

**SENADO FEDERAL
INSTITUTO LEGISLATIVO BRASILEIRO
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO LEGISLATIVO**

EDUARDO PEDROTO DE ALMEIDA MAGALHÃES

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E O PODER
LEGISLATIVO**

**BRASÍLIA,
DEZEMBRO/2014**

EDUARDO PEDROTO DE ALMEIDA MAGALHÃES

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E O PODER
LEGISLATIVO**

Trabalho de Conclusão do Curso de
Pós-Graduação em Direito Legislativo,
como requisito parcial para obtenção
do título de Especialista em Direito
Legislativo.

BRASÍLIA,
DEZEMBRO/2014

EDUARDO PEDROTO DE ALMEIDA MAGALHÃES

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E O PODER
LEGISLATIVO**

Trabalho de Conclusão do Curso de Pós-Graduação em Direito Legislativo, como requisito parcial para obtenção do título de Especialista em Direito Legislativo.

Brasília/DF, 17 de novembro de 2014.

Membro da Banca Examinadora

Membro da Banca Examinadora

Aos meus pais, Clóvis e Lúcia, e ao meu irmão, Guilherme, por todo o amor e o apoio incondicional, nesta e em todas as empreitadas da minha vida.

AGRADECIMENTOS

Agradeço a todos os professores que fizeram a diferença na minha trajetória acadêmica, dos tempos de Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (*alis grave nil*, sempre!) aos dias de hoje: Celso D. de Albuquerque Mello (*in memoriam*), Marcelo Fernandez Trindade, Firly Nascimento Filho (a ordem é de chegada).

Nesta etapa em particular, registro a valiosa e precisa orientação do Professor João Trindade Cavalcante Filho. Sou também muito grato à Coordenadora Luciana Villela de Andrade Mendes, pela sempre bem-vinda combinação de profissionalismo e gentileza. Aos demais professores do curso, a quem saúdo na pessoa de Roberta Simões Nascimento (também colega de Advocacia do Senado).

Aos colegas da Advocacia do Senado Federal, em especial a Alberto Cascais, Rômulo Gobbi do Amaral e Fernando Cesar de Souza Cunha, pelo estímulo e apoio.

Sem vênias, o último é o mais importante. Agradeço a Deus, por cada segundo.

A utopia está lá no horizonte. Me aproximo dois passos, ela se afasta dois passos. Caminho dez passos e o horizonte corre dez passos. Por mais que eu caminhe, jamais alcançarei. Para que serve a utopia? Serve para isso: para que eu não deixe de caminhar.

Eduardo Galeano

RESUMO

O presente estudo analisa o princípio da proibição de retrocesso social no direito brasileiro, sob o enfoque do aparente embate entre constitucionalismo e democracia. Primeiro são analisados criticamente os principais fundamentos do princípio, conforme apontados pela doutrina especializada. Na sequência são expostos o conteúdo do princípio, na dimensão negativa e positiva, e estudo de direito comparado. Na terceira etapa o princípio é contextualizado dentro da teoria geral dos direitos fundamentais e confrontado a outros princípios constitucionais.

Palavras-chave: Direito Constitucional. Direito Legislativo. Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Constitucionalismo. Democracia. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. Direitos Sociais.

ABSTRACT

This study analyses the principle of prevention of social regression in Brazilian law, under the approach of the apparent clash between constitutionalism and democracy. First are critically analyzed the main foundations of the principle, as pointed out by specialized doctrine. Following are exposed content of the principle, the negative and positive dimensions, and study of comparative law. In the third stage the principle is contextualized within the theory of fundamental rights and confronted the other constitutional principles.

Keywords: Constitutional Law. Legislative Law. Principle of Prohibition of Social Rewind. Constitutionalism. Democracy. Theory of Fundamental Rights. Social Rights.

LISTA DE ABREVIATURAS

ADI – Ação Direta de Inconstitucionalidade

c.c. – combinado com

CR/1988 – Constituição da República de 1988

HC – Habeas Corpus

ONU – Organização das Nações Unidas

PIDESC - Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

STF – Supremo Tribunal Federal

STJ – Superior Tribunal de Justiça

TRF – Tribunal Regional Federal

Sumário

INTRODUÇÃO, 1.

CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, 5.

1.1. Preliminares e conceito, 5.

1.2. Conteúdo, 7.

1.2.1. Dimensão negativa, 7.

1.2.2. Dimensão positiva, 11.

1.3. Fundamentos, 20.

1.3.1. O princípio da segurança jurídica, 20.

1.3.2. O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (força normativa da Constituição), 24.

CAPÍTULO 2. NOTAS SOBRE DIREITO COMPARADO, NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS, 30.

2.1. O princípio da proibição de retrocesso social no direito comparado, 30.

2.1.1. Portugal, 30.

2.1.2. Alemanha, 37.

2.2. Breves notas sobre neoconstitucionalismo e direitos fundamentais, 39.

CAPÍTULO 3. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL À LUZ DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OUTRAS QUESTÕES, 44.

3.1. Dimensão negativa do princípio e a teoria geral dos direitos fundamentais, 44.

3.2. Colisão com outros princípios constitucionais, 49.

3.2.1. O princípio democrático, 50.

3.2.2. O princípio do pluralismo político, 52.

3.2.3. O princípio da isonomia, 58.

3.3. Rigidez da legislação infraconstitucional, 58.

3.4. Análise econômica, 61.

CONSIDERAÇÕES FINAIS, 64.

SÍNTESE, 66.

REFERÊNCIAS, 70.

INTRODUÇÃO

O princípio da proibição de retrocesso social surgiu no direito europeu no final da década de setenta, como tentativa de resposta jurídica à crise do Estado Social (historicamente denominado Estado de Bem-Estar Social ou *Welfare State*).

Em breves linhas, o referido princípio preconiza que, uma vez editada legislação infraconstitucional densificadora de determinado direito social dotado de jusfundamentalidade, seria vedado ao legislador ordinário suprimir ou reduzir substancialmente o quanto outrora conferido normativamente. Segundo tal linha de raciocínio, o ordenamento jurídico, em termos de implantação do Estado Social, não admitiria recuos, mas somente uma crescente de benesses sociais, inclusive de prestações estatais positivas.

Tratar-se-ia de princípio constitucional implícito, não escrito. Dissentem seus defensores acerca de qual (ou quais) dispositivo constitucional escrito derivaria o princípio em questão, a despeito do esforço argumentativo de todos na tentativa de demonstrar sua existência e conteúdo.

Nessa etapa inicial importa salientar o que subjaz ao princípio, isto é, o contexto no qual se insere, em uma visão mais ampliada do ordenamento jurídico e da própria estrutura de poder estatal.

Primeiro, há uma clara tensão entre constitucionalismo (neoconstitucionalismo, para ser mais exato) e democracia. A depender do alcance que se confira ao princípio, haverá inevitavelmente um enfraquecimento de um conceito sobre o outro. Em termos mais abstratos, essa problemática é enfrentada sob a dicotomia entre os puros constitucionalistas e os puros democratas. Enquanto estes acreditam na primazia do autogoverno democrático e no processo político democrático como forma de proteger os direitos individuais, aqueles tomam o processo constitucional como a base das políticas públicas em relação aos direitos, contudo o processo político não seria suficiente para se avaliar a justeza dessas políticas¹.

Segundo, também se pode verificar um grave embate entre dois poderes estatais², quais sejam Legislativo e Judiciário, o que remete à interminável e sempre

¹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2005, p. 1450.

² Não se desconhece que o poder estatal é uno, e que, portanto, se deveria falar em funções do Estado e não em poderes, conforme advertem alguns juristas e também cientistas políticos. Sem embargo, na presente obra adota-se função e poder como expressões sinônimas, sem se vislumbrar,

renovada discussão sobre a teoria da separação de poderes, segundo o modelo de freios e contrapesos. Porque sua eventual aplicação pressupõe que determinada lei (que suprima ou restrinja severamente dado direito social dotado de jusfundamentalidade) seja levada ao judiciário, que poderá vir a declarar a inconstitucionalidade com base na proibição de retrocesso social. É dizer, a aplicação do princípio pressupõe um poder estatal interferindo na validade de ato típico de outro poder – o que reclama à reflexão científica sobre o assunto.

Essas duas notas iniciais evidenciam que o tema inequivocamente se insere no objeto específico do Direito Legislativo, sem embargo da proximidade com o Direito Constitucional. Afinal, e em poucas palavras, o princípio pretende limitar (essencialmente pela atuação do judiciário) o mister constitucional típico do parlamento, a atividade legiferante.

Também calha apontar nessa introdução a relevância e atualidade do tema.

A atualidade pode ser aferida pela recorrente crise do Estado Social de Direito, que aflige tanto países europeus (e.g., revisão do sistema de seguridade social de diversos países da União Europeia, como Portugal, Espanha, Grécia, Itália, em decorrência da crise econômica de 2008), como latino-americanos, incluindo o Brasil, em que reformas como a trabalhista, a previdenciária e a assistencial parecem sempre estar na ordem do dia (o princípio ganhou força, é bom registrar, quando, na década de oitenta, lei portuguesa praticamente aniquilava o sistema público de saúde).

Quanto à relevância, é de se reconhecer que qualquer possibilidade de limitação do Poder Legislativo ganha contornos particularmente preocupantes no caso brasileiro. Historicamente sufocado pelo Poder Executivo, traço reforçado pelo modelo constitucional anterior, de cunho autoritário, e mais recentemente pela expansão da jurisdição constitucional, somente com o advento da Carta de 1988 o Legislativo começou a ser poder, e não mero chancelador formal de atos do Executivo³.

No que toca à relevância jurídica, além dos dois aspectos acima apresentados (neoconstitucionalismo *versus* democracia e Legislativo *versus* Judiciário, com o perdão da síntese), os direitos fundamentais, entre os quais os

com isso, qualquer prejuízo científico ou mesmo à compreensão do tema.

³ BONAVIDES, Paulo ET ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p. 499.

ditos sociais ou de segunda geração, gozam de centralidade no âmbito da dogmática constitucional, especialmente a questão da sua efetivação.

Ademais, o princípio em si revela-se controverso tanto no âmbito doutrinário (com destaque não só para a doutrina nacional, como para a estrangeira, notadamente a tedesca e a lusitana), como jurisprudencial (*vide gratia* Acórdãos 39/84 e 509/02 do Tribunal Constitucional Português). No âmbito do Judiciário brasileiro, há poucas decisões que reconhecem expressamente o princípio, podendo ser citados precedentes do TRF da 2ª Região e do TJRS, conforme relata Mario de Conto⁴. Há corrente francamente minoritária no STF⁵ que reconhece a existência do princípio.

Não há consenso, por exemplo, sobre a própria existência do princípio, sobre seu(s) fundamento(s) constitucional(s), âmbito de incidência, modo de aplicação, alcance e até a terminologia.

Há também relevância política da matéria. Porque a proposta do princípio significa um rearranjo na relação entre os poderes, notadamente entre Legislativo e Judiciário, com novo peso a ser atribuído a cada qual na concretização de direitos sociais.

Sob a ótica econômica, sobretudo segundo um viés orçamentário, o resultado da celeuma poderá trazer significativos impactos ao erário.

A importância social é o fim último da questão, pois definirá o grau de efetividade de direitos sociais, com repercussão para rigorosamente todo o corpo social, não apenas para os beneficiários diretos desses direitos, mas a todos que, em alguma medida, contribuem para a manutenção do sistema.

Destacadas a atualidade e relevância jurídica, política, econômica e social do tema, cabe passar ao objeto da presente investigação, isto é, ao problema e à respectiva hipótese.

A pesquisa que se pretende empreender consiste em analisar criticamente o princípio da proibição de retrocesso social quanto à existência, fundamento, alcance e autonomia do princípio (objetivo geral). A análise é exclusivamente jurídica, tendo sido descartadas propositadamente as fontes que enveredavam a uma

⁴ DE CONTO, Mário. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 119 e seguintes.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 3.103-8. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 1/9/2014.

argumentação essencialmente político-ideológica.

A pergunta-chave poderia ser vazada nesses termos: em que medida o princípio da proibição de retrocesso social autorizaria uma limitação judicial na liberdade legislativa (conformação e restrição)? Isso aconteceria sem que houvesse ofensa ao princípio democrático, em termos de autonomia do legislativo, representatividade, princípio majoritário; ao princípio da supremacia da Constituição; entre outros?

A hipótese inicialmente aventada, que será testada ao longo da pesquisa, consiste, resumidamente, em reconhecer que o dito princípio constitucional não escrito pode tutelar apenas e tão somente o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

Confirmada a hipótese inicial, serão analisados questionamentos secundários e dela decorrentes, notadamente se é possível falar em autonomia do princípio da proibição de retrocesso, ou se se encontra inserido – e redundante – tanto no princípio da proporcionalidade, na vertente de proibição de proteção deficiente, quanto na teoria absoluta de proteção do núcleo essencial.

CAPÍTULO 1. CONSIDERAÇÕES SOBRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.

1.1. Preliminares e conceito

Cabe primeiramente acentuar a ausência de unidade terminológica acerca do princípio em tela. Vedação ao retrocesso social, não reversibilidade de direitos fundamentais sociais, proibição da evolução reacionária, não regressividade, *entrenchment*, *non cliquet*, proibição de retrocesso social, são algumas das expressões que traduzem, em linhas gerais, o mesmo conceito. Sem embargo, adoto na presente obra a expressão princípio da proibição de retrocesso social.

A partir apenas dessa expressão já se vislumbra o primeiro questionamento que pode ser feito ao princípio. Afinal, o que vem a ser retrocesso?

Sem dúvida está-se diante de conceito jurídico indeterminado, instituto que sempre existiu no direito (do *bonus pater familias* do direito romano ao conceito de mulher honesta, bons costumes, boa-fé e interesse público do direito moderno).

A principal justificativa para a adoção da técnica de conceitos jurídicos indeterminados no ordenamento jurídico consiste em permitir ao intérprete alguma margem de manobra na aplicação do direito, evitando o seu engessamento, além da constatação de que muitas das vezes seria impossível que o legislador pudesse antever todas as situações de fato a estarem previstas na norma. Originalmente tais conceitos deveriam vir expressos em lei, sinalizando que o legislador consentiu nessa abertura semântica ao intérprete. Entretanto, até pelo fortalecimento do pós-positivismo, passou-se a admitir conceitos jurídicos indeterminados não escritos (v.g., princípio da proporcionalidade).

Em suma, a depender das particularidades fáticas, o intérprete valora o conceito vago, determinando-o no caso concreto.

Em uma análise inicial a hipótese (no caso, dada lei revogadora ou modificadora de direito fundamental social) deve ser classificada sob os rótulos da zona de certeza positiva, zona de certeza negativa e zona cinzenta, conforme leciona a doutrina. Convém alertar para o inevitável alto grau de subjetivismo franqueado ao intérprete quando se depara com conceito dessa natureza. Tais rótulos são imprecisos.

À guisa de ilustração, imaginemos determinado benefício previdenciário consistente em prestação pecuniária estatal a determinado grupo social, com

previsão na Constituição, mas cuja implementação dependa de lei. Norma constitucional de aplicabilidade mediata e eficácia limitada, para utilizar a classificação de José Afonso da Silva (substancialmente semelhante à doutrina do jurista italiano Vezio Crisafulli) ⁶. Anos após a promulgação da Carta Política, eis que é editada a norma infraconstitucional disciplinadora do benefício. Se vier lei reduzindo o valor do benefício (sempre observado o ato jurídico perfeito, por óbvio), estaria caracterizado um retrocesso social? E se vier nova fórmula legal de revisão financeira do benefício que seja menos vantajosa? O mesmo se poderia dizer de novo índice de correção monetária, ou condições fáticas para a obtenção do benefício? Ou se fosse abolido o benefício (nesse caso, por obra do poder constituinte derivado reformador), sob o argumento de que aquele grupo não poderia mais ser considerado hipossuficiente economicamente? A partir desse exemplo fica mais clara a dificuldade de se taxar (especialmente o intérprete judicial) determinada medida legislativa de retrocessiva socialmente.

Não há óbice para que um princípio constitucional não escrito se utilize de conceito indeterminado, podendo ser novamente citado o hodiernamente incontestável princípio da proporcionalidade.

O que se busca realçar, por ora, é a dificuldade de aplicação do princípio, que exige alta carga valorativa, e a consequente cautela que o intérprete judicial deve ter ao taxar – abstratamente, inclusive - dada lei de retrocessiva socialmente.

Também se ressalte, sem prejuízo de aprofundamento adiante, que essa imprecisão do princípio o distancia de outras tradicionais categorias ligadas à segurança jurídica, como o ato jurídico perfeito, o direito adquirido, o trânsito em julgado, o limite material de reforma à Constituição, por exemplo.

A propósito dessa valoração da lei revogadora ou modificadora de direitos fundamentais sociais, não é demais enfatizar que ela foi feita em lócus constitucionalmente apropriado, o parlamento, não só dotado de alta representatividade da plural sociedade contemporânea, como constitucionalmente encarregado de elaborar as leis orçamentárias.

Enfrentada a questão terminológica, constatados o conceito jurídico indeterminado contido na expressão “retrocesso social” e as dificuldades práticas daí advindas, passa-se ao conceito do princípio, necessário para o aprofundamento que

⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e*

se pretende levar a cabo adiante.

Grassa algum dissenso doutrinário acerca do conceito exato do princípio, o que será devidamente analisado ao longo da obra. Nada obstante, é possível identificar um fio condutor e elementos comuns nas definições do diversos autores.

Feitas tais ressalvas, pode-se conceituar que o princípio da proibição de retrocesso social determina que uma vez consagradas as “prestações legais”, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta em face desse direito como uma “lei de proteção”, a ação do Estado, que se consubstanciava em um dever de legislar, transformar-se-ia num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei⁷.

Também é oportuno firmar nessa etapa conceitual que, para os fins da presente obra, direitos fundamentais sociais devem ser compreendidos como direitos a ações estatais positivas em sentido estrito, em contraposição à ideia de direito a prestações em sentido amplo, conforme propõe R. Alexy. Nesse sentido:

A escala de ações estatais positivas [sentido amplo] que podem ser objeto de um direito a prestação estende-se desde a proteção do cidadão contra outros cidadãos por meio de normas de direito penal, passa pelo estabelecimento de normas organizacionais e procedimentais e alcança até prestações em dinheiro e outros bens⁸.

1.2. Conteúdo

1.2.1. Dimensão negativa

Pode-se dizer que a dimensão negativa representa a visão mais conservadora, ou que coincide à ideia originalmente concebida para o princípio.

Retomando o conceito apresentado acima, o princípio da proibição de retrocesso social determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as “prestações legais”, o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta em face desse direito como uma “lei de proteção”, a ação do Estado, que se consubstanciava em um dever de legislar, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei.

possibilidades da Constituição Brasileira. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 115.

⁷ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 116.

⁸ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 442.

É exatamente esse dever de abstenção, um *non facere* imposto ao legislador, que consiste a dimensão negativa do princípio. É possível notar, nesse aspecto, uma aproximação com os direitos fundamentais individuais, ditos de primeira geração, cuja marca essencial é a dimensão negativa, consistente em um não agir do Estado (embora haja residualmente uma dimensão positiva na tutela dos direitos individuais, conforme demonstrado por Sustain *et* Holmes na clássica obra “*the cost of rights – why liberty depends on taxes?*”).

Como se trata de dever de abstenção dirigido ao legislador, a eventual aplicação do princípio ocorrerá em um cenário em que o legislador violou tal dever, ou seja, agiu, mais precisamente pela edição de ato normativo em tese considerado retrocessivo do ponto de vista social.

O princípio preconiza que o ato normativo deve ser declarado nulo por vício de inconstitucionalidade material. Isto é, sua aplicação dar-se-ia no âmbito do controle de constitucionalidade. Não se desconhece as hipóteses de controle de constitucionalidade preventivo e não judicial, ou seja, exercidas pelo legislativo ou pelo executivo no decorrer do processo legislativo. Também é incontroverso que nessa etapa o controle é essencialmente político, por mais que possam ser invocados fundamentos de ordem técnico-jurídica, como o próprio princípio da proibição de retrocesso social. Nesse passo, forçoso concluir que nessa etapa a fundamentação invocada para frear o avanço do projeto de lei é relevante apenas para fins de ciência política, não para a ciência do direito.

É por essa razão que a presente obra se volta para a possível aplicação do princípio em comento no campo do controle de constitucionalidade judicial repressivo (isto é, cujo objeto se volta para ato normativo pronto e acabado, encerrado o processo legislativo), tanto o abstrato quanto o concreto.

Delimitada sob esse ângulo, cabem outras observações. Há consenso na doutrina quanto à incidência do princípio, em tese, quando diante de lei supostamente retrocessiva que afete direito fundamental social. A própria terminologia utilizada para designar o princípio já evidencia tal sentido.

Jorge Miranda vislumbra a incidência do princípio não apenas nos direitos sociais, como também nos econômicos e culturais, acompanhado da maioria dos constitucionalistas lusitanos que se debruçaram sobre o tema⁹.

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – direitos fundamentais*. 4ª edição. Coimbra Editora. 2008, p. 436.

Nada obstante, algumas vozes vão além e preconizam que o princípio seria aplicável também a direitos de natureza diversa, como o direito ao meio ambiente – um princípio de vedação de retrogradação¹⁰.

Sem pretensão de aprofundar o tema, mas há insuperáveis diferenças entre os direitos fundamentais sociais, ditos de segunda geração, e os direitos fundamentais difusos, tal como o direito ao meio ambiente, ditos de terceira geração. Diferenças não só quanto ao momento histórico em que surgiram e aos valores que buscam promover (*grosso modo*, os de primeira geração promovem a liberdade, os de segunda a igualdade, e os de terceira a fraternidade, encerrando destarte o famoso lema da Revolução Francesa), mas principalmente quanto à natureza, estrutura, titulares, objetivos e formas de tutela.

É tão distinto o regime dos direitos fundamentais sociais em relação ao dos direitos fundamentais difusos, que um princípio de vedação de retrogradação, como querem alguns ambientalistas, demandaria uma análise em separado, a partir de premissas e fundamentos próprios, o que definitivamente extravasa o objeto da presente obra.

Sem embargo, e assumindo o risco de opinar sem aprofundar o tema, é de se ponderar que se sequer o princípio da proibição de retrocesso é suficientemente aceito no âmbito dos direitos sociais, de onde a teoria originalmente surgiu, parece precipitado querer expandir a aplicação do princípio para domínio alheio ao dos direitos fundamentais sociais.

Também destoia do conteúdo do princípio, na dimensão negativa, a visão de alguns que parecem confundi-lo ou igualá-lo às cláusulas pétreas, limites materiais ao poder de reforma constitucional insculpidos no artigo 60, § 4º¹¹, da Constituição de 1988. Ao refletir sobre as cláusulas pétreas, a autora do artigo indaga se objetivaria o constituinte “tornar os direitos fundamentais imunes contra (sic) qualquer tipo de restrição”, ao que responde que “deve[-se] ter em mente a proteção

¹⁰ MOLINARO, C. A. *Direito Ambiental. Proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 91 e ss. *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 437.

¹¹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

do núcleo essencial do direito, o qual só pode ser aferido no caso concreto, sempre se tendo em mente a vedação de retrocesso”¹².

Deveras, são fenômenos de contornos absolutamente distintos. Pode ser ressaltado, por exemplo, que as cláusulas pétreas, com previsão expressa no texto constitucional, impõem limitações à tentativa do constituinte derivado reformador de abolir determinados institutos jurídicos. Já o princípio da proibição de retrocesso social, de caráter não escrito e de existência duvidosa, volta-se ao legislador ordinário e recai sobre direitos fundamentais sociais apenas. Em suma, um é direito posto, o outro é teoria.

Outro obstáculo à equiparação entre cláusula pétrea e o princípio da proibição de retrocesso social reside na existência de controvérsia doutrinária a respeito da interpretação a ser conferida à expressão “direitos e garantias individuais” (art. 60, § 4º), havendo quem defenda que o dispositivo só se referiria aos direitos propriamente individuais¹³. Não há precedente específico do STF situando-o na polêmica.

Merece registro a original tese sobre a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, aliado à teoria da integridade do Direito (*law as integrity*), de Ronald Dworkin. Elucidativa a passagem em que:

Na medida em que a criatividade jurisdicional fica restringida pela vinculação do juiz ao progresso jurídico proveniente das decisões pretéritas, a própria evolução do direito – manifestada pelo desenvolvimento, em cadeia, de liberdades públicas, direitos constitucionais e garantias fundamentais – acaba por impedir que decisões judiciais sejam motivadas com base em convicções particulares, preferências pessoais ou sentimentos íntimos de justiça¹⁴.

Como se depreende do trecho transcrito, o princípio da proibição de retrocesso social representaria um limite não ao legislador, mas ao juiz, impondo um limite material às decisões judiciais, com escopo de evitar o decisionismo judicial, ou um exacerbado subjetivismo, denominado de criatividade jurisdicional. Nada obstante, também essa análise fugiria do objeto inicialmente delineado e, em uma

¹² KOURY, Suzy. Direitos fundamentais: aplicabilidade imediata e vedação ao retrocesso. *Rev. TRT-8ª Região*. Belém. V. 39, n. 76, jan/jul – 2006, p. 58.

¹³ Conforme notícia Rodrigo Brandão em BRANDÃO, Rodrigo. Comentário ao artigo 60. *In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio; SARLET, Ingo W.* (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 1135.

¹⁴ FRANCO, Marcelo Veiga. *A teoria da integridade do Direito e o princípio da vedação ao retrocesso como limites à criatividade jurisdicional*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 10, n. 12, p. 179-214, jul/dez – 2012.

perspectiva mais abrangente, do próprio objeto do direito legislativo.

Rechaçadas tais nuances, o que sobra é o conceito de dimensão negativa apontado no início deste tópico, que, em síntese, pode ser formulado como a proibição voltada ao legislador de eliminar ou revogar lei instituidora de direito fundamental social. Se a lei não for revogar, antes reduzir ou limitar o direito face à lei instituidora, a doutrina vacila e remete a análise ao caso concreto.

Ela se mostra praticamente uníssona em enfatizar o caráter relativo que o princípio deve ostentar, fazendo remissão às lições de R. Alexy quanto à natureza dos princípios, o modelo de ponderação na colisão de princípios segundo a lógica do “mais ou menos” etc. É curioso acentuar que os doutrinadores que procuram detalhar mais essa relativização costumam apresentar os seguintes parâmetros que a proibição de retrocesso social deve observar: a teoria do núcleo essencial, o princípio do mínimo existencial, o princípio da proporcionalidade, o princípio da isonomia e a existência de justificativa constitucional da medida retrocessiva¹⁵.

Causa alguma perplexidade que, após longas elucubrações acerca dos fundamentos do princípio, de sua pretensa autonomia e mesmo originalidade dentro da teoria geral dos direitos fundamentais, seus defensores venham apontar relativizações que em nada diferem dos parâmetros gerais utilizados pela dogmática tradicional quando um dado direito fundamental – individual, social, pouco importa – sofre limitação ou restrição (a depender das teorias adotadas) por via legislativa.

1.2.2. Dimensão positiva

A dimensão positiva do princípio é menos aceita do que a negativa. Importa na expansão da ideia inicialmente concebida de uma proibição de retrocesso social. Segundo essa dimensão, para além de um dever de abstenção do legislador, haveria um dever constitucional de agir, positivo, consistente em buscar, sempre que possível, reforçar e ampliar legislativamente as conquistas sociais: um dever de progressividade. Nessa ótica, ao Estado Social não haveria outro caminho senão o de sempre crescer, observadas apenas limitações de ordem econômico-financeira do Estado, simplificadamente reduzidas sob a fórmula da reserva do possível.

O fundamento central para a faceta positiva do princípio segue a seguinte

¹⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 450 e ss.

lógica.

Primeiro, residiria no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante denominado apenas PIDESC), adotado pela Assembleia Geral da ONU em 1966. Referido instrumento internacional consolida diversos direitos já afirmados na Declaração Universal de Direitos Humanos e acrescenta outros, como o direito ao trabalho, à previdência social, alimentação, moradia, ao mais elevado nível de saúde física e mental, à educação, à participação na vida cultural, etc. Possui cento e quarenta e seis signatários, incluindo o Brasil, que o ratificou em 1991 e o promulgou pelo Decreto Legislativo nº 592, de 1992¹⁶.

O PIDESC prevê no item 1 do artigo 2 da Segunda Parte, *in verbis*:

1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

Alguns autores enxergam um dever de progressividade a partir da parte final do dispositivo, que menciona que os Estados-partes comprometem-se a agir de modo a assegurar progressivamente o exercício dos direitos por todos os meios, inclusive por medidas legislativas¹⁷.

Segundo, defendem que esse tratado internacional sobre direitos humanos, internalizado no ordenamento brasileiro em 1992, teria adquirido *status* materialmente constitucional, integrante do denominado bloco de constitucionalidade.

Em síntese de raciocínio, portanto, haveria um dever de progressividade previsto no PIDESC, que ostentaria envergadura materialmente constitucional, representando assim a dimensão positiva do princípio constitucional não escrito de proibição de retrocesso social¹⁸.

A tese apresenta algumas fragilidades.

A primeira fragilidade consiste na interpretação do retro transcrito dispositivo

¹⁶ BRASIL. Procuradoria da República da 4ª Região. Disponível em <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=PIDESC>. Acesso em: 06/09/2014.

¹⁷ MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil – uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 98.

¹⁸ MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos*

do PIDESC sem qualquer preocupação sistêmica. Isoladamente considerado, o dispositivo leva a crer haver um insuperável dever de progressividade imposto ao legislador nacional. Afinal, fala em compromisso do Estado em agir, no máximo de seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente os direitos previstos no pacto.

Certamente atento aos princípios de direito público internacional da autodeterminação dos povos e da soberania nacional, e considerando que muitos, senão a maioria dos países signatários adotam regime democrático, o próprio PIDESC cuidou de relativizar tal dever, ao consignar logo no item 1 do seu art. 1º que todos os povos tem o direito a dispor deles mesmos, a cada qual cabendo determinar livremente seu estatuto político e, *a fortiori*, os meios de assegurar o desenvolvimento econômico, social e cultural. Eis o dispositivo:

PRIMEIRA PARTE

Artigo 1.º

1. Todos os povos tem o direito a dispor deles mesmos. Em virtude deste direito, eles determinam livremente o seu estatuto político e asseguram livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural.

Da expressão “compromete-se a agir” (artigo 2º, item 1), que se convenha, depreende-se uma carga mais programática, de diretriz à atuação estatal, do que de um dever concreto e plenamente delimitável (e judicialmente exigível) ao Estado-parte, como, aliás, sói ocorrer nos tratados internacionais multilaterais.

Da expressão “no máximo dos seus recursos disponíveis” (artigo 2º, item 1) salta aos olhos que devem sempre ser observadas todas as limitações de ordem orçamentária, assim como a realidade fática, inclusive as limitações materiais, do Estado signatário.

Da expressão “eles [os Estados] determinam livremente o seu estatuto político e asseguram livremente o seu desenvolvimento econômico, social e cultural” (artigo 1º, item 1) conclui-se que o Estado signatário deve obediência ao seu estatuto político – Constituição – inclusive em prejuízo do PIDESC, quando com ela incompatível. Saliente-se que por ora o que está em exame é apenas a letra do Tratado, que conduz o intérprete no sentido de que o PIDESC não pode ir de encontro ao estatuto político do Estado, que permanece livre quanto ao meio de assegurar o desenvolvimento econômico, social e cultural. Como frisado, o escopo

da norma certamente foi o de resguardar a necessária soberania dos Estados signatários.

Da leitura harmoniosa de ambos os dispositivos, é possível extrair a norma de que o Estado-parte se compromete a agir, no máximo de seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressiva e livremente o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos, observada a liberdade de dispor de seu estatuto político.

A segunda inconsistência se refere à posição do PIDESC na pirâmide hierárquico-normativa brasileira, para se prestigiar a lapidar imagem teórica de H. Kelsen.

Na ótica dos que aceitam a dimensão positiva do princípio da proibição de retrocesso social, o PIDESC ostentaria natureza materialmente (mas não formalmente) constitucional, integrando o denominado bloco de constitucionalidade, conforme *suso* enfatizado. Convém reproduzir a tese do referido autor, para que não parem dúvidas:

Tomando-se como base o voto de Celso de Mello e o fato de o PIDESC ter sido incorporado no Brasil (sic) em 1992, pode-se dizer que o princípio da proibição de retrocesso social nele previsto [dimensão positiva – dever de progressividade] possui hierarquia de norma materialmente constitucional, por compor o chamado 'bloco de constitucionalidade'¹⁹.

Explicitando seu raciocínio, o voto do Ministro Celso de Mello foi o proferido no julgamento pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal do Habeas Corpus nº 87585/TO, relator Ministro Marco Aurélio, em 3.12.2008²⁰. Na ocasião, houve julgamento conjunto ao Recurso Extraordinário nº 466343/SP, rel. Min. Cezar Peluso, 12.3.2008. A Corte firmou entendimento, por maioria de votos, de que o Pacto de São José da Costa Rica ostentaria *status* supralegal – mas não constitucional.

O Ministro Celso de Mello restou vencido ao defender o caráter constitucional do citado Pacto, tomando como parâmetro o momento da incorporação. Em relevante passagem (de seu voto no RE acima referido, mas ratificado no julgamento do HC), o Ministro distingue três situações: (i) os tratados sobre direitos humanos

¹⁹ MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil – uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 104.

²⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo531.htm>. Acesso em:

incorporados anteriormente à Constituição de 1988 revestir-se-iam de índole constitucional, *ex vi* do §2º do art. 5º da CR/88; (ii) os incorporados após a data da promulgação da Emenda Constitucional nº 45/2004, para terem natureza constitucional, deverão observar o rito do §3º do art. 5º da CR/88; e (iii) os incorporados entre a promulgação da CR/88 e a superveniência da EC 45/2004 assumiriam caráter materialmente constitucional, porque essa hierarquia jurídica teria sido transmitida por efeito de sua inclusão no bloco de constitucionalidade²¹.

Aplicando tal esquema ao PIDESC, este se enquadraria na hipótese (iii), ou seja, teria caráter materialmente constitucional, integrante do bloco de constitucionalidade, vez que sua incorporação à ordem jurídica brasileira ocorreu em 1992.

A discussão acerca do *status* de tratados internacionais de direitos humanos incorporados ao direito brasileiro é deveras complexa e polêmica doutrinariamente, mormente após a promulgação da EC 45/2004, que incluiu o § 3º ao art. 5º da CR/1988²². O enfrentamento do imbróglio caracteriza um pressuposto lógico à conclusão que se venha a chegar sobre o *status* do PIDESC, com reflexos na conclusão sobre o fundamento da dimensão positiva do princípio da proibição de retrocesso social. Nada obstante, não se poderá aprofundar a questão, sob pena de desfocar do principal objeto de pesquisa da presente obra. Cabe apenas breve digressão, seguida da posição que se entende correta sobre o tema.

O STF já apresentou algumas viradas de jurisprudência sobre o tema ao longo de mais de trinta anos de jurisprudência. Há que se acentuar que a mudança de entendimento se deu não apenas por mudança de interpretação jurídica, mas da própria ordem constitucional vigente.

A posição consolidada antes de 1988 e que subsistiu durante a década de noventa apregoava que os tratados internacionais gozariam da mesma hierarquia das leis ordinárias. Recentemente, notadamente a partir dos indigitados julgados, a Corte evoluiu sua compreensão para firmar a posição acima citada, de que tratados

09/09/2014.

²¹ Esses fundamentos do voto do Ministro Celso de Mello foram reportados no Informativo STF nº 498, em início de julgamento. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>. Consulta em 09/09/2014.

²² § 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

internacionais de direitos humanos ostentariam natureza supralegal – mas não constitucional. A não ser que, por óbvio, os tratados sejam submetidos ao iter procedimental previsto no § 3º do art. 5º da CR/88²³, quando serão, na dicção do dispositivo, “equivalentes às emendas constitucionais” (a propósito, até o momento o §3º foi aplicado para a Convenção sobre direitos das pessoas com deficiência²⁴).

A doutrina internacionalista, *grosso modo*, sempre criticou a posição do STF de não reconhecer o caráter constitucional ou mesmo supraconstitucional dos tratados internacionais. Nessa esteira, a crítica pouco arrefeceu com a subida na hierarquia normativa, de *status* de lei ordinária para o supralegal.

Por todos os que sustentam o caráter constitucional dos tratados internacionais, elucidativa a passagem:

Tecnicamente, os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos ratificados pelo Brasil já têm *status* de norma constitucional, em virtude do disposto no §2º do art. 5º da Constituição (...) em resumo: materialmente constitucionais os tratados de direitos humanos (sejam eles anteriores ou posteriores à Emenda nº 45) já são, independentemente de qualquer aprovação qualificada; formalmente constitucionais somente serão se aprovados pela maioria de votos estabelecida pelo art. 5º, §3º da Constituição de 1988 (caso em que serão material e formalmente constitucionais)²⁵.

Indo além, merece nota a posição do saudoso Celso D. de Albuquerque Mello, quem advogava o caráter supraconstitucional dos tratados internacionais de direitos humanos, decorrência lógica de sua filiação à escola jusnaturalista do direito²⁶.

Como já adiantado, não merece prosperar a tese de o PIDESC possuir

²³ Art. 5º. (...)

§ 3º Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 45, de 2004)

²⁴ Decreto Legislativo nº 186, de 9.7.2008

Publicado no DOU de 10.7.2008 Aprova o texto da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e de seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova Iorque, em 30 de março de 2007.

Decreto nº 6.949, de 25.8.2009

Publicado no DOU de 25.8.2009 Promulga a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência e seu Protocolo Facultativo, assinados em Nova York, em 30 de março de 2007.

²⁵ MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008, pp. 764-775.

²⁶ *Apud* MAZZUOLI, Valério de Oliveira. Comentário ao artigo 5º, §3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio; SARLET, Ingo W. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 519.

natureza constitucional (mesmo a constitucionalidade apenas material – bloco de constitucionalidade).

O objeto delimitado da presente obra não permite um aprofundamento maior sobre o tema. Destarte, endosso os argumentos esposados pela corrente majoritária do STF, fazendo remissão aos indigitados julgados. Vale tecer algumas breves observações, sem qualquer pretensão de exaurimento da questão.

Primeiramente, a concepção de constituição formal deve se sobrepor à de constituição material (ou norma constitucionalmente formal e norma constitucionalmente material), ao menos no modelo constitucional brasileiro, marcado pela nota do formalismo (no sentido de a constituição ser escrita), da supremacia e rigidez do texto constitucional. Segundo escólio da doutrina, no Brasil, a concepção adotada é efetivamente a formal. Em qualquer situação imaginável, é esta a concepção que se sobrepõe às demais. Não há lei aprovada no formato de lei comum que possa ser validamente considerada como se norma constitucional fosse²⁷.

Ademais, é importante enfatizar não existirem parâmetros objetivos, seguros, do que venha a ser um tratado de direitos humanos – porque o próprio conceito de direitos humanos é divergente na doutrina especializada. Evidente que determinados tratados não versam sobre direitos humanos (zona de certeza negativa), mas um grande número deles se situaria na já recorrente zona cinzenta.

Malgrado tal imprecisão, admite-se, para fins de argumentação, que o PIDESC possa ser qualificado materialmente como um tratado internacional de direitos humanos. Sua internalização ao direito brasileiro se deu em 1992, portanto antes da EC 45/2004, que instituiu o rito do §3º do art. 5º.

Rechaça-se a interpretação dos que sustentam que o §2º do art. 5º²⁸ permitiria que tratados internacionais de direitos humanos, ao serem internalizados, assumiriam hierarquia constitucional. Faz-se remissão a todo o apoio argumentativo presente na posição histórica do STF sobre o tema.

Outrossim, segundo a letra inequívoca do citado dispositivo constitucional, dizer que os direitos previstos na Constituição não excluem outros decorrentes de

²⁷ TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 66.

²⁸ Art. 5º (...) § 2º - Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

tratados internacionais aderidos pelo Brasil não é o mesmo que dizer que direitos previstos em tratados internacionais aderidos pelo Brasil possuem hierarquia constitucional. Em exercício curial de lógica, dizer que A não exclui B é diferente de dizer que A é igual a B (ou A é equivalente a B)!

Em acréscimo à interpretação literal, que aqui se revela suficiente, sob pena de se interpretar de forma contrária a texto constitucional inequívoco, subsiste outro argumento de ordem principiológico-conceitual.

Segundo o critério de estabilidade de classificação das constituições, a Constituição vigente é considerada rígida. Vale dizer, ela prevê um processo legislativo mais dificultoso para a sua própria modificação, em relação ao processo legislativo ordinário, ou seja, voltado à produção da legislação infraconstitucional. Tal atributo representa, inclusive, pressuposto ao princípio da supremacia hierárquico-normativa da Constituição e, *a fortiori*, do pressuposto lógico do controle de constitucionalidade.

Se se admitisse que tratado internacional de direitos humanos assumisse natureza de norma constitucional, a partir de uma ótica exclusivamente material (da jusfundamentalidade dos direitos humanos, por exemplo), estar-se-ia malferindo a rigidez da Constituição, e por via reflexa a supremacia da Constituição e o controle de constitucionalidade. Pois o processo legislativo de incorporação de tratado internacional é mais simples do que o de proposta de emenda constitucional. Aliás, sem qualquer exagero, pode-se afirmar que aquele processo legislativo é ainda mais simples do que o processo legislativo ordinário.

A inviabilidade da tese da constitucionalidade de tratado internacional fica mais patente se comparado apenas um dos diversos requisitos do processo legislativo de emenda à Constituição: enquanto o art. 60²⁹ exige votação da proposta de emenda constitucional em dois turnos em cada Casa, e quórum de aprovação qualificado de três quintos dos votos dos respectivos membros, um tratado

²⁹ Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

I - de um terço, no mínimo, dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal;

II - do Presidente da República;

III - de mais da metade das Assembléias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, cada uma delas, pela maioria relativa de seus membros.

§ 1º - A Constituição não poderá ser emendada na vigência de intervenção federal, de estado de defesa ou de estado de sítio.

§ 2º - A proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros.

internacional é aprovado em sessão única do Congresso Nacional, mediante decreto legislativo, o que implica a exigência de quórum de aprovação simples.

Outro argumento em desfavor daquela tese consiste exatamente na superveniência do §3º do art. 5º com o advento da EC nº 45/2004. Ora, o objetivo do constituinte derivado reformador não foi outro senão o de institucionalizar mecanismo de equiparação de tratados internacionais de direitos humanos a emendas constitucionais. Por certo que, ao assim proceder, o constituinte levou em conta a posição histórica do STF de não reconhecer o caráter constitucional desses tratados. Nessa linha, exsurge infundado o argumento de que com a EC 45/2004 se pretendeu apenas conferir a possibilidade de que um tratado internacional (já materialmente constitucional, segundo essa corrente) pudesse gozar de um *plus* constitucional sob o aspecto formal.

E não se diga que tratados de direitos humanos anteriores à EC 45/2004 teriam sido recepcionados, ante a inexistência de inconstitucionalidade formal superveniente. Pois a EC criou instituto jurídico (tratado de direitos humanos equivalente à emenda constitucional, na falta de nomenclatura melhor), o que é diferente de alterar os requisitos formais de incorporação de tratados ao ordenamento interno.

Pelas razões brevemente expostas, sem prejuízo das alinhavadas na corrente vencedora do STF sobre a celeuma, conclui-se que o PIDESC não ostenta hierarquia constitucional, mas infraconstitucional. Tal conclusão se revela suficiente ao propósito de investigar a suposta dimensão positiva – dever de progressividade – do princípio da proibição de retrocesso social. Anote-se que, por ora, é irrelevante definir se tratados internacionais, nas circunstâncias já delimitadas, devem ser considerados normas supralegais ou simplesmente normas legais.

Em suma, e a título de conclusão parcial, não há que se reconhecer a dimensão positiva do princípio da proibição de retrocesso social, pois, em síntese: em interpretação sistêmica do PIDESC (art. 1º, item 1 e art. 2º, item 1) extrai-se que o Estado-parte se compromete a agir, no máximo de seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressiva e livremente o exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais dos cidadãos, observada a liberdade de dispor de seu estatuto político (Constituição) e as limitações orçamentárias; o PIDESC não ostenta hierarquia constitucional, mas infraconstitucional, não podendo servir, logicamente, de fundamento à dimensão positiva de um princípio que se pretende previsto

implicitamente na Constituição.

1.3. Fundamentos

Os doutrinadores que se debruçaram sobre a proibição de retrocesso social vislumbraram diversos fundamentos que confirmariam a existência do princípio não escrito. Por questões metodológicas, dada a limitada extensão permitida à presente obra, fez-se necessário ater a análise aos mais importantes, assim considerados aqueles mais recorrentes entre os apontados pela doutrina, bem como os fundamentos mais amplos e que deles decorressem outros fundamentos, segundo uma relação de continência. Também se optou por não enfrentar o fundamento ao princípio da proibição de retrocesso social baseado no princípio da dignidade da pessoa humana³⁰, por se entender que este é um sobreprincípio, difuso e ubíquo a permeiar todo o regime de direitos fundamentais.

1.3.1. O princípio da segurança jurídica

Diversos autores vislumbram que a proibição de retrocesso social encontraria fundamento no princípio da segurança jurídica e na cláusula do Estado de Direito.

É cediço que o princípio da segurança jurídica deriva da cláusula do Estado de Direito. É dizer, um Estado de Direito é, em certa medida, um Estado da segurança jurídica. A segurança jurídica seria, a um só tempo, direito fundamental e princípio estruturante do Estado de Direito³¹.

Enfatizando esse último aspecto, Celso A. Bandeira de Mello assenta que o princípio “não pode ser radicado em qualquer dispositivo constitucional específico. É, porém, da essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”³².

A segurança jurídica também consubstancia direito fundamental, e nesse passo guarda estreita ligação com a própria dignidade da pessoa humana. É das mais elementares aspirações do ser humano a estabilidade das relações jurídicas,

³⁰ Como o faz Ingo W. Sarlet em *Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes e OUTROS (Coords.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 93.

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 433.

³² MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 123.

possível através de algum grau de previsibilidade das ações estatais, a fim de, em última análise, permitir um razoável planejamento de vida.

Desdobramento relevante da segurança jurídica é o (sub) princípio da proteção da confiança, ou simplesmente princípio da confiança (que representa, ao mesmo tempo, corolário do princípio da boa-fé), que busca tutelar a legítima expectativa da pessoa em relação à outra.

Aplicado ao direito público, poder-se-ia dizer que o cidadão deve ser tutelado na sua legítima expectativa em relação a ações estatais. Recentemente o Tribunal Constitucional Alemão endossou esse prisma específico da segurança jurídica, qual seja o da tutela da confiança aplicada na relação Estado *versus* particular, mas o fez apenas para afirmar que o cidadão encontra-se protegido pela segurança jurídica e pela proteção da confiança contra medidas retroativas estatais³³.

Alguns autores se valem tanto do princípio da segurança jurídica como da proteção da confiança como reforço à fundamentação da proibição de retrocesso social. Há quem cogite, inclusive, abandonar uma terminologia própria ao princípio em comento, inserindo-o como uma mera faceta da segurança jurídica ou da proteção da confiança: “a expressão ‘proibição de retrocesso social’ não é feliz. Juridicamente poderia ser substituída por outros conceitos, v.g., a ‘segurança jurídica’ ou a ‘proteção da confiança’ (*Vertrauensschutz*)”³⁴. O curioso posicionamento já indicia a fragilidade de se sustentar que a proibição de retrocesso social seria uma categoria autônoma dentro da teoria geral de direitos fundamentais, o que será mais bem explorado adiante.

Ao que ora interessa, a legítima expectativa precisaria se voltar para certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo.

Ingo chega a sustentar a existência de uma proibição de retrocesso em sentido amplo, que abrangeria duas dimensões: uma vedação a medidas retroativas (tal como o direito adquirido, o ato jurídico perfeito); e uma vedação a medidas prospectivas, mas de cunho retrocessivo, retrógrado (que seria a proibição de retrocesso social *stricto sensu*)³⁵.

³³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 433.

³⁴ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais – princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 71.

³⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

Os princípios da segurança jurídica e da confiança garantiriam a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica, além de uma segurança contra medidas retroativas e, em certa medida, medidas retrocessivas, embora de efeitos prospectivos³⁶.

Essa linha argumentativa revela-se deveras lógica. Parece, todavia, insuficiente para reconhecer a existência de um princípio de proibição de retrocesso social, ao menos nos moldes preconizados pelos seus defensores (vide conceito esposado ao final do capítulo um).

Primeiro, repise-se que não pairam dúvidas sobre a existência do princípio não escrito da segurança jurídica. O mesmo não se pode afirmar, contudo, do seu efetivo conteúdo. Há algumas manifestações que parecem inequivocamente concretizar a segurança jurídica: o ato jurídico perfeito, o trânsito em julgado, o direito adquirido, a irretroatividade da lei penal maléfica, as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição, as garantias temporais do direito tributário, no plano constitucional. A preclusão processual, a prescrição (tanto a extintiva quanto a aquisitiva de direitos subjetivos, como a usucapião), a decadência do direito infraconstitucional, apenas para citar alguns exemplos.

Como saber se a proibição de retrocesso social caracteriza manifestação da segurança jurídica?

O princípio da confiança parece ajudar a solucionar a indagação. Para tanto, deve-se volver a conceito jurídico indeterminado que lhe é inerente: legítima expectativa. Novamente depara-se o intérprete com alta carga valorativa, já salientada *supra*, e com as três zonas, de certeza positiva, certeza negativa e cinzenta.

É possível identificar parâmetro específico para se aferir a legítima expectativa de um cidadão em relação à ação estatal. Isto é, deve-se ter em mira um cidadão médio de um dado Estado. No caso, o cidadão médio do Estado brasileiro. Em seguida, deve-se considerar a tradição histórica do Estado brasileiro em temas relacionados à segurança jurídica – especialmente no plano normativo. A reflexão a ser feita é se o Estado brasileiro, em sua história recente, é atento à segurança jurídica no plano normativo.

2011, p. 435.

³⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado,

É curial não haver resposta certa ou errada para o parâmetro indicado.

Sem embargo, após breve reflexão, alguns episódios históricos recentes podem levar o intérprete à conclusão de que o Estado brasileiro é pouco atento a buscar um grau robusto de estabilidade à ordem jurídica. Uma singela constatação dessa realidade é a de que já foram promulgadas, até junho de 2014, oitenta e uma emendas ordinárias à Constituição de 1988. Utilizando o mesmo marco temporal, o país já teve quatro moedas; três reformas previdenciárias constitucionais; criação de diversos tributos federais, especialmente contribuições especiais; etc.

Portanto, em atenção ao parâmetro para aferir a legítima expectativa do cidadão brasileiro médio, é bastante razoável pressupor que ele apresenta uma expectativa reduzida em relação ao Estado, no que diz respeito à segurança jurídica sob o viés normativo. Nessa perspectiva, o princípio da proteção da confiança não fundamenta o princípio da proibição de retrocesso social no caso brasileiro.

Também pela análise do princípio da segurança jurídica chega-se à conclusão idêntica. Deve-se comparar a proibição de retrocesso social às invidiosas manifestações da segurança jurídica, a fim de se buscar semelhanças e diferenças. Se houver mais semelhanças, naturalmente torna-se fácil apontá-la como desdobramento do princípio da segurança jurídica (ou espécie do gênero, se se preferir).

Exsurgem facilmente algumas diferenças relevantes entre a proibição de retrocesso social e as manifestações indiscutivelmente ligadas ao princípio da segurança jurídica. Todas estas encontram previsão expressa no direito positivo, inclusive com minudente disciplina legal, na maioria dos casos. Ademais, estas, em sua maioria, buscam coibir medidas com efeitos retroativos. Especificamente quanto às direcionadas à atuação do legislador (a garantia do ato jurídico perfeito, do direito adquirido, da irretroatividade da lei penal maléfica, as garantias temporais do direito tributário e as limitações materiais ao poder de reforma da Constituição), apenas esta última não possui a característica de vedar medida legislativa com efeito retroativo. A única congruência que se vislumbra é que a proibição de retrocesso impõe limitação à atividade legiferante (embora sem previsão expressa no direito positivo e voltada para medidas prospectivas).

Destarte, é razoável concluir que a proibição de retrocesso destoa

sobremaneira dos institutos tradicionalmente vinculados à ideia de segurança jurídica, a denotar que o princípio da proibição de retrocesso social não possui qualquer vínculo ou relação de decorrência com a segurança jurídica.

Em síntese, o princípio da proibição de retrocesso social, em que pesem as vozes doutrinárias em sentido contrário, não se fundamenta no princípio da segurança jurídica, inclusive sob a vertente do princípio da confiança e, *a fortiori*, tampouco na cláusula do Estado de Direito.

1.3.2. O princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais (força normativa da Constituição)

Ao lado do princípio da segurança jurídica e da cláusula do Estado de Direito, parte da doutrina³⁷ fundamenta a existência do princípio da proibição de retrocesso social também a partir do princípio hermenêutico da força normativa da Constituição, e em desdobramentos como o princípio (também hermenêutico) da máxima efetividade de direitos fundamentais.

Como já ressaltado, a consagração da força normativa da Constituição constitui um dos três eixos fundantes do neoconstitucionalismo, fruto de décadas de desenvolvimento doutrinário, seguido de lenta aceitação pelo Poder Judiciário e pelo Poder Público em geral (que em cada país, obviamente, avançou segundo ritmo próprio).

Em poucas palavras, a força normativa da Constituição assegura que não há poder político absoluto, ilimitado, mas que todo poder político deve observância à Lei Fundamental. Decorrência lógica e imediata é a constatação de um princípio de supremacia hierárquico-normativa da Constituição. Curioso rapidamente anotar que esse aspecto do neoconstitucionalismo não é tão novo quanto parece, pois ao menos em seu cerne a ideia remonta ao surgimento do Constitucionalismo Moderno, com a imposição de limites jurídico-formais, e não meramente políticos, à atuação do rei. Não se desconhece, por evidente, que na atual fase do constitucionalismo a realidade e os desafios são outros, mas inevitável reconhecer que a ideia é antiga, com roupagem nova.

A título ilustrativo, vale a remissão à consabida evolução quanto à

³⁷ MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil – uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010, p. 64 e ss.

compreensão da força jurídica das normas constitucionais, especialmente as de cunho programático. De meros mandados de otimização, conforme propunha Cooley no início do século vinte, a normas com indiscutível eficácia jurídica no final daquele século, sobretudo sob uma dimensão negativa (e.g., normas programáticas implicam, em linha de princípio, revogação de normas anteriores em sentido contrário, ou mesmo a inconstitucionalidade de normas posteriores que lhe sejam contrárias).

Sob a premissa de que toda e qualquer norma constitucional, mesmo a apenas formalmente constitucional, possui algum grau de eficácia jurídica, cabe rememorar que normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata, isto é, possuem uma eficácia jurídica reforçada, conforme comando expresso da própria Constituição de 1988, artigo 5º, §1º.³⁸ A norma contempla verdadeira inovação da Carta vigente, sem previsão similar nas pretéritas.

Superada a discussão sobre se os direitos sociais previstos no texto constitucional são direitos fundamentais (apesar de relevante a discussão, extravasaria o objeto de estudo proposto), é correto assentar que eles possuem, igualmente aos direitos individuais fundamentais, tal atributo que os distingue, nesse aspecto, das demais normas constitucionais.

Com efeito, merece reflexão que o constituinte originário (o dispositivo constitucional em questão consta do texto original) de fato preocupou-se com a efetividade e aplicabilidade dos direitos fundamentais, a ponto de prever tal dispositivo que, em uma ótica desgarrada da realidade normativa nacional, seria despiciendo, uma vez que toda norma jurídica, por definição e em linha de princípio, deve ser imediatamente aplicada.

Vale insistir que a questão da efetividade de direitos fundamentais não passou despercebida, antes foi apreciada pelo constituinte originário, que optou – de forma soberana, ilimitada e incondicionada, conforme se sabe desde Ferdinand Lassalle – por determinado modelo, qual seja exatamente o do parágrafo primeiro do artigo quinto.

Poderia ter ido além e previsto algo semelhante ao princípio da proibição de retrocesso social tal como defendido pela doutrina, mas não o fez. E poderia, se o quisesse, tê-lo feito. Como se sabe, o constituinte brasileiro de 1987/1988 deixou-se

³⁸ Art. 5º: (...) § 1º - As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

influenciar sobremaneira pela Constituição portuguesa de 1976, de forte cunho social, e evidentemente pela doutrina constitucionalista lusitana da época, em que J.J. Gomes Canotilho despontava como ardoroso defensor do princípio em tela (posteriormente o próprio Canotilho suavizou sua tese, como se exporá no momento oportuno).

São diversos os motivos a favor da não adoção do princípio, conforme se procurará demonstrar oportunamente. Em tempos de exacerbado ativismo judicial, supostamente autorizado pelo pós-positivismo, alguns se olvidam que também o legislador, inclusive o constituinte, realiza ponderações ao legislar, que não podem ser desconsideradas, sobretudo por intérprete de poder constituído como o é o judiciário, por exemplo. Por ora, cabe acentuar que tendo o constituinte originário efetuado complexa ponderação entre os valores e bens envolvidos e decidido por determinado modelo, não cabe ao operador do direito pretender alterá-lo hermeneuticamente, por absolutamente lhe carecer de legitimidade para tanto.

Nessa toada, sem qualquer flerte com a escola hermenêutica norte-americana dos originalistas, mas aqueles que defendem a existência do princípio da proibição de retrocesso social deveriam ao menos admitir que o fazem a despeito da constatação de que o constituinte originário refletiu (e pela primeira vez na história constitucional brasileira, como visto) sobre a efetividade de direitos fundamentais, conhecia a teoria da proibição de retrocesso social, contudo descartou em adotá-la. Ademais, o constituinte derivado reformador, de atuação deveras frequente na realidade constitucional brasileira, como apontado acima, jamais cogitou em prever no texto constitucional princípio dessa natureza.

Outrossim, o art. 5º, § 1º, deve ser lido em conjunto com o art. 6º³⁹ da Constituição de 1988, em atenção ao princípio da unidade da Constituição, que nada mais é do que o princípio (geral de direito) da unidade do ordenamento jurídico, do qual se extrai o cânone comezinho da interpretação sistêmica.

De um lado, as normas definidoras de direitos fundamentais têm aplicação imediata: este dispositivo se volta para as normas da própria Constituição que sejam definidoras de direitos fundamentais. Sem embargo, a doutrina reconhece que isso não significa dizer que todas as normas constitucionais tenham aplicabilidade direta

³⁹ 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. (Redação dada pela Emenda Constitucional

em toda a sua extensão, no sentido de serem todas de eficácia plena, visto que, não raras vezes, há necessidade de interposição do legislador para alguns efeitos⁴⁰. O que o § 1º do art. 5º quer dizer, especificamente no caso dos direitos sociais, é que ainda que no caso de alguns direitos sociais se deva reconhecer uma relativamente baixa densidade normativa, pelo menos no que diz com os contornos do direito tal qual positivado no texto constitucional, essa peculiaridade não afasta o dever de se atribuir também às normas de direitos sociais uma máxima eficácia e efetividade⁴¹.

O segundo dispositivo, por sua vez, elenca os direitos sociais, salientando expressamente ao final “na forma desta Constituição”. Cuida-se de um inequívoco alerta do constituinte de que o regime constitucional de direitos sociais deve observar – o que parece óbvio – o quanto disposto pela Constituição! Evidente que a expressão *in fine* da cabeça do artigo sexto quis se referir mais à literalidade, à textualidade dos dispositivos constitucionais garantidores de direitos sociais, do que a teorias e a princípios não escritos na Constituição.

Ao se conjugar ambos os dispositivos, extrai-se que as normas constitucionais definidoras de direitos fundamentais sociais têm aplicação imediata, nos termos da Constituição. E quais seriam esses termos?

Ao que interessa, e de modo geral, sobressaem-se dois aspectos. Primeiro, em diversas passagens o exercício de determinado direito social é condicionado ao que vier a constar de lei, ou é desde logo exercitável, podendo sofrer restrições legais: gostemos ou não, são as normas programáticas e as normas de eficácia contida, respectivamente. A assertiva não fere a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, exatamente porque a “mediatidade” (com perdão ao neologismo) da aplicação está respaldada pela Constituição. Segundo, “nos termos desta Constituição” representa um apego ao texto, à literalidade. Lógica e conseqüentemente, impõe ao intérprete um severo desestímulo, para não dizer impossibilidade, de construções doutrinárias desapegadas do texto constitucional, em matéria de direitos fundamentais sociais. E no regime constitucional de direitos sociais (como no resto da Constituição), como se procura demonstrar, não há

nº 64, de 2010)

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 5º, §1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio; ____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 515.

⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio; ____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 541.

qualquer vestígio seguro de que o constituinte implicitamente teria imposto ao legislador constituído a limitação pretendida pelos que advogam a existência de um princípio de proibição de retrocesso social.

Sob prisma ligeiramente diferente, cabe o registro da valiosa contribuição das teorias relacionadas à efetividade de direitos fundamentais ligados à justiciabilidade de direitos sociais, com os significativos embates argumentativos e ponderações que precisam ser feitos casuisticamente, tendo em conta os princípios da separação de poderes, da democracia, da legalidade, princípios orçamentários e da reserva do possível *versus* mínimo existencial, dignidade da pessoa humana e tantos outros. Embora essas teorias estejam inseridas no contexto da máxima efetividade de direitos fundamentais e, *a fortiori*, da força normativa da Constituição, convém pontuar que, via de regra, valem-se de pressupostos distintos, ou melhor, de problemática distinta, mais voltada à efetivação do quanto previsto no plano normativo, constitucional ou não, ou seja, buscam a concretização do quanto já previsto abstratamente na norma. Enquanto que o princípio da proibição de retrocesso social envolve discussão anterior do ponto de vista lógico, essencialmente abstrato-normativa e, nesse aspecto, menos ligada à realidade fática.

Em suma, a despeito das vozes contrárias, fundamentar a validade do princípio não escrito da proibição de retrocesso social nos princípios da força normativa da Constituição e da máxima efetividade de direitos fundamentais parece ignorar ou contrariar frontalmente a decisão política do constituinte originário. A propósito, qualquer decisão do constituinte originário é legítima por si só, sendo boa ou ruim, segundo a teoria do poder constituinte. Mas nesse caso em particular, além de legítima, como sempre o é, ela se revela acertada. É o que se demonstrará em momento apropriado.

A título de síntese do presente tópico, não se logrou identificar fundamento constitucional idôneo a demonstrar a existência de um princípio não escrito de proibição de retrocesso social.

Em que pesem pontuais nuances argumentativas, em linhas gerais os fundamentos apontados residiriam ou no princípio da segurança jurídica, que a seu turno decorre da cláusula do Estado de Direito; ou no princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que deriva em alguma medida do princípio da força normativa da Constituição.

Não merece prosperar o primeiro fundamento porque não seria possível falar em legítima expectativa do cidadão em face do Estado Brasileiro no que toca à aplicação do princípio no plano normativo; a ideia de segurança jurídica normalmente pressupõe a positivação, por vezes minuciosa, de determinado instituto jurídico; de modo geral, liga-se à ideia de proteção contra atos de efeitos retroativos, o que se revela especialmente acentuado quando se cuida de segurança jurídica em face de atos de caráter normativo.

Também não assiste razão ao segundo fundamento, porque o constituinte originário, ponderando outros relevantes valores em jogo (que serão devidamente abordados a frente), optou legitimamente pelo modelo previsto no §1º do art. 5º da CR/1988 – nem menos, tampouco mais. Poderia expressamente ter previsto a proibição de retrocesso, seja em 1988, seja a qualquer momento, na qualidade de constituinte reformador, mas não o fez.

Lido em conjunto com o art. 6º, que reforça uma interpretação literal dos dispositivos relacionados ao regime constitucional de direitos sociais, não há espaço para a defesa do princípio não escrito da proibição de retrocesso.

Apesar da conclusão parcial ora obtida, que vislumbra a inexistência de fundamento constitucional para o princípio em apreço, reputa-se relevante que se prossiga na pesquisa proposta, a fim de se analisar por completo o fenômeno teórico do princípio da proibição de retrocesso social.

CAPÍTULO 2. NOTAS SOBRE DIREITO COMPARADO, NEOCONSTITUCIONALISMO E DIREITOS FUNDAMENTAIS

2.1. O princípio da proibição de retrocesso social no direito comparado

A perspectiva do direito comparado é particularmente importante no estudo do princípio da proibição de retrocesso social, vez que sua formulação teórica surgiu alhures. Em caráter geral, é possível constatar que o princípio jamais foi positivado em texto constitucional.

2.1.1. Portugal

O direito português se destaca por ao menos dois motivos: desponta como um dos precursores (ao lado da Alemanha) a conceber doutrinariamente o princípio; e a inegável influência que a Constituição Portuguesa de 1976 exerceu sobre os trabalhos constituintes brasileiros, mormente no campo de direitos fundamentais, tanto individuais quanto sociais.

A Constituição Portuguesa de 1976 foi generosa e minuciosa ao prever o rol de direitos fundamentais, inclusive os de natureza social. A partir da leitura dos principais dispositivos, percebe-se a opção frequente do constituinte pela adoção de normas programáticas ligadas a direitos sociais, dependentes de concretização no plano normativo infraconstitucional. Não à toa que ganhou força naquele país a ideia de Constituição Dirigente.

Foi especialmente no contexto de crise do Estado Social (mais precisamente do denominado historicamente Estado de Bem-Estar Social ou Welfare State), que assolou Portugal no início da década de oitenta, que ganhou força a teoria do princípio da proibição de retrocesso social – somente na dimensão tradicional, ou seja, a negativa.

Duas decisões do Tribunal Constitucional Português são apontadas como *leading cases* na matéria. Pioneiramente, o Acórdão 39/1984 teria reconhecido a existência do princípio. Os julgados que se seguiram revelaram-se, porém, assaz vacilantes quanto à (re)afirmação do princípio. A outra decisão que marcou uma inflexão na matéria foi a do Acórdão 509/2002, que adotou contornos muito mais tímidos ao princípio.

Em paralelo, um dos precursores na defesa do princípio no final da década de setenta, J. J. Gomes Canotilho, ao revisitar o tema recentemente, reafirmou-o,

todavia em termos muito mais suaves do que outrora⁴².

Traçado o panorama, é possível passar ao Acórdão 39/1984, relator o conselheiro Vital Moreira.

Cuidava-se de pedido do Presidente da República de declaração de inconstitucionalidade do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho, que revogava grande parte da Lei n.º 56/79, instituidora do Serviço Nacional de Saúde Português. Embora o pedido tenha se limitado à declaração de vício orgânico-formal, o Tribunal superou o ponto e enfrentou o mérito, declarando, por maioria de votos, a inconstitucionalidade material do Decreto-Lei revogador, inaugurando, com isso, o princípio da proibição de retrocesso social na jurisprudência portuguesa.

O voto do relator, em síntese, aduziu que o direito à saúde era um direito fundamental e que, para a sua concretização, era necessária a instituição de um Sistema Nacional de Saúde. Restou consignado de forma enfática que, uma vez instituído (através da Lei nº 56/79) não poderia o legislador simplesmente suprimi-lo pela revogação levada a cabo pelo Decreto-lei nº 254/82. Dada a importância, torna-se indispensável a transcrição de trecho relevante do aresto:

Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional, em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas, quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

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

(...)

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

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

⁴² MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV – direitos fundamentais. 4ª edição. Coimbra Editora. 2008, 436.

atentar contra a realização dada ao direito social⁴³.

Curiosamente, o que se observou na jurisprudência subsequente do Tribunal foi exatamente a relativização da proibição dirigida ao legislador.

Costuma ser apontado como marco de inflexão o Acórdão 509/2002. Questionava-se Decreto da Assembleia da República que excluía pessoas de idade entre dezoito a vinte e cinco anos do benefício de assistência social mínima, cujos titulares deveriam ter necessariamente mais de vinte e cinco anos, respeitados os direitos adquiridos e posições subjetivas dos então beneficiários.

Ao comentar o Acórdão 509/2002, Jorge Miranda interpreta o quanto decidido pela Corte:

Onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar com segurança as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de proteção atingido é necessariamente mínimo, já que só o poderia fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não viesse a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão; noutras circunstâncias, porém, a proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais⁴⁴.

Há outros que vislumbram que o Tribunal, em termos práticos, equiparou o conteúdo material da proibição de retrocesso social à própria proteção do núcleo essencial do mínimo existencial. Dessarte, a decisão de 2002 teria buscado fundamento na violação ao direito ao mínimo existencial, e não na proibição de retrocesso social, enquanto categoria autônoma:

Posteriormente, afastando-se de uma fundamentação estrita no princípio da proibição de retrocesso, o Tribunal desenvolve toda uma argumentação em prol da defesa do direito a um mínimo de existência condigna, chegando até a afirmar que era despiciendo (sic) a análise da legislação anteriormente vigente para se auferir (sic) a possível violação ao texto constitucional, importando apenas averiguar o que a Constituição impõe em termos de garantia de um mínimo existencial.

Nesse sentido, podemos afirmar que **tal decisão [Acórdão 509/2002] se fundamentou na violação ao direito ao mínimo existencial e, não propriamente, em se considerando como**

⁴³ PORTUGAL. Disponível em: <http://dre.pt/cgi>. Acesso em: 10/09/2014.

⁴⁴ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV – direitos fundamentais. 4ª edição. Coimbra Editora. 2008, 441-442.

categoria autônoma, na proibição de retrocesso social⁴⁵.
(sem grifos no original)

Logo após a decisão do primeiro *leading case*, a doutrina passou a alardear o reconhecimento do tribunal português do princípio da proibição de retrocesso social. Cabem algumas ponderações.

No voto do relator não consta qualquer referência expressa ao princípio. Nada obstante, admite-se que o trecho *supra* reproduzido coincide parcialmente com o conteúdo que a doutrina quer atribuir ao princípio, na dimensão negativa, sintetizada na ideia de que “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”.

Deveras, nesses termos, realmente parece que a proibição de retrocesso social valeria indistintamente para todos os direitos fundamentais sociais que dependessem de regulamentação infraconstitucional.

Há uma sutil peculiaridade no acórdão 36/84 absolutamente relevante e pouco abordada, ao menos pelos defensores do princípio.

É que há norma constitucional que expressamente determina a instituição de um Sistema Nacional de Saúde, *ex vi* do art. 64, item 2, “a”, da Constituição Portuguesa de 1976, *in verbis*: “2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito”.

Portanto, a norma paradigma impõe uma atuação específica do Estado, um verdadeiro dever constitucional de agir, mais especificamente, de legislar. Não se estava diante de mera norma programática relacionada a dado direito social, aberta a diversas possibilidades e caminhos.

Distinguem-se conceitualmente (i) um direito contemplado na Constituição que dependa de uma legislação integradora (ii) de uma norma programática. Elucidativa, a propósito, a lição de Luis Roberto Barroso:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática.
Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador

⁴⁵ SOUZA, Ítalo Roberto Fuhrmann e. O princípio da proibição de retrocesso social como categoria autônoma no Direito Constitucional Brasileiro? – Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 753-781, Jul/set. – 2012, p. 769.

direito ao “seguro desemprego” em caso de desemprego involuntário e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226).

No primeiro caso, existe verdadeiro direito, tutelável consoante os fundamentos que pouco mais adiante serão expostos. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente frustrada pela omissão do legislador ordinário. No segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na “desproteção” da família⁴⁶.

O fato de se estar diante de violação ativa pelo legislador ordinário de um dever constitucional de legislar, consistente em um ato normativo revocatório, caracteriza, a mais não poder, a ocorrência de flagrante inconstitucionalidade por ação. Mais precisamente, inconstitucionalidade ao art. 64, item 2, “a” da vigente Constituição lusitana. Ainda que se tenha flertado com a teoria do princípio não escrito da proibição de retrocesso social – e certas passagens do voto realmente marcam essa impressão – o certo é que, ao fim e ao cabo, estava-se diante de violação a preceito constitucional que impunha (e impõe) um dever de agir estatal – instituir um serviço nacional de saúde. Cumprido inicialmente o dever, no momento em que o Estado descumpre-o, mediante revogação da lei instituidora, pratica inconstitucionalidade por ação.

Nessa esteira há importante doutrinador português que, ao comentar o art. 64, nº 2, alínea ‘a’, destaca a existência de uma verdadeira imposição constitucional, e não mera norma programática:

Portanto, a partir desta decisão do legislador constituinte, não apenas a existência de um SNS, mas também as suas características de universalidade, generalidade e de tendencial gratuidade adquirem juridicidade reforçada, no sentido de que se impõem soberanamente aos poderes constituídos, independentemente dos respectivos programas, opções e preferências políticas. **O SNS, e a sua existência com determinadas características, passou a ser uma imposição constitucional**, pelo que, em termos jurídicos, a actuação dos vários poderes políticos neste domínio passa a ser limitada, avaliada e sindicada em função da respectiva conformidade aos parâmetros constitucionais⁴⁷.
(sem grifos no original)

Sob esse ângulo, o Acórdão 36/84 reconheceu uma limitação na liberdade de

⁴⁶ BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009, p. 118.

⁴⁷ NOVAIS, Jorge Reis. *Constituição e Serviço Nacional de Saúde*. Porto Alegre: *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça* nº 11 – abr./jun. 2010 – Revista do Programa de

conformação legislativa a partir de três parâmetros: a existência de uma imposição constitucional, e não norma programática; a prescrição concreta e definida de tarefas constitucionais ao Estado, e não vagas e abstratas linhas de ação; e a demonstração do meio pelo qual o direito fundamental deveria ser realizado. A propósito, a decisão do Tribunal admitiu a possibilidade de modificação da lei instituidora do SNS, desde que fosse preservada a existência de um Serviço Nacional de Saúde⁴⁸.

Segundo essa perspectiva, o Acórdão 36/84 cuidou de suprimir do ordenamento jurídico ato normativo violador de dispositivo constitucional específico. Apesar da fundamentação utilizada, não parece que o caso em tela seja minimamente distinto de tantos outros de controle de constitucionalidade em que há inconstitucionalidade por ação.

O problema não é tanto a doutrina favorável ao princípio vislumbrar que o tribunal o tenha adotado como razão de decidir. Afinal, o tribunal não o fez expressamente e, ainda que o fizesse, é consabido que, via de regra, somente o dispositivo da sentença, mas não a *ratio decidendi*, vincula.

Mas sim que esses autores apregoam – e o fazem arrimados no indigitado acórdão – que o princípio implicaria um dever de abstenção ao legislador quando já concretizado direito fundamental social. Não distinguem, e aí reside o equívoco, se tal direito vem expresso em norma constitucional que prevê dever de legislar, por exemplo, ou se em norma constitucional meramente programática.

Por todos, merece registro a posição de J. J. Gomes Canotilho. Corretamente admite que as “normas sociais” possam assumir diversos modelos de positivação, como o de normas programáticas, normas de organização, garantias institucionais e direitos subjetivos públicos⁴⁹. Todavia, ao analisar especificamente a norma do art. 64 da Constituição Portuguesa, rotula-a como sendo de natureza programática, embora acerte as consequências de seu descumprimento: no caso da não criação do serviço, a ocorrência de uma inconstitucionalidade por omissão; e uma vez criado, a impossibilidade de sua revogação. *Verbis*:

Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito d PUCRS, pp. 86/87.

⁴⁸ SOUZA, Ítalo Roberto Fuhrmann e. O princípio da proibição de retrocesso social como categoria autônoma no Direito Constitucional Brasileiro? – Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 753-781, Jul/set. – 2012, p. 767.

⁴⁹ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2005, 474 e seguintes.

Pela sua própria estrutura, trata-se de um direito que exige prestações de Estado e que impõe aos entes públicos a realização de determinadas tarefas (entre as quais a criação do serviço nacional de saúde), de cujo cumprimento depende a própria realização do direito. A dimensão impositivo-programática tem uma dupla importância prática: primeiro, o incumprimento por parte do Estado das imposições constitucionais referentes ao direito à saúde (ex.: criação do serviço nacional de saúde) pode justificar a invocação de uma inconstitucionalidade por omissão (cfr. Art. 283); depois, a execução das obrigações estaduais necessárias ao direito (sobretudo a constituição do serviço nacional de saúde) radica-se subjectivamente, não podendo haver revogação dela⁵⁰.

No limite da argumentação, ainda que se admita que aquele acórdão tenha reconhecido o princípio, fê-lo perante norma consubstanciadora de dever constitucional de agir (de legislar). Nesse caso, chega-se à mesma conclusão, qual seja a inconstitucionalidade da lei revogadora, ainda que por fundamentos distintos: para uns, por violação à norma constitucional específica (uma inconstitucionalidade por ação como outra qualquer, para simplificar as coisas); para outros, por violação ao princípio não escrito da proibição de retrocesso social. Mas o resultado será o mesmo, como já frisado.

O mesmo não pode ser dito se se estivesse diante de lei revogadora cujo paradigma fosse norma constitucional programática. Nesse caso não se pode afirmar, buscando amparo no acórdão em exame, que o resultado seria o mesmo, independente das fundamentações utilizadas. E é justamente para normas programáticas, entretanto, que o princípio da proibição de retrocesso social teria maior serventia. Pois para as demais normas constitucionais, que preveem comando mais específico, delimitável, não há qualquer utilidade em se valer do princípio não escrito quando diante de ato já contrário ao texto constitucional.

Repise-se, pois importante. O Acórdão 36/84 não reconheceu expressamente o princípio. Ainda que o tivesse feito, de certa forma seria supérfluo utilizá-lo, porque a norma paragonada já violava regra contida no texto constitucional (art. 64, item 2, 'a'), bastante por si à declaração de inconstitucionalidade. O princípio em comento teria maior serventia quando diante de norma programática – que não foi o objeto do acórdão 36/84.

Sob esse prisma, o segundo *leading case* não necessariamente representa uma inflexão da corte sobre o tema. É que, como visto, algumas análises

⁵⁰ CANOTILHO, J. J. Gomes ET MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa*

doutrinárias sobre o primeiro acórdão foram muito além do que ele efetivamente assentou.

2.1.2. Alemanha

Para além da grande influência do constitucionalismo alemão sobre o brasileiro na segunda metade do século vinte, há uma imensurável contribuição da doutrina tedesca à teoria geral dos direitos fundamentais, com autores que são, sem exagero, referências mundiais.

Mas particularmente na senda de direitos fundamentais sociais há significativas diferenças, em termos de direito positivo, entre o modelo brasileiro e o alemão, das quais não se pode perder de mira.

A Lei Fundamental de Bohn, ao contrário da Carta Política brasileira e da portuguesa, não previu um catálogo explícito de direitos sociais, tendo consagrado somente uma sucinta cláusula geral alusiva ao Estado Social, no capítulo sobre princípios constitucionais, artigo 20, §1º (“A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social”⁵¹). Conforme salienta Alexy “já se demonstrou que a Constituição alemã, com pouquíssimas exceções, não contém direitos fundamentais sociais formulados de maneira expressa”⁵². A explicação para a opção do constituinte de 1949 é que não se queria prever um catálogo de direitos sociais como o fizera a Constituição de Weimar, de 1919, dado o desfecho histórico trágico desta Carta⁵³.

Os primeiros debates sobre a possibilidade de reconhecimento de uma proibição de retrocesso social no direito alemão datam de meados da década de setenta. É muito importante frisar que a motivação para o surgimento de uma teoria de proibição de retrocesso social foi a deficiente proteção conferida em geral aos direitos sociais naquele ordenamento, que não ostentam o *status* de direitos fundamentais, sequer o de direitos constitucionais. Dessarte, a proibição de retrocesso representou uma tentativa de limitar a atuação do legislador ordinário,

Anotada. 2ª edição, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1984, p. 343.

⁵¹ BRASIL. Disponível em <http://www.brasil.diplo/>. Acesso em: 02/10/2014.

⁵² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 500.

⁵³ SOUZA, Ítalo Roberto Fuhrmann e. O princípio da proibição de retrocesso social como categoria autônoma no Direito Constitucional Brasileiro? – Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 753-781, Jul/set. – 2012, p. 773.

dada a ausência de posituação expressa dos direitos sociais no corpo da Carta de 1949⁵⁴.

A fundamentação teórica também é peculiar. A proibição de retrocesso social foi construída a partir do direito fundamental (individual) da propriedade privada. A doutrina sem dúvida alargou o conceito tradicional de propriedade privada, para nele abranger não apenas os direitos reais, mas qualquer posição jurídico-subjetiva privada de natureza patrimonial.

Mas foi o Tribunal Constitucional Federal que estendeu essa noção também às posições jurídico-subjetivas patrimoniais de natureza pública, ou seja, equiparou prestações pecuniárias de cunho social devidas pelo Estado à propriedade privada. Para tanto, deveriam ser observados os seguintes requisitos: a contraprestação do titular do direito subjetivo (ainda que não fosse equivalente à prestação social); ser uma posição jurídica de natureza patrimonial e de fruição individual; e que a prestação social seja destinada à garantia de existência do titular. Esses delineamentos se deram porque havia uma preocupação da comunidade jurídica em não atribuir ao sistema de proteção às prestações sociais um caráter absoluto, inflexível a mudanças no cenário social ou econômico⁵⁵.

Traçado o panorama, é fácil ver que o modelo de proibição de retrocesso social concebido no direito alemão não pode ser aproveitado em *terrae brasilis*. As matrizes constitucionais são deveras distintas no ponto. Em uma os direitos sociais não são considerados fundamentais, tampouco constitucionais; na outra há extenso catálogo constitucional de direitos sociais previstos essencialmente em normas programáticas (marca das constituições dirigentes), que são considerados fundamentais. Na Alemanha busca-se fundamentar o princípio a partir do direito fundamental à propriedade privada, caminho completamente distante do que se procura adotar no Brasil. À mesma conclusão em relação ao ordenamento jurídico português chega Jorge Reis Novais, por semelhantes razões⁵⁷.

⁵⁴ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009, p. 125 e seguintes.

⁵⁵ SOUZA, Ítalo Roberto Fuhrmann e. O princípio da proibição de retrocesso social como categoria autônoma no Direito Constitucional Brasileiro? – Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 753-781, Jul/set. – 2012, p. 771.

⁵⁷ Apud SOUZA, Ítalo Roberto Fuhrmann e. O princípio da proibição de retrocesso social como categoria autônoma no Direito Constitucional Brasileiro? – Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 753-781, Jul/set. – 2012, p. 773.

2.2. Breves notas sobre neoconstitucionalismo e direitos fundamentais

O neoconstitucionalismo representou a mais importante mudança de paradigma no direito constitucional do século vinte, responsável pela construção do modelo contemporâneo. A par do marco histórico (pós Segunda Grande Guerra Mundial e redemocratização da Europa Ocidental) e filosófico (pós-positivismo), o marco teórico pode ser sintetizado a partir de três eixos: a força normativa da Constituição, a expansão da jurisdição constitucional e a releitura doutrinária acerca da interpretação constitucional⁵⁸.

O novo modelo trouxe inegáveis avanços, cercados por vezes de inúmeros desafios.

Nesse contexto, as teorias relacionadas aos direitos fundamentais, sobretudo as que enfrentam a complexa problemática da limitação desses direitos, ganharam notável centralidade na doutrina e prática constitucionais:

Com a queda do positivismo e o advento da teoria material da Constituição, o centro de gravidade dos estudos constitucionais, que dantes ficava na parte organizacional da Lei Magna (...) se transportou para a parte substantiva, de fundo e de conteúdo, que entende com os direitos fundamentais e as garantias processuais de liberdade, sob a égide do Estado Social⁵⁹.

É importante salientar que o princípio da proibição de retrocesso social dialoga intensamente com os três eixos teóricos do neoconstitucionalismo.

Isso se verifica de forma mais clara com a força normativa da Constituição. Um dos principais desdobramentos teóricos desse eixo consiste nas teorias relacionadas à efetividade de direitos fundamentais, tais como as voltadas para a problemática da justiciabilidade dos direitos sociais⁶⁰. Nesse sentido, o princípio em comento representaria um reforço na efetividade normativa, sob o viés da proteção, aos direitos fundamentais sociais.

O princípio da proibição de retrocesso social também se vale intensamente da

⁵⁸ BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 284 e seguintes.

⁵⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 584.

⁶⁰ Na presente obra não será abordada a discussão teórica sobre se os direitos sociais previstos na Constituição são fundamentais ou não. Por opção metodológica, parte-se da premissa, apoiada em doutrina nacional majoritária, de que tais direitos devem ser considerados fundamentais.

nova hermenêutica constitucional (como, aliás, dela se valem os direitos fundamentais em geral), que superou o paradigma hermenêutico do positivismo advindo do Estado Liberal Clássico: “a Velha Hermenêutica de Savigny, de ordinária aplicada à lei e ao Direito Privado, quando empregada para interpretar direitos fundamentais, raramente alcança decifrar-lhes o sentido”⁶¹. Os métodos tradicionais (gramatical, lógico, sistemático e histórico) são neutros em sua aplicação e indiferentes a qualquer discussão relacionada a valores. Em particular, o traço mais marcante da assertiva reside no caráter implícito ou não escrito do princípio, que derivaria de dispositivos constitucionais consubstanciadores, por sua vez, de princípios igualmente dotados de alto grau de abstração quanto ao seu conteúdo.

Por fim, a expansão da jurisdição constitucional, na medida em que o princípio preconiza que o Poder Judiciário declare a nulidade de lei revogadora (ou significativamente redutora) de direito fundamental social, sem que haja qualquer ofensa direta e imediata da lei revogadora ao texto da Constituição. No mais das vezes, fica difícil precisar o limite do político e do jurídico, isto é, até que ponto a corte judicial está se apoiando em norma constitucional que tutela determinado direito social, ou está se imiscuindo indevidamente em política pública, em discricionariedade política.

Também é importante assentar alguns conceitos básicos e premissas teóricas ligadas à teoria geral dos direitos fundamentais, em especial as limitações a tais direitos. Não convém desenvolver a argumentação que leva às premissas, pois não se encontram no objeto da presente investigação.

O âmbito de proteção de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos e jurídicos contemplados na norma jurídica. Âmbito de proteção não se confunde com proteção efetiva e definitiva, que pode ser sintetizada como a norma em concreto, após sua acomodação com outros bens e interesses também constitucionalmente protegidos e levando em conta as peculiaridades fáticas.

Para a definição do âmbito de proteção do direito fundamental é necessário analisar a norma constitucional que o prevê, tendo em vista o bem jurídico protegido (âmbito de proteção da norma) e possíveis restrições previstas (expressa restrição constitucional).

Na conformação (ou regulação) o legislador completa, densifica ou concretiza

⁶¹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 592.

o direito fundamental. A liberdade de conformação do legislador não é absoluta, antes é possível reconhecer um dever de legislar e, o que será importante ao presente estudo, um dever de preservar o quanto legislado, no sentido de que ele não poderia suprimir normas concretizadoras de institutos.

Fenômeno diverso é o da restrição a direito fundamental. A Constituição de 1988 consagra duas técnicas para esse desiderato. Há a técnica da restrição direta ou imediata, feita pelo próprio constituinte originário (v.g., art. 5º, XI e XVI), e a técnica da restrição legal ou mediata, pela qual a Constituição remete a restrição à legislação infraconstitucional (v.g. art. 5º, XII), ambos os conceitos bem intuitivos.

Dois teorias principais procuram estabelecer a relação entre a ideia de direito e a de restrição.

A teoria interna preconiza que direito e restrição não são categorias autônomas, mas que só haveria a ideia de dado direito individual com determinado conteúdo. Restrição seria substituída por limitação.

Já a teoria externa defende que não existe relação necessária entre direito e restrição.

Se se entende que direitos fundamentais representam posições definitivas, assim com estrutura de regras, então se chegará à teoria interna. Se se sustenta que ostentam apenas posições *prima facie*, assim com estrutura de princípios, então se concluirá pela teoria externa. Na presente obra, toma-se a posição de que direitos fundamentais apresentam primordialmente a estrutura de princípios, logo aplicável a teoria externa.

A teoria dos limites dos limites, ou limites imanentes, procura balizar a ação do legislador quando restringe direitos fundamentais. Há duas balizas primordiais à ação restritiva do legislador em tema de direitos fundamentais: o princípio da proteção do núcleo essencial e o princípio da proporcionalidade.

O princípio da proteção ao núcleo essencial visa evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais⁶². Ao contrário de outras ordens constitucionais que expressamente o previram, como a portuguesa, a alemã e a espanhola, a vigente carta política brasileira não o previu expressamente. Entretanto, parece não haver dúvidas de que tal princípio decorreria do regime geral de direitos

⁶² MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 316.

fundamentais, ainda mais se se tiver em conta a notável preocupação do constituinte com a efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais⁶³. Colhem-se importantes precedentes do STF dando conta da existência do princípio, dada a necessidade lógica de se impor limitações à atividade legislativa: Representação nº 930, relator Rodrigues Alckmin, DJ de 2/9/1977, sob a égide da Constituição de 67/69; e Habeas Corpus nº 82.959, Marco Aurélio, DJ de 1º/9/2006.

Duas teorias buscam explicar o conteúdo do núcleo essencial. A teoria absoluta reza que o núcleo sempre estaria a salvo de restrição legislativa, ou seja, ele sequer poderia entrar em ponderação entre valores e bens constitucionais colidentes com vistas a se extrair uma restrição. Já a teoria relativa apregoa que o núcleo não poderia ser definido apriorística e abstratamente, como o faz a teoria absoluta, mas somente em concreto, após processo de ponderação. O núcleo seria o produto da ponderação, definido em cada caso, segundo essa corrente. Se por um lado procedem em alguma medida as críticas formuladas contra a teoria absoluta, como a de ser de certa forma uma fórmula vazia ao proteger o núcleo abstratamente e sem leva-lo à ponderação, de outro a teoria relativa admite uma flexibilidade exagerada, não impedindo, em tese, o esvaziamento do direito fundamental, tornando o princípio da proteção do núcleo essencial inócuo. Adota-se na presente obra, destarte, a teoria absoluta da proteção do núcleo essencial.

Outra controvérsia sobre a proteção do núcleo essencial consiste em acertar se ele deve ser entendido em um sentido subjetivo ou objetivo, isto é, se o que se veda é a supressão de um direito subjetivo, uma posição individual, ou se o que se visa é a intangibilidade objetiva de uma garantia prevista na Constituição. Não há posição dominante sobre o tema, seja no direito alemão, onde surgiu o debate, seja aqui. A discussão é complexa e instigante, todavia não se mostra crucial para o objeto da presente obra, de modo que não se opinará sobre o ponto.

A segunda baliza à atuação do legislador, prevista pela teoria dos limites dos limites, é o princípio da proporcionalidade (postulado, como pretende Humberto Ávila). Subsiste ainda hoje fértil debate sobre os fundamentos do princípio, havendo quem defenda que decorra dos direitos fundamentais, da cláusula do Estado de Direito, do devido processo legal, do direito suprapositivo, etc.⁶⁴.

⁶³ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 318.

⁶⁴ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de*

Passando ao largo da discussão, a proporcionalidade pode ser decomposta em três elementos ou subprincípios que devem ser cumulativamente atendidos, como cediço: necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito, que significam, respectivamente: que o meio escolhido deve ser apto a atingir o fim pretendido; que não existam outros meios ao mesmo tempo aptos a atingir o fim pretendido, menos gravosos e tão ou mais eficientes que o meio escolhido; e que as vantagens superem as desvantagens⁶⁵. O último elemento é sinônimo do que se convencionou denominar, a partir principalmente de R. Alexy, de lei de ponderação.

Em breves palavras, poder-se-ia anotar que a discricionariedade legislativa é liberdade e limitação: o poder de conformação deve observar os limites impostos pela Constituição.

Do extenso conteúdo do princípio da proporcionalidade cabe enfatizar duas vertentes: a que veda tanto medidas legislativas que pecam pelo excesso quanto pela carência. São as dimensões da vedação de excesso, de um lado, e a da vedação de proteção insuficiente, de outro, ambas já largamente reconhecidas no direito alemão, conforme noticia a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes⁶⁶.

constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 3ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 37 e seguintes.

⁶⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 76 e seguintes.

⁶⁶ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 333.

CAPÍTULO 3. ANÁLISE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL À LUZ DA TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS E OUTRAS QUESTÕES

3.1. Dimensão negativa do princípio e a teoria geral dos direitos fundamentais

Como já apontado em tópico precedente, grassa certo consenso entre os estudiosos do tema que o princípio em pauta deve ostentar caráter relativo, flexível, na esteira da doutrina predominante de que “não existem direitos absolutos”, assertiva que se revela mais certa quando determinado direito encontra-se albergado em norma-princípio. De tão repetida, muitas vezes sem a necessária reflexão científica, a assertiva mais se parece um dogma do constitucionalismo contemporâneo, o que é deveras preocupante, vez que dogmas e premissas não questionadas, por definição, afastam-se da ideia de conhecimento científico. Apenas a guisa de ilustração, o direito consagrado na Constituição de o cidadão não ser torturado pelo Estado admitiria flexibilização? E a regra (não é princípio!) constitucional da legalidade em matéria penal, com os seus conhecidos consectários da reserva legal, anterioridade, etc? Segundo a assertiva corrente acima apontada, sim. Todavia não me aventuro a vislumbrar em que situações tal conduta estatal seria válida sob a égide de uma Constituição pretensamente democrática.

A despeito dessas críticas, a assertiva de que “não existem direitos absolutos”, sobretudo quando determinado direito se agasalha em norma de caráter principiológico, parece ser aplicável ao princípio em comento.

Se lhe fosse garantida uma feição absoluta, dizem os adeptos do princípio, haveria um excessivo engessamento do ordenamento jurídico, entre outros problemas. Então se admite o caráter relativo do princípio. Ao traçar os parâmetros dessa relatividade, e descartando-se algumas nuances, a doutrina aponta a teoria da proteção do núcleo essencial, o princípio do mínimo existencial, o princípio da proporcionalidade, o princípio da isonomia e a existência de justificativa constitucional da medida retrocessiva.

E aqui se concorda efusivamente com a aplicação desses parâmetros – embora não se possa olvidar a existência de dissenso teórico sobre a maioria deles (v.g., se a proteção do núcleo essencial deve ocorrer segundo a teoria absoluta ou a relativa; qual o conteúdo do mínimo existencial; a ausência de uma fórmula definitiva para a proporcionalidade, dificuldade semelhante que ocorre quando determinada medida é analisada sob a ótica da isonomia, etc.).

Repise-se, contudo, que não se discorda desses parâmetros. Eles devem ser aplicados, a despeito da complexidade inerente a essa aplicação. A questão central é que esses parâmetros devem ser aplicados, em tese, sob toda e qualquer ação estatal relacionada a direitos fundamentais.

Sob toda e qualquer ação estatal, nas três funções essenciais do poder, incidem necessariamente esses (e outros) parâmetros, em maior ou menor intensidade.

Tome-se como exemplo o parâmetro da proteção do núcleo essencial do direito à saúde, analisado na esfera municipal (quanto ao legislativo e executivo, e na esfera estadual quanto ao judiciário, por razões óbvias).

O legislador municipal deve observá-lo ao elaborar as leis orçamentárias, instituindo programas e ações que, na área de saúde pública, no mínimo não violem o núcleo essencial do direito (no outro extremo, que otimizem o direito à saúde, passando ao largo de qualquer preocupação com o seu núcleo essencial). Então violaria o núcleo essencial do direito à saúde, se o legislador municipal previsse dotação orçamentária patentemente insignificante para essa área.

O administrador, ao executar o orçamento, tendo em conta seu caráter (em regra) autorizativo, também deve observar o parâmetro do núcleo essencial, além de outras balizas a ele impostas, como a implementação da política pública de saúde somente segundo os programas e ações previstos na lei orçamentária anual e de acordo com os créditos orçamentários ou adicionais (art. 167, I e II da CR/88⁶⁷). Nesse passo, em princípio não poderia executar despesa relacionada à área de saúde se não houvesse programa específico na lei de meios. Quanto ao núcleo essencial do direito à saúde, o chefe do Poder Executivo certamente o violaria se executasse dotação insuficiente à simples continuação dos serviços de saúde.

Por fim, também o juiz deve atentar para a proteção do núcleo essencial, além de outros parâmetros, alguns comuns, outros distintos dos impostos aos agentes políticos dos demais poderes. Hipótese singela de baliza imposta somente ao magistrado é o princípio da inércia jurisdicional (limitação que remonta ao direito romano, como se depreende do brocardo *nemo procedat iudex ex officio*, e consagrado no direito positivo, entre outros dispositivos legais, no art. 2º do Código

⁶⁷ Art. 167. São vedados:

I – o início de programas ou projetos não incluídos na lei orçamentária anual;

II – a realização de despesas ou a assunção de obrigações diretas que excedam os créditos

de Processo Civil⁶⁸). Quanto ao núcleo essencial do direito à saúde, o magistrado poderia malferi-lo se, a pretexto de impor à Administração Pública municipal o custeio de dispendioso tratamento médico não essencial (de cunho eminentemente estético, por exemplo) ao autor de uma ação judicial, fossem necessários remanejamentos na execução orçamentária que inviabilizassem a realização de ações essenciais à saúde pública, como a vacinação de neonatos contra doença grave.

O exemplo serviu a demonstrar que toda ação estatal relacionada a direitos fundamentais deve observar, com as devidas adaptações (*modus in rebus*), aqueles parâmetros. Essa conclusão se aproxima da ideia bastante curial e mais ampla de que toda ação estatal precisa ser constitucional.

A partir do exemplo dado, também é fácil notar que esses parâmetros são aplicados de modo mais parecido quando se comparam ações estatais de mesma natureza, do que quando se comparam ações estatais de naturezas distintas. Ou seja, para ações estatais legislativas (legiferantes), por mais diversas que elas sejam, os parâmetros costumam se apresentar de forma semelhante, em termos de conteúdo, limitações e possibilidades, do que quando esses parâmetros se defrontam com um ato administrativo.

Por dedução, e aqui reside o cerne do argumento defendido no presente tópico, se toda ação estatal relacionada a direitos fundamentais deve observar aqueles parâmetros, também é verdade que qualquer medida legislativa deverá fazê-lo. Qualquer uma, seja retrocessiva socialmente ou não. Embora suficiente essa conclusão, extraída a partir do raciocínio dedutivo exposto, passa-se a uma análise pormenorizada das medidas legislativas ligadas a direitos fundamentais sociais.

Uma medida legislativa que amplie determinado direito fundamental social deverá passar pelos mesmos parâmetros, tanto quanto uma retrocessiva. Imaginemos o benefício previdenciário denominado auxílio-reclusão, de assento constitucional (art. 201, IV, na redação conferida pela EC nº 20/98⁶⁹) pago aos

orçamentários ou adicionais;

⁶⁸ Art. 2º Nenhum juiz prestará a tutela jurisdicional senão quando a parte ou o interessado a requerer, nos casos e forma legais.

⁶⁹ Art. 201. A previdência social será organizada sob a forma de regime geral, de caráter contributivo e de filiação obrigatória, observados os critérios que preservem o equilíbrio financeiro e atuarial, e atenderá, nos termos da lei, a:

(...)

dependentes dos segurados de baixa renda. Coube à legislação infraconstitucional fixar o conceito de baixa renda pra fins de percepção do benefício, o seu valor, assim como a definição de quais os apenados cujos dependentes seriam beneficiados (somente os sujeitos ao regime prisional fechado).

Diante de lei que alterasse o conceito de segurado apenado de baixa renda, estabelecendo critério mais benéfico ao apenado – a rigor, aos seus dependentes – prevendo que para tal fim baixa renda é o segurado que recebia até vinte salários mínimos por mês, essa medida legislativa, inegavelmente mais benéfica que a anteriormente vigente, precisaria passar pelos indigitados parâmetros, além de outros eventualmente pertinentes à espécie.

Aqui a proteção do núcleo essencial e a garantia do mínimo existencial claramente não são violadas, afinal a medida legislativa ampliou o benefício previdenciário.

Não se pode afirmar o mesmo de outros parâmetros, como o princípio da proporcionalidade e o da isonomia. Sem pretensão de aprofundamento, poder-se-ia alegar que o critério de vinte salários mínimos, dado determinado momento histórico da economia nacional, não poderia ser utilizado razoavelmente (não atenderia ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito) como referência para se conceituar segurado de baixa renda. Poderia ser demonstrado com base em pesquisas estatísticas e sociológicas que, em dado momento histórico, o trabalhador que auferisse o equivalente a vinte salários mínimos estaria inserido em patamares mais elevados da escala social nacional.

Não se pode olvidar, nesse diapasão, o caráter eminentemente neutro do princípio da proporcionalidade, que veda tanto medidas legislativas que pecam pelo excesso quanto pela carência. São as dimensões da vedação de excesso, de um lado, e a da vedação de proteção insuficiente, de outro, ambas já largamente reconhecidas no direito alemão, conforme noticia a doutrina de Gilmar Ferreira Mendes⁷⁰.

Também é fácil admitir que a hipotética medida legislativa em apreço, ao tutelar generosa e excessivamente determinado segmento social (dependentes de segurado apenado), pode em tese conflitar com outros bens e interesses igualmente

IV – salário-família e auxílio-reclusão para os dependentes dos segurados de baixa renda;

⁷⁰ MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 333.

protegidos em sede constitucional. Mais proximamente, titulares de outros benefícios previdenciários, tais como aposentados, pensionistas, inválidos temporários e desempregados involuntários, certamente seriam prejudicados com a medida legislativa do auxílio-reclusão, na inafastável ótica de que os recursos públicos são escassos e que, nesse cenário de escolhas trágicas, ser excessivamente (desproporcionalmente) generoso com uns implica desproteger outros. É claro que também poderiam ser ventilados parâmetros específicos contrários à medida legislativa, mas por ora bastam os parâmetros “gerais”, por assim dizer.

O exemplo deixa claro que esses parâmetros devem ser aplicados tanto para medidas legislativas benéficas do ponto de vista social, quanto para medidas restritivas.

Ora, se esses parâmetros valem para ambas, ontologicamente perde força a existência de um princípio de proibição de retrocesso social. Porque o princípio preconizaria, em outras palavras e com o risco de se tornar redundante, que a validade da medida legislativa retrocessiva socialmente deve ser analisada sob os mesmos parâmetros de medida legislativa benéfica.

Se não há parâmetros próprios, exclusivos, que ontologicamente as diferenciem, não se justifica a existência de um princípio com essa pretensão, que nada acresce à teoria geral dos direitos fundamentais.

Em sentido semelhante ao ora exposto, Jorge Reis Novais propõe que a problemática da proibição de retrocesso social constitui simples forma especial de designar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais sociais no âmbito mais amplo dos direitos fundamentais em geral⁷¹.

A conclusão parcial que ora se delineia acompanha o preconizado por R. Alexy ao apresentar o cerne de seu modelo de direitos fundamentais sociais: que as posições definitivas deverão ser alcançadas segundo um processo de sopesamento de princípios. De um lado o princípio da liberdade fática, essencialmente. De outro o princípio democrático, o princípio da separação de poderes e os princípios materiais colidentes:

A questão acerca de quais direitos fundamentais sociais o indivíduo definitivamente tem é uma questão de sopesamento entre princípios. De um lado está, sobretudo, o princípio da liberdade fática. Do outro lado estão os princípios formais da competência decisória do

⁷¹ J. R. Novais, *Direitos fundamentais: Trunfos contra a maioria*, p. 200, APUD SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 451.

legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito sobretudo à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos.

(...) Uma posição no âmbito dos direitos a prestações tem que ser vista 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 parlamento) bem como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados por uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração⁷².

A passagem abaixo, conclusiva do capítulo da obra do jurista alemão sobre direitos a ações estatais positivas, permite a inferência acerca da impossibilidade de uma proteção judicial além do definitivamente devido, e, portanto, a inviabilizar o reconhecimento de uma proibição de retrocesso social nos moldes propostos pelos seus defensores:

A competência do tribunal termina nos limites do definitivamente devido. Mas os princípios contêm exigências normativas endereçadas ao legislador mesmo além desses limites. Um legislador que satisfaça princípios de direitos fundamentais além do âmbito do definitivamente devido satisfaz normas de direitos fundamentais mesmo se não está definitivamente obrigado a fazê-lo, e, por isso, não pode ser obrigado a tanto pelo tribunal constitucional⁷³.

3.2. Colisão com outros princípios constitucionais

Até o momento procurou-se analisar o princípio em si, isoladamente considerado. Oportunamente se concluiu pela inconsistência dos fundamentos que validariam sua existência, especialmente o princípio da segurança jurídica, a proteção da confiança, a cláusula do Estado de direito, o princípio da força normativa da Constituição e o da máxima efetividade dos direitos fundamentais. Quanto ao seu conteúdo, procurou-se demonstrar o equívoco dos que defendem a existência de uma dimensão positiva do princípio e a inocuidade da dimensão negativa, visto que sujeita às mesmas relativizações e parâmetros que qualquer medida legislativa.

Essas conclusões já se mostram suficientes para se assentar com segurança

⁷² ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 512.

⁷³ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 519.

a insubsistência do princípio não escrito da proibição de retrocesso social. De todo modo, passa-se a analisá-lo em cotejo com outros valores e bens constitucionalmente protegidos e potencialmente colidentes, a fim de se obter uma visão sistêmica, em atenção ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição.

3.2.1. O princípio democrático

Como antecipado na introdução desta obra, a ideia da proibição de retrocesso social colide com o princípio democrático, a evidenciar a tensão entre constitucionalismo e democracia. Em termos mais abstratos, a problemática é enfrentada sob a dicotomia entre os puros constitucionalistas e os puros democratas. Enquanto estes acreditam na primazia do autogoverno democrático e no processo político democrático como forma de proteger os direitos individuais, aqueles tomam o processo político como a base das políticas públicas em relação aos direitos, contudo o processo político não seria suficiente para se avaliar a justeza dessas políticas⁷⁴.

O objeto da presente investigação retrata de forma exemplar o embate acima enunciado. A colisão é bastante intuitiva, afinal o princípio não escrito preconiza ser vedado ao legislador revogar, suprimir ou reduzir substancialmente direito fundamental social outrora instituído pelo mesmo legislador ordinário. Pretende impor uma limitação ao agente político eleito – democraticamente – para representar o povo.

Diante da colisão de princípios constitucionais aplica-se o princípio da proporcionalidade, por razões brevemente expostas a seguir.

Porque se encontram no mesmo nível hierárquico, qual seja o constitucional, não sendo possível se lhes aplicar os tradicionais critérios de resolução de conflitos entre regras jurídicas (anterioridade, especialidade e hierarquia) – lógica do tudo ou nada, na precisa dicção de Robert Alexy. Segundo, porque princípios, ao contrário de regras jurídicas, não se submetem ao típico raciocínio dedutivo jurídico, denominado subsunção, no qual uma premissa maior (regra abstrata) se confronta com a premissa menor (fatos) para se chegar, praticamente de forma inexorável e mecânica, à síntese (regra jurídica aplicável à espécie). E a razão fundamental para não se aplicar a subsunção a princípios consiste no comando impreciso e fluido que

⁷⁴ CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2005, 1450.

deles emana. É que princípios não preveem regras de conduta identificáveis *a priori*, mas objetivos a serem alcançados ou valores a serem protegidos, sempre na medida do possível, que se frise.

Dos três subprincípios da proporcionalidade, o último, o da proporcionalidade em sentido estrito, ganha especial relevo na hipótese. Essencialmente ele é aplicado (ou testado, como prefere a doutrina especializada) segundo a técnica da ponderação de interesses.

Característica sempre realçada da técnica da ponderação é o seu caráter casuístico, ou seja, sempre deverá ser levado em conta as peculiaridades normativas e fáticas do caso concreto, o que inviabiliza qualquer resposta apriorística e universalmente válida, ao contrário do que se passa, em tese, quando há antinomia entre regras.

Sem embargo, a ponderação de interesses pode ser dividida em duas etapas sucessivas, a primeira voltada ao plano abstrato e a segunda ao plano concreto, sendo que para passar pelo crivo da proporcionalidade em sentido estrito é necessária a aprovação em ambas as etapas.

No conflito em questão há alguns elementos estáveis que devem ser destacados, relacionados à primeira etapa da ponderação.

De um lado, o princípio da proibição de retrocesso social é de existência bastante controversa (como se espera ter demonstrado ao longo da presente obra) e, de *lege lata*, no máximo pode ser considerado não escrito.

De outro, o princípio democrático é expresso, sensível, se se quiser utilizar a classificação de Jose Afonso da Silva. Encontra-se positivado sobretudo no *caput* do art. 1º, mas também em seu parágrafo único⁷⁵, no preâmbulo⁷⁶ e em diversas outras

⁷⁵ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em **Estado Democrático** de Direito e tem como fundamentos:

I - a soberania;

II - a cidadania;

III - a dignidade da pessoa humana;

IV - os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa;

V - o pluralismo político.

Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de **representantes eleitos** ou diretamente, nos termos desta Constituição.

(sem grifos no original)

⁷⁶ Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para **instituir um Estado Democrático**, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das

passagens do texto constitucional. Embora o aspecto topográfico não seja decisivo, é indicativo da importância dos princípios elencados, e nessa quadra convém salientar que o princípio democrático vem antes de outros como a soberania, a cidadania, e até mesmo a dignidade da pessoa humana (art. 1º). Mais, trata-se de princípio constitucional qualificado, pois dotado de fundamentalidade, seja porque previsto no título primeiro, que cuida exatamente dos princípios fundamentais, seja porque indelévelmente ligado à feição básica que se quis soberana e originariamente impingir ao Estado Brasileiro na Carta de 1988. Também não se pode olvidar sua estreita ligação com o princípio republicano, assim como sua consagração nas constituições brasileiras precedentes, ainda que eventualmente em caráter formal, mas bastante a indicar uma certa tradição do constitucionalismo brasileiro sobre o ponto, que não deve ser descartada pelo operador do direito.

Mesmo não havendo uma hierarquia jurídica entre normas constitucionais, é válido considerar, em um processo de ponderação, os diferentes pesos que subjazem às normas constitucionais, que refletem uma maior ou menor carga axiológica ligada a cada norma. Quanto maior o peso axiológico relacionado a uma norma constitucional submetida à ponderação, maior será seu peso específico, o que permitirá que lhe seja dada uma preferência inicial, *prima facie*.

Pelas razões expostas acima, acredita-se que o princípio democrático possui maior peso relativo inicial em relação ao princípio da proibição de retrocesso social.

Portanto, sob esse primeiro enfoque, é seguro admitir que na colisão entre o princípio fundamental sensível democrático e o princípio não escrito da proibição de retrocesso social, deve ser atribuído peso (bastante) maior ao primeiro, e conseqüentemente uma considerável preferência *prima facie*. Assim, a medida legislativa socialmente retrocessiva deve gozar a seu favor de preferência *prima facie* antes da ponderação em concreto, ante o maior peso relativo do princípio fundamental democrático diante do princípio não escrito da proibição de retrocesso social.

3.2.2. O princípio do pluralismo político

O conceito de democracia é abrangente e multifacetado. Em uma de suas

controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.
(sem grifos no original).

dimensões, talvez a mais tradicional, tem-se a ideia de autogoverno, de governo do povo exercido pelo próprio povo (art. 1º, parágrafo único), normalmente por meio de representantes legitimamente eleitos (democracia representativa), mas também, de modo excepcional e desde que expresso na Constituição, diretamente (democracia direta, e.g. mediante referendo, plebiscito, participação popular no processo legislativo, tribunal do júri, audiências públicas, previsão de orçamento participativo, etc.).

É intrínseco à ideia de democracia representativa que os diversos grupos sociais devem ser representados no governo (legislativo e executivo), na medida do possível, ou seja, observado todo o processo político-eleitoral. Tal anseio recebeu a atenção do constituinte de 1988, que expressamente assegurou o pluralismo político também entre os princípios fundamentais do Estado Brasileiro (art. 1º, inciso V⁷⁷).

A partir dessa constatação se propõe um novo olhar sobre o princípio da proibição de retrocesso social. A sociedade contemporânea é marcada pelo pluralismo, no que a brasileira apresenta traços acentuados. Para além de toda a relevante e profícua discussão sobre as limitações de ordem material que podem vir a atingir o Estado, a justificar a adoção de medidas legislativas restritivas, sintetizadas na teoria da reserva do possível e nas limitações orçamentárias, há argumento contrário ao princípio em comento que desconsidera eventuais limitações materiais que atinjam o Estado.

O princípio fundamental do pluralismo político pressupõe, do ponto de vista lógico, uma sociedade pluralista, como de fato o é a brasileira. Significa que devem ser respeitados pelo Estado quase todos os posicionamentos políticos que surjam no seio da sociedade. Quase todos, mas não todos. As exceções são poucas, exatamente por se tratar de um Estado Democrático de Direito. Uma dessas poucas exceções seria se determinado movimento político declarasse seu objetivo de obter o poder político ignorando as regras do processo eleitoral democrático, mediante a utilização da força, por exemplo, ou se declarasse o intento de, ao chegar ao poder, extinguir o regime democrático no país (cf. art. 17 CR/88)⁷⁸.

⁷⁷ Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos:

(...)

V - o pluralismo político.

⁷⁸ Art. 17. É livre a criação, fusão, incorporação e extinção de partidos políticos, **resguardados a soberania nacional, o regime democrático, o pluripartidarismo, os direitos**

Existem, portanto, limites para o pluralismo no Estado Constitucional, que residem em seus valores fundamentais irrenunciáveis. A ideia de pluralismo nos recorda que o Estado Constitucional se constitui a partir dos cidadãos e dos grupos sociais e se encontra a serviço deles⁷⁹.

Afora as pontuais exceções, devem ser respeitadas as diversas visões de mundo, por assim dizer. Nessa esteira, pode-se imaginar que em dado momento histórico a maioria dos membros do poder legislativo tenha uma inclinação mais amistosa à concessão e ampliação de benefícios sociais (indo muito além do núcleo essencial de direitos fundamentais sociais).

Deixando de lado, por ora, qualquer consideração sobre limitações econômicas e orçamentárias do Estado, é de se indagar se posteriormente o poder legislativo poderia rever para pior as medidas legislativas benéficas adotadas pela geração precedente. Segundo o princípio da proibição de retrocesso social, se isoladamente considerado, a resposta seria desenganadamente negativa.

Mas uma resposta constitucionalmente adequada deve necessariamente levar à ponderação também o princípio fundamental do pluralismo político, de um lado, e o princípio da proibição de retrocesso social, de outro. Novamente, tem-se que na primeira etapa da ponderação, a do plano abstrato, a proibição de retrocesso social deve ceder *prima facie* ao princípio do pluralismo político, de peso relativo muito superior, pelas seguintes razões.

Pois o primeiro é princípio não escrito (com todas as deficiências teóricas

fundamentais da pessoa humana e observados os seguintes preceitos:

I - caráter nacional;

II - proibição de recebimento de recursos financeiros de entidade ou governo estrangeiros ou de subordinação a estes;

III - prestação de contas à Justiça Eleitoral;

IV - funcionamento parlamentar de acordo com a lei.

§ 1º É assegurada aos partidos políticos autonomia para definir sua estrutura interna, organização e funcionamento e para adotar os critérios de escolha e o regime de suas coligações eleitorais, sem obrigatoriedade de vinculação entre as candidaturas em âmbito nacional, estadual, distrital ou municipal, devendo seus estatutos estabelecer normas de disciplina e fidelidade partidária. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 52, de 2006)

§ 2º - Os partidos políticos, após adquirirem personalidade jurídica, na forma da lei civil, registrarão seus estatutos no Tribunal Superior Eleitoral.

§ 3º - Os partidos políticos têm direito a recursos do fundo partidário e acesso gratuito ao rádio e à televisão, na forma da lei.

§ 4º - É vedada a utilização pelos partidos políticos de organização paramilitar. (sem grifos no original)

⁷⁹ HÄBERLE, Peter. *Estado Constitucional*, § 67, PP. 322/323 *Apud* NERY JUNIOR, Nelson et NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 179.

apontadas ao longo da presente obra), enquanto o segundo é princípio fundamental expresso (art. 1º, inciso V) e corolário direto do princípio democrático (*caput* do art. 1º).

Ademais, o princípio da pluralidade política visa permitir a alternância democrática efetiva. Não basta que existam diversas correntes políticas na sociedade. É preciso garantir que, quando um novo grupo atinja legitimamente o poder estatal, ele possa conduzir o Estado segundo suas convicções, que são, indiretamente e em tese, as convicções da maioria da sociedade – observado sempre o ordenamento jurídico como um todo (ordem total, na dicção de H. Kelsen) e a ordem constitucional em particular. A ressalva ao final significa que se esse novo grupo deve observar o direito posto, o que é óbvio em se tratando de Estado de Direito, não é menos correto assumir que ele pode legitimamente modificar o ordenamento jurídico, especialmente o infraconstitucional. As restrições ao poder de legislar devem estar previstas no texto constitucional, e por terem caráter excepcional – pois mitigam o princípio democrático na vertente do pluralismo político - ao operador do direito cabe senão uma interpretação estrita dessas restrições ao legislador.

Quer isto dizer que “os órgãos de decisão política hão de gozar, por certo, de uma relativa margem de liberdade – da liberdade de conformação a eles inerente e postulada pelo pluralismo democrático e pela alternância”, segundo Jorge Miranda⁸⁰.

Em outras palavras, a proibição de retrocesso social vulnera o pluralismo político, na medida em que impõe uma vantagem injustificada entre gerações políticas distintas. Vantagem injustificada é sinônimo de arbítrio, de privilégio, que aborrecem a mais elementar noção de república. Senão vejamos.

A ofensa ao pluralismo político ocorre em duas dimensões. A do conflito intergeracional, que leva em conta o critério temporal. E o favorecimento de um determinado grupo político sobre todos os demais.

No plano temporal, uma determinada geração, no campo dos direitos sociais, gozará potencialmente de uma superioridade em relação às gerações seguintes, pois o que fizer no campo dos direitos sociais (mesmo que vá além do núcleo essencial) não poderá ser revisto pelas gerações seguintes, dado o engessamento proposto pelo princípio em questão.

⁸⁰ MIRANDA, Jorge. *O regime dos direitos sociais*. Brasília: Revista de Informação Legislativa, Brasília a 47 n. 188 out./dez. 2010, p. 33.

Semelhante problema ocorre na relação entre a obra do poder constituinte e a dos legisladores ordinários que lhe sobrevieram, pois estes estarão inevitavelmente limitados por aqueles. É o que alguns doutrinadores denominam de “ditadura dos mortos sobre os vivos”. Qual a razão ontológica para que uma geração se arvore no direito de se sobrepor sobre as gerações seguintes? Não há resposta pronta se a indagação for enfrentada segundo um viés filosófico. Ao que ora interessa, na ótica da dogmática constitucional tradicional a resposta é simples e suficiente: porque a obra do constituinte é hierarquicamente superior à do legislador ordinário.

Tal superioridade hierárquica evidentemente não ocorre quando em jogo duas leis oriundas do mesmo poder constituído. Dos critérios tradicionais de resolução de antinomias, se as duas leis versarem sobre o mesmo tema e com mesmo grau de profundidade, prevalece o critério da temporalidade, segundo o qual lei posterior revoga lei anterior, critério milenar que remonta ao direito romano.

Invertendo completamente essa lógica, o princípio em tela pretende fazer com que a geração anterior possa impor sua vontade às seguintes no campo dos direitos fundamentais sociais, mesmo estando no mesmo plano, conforme salientado.

A propósito, é curioso notar que a tese ligada à ideia de proibição de retrocesso social vai de encontro a uma das críticas mais recorrentes da sociedade em relação ao legislativo (e por via reflexa do próprio ordenamento jurídico), no sentido de que o legislativo, por meio da produção de leis, não acompanha a evolução da sociedade contemporânea na velocidade desejável. Para além de se questionar a procedência da crítica, a proibição de retrocesso social propõe exatamente um engessamento de parte da legislação infraconstitucional que é tradicionalmente dinâmica.

O pluralismo político também é ofendido em uma segunda dimensão, como adiantado linhas acima.

Uma geração cuja índole política seja mais voltada para questões sociais será injustificadamente beneficiada, ante a especial proteção conferida pelo princípio, em detrimento de gerações mais marcadas por preocupações políticas outras.

A Constituição de 1988 resguarda o pluralismo político porque reconhece que a sociedade é pluralista, logo cada voz deve ser respeitada e, na medida do possível, ouvida. Isso implica reconhecer que a vigente Constituição é compromissória, não havendo que se falar em ideologia política oficial. Quem quer que se sagre vencedor no processo eleitoral estará habilitado a exercer o poder

político, conforme delimitado no texto constitucional, devendo obediência ao Estado de Direito, notadamente à ordem constitucional. E por ser compromissória, a Constituição consagra princípios e valores aparentemente contraditórios entre si, do qual o art. 170⁸¹, ao elencar os princípios da ordem econômica, consubstancia representativo exemplo: propriedade privada *versus* função social da propriedade; livre concorrência *versus* tratamento favorecido para empresas de pequeno porte; livre concorrência *versus* tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental de produtos e serviços; apenas para citar alguns exemplos.

É exatamente pela nota compromissória que as diferentes ideologias devem ser tratadas de maneira equânime em um Estado Democrático. Ou seja, para se valer de expressões correntes, todas as bandeiras devem encontrar-se no mesmo plano: liberais, social-democratas, socialistas, sindicalistas, ambientalistas, feministas, defensores das mais diversas minorias, etc. Afinal, em alguma medida suas ideologias encontram eco na Carta Política, que prevê a economia de mercado, o Estado Social, a valorização do trabalho humano, a proteção ao meio ambiente, a especial proteção à mulher, a defesa da dignidade humana inerente a todos, seja de qual minoria pertençam, etc.

É fácil perceber que o princípio da proibição de retrocesso social, entretanto, procura privilegiar os adeptos de determinado grupo, aqueles politicamente mais ligados à promoção do Estado Social, em detrimento de grupos com prioridades políticas diversas.

Sim, porque as medidas legislativas de cunho social, desde que benéficas,

⁸¹ Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I - soberania nacional;

II - propriedade privada;

III - função social da propriedade;

IV - livre concorrência;

V - defesa do consumidor;

VI - defesa do meio ambiente;

VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 42, de 19.12.2003)

VII - redução das desigualdades regionais e sociais;

VIII - busca do pleno emprego;

IX - tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte.

IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 6, de 1995)

passam a praticamente gozar de uma aura de eternidade, de acordo com o princípio em tela. Já as demais medidas legislativas (v.g. de cunho ambiental) não contariam com igual proteção.

Ora, se a Constituição é compromissória e em seu texto não se estabeleceu qualquer preferência de um desses valores sobre os demais, é equivocado que a doutrina vislumbre princípio não escrito que estabeleça tal preferência de uma ideologia (social) sobre todas as demais.

Assim, também sob o aspecto de privilegiar os adeptos de determinada ideologia, o princípio da proibição de retrocesso social afronta o princípio fundamental do pluralismo político.

3.2.3. O princípio da isonomia

É possível aproveitar a distinção injustificada que o princípio em questão acarreta entre grupos ideológicos que, aos olhos da Constituição, encontram-se no mesmo patamar, para se concluir que a proibição de retrocesso social, por não adotar *discrímen* constitucionalmente válido, cria privilégio, e com isso ofende o princípio da isonomia plasmado no art. 5º, *caput*, da CR/1988 (que inclusive é apontado pelos adeptos da proibição de retrocesso como parâmetro de flexibilização, conforme mencionado em tópico precedente).

Também sob a ótica do conflito intergeracional há menoscabo do princípio da isonomia, pois não há *discrímen* constitucionalmente válido para se atribuir vantagem (proteção especial) à obra de uma geração em detrimento das subsequentes.

3.3. Rigidez da legislação infraconstitucional

Além dos princípios fundamentais da democracia e do pluralismo político e do princípio da isonomia, a proibição de retrocesso social afronta outros inerentes ao modelo constitucional adotado no país.

Retomando alguns conceitos básicos, o modelo brasileiro adota o princípio da supremacia hierárquico-normativa da Constituição, o que significa que esse diploma encontra-se no ápice da pirâmide normativa, segundo imagem idealizada por H. Kelsen. Decorre desse atributo a ideia de rigidez do texto constitucional, que implica a exigência de processo legislativo mais dificultoso procedimentalmente para modificação de seu texto (se comparados com os previstos para a modificação da

legislação infraconstitucional), e mesmo a previsão de certas vedações de modificação da Carta Política, seja de ordem temporal, circunstancial e até material (cláusulas pétreas) – art. 60 da CR/1988⁸².

É importante notar que o regime de reforma do texto constitucional, com seus rigores procedimentais e limitações de diversas ordens, é fruto inequívoco de uma delicada ponderação de interesses levada a cabo pelo constituinte originário. Sim, o fato de o poder constituinte originário ser ilimitado e incondicionado não significa que ele não tenha preocupações com a funcionalidade, coerência e rigor lógico com o ordenamento que irá fundar.

Na espécie, de um lado havia o interesse em resguardar a rigidez do texto constitucional (e também a pretensão relativa de perenidade da Lei Fundamental) e, reflexamente, sua supremacia normativa. De outro, havia a preocupação em limitar o mínimo possível a atuação do legislador, para que fosse mitigado somente na medida necessária o princípio fundamental democrático. O resultado dessa ponderação é o regime de reforma constitucional desenhado no seu próprio corpo. É necessário reparar que o constituinte, detentor de poder ilimitado e incondicionado, poderia inclusive ter previsto expressamente a ideia ligada ao princípio da proibição de retrocesso social, mas não o fez. Essa constatação é especialmente relevante quando em jogo as limitações materiais, denominadas cláusulas pétreas (art. 60, § 4º) e a expressão “tendentes a abolir” utilizada no dispositivo (que será abordado mais a frente).

Sob essa perspectiva, fica clara a natureza excepcional dos mecanismos de limitação ao poder de reforma constitucional. E, novamente, normas excepcionais (ainda mais quando constitucionais) demandam interpretação estrita.

Na contramão do regime de revisão constitucional, especialmente se considerados os princípios colidentes que desencadearam a ponderação efetuada pelo constituinte, encontra-se o princípio não escrito da proibição de retrocesso social.

Porque preconiza uma espécie de imutabilidade da legislação infraconstitucional. Afinal, *grosso modo* reputa inconstitucional por violação ao princípio não escrito a legislação de cunho social que seja menos benéfica que a anterior.

⁸² SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros,

Sob esse ângulo alinha-se a doutrina de Suzana de Toledo Barros:

A admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflita com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum.

Em consequência, muitos rejeitam-no, com o argumento de que não se pode converter o grau de realização legislativa de um direito social em dimensão constitucional material, contra a vontade do legislador⁸³.

Não é exagero afirmar que o princípio pretende criar, sem qualquer precedente expresso na Carta Política, a figura anômala e inusitada do que denomino de uma cláusula pétrea implícita infraconstitucional! Ocorre que, como salientado, o regime de reforma constitucional é fruto de ponderação entre princípios em colisão: resumidamente, o princípio da supremacia constitucional *versus* o princípio democrático.

No caso da proibição de retrocesso social não se dá semelhante colisão, pois não está em jogo o princípio da supremacia constitucional: afinal, a imutabilidade é dirigida à legislação infraconstitucional. Quando muito, se poderia sustentar que do outro lado da balança se encontrariam os supostos fundamentos ao princípio da proibição de retrocesso social (segurança jurídica, máxima efetividades das normas definidoras de direitos fundamentais, etc., todos abordados precedentemente). Ainda assim, não se pode perder de mira que o princípio em comento pretende atribuir rigidez à legislação infraconstitucional, subvertendo por completo a lógica mais elementar inerente à hierarquia normativa.

Ademais, essa cláusula pétrea implícita infraconstitucional se apresenta ainda mais rigorosa (logo, mais cerceadora do princípio democrático) do que as cláusulas pétreas expressas. Pois enquanto estas objetam apenas as medidas “tendentes a abolir” (permitindo, portanto, as medidas modificadoras, ainda que para pior), aquela pretende impedir qualquer medida legislativa socialmente retrógrada.

É fácil ver que ela a um só tempo cerceia mais gravemente um dos princípios postos em ponderação (o princípio fundamental democrático) do que a primeira ponderação.

2014, p. 47 e seguintes.

⁸³ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2003, p. 165.

A propósito, a severa restrição que incide sobre o princípio fundamental democrático ao se admitir a proibição de retrocesso social põe em xeque se não se teria afastado, nesse processo de ponderação, do princípio hermenêutico da concordância prática (corolário do princípio da unidade da Constituição) que preconiza que na colisão entre princípios a solução obtida deve restringir o mínimo possível os princípios envolvidos. Exatamente o que vem a ser a menor restrição possível depende da análise das particularidades do caso concreto, todavia se pode afirmar que jamais a restrição poderá atingir o núcleo essencial do direito posto em ponderação, mormente segundo a teoria absoluta da proteção do núcleo essencial (que sustenta que o núcleo essencial é aquele conteúdo irreduzível do direito que não pode ser submetido à ponderação). A proibição de retrocesso social, ao limitar drasticamente o princípio democrático, impedindo o legislador de exercer o típico mister previsto constitucionalmente e para o qual a sociedade o elegeu, parece ter afetado o núcleo essencial do princípio democrático.

3.4. Análise econômica

Afora esses óbices constitucionais, a ideia de uma proibição de retrocesso social não é “boa”?

A análise econômica do direito auxilia a responder à indagação. Aqui a acepção de economia é utilizada no sentido mais lato do termo, de ciência que estuda os incentivos e a reação dos agentes a eles. Algo próximo do que se convencionou denominar de análise econômica do direito (*law and economics*). O importante é que a perspectiva utilizada é essencialmente pragmática, daí sua relevância: é bastante plausível afirmar que os destinatários do princípio da proibição de retrocesso social (os agentes políticos em geral, e os parlamentares em especial) atuam fortemente inspirados por razões de ordem pragmática (sem qualquer juízo de valor sobre a assertiva).

Para se seguir com essa análise, é preciso partir de duas hipóteses cumulativas.

A primeira hipótese é a de que haveria plena aceitação do princípio por todos os agentes envolvidos.

A segunda é tipicamente utilizada na lógica econômica: os agentes são racionais, pensam na margem e no custo de oportunidade de suas ações (*trade off*). Em outras palavras, reagem racionalmente a incentivos.

A partir dessas hipóteses, o princípio da proibição de retrocesso social poderia representar uma sabotagem ao objetivo que o inspirou.

O objetivo que inspirou o princípio foi aumentar a proteção conferida aos direitos fundamentais sociais que viessem a ser regulados em sede infraconstitucional (suposto amparo no princípio hermenêutico da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, já rechaçado em momento oportuno). O efeito colateral sabidamente é o engessamento do próprio legislador.

Atento a isso, haveria um natural desestímulo do legislador (aqui considerado o mais abstratamente possível) em conformar legislativamente o direito fundamental social para além do seu núcleo essencial, pois saberia que, ao assim fazê-lo, não poderia posteriormente revisá-lo para pior. O desestímulo subsistiria inclusive para que o legislador não desse qualquer conformação ao direito social, mesmo que incidisse em inconstitucionalidade por omissão. É que, quando muito, o Poder Judiciário declararia a mora inconstitucional e poderia tentar aplicar por analogia diploma normativo próximo ao direito fundamental social cuja conformação fora sonogada pelo legislativo.

Portanto, o princípio da proibição de retrocesso social, ao invés de proteger os direitos sociais regulamentados pela legislação ordinária, representaria, em termos pragmáticos, um provável incentivo a não legislar.

Curiosamente o mesmo raciocínio se aplica para uma conduta diametralmente oposta do legislador. Aqui deve se acrescentar apenas o elemento da temporariedade dos mandatos parlamentares e a alternância democrática (legislador pensado em termos menos abstratos).

Em um cenário em que após o pleito eleitoral se constate que o próximo chefe do executivo é adversário da maioria dos parlamentares da atual legislatura, em tese a atual maioria poderia ter interesses (pragmáticos, embora pouco republicanos) em aprovar leis excessivamente generosas atinentes a direitos sociais. Quando o novo chefe do executivo viesse a ser empossado, pouco poderia fazer a respeito dessas leis, pois os novos parlamentares estariam engessados pelo princípio da proibição de retrocesso social⁸⁴ (e, para agravar, o novo chefe do Poder Executivo governaria no primeiro ano de mandato de acordo com a lei orçamentária aprovada no ano

⁸⁴ Aqui devem ser consideradas as peculiaridades do fenômeno de ciência política denominado presidencialismo de coalizão, que impera no Brasil.

anterior).

Em suma, incentivando a não legislar ou, na outra ponta, a legislar com excesso de generosidade, o princípio em apreço, com a ideia de engessamento das legislaturas seguintes que lhe é inerente, pode ser utilizado como manobra pouco republicana por parlamentares, afastando-se do interesse público que deve ser perseguido por qualquer conduta estatal, mormente por um ato de cunho legislativo.

Portanto na hipótese traçada a proibição de retrocesso social não passaria pelo crivo da análise econômica do direito.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das conclusões parciais obtidas ao longo da presente obra, já se torna intuitiva a resposta às indagações acima formuladas.

Superadas as deficiências de fundamentação do princípio da proibição de retrocesso social e descartada sua dimensão dita positiva, igualmente por ausência de suporte no direito positivo, como se procurou demonstrar oportunamente, revolve-se a atenção à dimensão negativa, afinal o verdadeiro cerne da ideia de proibição de retrocesso social.

Levando em conta todas as relativizações aventadas pela doutrina, isto é, que a proibição de retrocesso social deve observar os princípios do núcleo essencial, mínimo existencial, proporcionalidade, isonomia e existência de justificativa constitucional da medida retrocessiva, emerge a assustadoramente curial pergunta: qual medida estatal restritiva de direito fundamental não deve observar tais parâmetros?

Nenhuma. Todas devem observá-los. Na legislação sobre direitos sociais, tanto as medidas retrocessivas quanto as progressistas também deverão fazê-lo.

Afastando-se rapidamente do plano abstrato, vale imaginar exemplo semelhante ao do Acórdão 39/84, em que lei revogue, sem oferecer qualquer modelo alternativo ou de substituição, um determinado serviço público garantidor de algum direito fundamental social. A lei seria inconstitucional, no mínimo, por ofensa ao princípio da proteção do núcleo essencial daquele direito social e por ofensa ao princípio da proporcionalidade, especialmente na vertente da vedação de proteção insuficiente.

Não há razão para se advogar a existência de uma proibição de retrocesso social se observados esse parâmetros – comuns às demais medidas legislativas restritivas de direitos fundamentais.

Se se afirma correntemente que a lei não contém (ou não deve conter) palavras inúteis, com muito mais razão não se pode admitir que a ciência jurídica contenha conceito, princípio ou teoria inútil, posto redundante à teoria preexistente. O conhecimento científico pretende um caminhar para frente, e não reafirmar o que já existe, com outra roupagem.

E se forem desconsiderados esses parâmetros (mesmo que alguns, e não todos eles), o princípio da proibição de retrocesso social poderia finalmente inovar dogmaticamente na ordem constitucional? Como se demonstrou, não. Porque ao

ignorar esses parâmetros, ele afrontaria o princípio fundamental democrático, o princípio fundamental do pluralismo político (na dimensão do conflito intergeracional e na dimensão de privilégio a determinado grupo político), o princípio da isonomia. Acarretaria a imutabilidade da legislação social, no que se poderia denominar de uma anômala cláusula pétrea não escrita infraconstitucional.

Mas afora esses óbices jurídico-constitucionais, a ideia de uma proibição de retrocesso social não seria boa? Com base em uma análise econômica do direito, é possível afirmar que os incentivos velados que a ideia imantaria nos agentes políticos não necessariamente convergiriam para o interesse público. De uma maneira geral haveria um incentivo a não legislar ou legislar no limite do núcleo essencial do direito. Em outros cenários mais particulares haveria um incentivo a legislar com generosidade excessiva, visando não o bem da sociedade, mas o infortúnio do chefe do executivo e, como efeito colateral, o do próprio Estado.

Por todas essas razões, a conclusão final, que se pretende a constitucionalmente mais adequada, é, com todo o respeito às vozes contrárias, pela recusa de um princípio constitucional não escrito de proibição de retrocesso social.

SÍNTESE.

O princípio constitucional não escrito da proibição de retrocesso social surgiu no direito europeu no final da década de setenta, como tentativa de resposta jurídica à crise do Estado Social. Ele preconiza que, uma vez editada legislação infraconstitucional densificadora de determinado direito fundamental social, seria vedado ao legislador ordinário suprimir ou reduzir substancialmente o quanto outrora conferido normativamente. Nessa ótica, a implantação do Estado Social não admitiria recuos, mas somente uma crescente de benesses sociais.

Por trás do princípio há um embate entre constitucionalismo e democracia, assim como entre o legislativo e o judiciário, o que denota que o tema se insere no objeto específico do direito legislativo.

Após demonstrar a atualidade e relevância jurídica, política, econômica e social do tema, delimitaram-se o objeto da pesquisa (em que medida a proibição de retrocesso social autorizaria uma limitação na liberdade legislativa sem ofensa à ordem constitucional) e a hipótese inicial, de que poderia tutelar apenas o núcleo essencial dos direitos sociais.

O princípio da proibição de retrocesso social está ligado aos três eixos teóricos do neoconstitucionalismo: a força normativa da Constituição (no desdobramento da busca pela maior efetividade de direitos fundamentais), a nova hermenêutica constitucional e a expansão da jurisdição constitucional.

No contexto da teoria geral dos direitos fundamentais, foram apresentados os principais conceitos e as premissas teóricas, tais como o âmbito de proteção, conformação e restrição, relação entre direito e restrição (teorias interna e externa, tendo se perfilhado à última), teoria dos limites dos limites e seus parâmetros: o princípio da proteção do núcleo essencial (com adoção da teoria absoluta em detrimento da relativa) e o princípio da proporcionalidade, com ênfase na vertente da proibição de excesso e na da proibição de proteção insuficiente.

Enfrentada a questão terminológica e destacada a subjetividade que a utilização de um conceito jurídico indeterminado acarreta, adotou-se a expressão “proibição de retrocesso social”, cujo conceito determina que uma vez consagradas as prestações legais de direito fundamental social, o legislador não poderia depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. A ação do Estado, que se consubstanciava em um dever de legislar, transformar-se-ia no dever de não

eliminar ou revogar essa lei.

Por questões metodológicas, foram analisados os fundamentos mais importantes do princípio, assim considerados os mais recorrentes entre os apontados pela doutrina, bem como os fundamentos mais amplos e que deles decorressem outros fundamentos, segundo uma relação de continência.

Em linhas gerais, os fundamentos à proibição de retrocesso social residiriam ou no princípio da segurança jurídica, que deriva da cláusula do Estado de Direito, ou no princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais, que decorre em alguma medida do princípio da força normativa da Constituição.

Quanto ao primeiro fundamento, foi destacado que: não seria possível falar em legítima expectativa do cidadão em face do Estado Brasileiro no que toca à aplicação da proibição de retrocesso social no plano normativo; a ideia de segurança jurídica normalmente pressupõe a positivação, por vezes minuciosa, de determinado instituto jurídico; de modo geral, liga-se à ideia de proteção contra atos de efeitos retroativos, o que se revela especialmente acentuado quando se cuida de segurança jurídica em face de atos de caráter normativo.

Em relação ao segundo fundamento, foi enfatizado que o constituinte originário, ao ponderar outros relevantes valores em jogo, optou pelo modelo previsto no §1º do art. 5º da CR/1988. Poderia expressamente ter previsto a proibição de retrocesso, mesmo na qualidade de constituinte reformador, mas não o fez. Em acréscimo, o art. 6º da CR/1988 reforça uma interpretação literal dos dispositivos relacionados ao regime constitucional de direitos sociais.

A dimensão negativa coincide à ideia originalmente concebida para o princípio, valendo a remissão ao conceito acima apresentado, tendo sido rechaçada a possibilidade teórica de aplicação do princípio a direitos que não sejam estritamente fundamentais sociais.

A dimensão positiva procura expandir a ideia inicialmente concebida de uma proibição de retrocesso social: para além de um dever de abstenção do legislador, haveria um dever constitucional de agir, positivo, consistente em reforçar e ampliar legislativamente as conquistas sociais: um dever de progressividade.

Entretanto, foram realçadas as fragilidades na fundamentação dessa dimensão, entre as quais: em interpretação sistêmica do PIDESC, extrai-se que o Estado-parte compromete-se a agir, no máximo de seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressiva e livremente o exercício dos direitos sociais dos

cidadãos, observadas a liberdade de dispor de seu estatuto político (Constituição) e as limitações orçamentárias; o PIDESC ostenta hierarquia infraconstitucional, não podendo servir, logicamente, de fundamento à dimensão positiva de um princípio que se pretende previsto implicitamente na Constituição.

Na perspectiva do direito comparado, destacou-se que a formulação teórica do princípio surgiu alhures, e que ele jamais foi positivado em texto constitucional.

O direito português desponta como um dos precursores da concepção doutrinária do princípio, além da inegável influência que a Constituição Portuguesa de 1976 exerceu sobre os trabalhos constituintes brasileiros, mormente no campo de direitos fundamentais.

Dois decisões do Tribunal Constitucional Português são apontadas como *leading cases* na matéria: o Acórdão 39/1984, que teria reconhecido a existência do princípio, e o Acórdão 509/2002, que teria adotado contornos muito mais tímidos ao princípio, senão o revisto por completo.

Ponderou-se, contudo, que o Acórdão 36/84 não reconheceu expressamente o princípio. E de todo modo, não havia qualquer norma constitucional programática envolvida, pois a norma paragonada violava apenas regra contida no texto constitucional, bastante, por si, à declaração de inconstitucionalidade. Sob esse prisma, o segundo *leading case* sequer representa uma inflexão sobre o tema, pois, como visto, algumas análises doutrinárias sobre o primeiro acórdão é que foram muito além do que ele efetivamente assentou.

Já no direito alemão, em que pese a valiosa contribuição à teoria geral dos direitos fundamentais, na senda de direitos fundamentais sociais há significativas diferenças entre o modelo alemão e o brasileiro. Naquele os direitos sociais não são fundamentais, tampouco constitucionais, enquanto que no brasileiro há extenso catálogo constitucional de direitos fundamentais sociais previstos essencialmente em normas programáticas (marca das constituições dirigentes). Na Alemanha busca-se fundamentar o princípio a partir do direito fundamental à propriedade privada, caminho completamente distante do que se procura adotar no Brasil.

No contexto maior da teoria geral dos direitos fundamentais, concluiu-se pela redundância que a proibição de retrocesso social representaria, pois seus contornos, com as flexibilizações propostas pelos seus próprios defensores (tais como a observância à teoria da proteção do núcleo essencial, o princípio do mínimo existencial, o princípio da proporcionalidade, mormente segundo a dimensão da

vedação de proteção insuficiente, o princípio da isonomia e a existência da justificativa constitucional da medida retrocessiva), em nada acrescentariam à dogmática constitucional. Não haveria, portanto, parâmetros próprios, exclusivos, que ontologicamente o diferencie dos demais limites e restrições aos direitos fundamentais.

A fim de se obter uma visão sistêmica, em atenção ao princípio hermenêutico da unidade da Constituição, o princípio foi analisado em cotejo com outros valores e bens constitucionalmente protegidos e potencialmente colidentes.

Na colisão com o princípio fundamental democrático (art. 1º, *caput* e parágrafo único da CR/88), ponderou-se que enquanto um seria supostamente implícito à ordem constitucional, e de existência assaz controversa na doutrina e jurisprudência, o outro é inequívoco princípio fundamental expresso, corolário direto do princípio republicano, razão pela qual se concluiu que na colisão em tela merece ser atribuído peso (bastante) maior ao princípio democrático primeiro, e conseqüentemente uma considerável preferência *prima facie*.

Na colisão com o princípio fundamental do pluralismo político (art. 1º, IV, CR/88) também se procurou demonstrar que a proibição de retrocesso social deve ceder *prima facie* àquele princípio. Seja porque impõe uma vantagem injustificada entre gerações políticas distintas, privilegiando a geração antecedente sobre as subseqüentes (conflito intergeracional). Seja porque privilegia a geração política de ideologia mais social, socializante, em detrimento das demais ideologias ou políticas públicas igualmente legítimas na ordem constitucional, haja vista a nota compromissória da Carta Política de 1988.

Sob ambas as óticas, seja a da distinção injustificada entre grupos ideológicos, seja entre as gerações políticas, não há discrimen constitucionalmente válido, mas privilégio, a ofender o princípio constitucional da isonomia.

A proibição de retrocesso social também acarretaria a rigidez da legislação infraconstitucional, levando à inusitada figura que denomino de cláusula pétrea material implícita infraconstitucional, fruto de raciocínio de ponderação absolutamente equivocado, conforme fundamentado oportunamente.

Afora os óbices jurídico-constitucionais, a proibição de retrocesso social não passa pelo crivo de uma análise econômica do direito: haveria um incentivo geral e permanente a não legislar (ou ao menos a legislar no limite do núcleo essencial). Em um cenário mais particular (porém bem provável se tomada a prática política

brasileira contemporânea), um estímulo a legislar com excesso de generosidade em matéria social, a fim de prejudicar o chefe do poder executivo. Em ambos os casos a postura do legislador se afastaria do desejado interesse público reclamado na espécie.

A título de conclusão final, reafirmou-se especialmente: a inconsistência da fundamentação do princípio; a preferência *prima facie* que outros princípio constitucionais devem gozar frente à proibição de retrocesso social; a redundância do seu conteúdo diante da teoria geral dos direitos fundamentais. Todos levam à conclusão, com respeito às vozes contrárias, de recusa à existência autônoma de um princípio constitucional não escrito de proibição de retrocesso social.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2ª Ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2014.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª edição. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 14ª edição. São Paulo: Malheiros, 2004.

____ et ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 3ª edição. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

____. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas. Limites e possibilidades da Constituição Brasileira*. 9ª edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

BRASIL. Constituição da República Federativa da Alemanha. Disponível em <http://www.brasil.diplo/>. Acesso em: 02/10/2014.

BRASIL. Procuradoria da República da 4ª Região. Disponível em <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/index.php?pagina=PIDESC>. Acesso em: 06/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 1/9/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo531.htm>. Acesso em: 09/09/2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Disponível em: <http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo498.htm>. Consulta em 09/09/2014.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. Coimbra: Editora Almedina, 2005.

____ et MOREIRA, Vital. *Constituição da República Portuguesa Anotada*. 2ª edição, vol. 1. Coimbra: Coimbra Editora, 1984.

DE CONTO, Mário. *O princípio da proibição de retrocesso social: uma análise a*

partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direito sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

FRANCO, Marcelo Veiga. A teoria da integridade do Direito e o princípio da vedação ao retrocesso como limites à criatividade jurisdicional. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica – RIHJ*. Belo Horizonte, ano 10, n. 12, p. 179-214, jul/dez – 2012.

KOURY, Suzy. Direitos fundamentais: aplicabilidade imediata e vedação ao retrocesso. *Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 8ª Região*. Belém. V. 39, n. 76, jan/jul – 2006, pp. 49/60.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. 3ª edição. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

_____. Comentário ao artigo 5º, §3º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio; SARLET, Ingo W. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 26ª edição, São Paulo: Malheiros, 2009.

MENDES, Gilmar; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil – uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV – direitos fundamentais*. 4ª edição. Coimbra Editora, 2008.

_____. O regime dos direitos sociais. Brasília: Revista de Informação Legislativa, Brasília a 47 n. 188 out./dez. 2010.

NERY JUNIOR, Nelson et NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e legislação constitucional*. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. Constituição e Serviço Nacional de Saúde. *Revista de Direitos Fundamentais e Justiça nº 11 – abr./jun. 2010 – Revista do Programa de Pós-*

Graduação Mestrado e Doutorado em Direito da PUCRS.

PORTUGAL. Disponível em: <http://dre.pt/cgi>. Acesso em: 10/09/2014.

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

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais – uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Comentário ao artigo 5º, §1º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. Comentário ao artigo 6º. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 37ª edição. São Paulo: Malheiros, 2014.

STRECK, Lenio; _____ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

_____. *Segurança Social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais*. In: CANOTILHO, J. J. Gomes e OUTROS (Coords.). *Direitos Fundamentais Sociais*. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 71-109.

SOUZA, Ítalo Roberto Fuhrmann e. O princípio da proibição de retrocesso social como categoria autônoma no Direito Constitucional Brasileiro? – Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos direitos fundamentais. *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC*. Belo Horizonte, ano 6, n. 23, p. 753-781, Jul/set. – 2012.

TAVARES, Andre Ramos. *Curso de direito constitucional*. 7ª edição. São Paulo: Saraiva, 2009.