

**XXV CONGRESSO DO CONPEDI -  
CURITIBA**

**DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III**

**MARIA CRISTINA GOMES DA SILVA D'ORNELLAS**

**ROGERIO LUIZ NERY DA SILVA**

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

#### **Diretoria – CONPEDI**

**Presidente** - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP

**Vice-presidente Sul** - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS

**Vice-presidente Sudeste** - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM

**Vice-presidente Nordeste** - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN

**Vice-presidente Norte/Centro** - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP

**Secretário Executivo** - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC

**Secretário Adjunto** - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

**Representante Discente** – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

#### **Conselho Fiscal:**

Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH

Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR

Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini Sanches – UNINOVE

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)

Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

#### **Secretarias:**

**Relações Institucionais** – Ministro José Barroso Filho – IDP

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF

**Educação Jurídica** – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDI

**Eventos** – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC

Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA

**Comunicação** – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

---

D598

Direitos sociais e políticas públicas III [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Maria Cristina Gomes da Silva D'ornellas, Rogerio Luiz Nery Da Silva – Florianópolis:  
CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-361-0

Modo de acesso: [www.conpedi.org.br](http://www.conpedi.org.br) em publicações

Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Direitos Sociais. 3. Políticas Públicas.  
I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2017 : Curitiba, PR).

CDU: 34



# XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

## DIREITOS SOCIAIS E POLÍTICAS PÚBLICAS III

---

### **Apresentação**

O Conselho Nacional das Pós-Graduações em Direito tem consolidado, nestes vinte e cinco anos, a posição como referência nacional para a realização de eventos científicos jurídicos de alto nível, além de vir construindo, mais recentemente, também um protagonismo no processo de internacionalização da pós-graduação em direito brasileira, ao promover a sua integração com a sociedade científica mundial por intermédio da cooperação com universidades de diversos países para a organização de eventos conjuntos.

De 07 a 10 de dezembro de 2016, o Conpedi prosseguiu em seu mister ao organizar o XXV Congresso Nacional - Cidadania e Desenvolvimento Sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, em cooperação com o Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), em iniciativa que reuniu mais de dois mil participantes na capital paranaense, distribuídos por um fórum, vinte e nove Painéis Temáticos e noventa e sete Grupos de Trabalho, estes últimos destinados à apresentação de produções científicas escritas previamente selecionadas pelo processo de avaliação do chamando "duplo cego" (double blind review), o que assegura a qualidade dos textos pelo grau de isenção no processo seletivo. Coube a nós, Maria Cristina D'Ornellas (UNIRITTER) e Rogério Luiz Nery da Silva (UNOESC), como professores-doutores de programas de pós-graduação, atuantes na pesquisa científica em direito, o honroso convite de assumir a coordenação do Grupo de Trabalho 87 - Direitos Sociais e Políticas Públicas III para fins de conjugarmos os esforços na condução dos trabalhos do referido grupo, ali incluída a divisão das tarefas ente os diversos componentes do grupo, a apresentação das pesquisas produzidas, a condução do debate os trabalhos produzidos, para fins de validação de seus conteúdos, encaminhamentos, propostas e conclusões, o que nos encheu de satisfação, em níveis poucas vezes vivenciados. A importância do tema dos direitos sociais e de sua operacionalização por intermédio de políticas públicas tem se mostrado cada vez mais evidente, dispensando argumentações de suporte. No caso do Conpedi, basta constatar que a diversidade de pontos a tratar e a recorrência das discussões a seu respeito têm justificado a massiva preferência pelos temas coligados, tanto dos direitos fundamentais sociais, como da ciência da administração aplicada ao trato da prática política. Sejam na concepção, implantação, acompanhamento ou avaliação das escolhas políticas, abreviadamente denominadas "políticas públicas", para fins de mais rápida e elementar assimilação, a riqueza das pesquisas e sua expansão qualitativa têm motivado também a sua expansão numérica, daí a necessidade de se abrir três grupos de trabalho para dar cabo de tal incumbência, com preservação da qualidade também das

discussões teóricas e práticas que são travadas nos dias do Congresso. Justamente o conteúdo dessas pesquisas, transformadas em trabalho e agora publicadas como artigos, vem compor os capítulos do livro "Direitos Sociais e Políticas Públicas III - o pluralismo de ideias e ideais", que ora temos também, a alegria de apresentar.

Os trabalhos estão organizados em dois grandes grupos: o primeiro versa sobre políticas voltadas ao direito à educação, conforme as mais diversificadas abordagens, desde seu suporte teórico-filosófico para o reconhecimento como prerrogativa inexpugnável de cada cidadão, passando por seus pontos de aplicação prática e aportando sobre experiências fáticas, legislativas e judiciais. O segundo grupo congrega outras temáticas, igualmente importantes, como políticas voltadas às teorias sobre políticas públicas, o direito à saúde - sob as óticas de implementação e de judicialização, o direito à integridade física da mulher, o direito ao transporte adequado, o direito ao microcrédito como garantias fundamentais da dignidade da pessoa humana.

Façamos eco a todos aqueles que têm acreditado e prestigiado o Conpedi com volumosos elogios a suas iniciativas e convidamos aos prezados leitores desfrutarem dessa fantástica oportunidade de desfrutar do prazer científico com a leitura dos trabalhos aqui colacionados, não deixando de cumprimentar a cada um de seus autores pelo espírito de entrega, na execução das pesquisas e de desprendimento, na cessão gratuita dos respectivos direitos autorais para viabilizar a publicação deste livro.

Boa leitura!

Profa. Dra. MARIA CRISTINA GOMES DA SILVA D'ORNELLAS - Professora-Doutora do PPGD UNIRITTER

Profa. Dra. ROGÉRIO LUIZ NERY DA SILVA - Professor-Doutor do PPGD UNOESC SC

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: CONTORNOS PARA  
ACEITAÇÃO E APLICAÇÃO EM CONFORMIDADE COM A CONSTITUIÇÃO  
BRASILEIRA DE 1988**

**THE PROHIBITION PRINCIPLE OF SOCIAL REGRESSION: PROFILES FOR  
ACCEPTANCE AN APPLICATION IN ACCORDANCE WITH THE BRAZILIAN  
CONSTITUTION OF 1988**

**Bruno Oliveira de Paula Batista <sup>1</sup>  
Paula Falcão Albuquerque <sup>2</sup>**

**Resumo**

O objetivo deste artigo é analisar, a partir de uma interpretação conforme a Constituição brasileira de 1988, o princípio da proibição de retrocesso, traçando seus limites conceituais e contornos para que o referido princípio possa não só ser aceito, mas aplicado de forma coerente e a partir de critérios racionais. Assim, por meio deste objetivo, pretende-se também realizar uma análise que evite a transformação do princípio da proibição de retrocesso social em um instrumento para a prática de arbitrariedades e capaz de gerar inseguranças dentro do ordenamento jurídico vigente.

**Palavras-chave:** Direitos fundamentais, Direitos sociais, Princípio da proibição de retrocesso social

**Abstract/Resumen/Résumé**

This paper aims to analyze, from an interpretation according to the Brazilian Constitution of 1988, the prohibition principle of social regression, tracing its conceptual limits and contours so that that principle can not only be accepted but consistently applied and based on rational criteria. Thus, through this aim, it is intended to also perform an analysis to avoid the transformation of prohibition principle of social regression into an instrument for the practice of arbitrary and capable of generating insecurities within the existing legal order.

**Keywords/Palabras-claves/Mots-clés:** Fundamental rights, Social rights, Prohibition principle of social regression

---

<sup>1</sup> Advogado militante, professor, mestrando do programa da pós graduação em Direito da UFAL

<sup>2</sup> Advogada militante, professora, mestranda da pós graduação em Direito da UFAL

## **1 INTRODUÇÃO**

O tema do princípio da proibição de retrocesso não é mais uma novidade na doutrina brasileira (como era no início da década de 1990). O estudo do tema, em terras brasileiras, a despeito de contar com mais de uma década e com uma boa produção na literatura especializada, encontra-se longe de ser visto de forma unânime e aplicado da mesma maneira por nossos tribunais.

Há inclusive quem não reconheça a categoria como princípio, bem como quem se negue a reconhecer a própria existência de uma proibição de retrocesso social, revelando a delicadeza do assunto. Ademais, apesar do inegável avanço observado nos estudos acerca dos direitos fundamentais, é possível verificar que, em relação ao princípio da proibição de retrocesso, além da ausência de sintonia nos discursos que proclamam a sua defesa, verifica-se certa carência em relação a parâmetros que permitam não só a aceitação do referido princípio, como também para sua aplicação, sem que se permita tornar vitoriosos os argumentos daqueles que se opõem a reconhecer a existência de uma proibição de retrocesso.

Desenvolvido na doutrina europeia, o princípio da proibição de retrocesso social, começou a ser estudado no Brasil, como decorrência da crescente preocupação com a insegurança no âmbito da segurança social.

Isso porque a demanda cada vez maior por prestações sociais e o decréscimo na capacidade prestacional do Estado e da sociedade, fizeram como que se observasse um verdadeiro desmonte do Estado social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes, como afirmado por Sarlet (2009, p. 120-121), chamando a atenção para a seguinte situação: poderia o Estado, depois de concretizado determinado direito fundamental, retroceder, fazendo com que aquele direito já efetivado fosse reduzido ou mesmo eliminado?

Buscando responder a indagação acima formulada, por meio de parâmetros inteligíveis – mas sem desprezar os argumentos opostos – e que possam reforçar não só a admissão como também a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, é que se pretende desenvolver o presente trabalho. Afinal, ainda na esteira das lições de Sarlet (2009, p. 125), a necessidade de se permitir uma melhor aplicação do princípio da proibição de retrocesso evita que ele se transforme em mais um “rótulo que se presta a toda a sorte de arbitrariedades e que, se não for corretamente compreendido e delimitado, acaba por trazer mais insegurança ao sistema”.

## **2 BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE O ESTADO DE DIREITO E O PAPEL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS**

É bastante conhecida, por sua difusão no cenário acadêmico, a ideia segundo a qual os direitos fundamentais possuem íntima relação com o Estado de Direito; muito embora se reconheça também que a existência de tais direitos é anterior àquele último. Tal fato, contudo, não infirma o relevante impulso que os direitos fundamentais obtiveram, mediante seu reconhecimento e positividade, no Estado de Direito.

Há quem afirme, contudo, que os direitos fundamentais passaram a ter origem na Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, e decorreram do rompimento do absolutismo, pelo movimento liberal<sup>1</sup>. No Brasil, segundo Sarmento<sup>2</sup> (2005, p. 15), coube a Pontes de Miranda o pioneirismo no esboço de uma teoria dos direitos fundamentais, pois, para Pontes de Miranda, o compromisso do governo com os direitos humanos era a única forma de promover o desenvolvimento e a justiça social, tendo ainda percebido que o tema deveria sair do campo político e ser analisado sob o enfoque da ciência constitucional.

Postas de lado estas pequenas divergências, o certo é que, com o reconhecimento de sua força e fundamentalidade, os direitos fundamentais foram concebidos inicialmente com feição essencialmente individualista e tendo como preocupação maior a defesa dos indivíduos contra as arbitrariedades estatais, além de uma feição nítida de proteção à liberdade, propriedade e segurança. Tais direitos buscavam garantir aos indivíduos direitos e liberdades reconhecidas como fundamentais, racionalizando a atuação estatal que, por seu turno, passava a ser submetida ao direito. Este modelo de proteção, aos poucos, foi se tornando num modelo de Estado formal, incapaz de garantir à grande massa da população os direitos nele previstos, deixando claro o fato de que a proteção tão somente da liberdade do indivíduo é insuficiente para concretização de sua dignidade.

O insucesso do modelo então existente, fez com que se enxergasse a necessidade de atuação estatal como forma de alcance do equilíbrio e bem-estar social, afastando a ideia de um Estado neutro. A alteração do modelo estatal fez com que se buscasse uma garantia real – e não mais formal – de condições de desenvolvimento para os indivíduos. É neste cenário que surgem os chamados direitos sociais cuja finalidade passa a ser a busca da igualdade material, por meio da intervenção (prestacional) do Estado.

Aqui, é importante destacar o papel que os direitos fundamentais exercem na transição acima referida, conforme preceitua Luño (1995, 21), para quem:

---

<sup>1</sup> A afirmação é feita por GARCIA (2010, p. 2) Sergio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria – análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. p. 2

<sup>2</sup> Ainda segundo o mesmo autor (2005, p. 90), a disposição dos direitos fundamentais em nosso sistema constitucional seria reflexo de diversas correntes doutrinárias que se desenvolveram na Alemanha, EUA e França, logo após o período da 2ª Guerra Mundial.

“Al próprio tiempo, los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites ao ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores os fines directivos de la acción positiva de los poderes públicos.”

O modelo de Estado social acima mencionado começou a ser questionado em virtude do crescente número de demandas sociais e, sobretudo, de crises econômicas, observadas a *partir* do final da década de 1980. Tais crises, contudo, não impuseram o fim do Estado social, mas apenas trouxeram a necessidade de novas formas de atuação e, conseqüentemente, dando origem ao Estado Social e Democrático (Netto, 2010 p. 31), assentado sobre o fundamento principal da dignidade da pessoa humana.

Assim, os direitos fundamentais passam a ser encarados como o próprio fim e medida da atuação, em sentido amplo, do Estado e de sua forma de relacionar-se com a sociedade e seus integrantes. Neste sentido, cumpre transcrever o papel que tais direitos exercem nesta nova concepção de Estado, conforme aponta Netto (2010, p. 37):

“Os direitos fundamentais constituem os alicerces da relação entre o Estado e indivíduos; o exercício do poder político pelo Estado se legitima pela necessidade de preservar os direitos fundamentais. Direitos fundamentais aparecem, desse modo, como fundamento e limite do poder estatal, justificando seu exercício ao mesmo tempo que o limitam.”

Atualmente, o constitucionalismo contemporâneo, no Brasil, já tem consolidado alguns axiomas que, no dizer de Barcellos (2008, p. 115), vão ser incorporando à prática jurídica, a saber: a) reconhecimento da força normativa das disposições constitucionais (sejam elas regras ou princípios); b) caráter central dos direitos fundamentais; c) submissão dos poderes públicos à Constituição. Tais axiomas, serão utilizados como ponto de partida para o tema desenvolvido no presente artigo.

Todavia, é preciso esclarecer que, no presente artigo, não se faz a distinção, usualmente formulada, entre os direitos sociais e os direitos de liberdade, no sentido de que estes últimos direitos desfrutam de posição de vantagem/precedência em nosso ordenamento.

Destarte, tal dicotomia é formulada, sobretudo, com fundamento nas lições da doutrina portuguesa que tentam explicar tal distinção com o argumento de que os direitos de liberdade, por sua natureza, formariam os elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito e, por conseguinte, marcados pelo princípio da universalidade, igualdade e do acesso ao direito e da garantia da tutela jurisdicional efetiva, formando assim um regime específico do qual não se beneficiariam os direitos sociais. Tal posição é defendida por Canotilho (2003, p. 403) e Miranda (2000, p. 144-145) que, ao tentar explicar a dicotomia entre tais direitos com base na Constituição Portuguesa, afirma que a consagração de um regime específico para



os direitos de liberdade corrobora a existência de diferenças no tratamento de tais direitos. A mesma ideia é defendida ainda por Alexandrino (2007, p. 31) e Andrade (2006, p. 100-101).

Em nosso entender, todavia, a criação de uma dicotomia entre tais direitos fundamentais – os de liberdade e os sociais – não ajuda em seu tratamento e, conseqüentemente, concretização. Mesmo que tal dicotomia reconheça a fundamentalidade de tais direitos, ela tende a incentivar a ideia de prevalência dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais, conforme já se apontou acima. Sem desprezar ou negar a relevância que as tentativas de distinção entre tais direitos possuem dentro da dogmática, o que se defende é que, em sua maioria, tais distinções – ainda que sem uma intenção expressa neste sentido – acabam por relegar os direitos sociais a uma espécie de segundo plano, menos importante que o dos direitos de liberdade. É exatamente com esta última ideia que não concordamos.

A negação de tal dicotomia deve ser ainda mais contundente se levarmos em conta a opção do constituinte brasileiro que não traz nenhum dispositivo autorizador de tal distinção; o que é lembrado por Sarlet (2015, p. 270-271) quando afirma que, ao contrário da Constituição lusitana, que faz distinção expressa entre as liberdades e garantidas dos direitos econômicos, sociais e culturais, a constituição brasileira faz com que todos os direitos fundamentais estejam sujeitos ao mesmo regime jurídico.

Silva (2014, p. 246) também minimiza a dicotomia ora retrada, afirmando que todos os direitos fundamentais são restringíveis e regulamentáveis. O mesmo pensamento é defendido por AFONSO DA SILVA (2003, p. 306), para quem deve-se rechaçar o entendimento de parte da doutrina que faz distinção entre os direitos individuais e os direitos sociais, uma vez que a Constituição brasileira confere tratamento idêntico a ambas as categorias.

A despeito dos traços distintivos entre tais direitos, não se pode permitir que estas mesmas distinções ponham em risco o sistema de direitos fundamentais, conforme se defende no presente trabalho e forma uma das premissas para a análise da possibilidade de admissão do princípio da proibição de retrocesso.

Desta forma, a ideia que aqui se defende, longe de relegar aos direitos sociais um papel de menor importância dentro do sistema de direitos fundamentais, impõe o reconhecimento das diversas características inerentes aos direitos fundamentais. Neste mesmo sentido é a ideia de Barroso (2003 p. 148) para quem os direitos sociais também podem comportar aplicação direta e imediata.

## 2.1 A crise do estado social e o papel dos direitos sociais

O que se convencionou denominar de crise do Estado Social, conforme acima já exposto de forma sucinta, representou, em verdade, o conjunto de movimentos de reforma do Estado, observados a partir da década de 1980, voltados ao enfrentamento do agigantamento do aparelho estatal, do esgotamento do modelo de financiamento e ineficiência dos métodos de gestão.

Neste ponto, são esclarecedoras as lições de Otero, *apud* Netto (2010, p. 97), para quem a ideia de que o intervencionismo do Estado era a solução para todos os problemas sociais fez com que se verificasse uma hipertrofia deste mesmo Estado; que pretendia cuidar das pessoas “do berço até a sepultura”.

Tal crise tem reflexos diretos nos direitos sociais. A dicotomia já demonstrada, quando nega o caráter fundamental daqueles últimos, faz com que fiquem em posição extremamente frágil dentro do ordenamento jurídico, fazendo com que a maioria das soluções apontadas para o combate à crise ora mencionadas deságue na restrição, ou mesmo eliminação, dos direitos sociais.

Nas lições de Derbli (2007, p.2), nas últimas décadas, as decisões políticas do país tem sido tomadas com a finalidade de manter a estabilidade da moeda e o ajuste fiscal, relegando a um segundo plano a questão das desigualdades sociais e melhoria das condições de vida da população. Tudo isso em nome de um fortalecimento da economia e equilíbrio das contas públicas, como forma de inserção do país no contexto da globalização.

A mesma preocupação do autor sobredito é encontrada em Bonavides (2004, p.187), ao afirmar que alcançar o Estado Social já foi difícil e conservá-lo parece quase impossível. Ressaltando a dificuldade ora apontada, Mendonça (2003a, p. 215-216), afirma que os direitos sociais não se realizam porque: a) ou falta legislação infraconstitucional que concretize os comandos constitucionais, ou b) falta plano de ação administrativa que concretize o que a lei ordena. Ainda segundo Mendonça (2003a, p. 215-216), tal dificuldade apenas ocorre porque as demandas sociais, bem como as promessas sociais são infinitas, mas os recursos para concretizá-las não o são.

A Constituição exige um movimento contínuo rumo à maximização dos direitos sociais. Para tanto, não se pode colocar sempre como obstáculos a necessidade de estabilização econômica e equilíbrio fiscal, subtraindo assim o grau de amplitude dos direitos sociais conquistados com enormes esforços por parte de toda a sociedade. Neste sentido, são lúcidas as palavras de Mendonça (2003a, p. 216) para quem:

“Entre o radicalismo da imperatividade plena, que importa numa palavra, construir algo sem suficiente matéria-prima, ou imaginar que os direitos

sociais se remetam à frase com que STENDHAL definiu a beleza – “uma promessa de felicidade” -, surge o discurso que advoga uma concretude (e, daí, uma sindicabilidade), dos direitos prestacionais derivada balizada pelo princípio da dignidade da pessoa humana em seu núcleo essencial, inato é, mediada pela idéia de mínimo existencial, ao qual se passaria a atribuir eficácia positiva”.

De nada adianta, contudo, atribuir competência ao legislador para pormenorizar o conteúdo das normas definidoras de direitos sociais previstas na constituição se, logo após, o mesmo legislador pode eliminar a regulamentação criada, como o consequente reaparecimento da situação de ausência de concretude então verificada. Por isso a necessidade de reconhecimento da existência de um comando constitucional que seja capaz de impedir a supressão de direitos conquistados após os esforços já mencionados. É justamente neste cenário que ganha relevo a discussão acerca do princípio da proibição de retrocesso social.

### **3 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO OU DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL**

Antes de estabelecermos os contornos daquilo que entendemos como princípio da proibição de retrocesso social, é necessário fixarmos alguns pontos em relação à própria definição daquilo que se entende como princípio. Não pretendemos adentrar, aqui, na profunda discussão que tem se revelado nos recentes estudos em relação à matéria<sup>3</sup>. É que preferimos poupar o leitor, remetendo-o, caso assim entenda necessário, à leitura dos principais estudos que tem sido produzidos no Brasil<sup>4</sup>, sobretudo com fundamento nas lições de Dworking e Alexy. Até mesmo porque, dado os limites do presente artigo, não se poderia dizer nada do que já não tenha sido dito nas obras referenciadas na nota explicativa abaixo<sup>5</sup>.

Feitas as observações acima, utilizaremos, para a definição de princípio, a ideia defendida por Ávila (2013, p. 85) para quem os princípios:

“são normas imediatamente finalísticas, primariamente prospectivas e com pretensão de complementaridade e de parcialidade, para cuja aplicação se

---

<sup>3</sup> Para Silva (2011, p. 35-36), a quantidade de acepções que se tem para o termo princípio não é problema algum, por si só. Contudo, observa o autor que, na maioria dos trabalhos em que se utiliza a expressão princípio, parte-se da distinção de Alexy entre princípios e regras, mas continua a utilizá-la em seu sentido tradicional, quer por meio da definição de Celso Antonio Bandeira de Melo, quer por meio da definição de Canotilho. Assim, o problema surge quando se passa a usar o termo princípio como se todos os autores o utilizassem de forma unívoca.

<sup>4</sup> A despeito da considerável quantidade de estudos sobre a distinção de princípios e regras, Sundfeld (2011, pp. 287 e 295), afirma que o cenário atual é um “ambiente de geleia geral”, no qual vários princípios vagos podem justificar qualquer decisão. Apesar da afirmação, o autor explica que o problema não está nos princípios em si, mas na comodidade que podem oferecer para os espertos (que escondem por trás dos princípios suas pretensões frágeis) e preguiçosos (que utilizam os princípios como fundamentos fáceis para esconder a superficialidade de suas decisões).

<sup>5</sup> Para uma melhor análise das distinções entre princípios e regras, conferir as obras de ALEXY, Robert. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2 ed. São Paulo: Malheiros, 2014. P 121-139; DWORKIN, Ronald. Levando os direitos a sério. São Paulo, 2002. p. 23-73.

demanda uma avaliação da correlação entre o estado de coisas a ser promovido e os efeitos decorrentes da conduta havida como necessária à sua promoção”.

A definição acima transcrita não só é compatível com a maneira pela qual optamos desenvolver o tema do presente trabalho, como também é suficiente, em nossa concepção, para fornecer uma noção de princípios consentânea com o atual estágio dos estudos em relação a esta matéria no Brasil, sem que se comprometam as afirmações e conclusões aqui formuladas<sup>6</sup>.

### 3.1 Posição do tema: a questão dos limites aos direitos fundamentais e a garantia da segurança jurídica

Apesar do avanço observado na dogmática constitucional brasileira, em relação ao princípio da proibição de retrocesso, o tema ainda não é visto de forma unânime, existindo, como alertado por Sarlet (2015, p. 403), quem afirme que tal princípio sequer existe como categoria jurídico-constitucional, sendo apenas uma forma de dar aos direitos sociais um tratamento diferente daquele que é dispensado aos limites e restrições de todos os direitos fundamentais<sup>7</sup>.

Nessa ordem de ideias, após termos discorrido sobre o papel dos direitos fundamentais, é necessário reconhecer que tais direitos estão sujeitos a limites e restrições. Afinal, como aponta Sarlet (2015, p. 404), o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais só pode ser aferido por meio da inclusão de possíveis limitações a que tais direitos encontram-se sujeitos. Assim, quanto mais preciso for o tratamento do problema das limitações, mais se estará rendendo homenagem às exigências da segurança jurídica.

A despeito do que foi dito acima, é preciso salientar que, no caso da Constituição brasileira, o legislador constituinte optou por não adotar, de forma expressa, um regime em matéria de limites e limites aos limites dos direitos fundamentais<sup>8</sup>.

Em relação aos limites ora referidos, adotamos a chamada “teoria externa”, defendida por Silva (2006, p.16), para quem os direitos fundamentais não possuem limites imanentes (teoria interna); tais limites, quando necessários, são impostos em decorrência da

---

<sup>6</sup> Silva (2014, p. 63-64) discorda completamente da noção apresentada por Ávila, e utilizada no presente trabalho. Para ele, os conceitos de regra e princípio fornecidos por Ávila, mais confundem que esclarecem a distinção. Segundo Silva, a distinção apresentada por Ávila insere um “sem-número de elementos nas definições” que não são imprescindíveis a correta e suficiente distinção entre os dois conceitos. Todavia, ainda que se concorde com a crítica ora mencionada, feita por Silva, ela não compromete o objeto do presente trabalho, tampouco a definição que utilizamos como ponto de partida, fornecida por Ávila.

<sup>7</sup> Mendes também (2014, ) afirma, fazendo referência a Vieira de Andrade e Afonso Vaz, que na doutrina existe quem recuse a acolhida do princípio em comento, sustentando que o legislador goza de liberdade conformativa dos direitos sociais, podendo revê-los.

<sup>8</sup> A exceção encontra-se, por exemplo, na previsão de reservas de lei e de cláusulas pétreas no art. 60, § 4º.

necessidade de se compatibilizar diferentes bens jurídicos. Tal teoria, ao nosso ver, não só permite uma melhor reconstrução argumentativa das colisões de direitos fundamentais, como também permite uma convivência harmônica entre os titulares de tais direitos.

Acontece que nem sempre a questão dos limites aos direitos fundamentais foi vista da mesma forma. Conforme aponta Sarlet (2015, p. 412-413), por conta de uma tradição fortemente vinculada a postura reverencial ao legislador, era comum que os direitos fundamentais tivessem sua eficácia esvaziada em decorrência da atuação dos poderes constituídos.

É justamente no sentido acima mencionado, ou seja, como instrumento de controle contra as ingerências dos poderes constituídos sobre os direitos fundamentais que entendemos encontrar-se inserido o princípio da proibição de retrocesso social, sobretudo como um importante mecanismo contra a ação erosiva do legislador.

Outra importante observação que deve ser formulada antes da análise do princípio ora em comento – e que também se relaciona com a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais – é que o princípio da proibição de retrocesso guarda estreita relação com a noção de segurança jurídica, que passa a assumir o status de um “subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direitos”, nas palavras de Sarlet (2015, p. 451). Ainda segundo o mesmo autor:

“...a dignidade não estará suficientemente respeitada e protegida em todo lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.”

A noção de segurança jurídica, contudo, não pode estar restrita à proteção em face de atos retroativos, exigindo que se proteja o cidadão também contra atos retrocessivos, ou seja, que não alcançam necessariamente as figuras do direito adquirido, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, mas que suprimem normas constitucionais ou mesmo revogam leis que regulamentam tais normas, mormente em relação aos direitos sociais. É exatamente neste contexto que será enfocado o princípio da proibição de retrocesso.

### 3.2 Conceito e delimitação do princípio da proibição de retrocesso

Mesmo após mais de uma década de estudos, no Brasil, sobre o princípio da proibição de retrocesso, sua nomenclatura não se encontra consolidada, sendo possível encontrar as expressões vedação do retrocesso social, proibição do retrocesso social, não

retorno da concretização, não retrocesso social, dentre outras, para denominar o mesmo objeto<sup>9</sup>.

Dentre os conceitos encontrados na literatura sobre o tema, é possível extrair um denominador comum para o princípio da proibição do retrocesso, segundo o qual, por meio dele, é vedado ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando a sua exequibilidade. Assim, haverá retrocesso, todas as vezes que o legislador, por meio de sua atuação comissiva e arbitrária, promover o retorno a um estado equivalente àquele que existia quando a norma constitucional definidora do direito social ainda não havia sido concretizada.

A lição de Canotilho (2003, p. 231) já se tornou lugar comum – sem qualquer tom pejorativo na afirmação - quando o tema é o princípio da proibição de retrocesso, ao afirmar que, uma vez realizado o núcleo essencial dos direitos sociais e já efetivado através de medida legislativas, deve considerar-se garantido, sob pena de ser inconstitucional qualquer medida que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, acarretem uma anulação, revogação ou aniquilação, pura e simples, do referido núcleo.

Para Derbli (2007, p. 241-241), a omissão inconstitucional e o retrocesso social, a despeito de serem conceitos correlatos podem diferir na medida em que o legislador “voltou atrás ou deixou de ir aonde devia”. Assim haverá omissão inconstitucional quando o legislador deixar de cumprir uma imposição legiferante da Constituição, ou criando uma lei insuficiente para alcançar o grau de concretização ideal; já o retrocesso social caracteriza-se numa conduta comissiva do legislador, ao editar lei que revogue, ainda que parcialmente, legislação anterior, com o consequente retorno ao estado originário e que, ao mesmo tempo, é capaz de configurar a omissão<sup>10</sup>.

Cunha Junior (2014) trata da proibição de retrocesso afirma que tal princípio produz um efeito no plano normativo, consistente na proibição de revogação de normas que consagram os direitos fundamentais ou mesmo a substituição de tais normas por outras que não ofereçam garantias com eficácia equivalente; já no plano concreto, traduz-se no impedimento a implementação de políticas que enfraqueçam ou prejudiquem os direitos fundamentais. O autor fala ainda, ao tratar do princípio em comento, de um efeito “cliquet” –

---

<sup>9</sup> Com relação à indeterminação terminológica, concordamos com Mendonça (2003a, p. 219), para quem tal fato não constitui maiores problemas no trato do tema. Todavia, deve-se evitar o emprego de expressões que podem fornecer uma ideia equivocada sobre o conteúdo do princípio em comento, tais como “proibição da contra-revolução social” e “eficácia-impeditiva (ou vedativa) do retrocesso”.

<sup>10</sup> Para o autor em comento, só é possível falar em retrocesso social quando estivermos diante de um caso em que poderia ter havido omissão inconstitucional. Assim, nos casos de normas constitucionais programáticas, por não gerarem imposições legiferantes, não haveria que se falar em omissão inconstitucional.

denominação que vem ganhando força na doutrina brasileira – e que, em verdade, é expressão de origem francesa, que significa a trava do mosquetão e é utilizada por alpinistas para apontar que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é possível retroceder, ou seja, a escalada deve orientar-se sempre para cima.<sup>11</sup>

Para Netto (2010, p. 111), a proibição de retrocesso pode ser vista como sendo a manifestação de um princípio maior referente à matéria dos direitos fundamentais. Neste sentido, todos os direitos fundamentais estariam protegidos contra alterações que suprimisse, injustificada e arbitrariamente, seus conteúdos e garantias<sup>12</sup>. Da mesma forma que já defendemos aqui, a referida autora não defende o princípio em comento em termos absolutos.<sup>13</sup>

É preciso ressaltar, entretanto, que o princípio da proibição de retrocesso, não é uma norma conferidora de direito fundamental, mas sim de uma norma que protege a eficácia dos direitos fundamentais, em especial os direitos sociais. Assim, para aqueles que defendem a existência do princípio ora em comento, o seu fundamento pode ser extraído – sem que se pretenda conferir exclusividade a eles – aos seguintes pontos: supremacia da constituição; máxima eficácia das normas de direitos fundamentais, princípios estruturantes do Estado Constitucional e internacionalização dos direitos fundamentais.

### 3.3 Conteúdo do princípio da proibição de retrocesso

O princípio da proibição de retrocesso social opera da seguinte maneira: a partir da concretização legislativa de uma norma constitucional definidora de direito social, tal norma concretizadora passa a exibir não só o caráter próprio dos direitos prestacionais, mas também a feição negativa própria dos direitos de defesa, proibindo que o legislador, de forma injustificada e arbitrária, reduza o nível de concretização até então existentes e com a consequente permissão para que o cidadão atingido busque proteção junto ao judiciário contra tal atuação de caráter retrocessivo.

Para Sarlet (2015, p. 453), se tomado em um sentido amplo, a proibição de retrocesso pode ser constatada em nossa ordem jurídica, ainda que com outra denominação. Como

---

<sup>11</sup> A expressão efeito “cliquet”, conforme dito, vem ganhando força na doutrina como já dito e também observa Mendonça (2016b). Todavia, ao nosso ver, ela em nada contribui para o tratamento dogmático do princípio da proibição de retrocesso; ao contrário, apenas reforça o tratamento disforme dado a ele e sem que se tenha a correta compreensão da realidade de onde tais expressões são extraídas.

<sup>12</sup> Para a mesma autora, seria possível, por exemplo, cogitar na proibição de uma lei que descriminalizasse o aborto, uma vez que tal lei traria uma situação confrontante com o direito à vida e o dever de proteção do legislador; ou ainda na proibição de uma lei que alargasse as hipóteses de desapropriação. Estes seriam exemplos de que o princípio da proibição de retrocesso não estaria restrito ao âmbito dos direitos sociais.

<sup>13</sup> Igual posição, é adotada por Sarlet (2016, p. 469) para quem a proibição de retrocesso não deve ser defendida em termos absolutos.

exemplo, podem ser citadas a própria segurança jurídica (em seu viés tradicional de proibição de atos retroativos para prejudicar o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada), como também as garantias contra restrições legislativas dos direitos fundamentais. Todas essas ferramentas seriam dimensões, positivadas em nosso ordenamento, da proibição de retrocesso social.

Num sentido restrito, todavia, o que se observa é que as dimensões acima referidas, previstas em nosso ordenamento jurídico, não são suficientes para tutelar as situações em que o indivíduo é atingido por uma medida de cunho retrocessivo e que não chega necessariamente a ter caráter retroativo, uma vez que não atingem situações jurídicas já consolidadas. Tais situações, não tuteladas de forma expressa pelo ordenamento jurídico vigente, fazem com que se tenha que enfrentar o problema do retrocesso social, buscando resposta para a seguinte indagação: se e até que ponto o legislador infraconstitucional pode reverter (voltar atrás) a implementação dos direitos fundamentais?

É preciso esclarecer que, ainda em relação ao conteúdo de tal princípio, não defendemos sua aplicação exclusiva aos direitos sociais (muito embora seja nessa seara que ele apresente maiores problemas). De fato, o princípio da proibição de retrocesso não é um fenômeno que se manifesta apenas no campo dos direitos sociais, mas sim com a possibilidade de se criarem limites às medidas de caráter retrocessivo e que atingem as medidas concretizadoras dos direitos fundamentais em geral. Tal posicionamento, contudo, não é unânime na doutrina brasileira, havendo quem defenda a aplicação do princípio ora em tela exclusivamente ao âmbito dos direitos sociais, como o faz Derbli (2007, p. 196)<sup>14</sup>.

Superada a questão de sua aplicação, é de se observar ainda que não se pode pensar em uma vedação absoluta de proibição de retrocesso, eis que tal possibilidade equivaleria a transformar a Constituição brasileira, flexível à interpretação por meio do legislador infraconstitucional, numa constituição “dura como pedra” (Mendonça, 2003a, p. 227). Destarte, a aplicação de tal princípio deve ser sempre guiada por um juízo de ponderação, orientado pelos princípios da razoabilidade e da dignidade da pessoa humana, permitindo assim não só a proteção aos direitos fundamentais e conseqüente fortalecimento da Constituição, como também que esta última se identifique com a realidade na qual encontra-se inserida.

---

<sup>14</sup> Krell (2002, p. 40), ao tratar da amplitude do princípio da proibição de retrocesso, é mais cauteloso, ao afirmar que sua aplicação poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade.



## **4 ALGUNS OBSTÁCULOS À ACEITAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL**

Consoante já foi tido, a aceitação de um princípio de proibição de retrocesso social não é unânime, havendo argumentos contrários que devem ser levados em consideração e enfrentados, não só pela seriedade de sua construção, mas também como forma de tornar mais sólidas as conclusões firmadas sobre o tema neste trabalho. Aqui, faremos uma síntese de quais são tais argumentos e as razões que os sustentam.

### **4.1 O princípio democrático**

A maior objeção ao princípio da vedação de retrocesso é, sem dúvida, princípio democrático, mas ao mesmo tempo também é fundamento pra sua aceitação. Isso porque, como é sabido, há uma dependência mútua entre ele os direitos fundamentais, uma vez que estes últimos apenas podem ser plenamente garantidos em uma democracia.

O princípio democrático pressupõe também um equilíbrio entre as três funções estatais. Assim, para os que opõem tal objeção à proibição de retrocesso, se todas as questões relevantes estivessem determinadas na Constituição, estando de fora da disposição do legislador, este apenas decidiria sobre questões irrelevantes. Ou seja, num Estado democrático, há necessidade de espaço de conformação para o legislador, que envolva decisão importante para a comunidade política.

Contra a proibição de retrocesso, argumenta-se ainda que, caso se proíba que o legislador altere a legislação concretizadora de direitos sociais, retrocedendo no nível de concretização alcançado, isso equivaleria a aniquilar o princípio democrático, representando uma cristalização da ordem jurídica, com a retirada de espaço de conformação do legislador e sua capacidade de autorrevisibilidade.

O argumento daqueles que opõem tal objeção, contudo, não se sustenta a nosso ver. Isso porque não há conteúdo determinado ou determinável para os direitos sociais, ou seja, estes dependem da mediação do legislador para serem concretizados, com a consequente retirada do espaço de conformação para a atividade legislativa. Ademais, a tensão entre os direitos sociais e o princípio democrático não é exclusiva daqueles últimos; ela aparece de forma mais clara em virtude de sua forma de positivação e sua maior dependência de desenvolvimento das tarefas estatais.

Refutando o princípio democrático como obstáculo ao reconhecimento da proibição de retrocesso, Conto (2008, p. 96) afirma que o princípio da separação dos poderes deve ser compreendido como um meio e nunca como um entrave metafísico, havendo a necessidade de

evolução de sua noção. Assim, devem ser evitadas as interpretações anacrônicas do Princípio da Separação dos Poderes, que, a pretexto de não permitir a intromissão de determinado poder na esfera de atuação de outro, acaba por permitir a violação de direitos fundamentais, sob uma aparência de legalidade.

No mesmo sentido acima, Krell (2002, p. 91) afirma que o apego exagerado, observado por grande parte de juízes brasileiros, à teoria da separação dos poderes é fruto de uma atitude conservadora da doutrina constitucional tradicional, não tendo esta última adaptado seus ensinamentos às condições diferenciadas do moderno Estado Social, bem como havendo a necessidade de atualização e reinterpretação dos “velhos dogmas do constitucionalismo clássico”. O mesmo autor (2002, p. 22) afirma ainda que é “necessária a revisão do vetusto dogma da separação dos poderes, uma vez que os poderes legislativo e executivo brasileiros tem se mostrado incapazes de garantir um cumprimento racional dos preceitos constitucionais.

As considerações acima demonstram que aqueles que opõem o princípio democrático como óbice à vedação do retrocesso, portanto, fazem uma leitura inadequada e antiga de um outro princípio, o da separação dos poderes, o que impede, conseqüentemente, a correta efetivação dos direitos fundamentais, mormente aqueles de cunho prestacional.

#### 4.2 A hierarquia das normas

Por esta objeção, entende-se que o princípio da proibição de retrocesso traria uma subversão à hierarquia normativa, ao conferir maior valor para as normas infraconstitucionais densificadoras de direitos sociais. Em outras palavras, as normas infraconstitucionais consagradoras de direitos sociais seriam intocáveis, posto que tornar-se-iam constitucionais, com o status de cláusulas pétreas.

A ideia representada pela objeção ora em comento também merece ser refutada, pois o princípio de proibição de retrocesso social não se confunde com a imutabilidade da disciplina concretizadora dos direitos sociais, uma vez que, pela proibição de retrocesso, não se está a proteger as normas infraconstitucionais, mas sim as próprias normas constitucionais, assegurando a eficácia destas últimas, ou seja, o que se protege é a exequibilidade das normas constitucionais.

#### 4.3 Necessidade de conferir eficácia aos direitos fundamentais

A máxima eficácia do sistema dos direitos fundamentais poderia ser um óbice à vedação de retrocesso, uma vez que cada direito reclama eficácia, mas esta deve ser inserir na eficácia reclamada pelo sistema como um todo. Assim, com base na necessidade de equilíbrio entre os elementos do sistema, argumenta-se que: a) a densificação infraconstitucional de um

direito social pode colidir com a imposição de outros direitos fundamentais, sejam eles direitos de liberdade ou direitos sociais e b) a densificação infraconstitucional de um direito social pode elidir com imposições advindas de direitos abarcados pela cláusula aberta.

O argumento acima também não é capaz de infirmar a existência do princípio da proibição de retrocesso, haja vista que a necessidade de conferir eficácia ao sistema de direitos fundamentais, com um todo, não exclui a proibição de retrocesso, pois nem todo retrocesso é vedado, ou seja, a necessidade de atender a todos os direitos sociais poderia ser barrada pela proibição de retrocesso.

Note-se ainda que este argumento – visto como um óbice - não afasta a proibição de retrocesso, mas introduz um importante elemento para configuração do retrocesso proibido e permitido, sob o aspecto constitucional. Isso porque, tal princípio não pode ser utilizado como um escudo protetor de situações desarrazoadas em face do sistema de direitos fundamentais como se estas situações não pudessem ser tocadas.

#### 4.4 A reserva do possível

O princípio da reserva do possível, tal qual delineado em nosso sistema, condiciona os desejos de prestações sociais, ligando-os à capacidade financeira do Estado, ou seja, formula um condicionamento fático de concretização dos direitos fundamentais à existência de recursos financeiros para suportar os custos destes direitos. Nesta ordem de ideias, é visto como um argumento favorável ao retrocesso em matéria de direitos sociais.

Mais uma vez, o argumento apresentado não pode ser colocado com um obstáculo intransponível à aceitação do princípio da proibição do retrocesso. Decerto, a reserva do possível deve ser um elemento, no seio de uma ponderação proporcional, a ser tomada em conta na realização dos direitos fundamentais (todos, não só os sociais), sendo proibido o comprometimento do núcleo essencial dos direitos. Ademais, reserva do possível e proibição social não se excluem; pelo contrário, colocam-se numa relação de tensão que deve ser resolvida à luz da teoria dos princípios.

É importante ressaltar que, conforme as lições de Netto (2008, p. 161-166) os direitos sociais fazem com que o Estado tenha deveres de conformação econômica e social, que se complementam pelo dever concreto de criar normas garantidoras de eficácia prestacional essencial e pela correlata proibição de eliminar tais normas. A reserva do possível não pode afastar tal realidade.

## **5 CRITÉRIOS PARA A ACEITAÇÃO E APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL**

Fixado o conceito e conteúdo do princípio de proibição de retrocesso social, defendidos neste trabalho, bem como analisadas as objeções que se opõem ao referido princípio, passaremos a enfrentar o problema aqui proposto, ou seja, quais os parâmetros que podem ser elencados para a aceitação e aplicação do princípio de proibição do retrocesso social.

É bem verdade que, conforme acentuado por Sarlet (2009, p. 135), a admissão do princípio da proibição de retrocesso social já poderia ser extraída da própria ordem internacional, uma vez que a adesão por parte dos estados latino-americanos ao Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e ao Protocolo de San Salvador já implicaria um comprometimento com o dever de progressiva realização dos direitos ali previstos e, por conseguinte, na proibição de retrocesso. Não obstante tal afirmação, buscaremos, a partir de agora, traçar os parâmetros propostos desde o começo deste trabalho.

Em primeiro lugar, a vinculação do legislador aos direitos sociais – em razão da fundamentalidade de tais direitos – surge como um critério do qual não é possível se afastar para que seja possível falar em um princípio da proibição de retrocesso social.

O problema de tal vinculatividade é que os direitos sociais possuem conteúdo indeterminado, assim como também são indeterminados os meios pelos quais o Estado deve concretizar tais direitos, havendo assim a necessidade de uma liberdade de conformação para o legislador. Todavia, esta liberdade de conformação à disposição do legislador, conforme já se viu, não o autoriza a concretizar qualquer conteúdo, uma vez que ele se encontra limitado pelo próprio princípio democrático. Explicamos

No exercício da liberdade de conformação acima referida, o legislador pode escolher alguma medida que porventura restrinja o direito social já concretizado em nível infraconstitucional. Tal medida restritiva de direitos sociais deve ser sempre encarada como uma medida suspeita, ou seja, estando submetida a uma presunção (relativa, é claro) de inconstitucionalidade e sujeita a um controle de sua proporcionalidade, por exemplo. Com isso, deve optar-se sempre pela solução que esteja em maior sintonia com a dignidade da pessoa humana.

Assim, a medida retrocessiva deve contar não só com uma justificativa constitucionalmente albergada, como também preservar o núcleo essencial dos direitos sociais, mormente em relação àquilo necessário para uma vida com dignidade para todas as pessoas. Aqui surge um outro parâmetro para aceitação e aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, qual seja a própria dignidade da pessoa humana que, por sua vez, atua não só no auxílio da definição de núcleo essencial como também para o que se deve entender

como mínimo existencial, não podendo este último ser reduzido, frise-se, a uma mera garantia de sobrevivência física.

Por isso, afirmar que o legislador tem liberdade de conformação para escolha dos meios concretizadores dos direitos sociais significa, conforme lição de Netto (2010, p. 170-171), que ele deve escolher os meios idôneos para cumprir os deveres de prestação que a Constituição impõe ao Estado na satisfação dos direitos sociais, não tendo a mesma Constituição subalternado os direitos sociais em relação ao princípio democrático.

Diante disso, constata-se que, em razão da vinculação do legislador aos direitos sociais, há não só a imposição de criar a lei que assegure proteção idônea aos direitos sociais, como também o dever de não produzir norma contrária às normas constitucionais daqueles mesmos direitos.

Em segundo lugar, como decorrência da vinculação do legislador aos direitos sociais, tem-se a noção de núcleo essencial como parâmetro para admissão e aplicação do princípio de proibição de retrocesso social. O legislador, uma vez concretizado determinado direito social, não pode retroceder, suprimindo/revogando o núcleo essencial do direito já concretizado em nível infraconstitucional.

A dificuldade de determinar o conteúdo do núcleo essencial, sem que se pretenda enfrentar a problemática do núcleo essencial dos direitos fundamentais que, por si só, já seria tema de outro trabalho, não significa que tal tarefa seja impossível. Tal dificuldade, diga-se de passagem, não é exclusividade dos direitos sociais. Neste sentido, como afirma Sarlet (2015, p. 471), a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídica material para a definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Apesar de neste ponto do presente trabalho, ter-se como objetivo a fixação de parâmetros para aceitação e aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, não se pode deixar de tratar, ainda que para apenas mencioná-los, também dos parâmetros para que tal princípio possa ser afastado de forma constitucional. Em relação a tais parâmetros, Netto (2010, p. 198), defende que, para que o princípio da proibição de retrocesso possa ser afastado, deve-se adotar parâmetros que permitam a verificação da legitimidade de tal afastamento, ou seja, a constitucionalidade da medida que afasta a proibição de retrocesso deve conformar-se a: a) proporcionalidade; b) igualdade; c) segurança jurídica e proteção da confiança e d) racionalidade da fundamentação da medida retrocessiva.<sup>15</sup>

---

<sup>15</sup> Para maior detalhamento de tais parâmetros, verifique-se Netto (2010, p. 199-221), onde a autora utiliza, com frequência, as ideias de Robert Alexy.

Já Mendonça (2016b)<sup>16</sup>, ao analisar a aplicação do princípio da proibição de retrocesso pelos tribunais brasileiros, tenta traçar o que ele chama de “algum grau de inteligibilidade racional”. Para tanto, o autor, em primeiro lugar, explica o que o princípio da proibição de retrocesso não é, ou seja, aponta algumas confusões, esclarecendo-as, que normalmente são feitas quando o princípio em questão é invocado nas decisões judiciais analisadas pelo autor. Após tais esclarecimentos, defende que existem 3 (três) requisitos para uma medida constitucionalmente adequada para utilização do princípio da proibição de retrocesso, a saber: a) apresentar-se justificativa plausível para a alteração pretendida; b) preservar-se o núcleo do direito alterado e c) observar-se a razão pública.

Dessa forma, tendo os parâmetros acima elencados é possível não só, afastando qualquer dúvida que reste neste sentido, admitir o princípio da proibição de retrocesso social, como também aplicá-lo, sem que se corra o risco de fortalecer os argumentos que lhe são contrários.

## **6 CONCLUSÃO**

O presente trabalho, conforme já alertado, não teve a pretensão – e nem poderia ter – de exaurir todas as questões que envolvem o tema da proibição de retrocesso. No entanto, por meio das conclusões que se seguirão, espera-se contribuir para o debate acerca da admissão e aplicação do referido princípio.

O tema continua a reclamar uma atenção constante, uma vez que é possível constatar que os anos de ausência de efetividade dos direitos sociais, de desigualdade e exclusão social, são sinais de que ainda estamos longe de um tratamento adequado aos direitos sociais e, nesse ponto, se inclui a proibição de retrocesso. Como afirma Conto (2008, p. 144), “a exclusão social e a marginalização que se refletem na sociedade atual representam um monumento aos séculos de ineficiência estatal em realizar os Direitos Fundamentais através de políticas públicas eficazes”.

No início deste trabalho, foi possível observar o papel que os direitos fundamentais possuem na configuração da forma atual do Estado. O mesmo foi visto em relação aos direitos sociais, reconhecendo-se também não só o seu caráter fundamental como negando a usual distinção feita em relação aos chamados direitos de liberdade.

---

<sup>16</sup> Em relação a este artigo não há referência a número de páginas, uma vez que ele foi gentilmente fornecido pelo autor e, até o encerramento deste artigo, ainda não havia sido publicado na revista indicada nas referências deste trabalho.

Após, estabelecemos o conceito e o conteúdo do princípio da proibição de retrocesso, entendendo que o referido princípio, a despeito de sua proibição contra atos injustificados e arbitrários de cunho retrocessivo, não pode ser enxergado como uma vedação absoluta de retrocesso, uma vez que isto equivale a conferir ao citado princípio um caráter não condizente com a atual Constituição brasileira.

Em seguida, enfrentamos as principais objeções que são formuladas contra a aceitação do princípio da proibição de retrocesso e pudemos perceber que, apesar de serem formuladas com consistência argumentativa, tais objeções, quando enfrentadas, em verdade, acabam por fortalecer o reconhecimento do aludido princípio, não sendo capazes de infirmá-lo.

Por fim, traçamos os parâmetros vistos como necessários ao reconhecimento e aplicação do princípio em comento, observando que a vinculação do legislador aos direitos sociais é o primeiro critério a ser observado para que seja possível falar em proibição de retrocesso. Portanto, estando o legislador sujeito ao dever de concretizar os direitos sociais, ele deve sempre preservar o núcleo essencial de tais direitos, não podendo retroceder, de forma arbitrária e injustificada, naquilo que já tenha sido objeto de concretização, por meio da legislação infraconstitucional.

Aqui, mais uma vez, é necessário formular a advertência no sentido de que não estamos defendendo a proibição de retrocesso em termos absolutos. Tal defesa, como já dito, significaria tornar vitoriosos os argumentos contrários dos quais já tratamos no desenvolvimento deste trabalho.

## REFERÊNCIAS

ALEXANDRINO, José de Melo. **Direitos Fundamentais: introdução geral**. Estoril: Principia, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976**. 3 ed. Coimbra: Almedina, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 7 ed. 2. Tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2004.

BARCELLOS, Ana Paula de. Constitucionalização das políticas públicas em matéria de direitos fundamentais: o controle político-social e o controle jurídico no espaço democrático. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.); TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. 7. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CONTO, MÁRIO DE. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social: Uma análise a partir dos pressupostos da Hermenêutica Filosófica**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. **A proibição de retrocesso e o efeito “cliquet” dos Direitos Fundamentais**. 2014. Disponível na Internet:  
<<http://dirleydacunhajunior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais>>. Acesso em: 29 de agosto de 2015

DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

GARCIA, Sérgio Renato Tejada. O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização. **Revista de Doutrina da 4ª Região**. Porto Alegre, n. 36, jun. 2010. Disponível em:  
<[http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio\\_tejada.html](http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html)> Acesso em: 04 set. 2016.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LINS JUNIOR, George Sarmento. **Pontes de Miranda e a Teoria dos Direitos Fundamentais**. In: Revista do Mestrado em Direito da UFAL, Maceió/AL. v. 01, p. 15-90, 2005.



MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo? In: BINENBJOM, Gustavo. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**. Vol XII (Direitos Fundamentais). Rio de Janeiro: 2003, PP. 205-256.

\_\_\_\_\_. **Direito em Público: estudos em homenagem a Paulo Braga Galvão**". Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Saraiva, 2014.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais. Tomo IV. 3. ed. Coimbra: Coimbra, 2000.

NUÑO, Antônio E. Perez. **Los derechos fundamentales**. Madrid: Tecnos, 1995.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano. In: **Revista do TST**. Brasília, vol 75, n 3, 2009.

\_\_\_\_\_. **Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SILVA, José Afonso da. Garantias econômicas, políticas e jurídicas da eficácia dos direitos sociais. **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**: Curitiba: ABDCConst., v. 3. 2003.

SILVA, Luís Virgílio Afonso da. O Conteúdo essencial dos direitos fundamentais e a eficácia das normas constitucionais. in: **Revista de Direito do Estado**, nº 4, outu/dez. 2006.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia**. 2 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2014.

\_\_\_\_\_. **A constitucionalização do direito: Os direitos fundamentais nas relações entre particulares**. 1 ed, 3 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

SUNDFELD, Carlos Ari. Princípio é preguiça? Ronaldo Porto Macedo Jr. e Catarina Barbieri (org). **Direitos e interpretação – racionalidades e instituições**. São Paulo: Saraiva. pp. 287 a 305.