relativa ao conteúdo objeto dos direitos fundamentais sociais, a maior força e, por conseguinte, maior tutela que seria atribuída aos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade, à violação à hierarquia das normas, à relatividade do princípio em face da realidade fática e o princípio da autonomia do legislador.

No que toca ao tratamento jurisprudencial, conquanto não se tenha infirmado o reconhecimento do princípio no domínio dos tribunais inferiores, o trabalho se circunscreveu à sua análise apenas no âmbito do STF. Nesse mote, constatou-se que o princípio da proibição de retrocesso social ou não está

solidificado ou não goza da “simpatia” dos componentes da Corte Suprema, tendo em vista que na maioria das vezes em que foi mencionado nos seus julgamentos – nos poucos em que é abordado e, ainda assim, de maneira tangente -, em nenhum ele foi utilizado como fundamento determinante, mas apenas em caráter secundário, seja para reforçar o argumento principal (uma regra ou outro princípio), ou até mesmo para negar sua vinculatividade.

Sem embargo das diversas posições doutrinárias favoráveis ou contrárias à aceitação da existência do princípio da proibição de retrocesso social, ainda que se admita a existência do mesmo, tem-se que aludida discussão perde sentido se levada a efeito sua aplicabilidade no Brasil. Tal fato decorre do próprio contexto fático-jurídico pátrio, tendo em vista que, por questões pragmáticas, situações que *a priori* poderiam ser solucionadas com base na invocação do citado princípio - em especial no que tange ao controle de constitucionalidade das normas - terminam sendo solucionadas ou são solucionáveis com o argumento de violação direta de outros princípios constitucionais ou normas-regras de igual teor, o que poderá ocorrer por intermédio da ação direta de inconstitucionalidade, ação de inconstitucionalidade por omissão ou eventualmente mandado de injunção.

Portanto, percorridos os contornos teóricos mínimos e necessários ao entendimento do tema, bem como apoiado em todas as demais considerações supra delineadas, chega-se à inevitável conclusão de que a mencionada discussão se apresenta inócua no âmbito nacional, tendo em vista a desnecessidade prática de aplicação do princípio da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro.



REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. Malheiros editores. 2008.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Editora Almedina, 2006.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Nova edição. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 22. ed. atualizada e ampliada. São Paulo: Malheiros editores, 2008.
- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 - CRFB/1988 - Publicada em 5 de outubro de 1988*. Editora Saraiva. 2011.
- _____. Decreto nº 591/1992. Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC). Disponível em:
<http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/DEC%20591-1992?OpenDocument>. Acesso em 06 jun. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Precedentes do Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConsolidada.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na ADI 2.065-0/DF. Publicado no DJU de 04 de junho de 2004. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConso>

- lidada.asp>. Acesso em: 24 out. 2012.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Acórdão proferido na ADI 3.104-0 DF. Publicado no DJU de 09 de novembro de 2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarConso lidada.asp>>. Acesso em: 24 out. 2012.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. 2ª reimpressão. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FERRERIA FILHO, Manoel Gonçalves. *Princípios fundamentais do direito constitucional: o estado da questão no início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.
- HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antônio Fabris Editor, 1991.
- LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*, artigo extraído do programa de Pós-Graduação em Direito da universidade Federal do RS. Disponível em <<http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 09 maio de 2012.
- LOEWENSTEIN, Karl. *Teoria de la constitución*. 2. ed. Barcelona: Editora Ariel, 1976.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. Madri: Tecnos, 1993.
- _____. *Derechos humanos, estado y constitución*. Madrid: Tecnos, 1999.
- MARMELSTEIN, George. *Curso de direitos fundamentais*. São Paulo: Atlas, 2008.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires;

- BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 4. ed. revisada e atualizada. São Paulo: Saraiva, 2009.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo”, In: BINENBOJIM, Gustavo (Coord.). *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*. Vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2003.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 1993. vol. IV.
- MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.
- NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.
- _____. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.
- _____. *Contributo para uma teoria do estado de direito*: Coimbra: Editora Almedina, 2006.
- _____. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- _____. *Direitos sociais teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- PIOVESAN, Flávia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 10. ed. São Paulo: 2009. Ed. Max Limonad, 1996. p. 74.
- PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 39/1984, Processo nº 6/1983 – Rel. Cons.º Vital Moreira – DJU 19.12.2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/1984>

0039.html.> Acesso em: 22 jul. 2012.

_____. Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002 – Rel. Cons.º Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/2002_0509.html> Acesso em: 22 jul. 2012.

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

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental aplicabilidade*. Curitiba: Jurúa Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*. Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 6. ed. revisada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 24. ed. revista e atualizada nos termos da reforma constitucional (até a Emenda Constitucional n. 45, de 08.12.2004, publicada em 31.12.2004). São Paulo: Malheiros editora. 2004.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

TOLEDO, Susana Barros. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília-DF: Brasília jurídica. 1996.

TORRES, Ricardo Lobo. A cidadania multidimensional na era dos direitos. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.) *Teoria dos direitos fundamentais*. Rio de Janeiro: Renovar, 1999. p. 239-324.

VAZ, Manoel Afonso. *Lei e reserva de lei. A causa da lei na constituição portuguesa de 1976*. Porto: Coimbra Editora, 1992.

VECHI, Ipojuca Demetrius. Considerações sobre a proposta de alteração do artigo 618 da CLT. In: FREITAS, José de Mello (Org.) *Reflexões sobre o direito do trabalho e flexibilização*. Passo Fundo: UFP, 2003.