

## 1 Introdução

Quando se fala em proibição do retrocesso social, intuitivamente vislumbra-se que não se admite a diminuição do grau de proteção já alcançado aos direitos sociais.

De fato, esta pode ser uma primeira abordagem que possui certa imprecisão, na medida em que desconsidera outras questões que necessitam ser colocadas, tais como: a legislação concretizadora dos direitos sociais assumiria *status* constitucional? O legislador ficaria simplesmente proibido de fazer novas regulamentações de um direito? O princípio garante um núcleo mínimo de proteção ou abarca toda e qualquer extensão do direito? Como conciliar o princípio com a necessidade de ajustes, em especial diante de cenários econômicos adversos?

Diante da complexidade do tema e, dados os limites deste artigo, o que se pretende é responder os aludidos questionamentos e, com isso, contribuir para uma melhor reflexão, partindo-se de alguns pressupostos teóricos, como a teoria dos princípios de Robert Alexy (2015) e os estudos, nela baseados, de Virgílio Afonso da Silva (2011), aos quais se fará melhor especificação na medida do necessário.

De partida, considera-se que não existe um modelo fechado de Estado Social, pois a Constituição aponta qual deve ser a direção, mas, pela forte carga principiológica de seu texto (com abertura suficiente a ser preenchida por quem exerce as funções estatais) não há um único caminho a seguir.

Tanto é assim que, para que fosse possível a elaboração da Constituição, interesses diversos, de grupos sociais absolutamente distintos, tiveram que ser contemplados, o que também, não raras vezes, pode gerar difíceis problemas de aplicação de seus dispositivos.

Por tal razão, há de se ter clareza quanto aos fins, para que se possa discutir, à luz das circunstâncias concretas, os meios mais adequados para o atingimento desses fins visados pelo texto constitucional.

Neste contexto, releva notar que a Constituição dirigente é aquela que “define fins e objetivos para o Estado e a sociedade” (BERCOVICI, 1999, p. 35) e, ao contrário da Constituição liberal (que procurava apenas garantir o *status quo*), a primeira busca promover uma transformação social pela aproximação do Estado e da sociedade, via um programa de tarefas que também constituiria uma legitimação material para a Constituição.

Assim, a Constituição dirigente procura “estabelecer um fundamento constitucional para a política, que deve mover-se no âmbito do programa constitucional”, com função “de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal” (BERCOVICI, 1999, p. 40).

Questões como a maior ou menor presença do Estado no domínio econômico e o conteúdo das prestações materiais relativas a direitos sociais não se extraem de modo unívoco do texto constitucional, conquanto haja certa polarização nesse aspecto, motivada por opções ideológicas que honestamente a Constituição não abraçou.<sup>1</sup>

Como necessária provocação inicial, tal advertência é especialmente relevante, pois, quando no debate atual se fala em “proibição do retrocesso”, parece ser mais corriqueiro a preponderância de razões ideológicas defensoras de um exato conteúdo preliminar dos direitos sociais, quase sempre vistos de maneira isolada, sem atenção às possibilidades fáticas e jurídicas, principalmente no exercício da função estatal de administração da coisa pública.

Isso tudo, talvez, seja um sintoma de certo “fundamentalismo dos direitos fundamentais”, que prioriza um discurso quantitativo para eles (NABAIS, 2007, p. 168), o que também merece atenção neste artigo.

Em relação à metodologia deste trabalho, adotou-se o método teórico com o uso de processos dialéticos, discursivos e argumentativos, a partir de fontes jurídicas doutrinárias e jurisprudenciais, basicamente.

## **2 O princípio da proibição do retrocesso**

Em termos gerais, o princípio<sup>2</sup> da proibição do retrocesso<sup>3</sup> significa que “se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido” (BARROSO, 2006, p. 152).

---

<sup>1</sup> O dirigismo estatal é normalmente extraído de obra de J. J. Canotilho, *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador: Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas* (1982). Entretanto, ele mudou seu posicionamento em obra posterior, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição* (2003, p. 217-218), considerando que “em virtude da transformação do papel do Estado, o programa constitucional assume mais o papel de legitimador da socialidade estatal do que a função de um direito dirigente do centro político”.

<sup>2</sup> Para Alexy (2015, p. 91), princípios são mandamentos de otimização, “que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas”.

<sup>3</sup> Julga-se tal expressão a mais usual, apesar de haver uma ausência de uniformidade terminológica para designar o princípio. Como outros designativos têm-se: “vedação do retrocesso social”, “não retorno da concretização”, “não retrocesso social”, “eficácia vedativa do retrocesso”, “eficácia impeditiva do retrocesso”, “não evolução reacionária” ou “proibição da contrarrevolução social” (MENDONÇA, 2003, p. 218).

Nessa formulação, o princípio tem aplicação a qualquer direito fundamental<sup>4</sup>, podendo-se apontar como fundamentos a força normativa da Constituição<sup>5</sup> e a máxima efetividade das normas garantidoras de direitos fundamentais.

Com efeito, na medida em que a Constituição vincula juridicamente o poder público, a partir do momento em que, pela atividade legislativa ou administrativa, determinados direitos fundamentais ganham maior consistência, não se admite voltar atrás, sob pena de deixar ao legislador ou ao administrador a decisão sobre o cumprimento ou não da Constituição.<sup>6</sup>

Nessa ideia mais genérica, a vedação do retrocesso se aplica primordialmente aos casos de aniquilação do direito, não concebida porque a proteção aos direitos fundamentais é a base da democracia (BOBBIO, 2004), devendo-se buscar todas as formas para sua proteção e promoção, como deixam claros os parágrafos 1º e 2º, do art. 5º, da Constituição brasileira de 1988.

Pode-se, ainda, apontar como fundamento à vedação do retrocesso o princípio do Estado de Direito, que tem por escopo, dentre outros, garantir aos indivíduos previsibilidade quanto à constituição das relações jurídicas e à preservação de seus efeitos.

Aliás, nesse contexto, é de se reconhecer a importância da segurança jurídica ou da proteção da confiança, “que, quando violados, se apresentam, em rigor, como critérios indicadores de um ‘retrocesso social’ ‘constitucionalmente ilegítimo’” (QUEIROZ, 2006, p. 71), o que também é salientado por Ingo Sarlet (2015, p. 452):

A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o 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.

Na ação administrativa estatal, é aspecto da mencionada segurança jurídica a proteção à confiança, que “leva em conta a boa-fé do cidadão, que acredita e espera que os atos praticados pelo poder público sejam lícitos e, nessa qualidade, serão mantidos e respeitados pela própria Administração e terceiros” (DI PIETRO, 2009, p. 2).

---

<sup>4</sup> Na jurisprudência francesa (decisão DC 83-165, de 20 de janeiro de 1984, do Conselho Constitucional francês, conforme exposto no acórdão n° 509/2002, processo n° 768/2002, do Tribunal Constitucional de Portugal) se denomina *effet cliquet* a ideia de que não é possível a revogação total de uma lei, precisamente no domínio das liberdades fundamentais em geral, sem a substituição por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente.

<sup>5</sup> Aqui a ideia de Konrad Hesse, de que existe uma interação entre o que a Constituição determina e o que existe no mundo fático, sem que seja possível afirmar a necessária dominação das condições do ser sobre o dever ser. Para ele, a Constituição se transforma em força ativa desde que haja, por seus aplicadores, “vontade de Constituição” (HESSE, 1991, p. 19).

<sup>6</sup> Nesse sentido, José Afonso da Silva (2015), com base em doutrina italiana, menciona que, uma vez dada execução à norma constitucional, não seria possível voltar atrás.

Parece não haver maiores dissensos entre os autores quanto a esse aspecto genérico da vedação do retrocesso, sendo que a problemática ocorre especialmente no campo dos direitos sociais prestacionais, como se verá a seguir.

## 2.1 Proibição do retrocesso aos direitos sociais: fundamentos e alcance

Em se tratando os direitos sociais de normas programáticas (SILVA, J., 2015), há muito mais dependência do legislador para a definição de seu alcance, pois, conquanto os fins sejam bem estabelecidos, tais normas são dotadas de baixa densidade normativa (SARLET, 2015).

Contudo, há quem relativize isso, quanto a não haver diferenças significativas entre a indeterminação do conteúdo de direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos, que também podem ser veiculados por normas de textura aberta (ABRAMOVICH, COURTIS, 2002), pois seria até desejável que as normas constitucionais ou de tratados de direitos humanos sejam mais genéricas, de maneira a permitir a incorporação de novas concepções ao longo do tempo, sem depender de processos complexos de alteração do texto.

Além disso, para aqueles direitos que demandam a organização de serviços e estruturas administrativas, faz-se necessária a elaboração e a execução de políticas públicas pelo administrador.

Assim, a questão que se coloca é sobre a possibilidade de, uma vez alcançado certo nível de proteção ao direito social, sobrevir determinada normativa que restrinja seu alcance.<sup>7</sup>

No âmbito internacional, a vedação do retrocesso pode ser extraída do disposto no art. 2º, item 1, do Pacto Sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC)<sup>8</sup>:

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

Claro está que a efetivação dos direitos sociais é um processo, que se deve realizar gradativamente, na medida das possibilidades de cada Estado, e a expressão

---

<sup>7</sup> Parece difícil a hipótese de simples supressão de um direito, sem nenhum tipo de política alternativa, até porque, como no caso brasileiro, os direitos sociais são dotados de fundamentalidade e, com isso, restam protegidos de reformas constitucionais tendentes a aboli-los (art. 60, §4º, IV, da Constituição de 1988).

<sup>8</sup> O Pacto foi internalizado ao ordenamento jurídico brasileiro pelo Decreto nº 591, de 6 de junho de 1992.

“progressivamente” traz a noção de marcha adiante e, deste específico ponto, se retira a vedação do retrocesso (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002).

O Comentário Geral nº 3, do Comitê<sup>9</sup> do referido Pacto, esclarece que não se trata de vedação absoluta, pois se admite um retrocesso específico se houver justificativa face à totalidade dos direitos previstos no Pacto e demonstração de aproveitamento pleno dos recursos à disposição do Estado. Noutras palavras, toda medida retrocessiva gera uma suspeita de violação do Pacto, acarretando a inversão do ônus da prova: ao Estado caberá demonstrar a existência de razões bastantes para tal, não sendo suficientes simples alegações de dificuldades financeiras, por exemplo (ABRAMOVICH; COURTIS, 2002).

Entendendo que a democracia não tem apenas um sentido político, mas também uma dimensão social e econômica, o fundamento dos direitos econômicos, sociais e culturais é o princípio democrático ou, expresso de outra forma, é a realização material do princípio democrático (CANOTILHO, 2003).

O princípio da democracia social e econômica impõe tarefas aos órgãos políticos, no sentido de atuarem para conformar a atividade social e econômica conforme os ditames da justiça social.

No caso brasileiro, pode-se afirmar a existência do princípio da socialidade (CANOTILHO, 2003), extraído do art. 3º da Constituição de 1988, ao determinar os fins da atuação estatal, com destaque para a erradicação da pobreza, a diminuição das desigualdades sociais e a promoção do bem de todos. Por conseguinte, “uma vez obtido um determinado grau de realização, [os direitos sociais e econômicos] passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo” (CANOTILHO, 2003, p. 338-339).

Se antes havia o dever do Estado em cumprir com determinada prestação social, uma vez esta efetivada, o direito assume um caráter negativo ao seu titular, que fica protegido contra qualquer investida estatal no sentido de suprimi-lo. Ou seja,

uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma ‘lei de protecção’, a acção do Estado, que se consubstanciava num ‘dever de legislar’, transforma-se num dever mais abrangente: o de não eliminar ou revogar essa lei (QUEIROZ, 2006, p. 69-70).

---

<sup>9</sup> O Comitê tem por escopo a verificação do cumprimento do Pacto pelos Estados-parte. Além disso, por seus Comentários Gerais, explicita o conteúdo das cláusulas, em atividade interpretativa, que deve nortear a ação dos Estados.

Ingo Sarlet (2015) procura elencar todos os possíveis fundamentos para o princípio, que não é expresso no ordenamento jurídico brasileiro<sup>10</sup>, apontando os seguintes:

- a) princípio do Estado democrático e social de Direito, impondo segurança jurídica;
- b) dignidade da pessoa humana, na medida em que esta exige que o Estado atue positivamente para assegurar a todos existência condigna, de modo que, isso feito, não se poderia voltar atrás;
- c) princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais aplicada ao princípio da segurança jurídica;
- d) proteção ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada;
- e) princípio da proteção da confiança (também extraído do Estado de Direito);
- f) o Poder Público está vinculado não apenas à Constituição, mas à legislação precedente reguladora do direito fundamental (decorrente da segurança jurídica e da proteção à confiança);
- g) negar a vedação do retrocesso importa em negar força à Constituição, na medida em que, ante a revogação de um instituto, retornar-se-ia ao estado anterior de omissão;
- h) sistema internacional de proteção aos direitos humanos, com a noção de progressividade trazida pelo Pacto Internacional Sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Em matéria de direitos sociais que imponham ao Estado o dever de agir, enquanto as medidas necessárias para dar concretude ao direito não ocorrem, caracteriza-se, em princípio, sua violação (SILVA, V., 2011).

No entanto, o princípio não pode ser compreendido em termos absolutos<sup>11</sup>, no sentido de que toda e qualquer regulamentação do direito esteja protegida de alterações posteriores, como se formasse um “bloco de constitucionalidade” e ficasse protegida como cláusula pétrea.

A Constituição não é um projeto pronto e acabado para a vida social; antes, estabelece uma ordem axiológica que ampara as mais diversas linhas de atuação, que podem variar no tempo, de acordo com as circunstâncias históricas concretas (ANDRADE, 1998, p. 310-311, grifos do autor):

Para nós, a Constituição é um *quadro normativo aberto* que implica e exprime uma *unidade de sentido cultural* e não pode ser *nem tornar-se* um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os factos políticos. Por isso, os preceitos relativos aos direitos sociais, que estabelecem opções de valor fundamentais de transformação da sociedade, não poderão ser constitucionalmente determinados e não-de deixar sempre um espaço vasto para escolhas democráticas entre alternativas.

---

<sup>10</sup> Barroso (2006) afirma que se trata de princípio constitucional implícito. Para Ana Paula de Barcellos (2011), a vedação do retrocesso é uma das modalidades de eficácia das normas de direitos fundamentais.

<sup>11</sup> Veja-se que defender um princípio como absoluto implica em rejeitar a concepção de Alexy (2015) – adotada neste trabalho –, segundo a qual os princípios podem ser realizados em diferentes graus e por isso, em caso de colisão, sujeitam-se ao sopesamento.

A não ser assim em princípio, teríamos de admitir uma situação de *inconstitucionalidade permanente*, visto que sempre se poderá dizer que as tarefas constitucionais não são realizadas com a intensidade e a prontidão exigíveis, transformando-se desse modo a Constituição num instrumento de desestabilização política ou de ditadura revolucionária.

Dessa forma, se toda e qualquer configuração legislativa de direitos restasse imutável, o legislador, com o passar do tempo, não teria espaço para a deliberação; a sociedade teria que se conformar – para além dos valores plasmados na Constituição – com políticas concretas que, numa reavaliação, poderiam se revelar equivocadas ou mesmo desnecessárias, redundando em verdadeiro desprestígio à Constituição:

(...) uma proibição absoluta não apenas implica a afetação substancial da necessária possibilidade de revisão que é peculiar à função legislativa, mas também desconsidera a indispensável possibilidade (e necessidade) de reavaliação global e permanente das metas da ação estatal e do próprio desempenho na consecução de tais metas, ou seja, a reavaliação mesmo dos meios utilizados para a realização dos fins estatais, com destaque para a efetivação dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 467).

Assim, por exemplo, políticas assistenciais em excesso podem, no limite, gerar vínculos clientelistas, com prejuízos para a autonomia do próprio indivíduo (BARCELLOS, 2011).

Isso não significa, contudo, conferir plena autonomia ao legislador quanto à disposição dos direitos fundamentais. Ainda que se reconheça a importância da legislação e da atuação administrativa em matéria de direitos sociais, é preciso distinguir um “conteúdo essencial” que estaria fora da deliberação política.

Não se concorda, nesse particular, com a posição de Vieira de Andrade (1998), para quem os direitos sociais, uma vez concretizados pela legislação, assumem o caráter de direitos legais e por isso estariam na livre disponibilidade do legislador.

Segundo tal concepção, a conformação do direito social é delegada constitucionalmente ao legislador, daí porque sua atividade não é de restrição ao direito, mas de sua própria definição.

De qualquer forma, o autor referido defende a existência do mínimo existencial – que seria o conteúdo constitucionalmente determinado do direito – e quanto a este não poderia haver disposição pelo legislador, cuja atuação ficaria blindada, mas não pela aplicação do princípio da proibição do retrocesso.

O autor em comento, então, reconduz a discussão sobre este princípio ao tema do conteúdo dos direitos fundamentais e somente admite a vedação do retrocesso nos casos de

“constitucionalização de direitos sociais”, caracterizado quando houver consciência jurídica geral nesse sentido:

(...) para a radicação na consciência jurídica geral da convicção de sua obrigatoriedade constitucional não basta a aceitação mais ou menos aparente e superficial da opinião política dominante, é necessário um consenso profundo e alargado que demora o seu tempo a formar-se e que não se estende nunca a pormenores de regulamentação. (ANDRADE, 1998, p. 309).

Nessa linha de pensamento, em que há liberdade do legislador na definição concreta dos direitos sociais, “uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum”, a vedação do retrocesso implicaria em violação ao princípio da autonomia do legislador (BARROS, 1996, p. 161).

Sem adotar a vedação ao retrocesso de maneira absoluta, outros autores procuram identificar os limites para aplicação do princípio, referindo-se normalmente ao conteúdo essencial do direito ou ao mínimo existencial.

## 2.2 Parâmetros para a compreensão da proibição do retrocesso

Por primeiro, cabe consignar que o retrocesso não pode ser compreendido em termos abstratos ou puramente ideológicos<sup>12</sup> (CANOTILHO, 2003) e sim “nos estritos termos de uma dogmática jurídico-constitucional que lide com as ideias de efetividade, força normativa da Constituição, eficácia de defesa dos direitos prestacionais e dever de proteção pelo aspecto objetivo dos direitos fundamentais sociais” (MENDONÇA, 2003, p. 219).

Para Canotilho (2003, p. 340, grifos nossos), a vedação do retrocesso protege o direito apenas naquilo que foi essencialmente realizado, desde que ausente qualquer medida alternativa, “sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, **sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios**, se traduzam, na prática, numa ‘anulação’, ‘revogação’ ou ‘aniquilação’ pura e simples desse núcleo essencial”.

Parece claro que, havendo mera modificação do regime de regulação do direito, sem nenhuma alteração em seu conteúdo ou extensão – em síntese, uma nova conformação da política pública – não haveria maiores problemas, aplicando-se o acima exposto quanto à inconveniência em se entender a vedação do retrocesso como solidificação pura e simples do direito tal qual disposto num determinado momento.

---

<sup>12</sup> Conquanto não seja possível renunciar à ideologia, na medida em que esta orienta a visão de mundo, a advertência diz respeito à atitude que nega a existência de caminhos variados para a consecução dos fins do Estado.



Por isso é que, numa formulação simples, “uma vez consagradas legalmente as ‘prestações sociais’ (v.g., de assistência social) o legislador não poderá depois eliminá-las **sem alternativas ou compensações**” (QUEIROZ, 2006, p. 67, grifos nossos).

Quanto ao núcleo essencial dos direitos concretizados, normalmente referido pelos autores, parece haver distinção entre o conteúdo essencial e o mínimo existencial, sem contornos muito definidos – a não ser a “matriz” comum, qual seja, a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2015).

No desvendamento do conteúdo do princípio da dignidade da pessoa humana, Ana Paula de Barcellos (2011) identifica um “núcleo duro” da dignidade que assume a estrutura de regra: são as prestações sem as quais seguramente seria possível concluir pela indignidade.

Com relação a estas, não há outra possibilidade que não seu cumprimento – daí a identificação como regra (lógica do “tudo ou nada”) (ALEXY, 2015).

Ainda, esclarece a doutrinadora que o princípio da dignidade é mais amplo: o espaço entre esse núcleo essencial e o limite (máximo) da dignidade entra no campo das deliberações políticas e, assim, aquele núcleo compreende o quanto é exatamente justificável dos direitos sociais, gerando direitos subjetivos<sup>13</sup>, tratando-se do mínimo existencial.

O grande problema que se descortina, desse modo, é a definição de quais seriam essas prestações. Ana Paula de Barcellos (2011) defende que se trata de educação básica, saúde, assistência aos desamparados (no que se inclui habitação, alimentação e vestuário) – prestações de cunho material – e o acesso à justiça – prestação instrumental.

No entanto, o conforto que esse pensamento pode proporcionar – na medida em que, aparentemente, delimita muito bem as matérias que, por estritamente jurídicas, seriam tranquilamente tuteláveis pelo Judiciário, permitindo aos indivíduos a fruição dos direitos sociais – não resiste à pergunta: qual a extensão desses direitos que consubstanciará o “mínimo”, vale dizer: qual o conteúdo do conteúdo mínimo da dignidade?

Além disso, o elenco do conteúdo do mínimo existencial não escapa a certa dose de subjetivismo, uma vez que a Constituição de 1988 traz uma série de direitos de cunho prestacional, como se vê no art. 6º, tais como saúde, educação, moradia, previdência social, etc., não havendo como se estabelecer hierarquia entre eles.

---

<sup>13</sup> Interessante que, para Vieira de Andrade (1998, p. 196), em análise da Constituição Portuguesa de 1976, os direitos a prestações (cujo conteúdo não seja totalmente determinado na Constituição) não seguiriam o mesmo regime jurídico dos direitos de liberdade, pois somente estes seriam tidos como mais valiosos, porque consubstanciam o núcleo “que de mais perto toca a dignidade da pessoa humana enquanto ser livre e autônomo (como pessoa, como cidadão e como trabalhador)”.

Em síntese, o recurso ao conceito de “mínimo existencial” é uma estratégia interessante para garantir o conteúdo “intocável” de determinados direitos, numa tentativa de proteção do indivíduo contra a omissão estatal ou contra medidas retrocessivas, na medida em que determinadas posições jurídicas estariam necessariamente garantidas.

Mas há de se ter cautela quanto à definição de um conteúdo absoluto do direito fundamental, justamente pela ausência de um parâmetro de comparação, o que pode dar margem à utilização de réguas individualizadas para medir o mesmo problema. Na medida em que se procura um conteúdo certo e apriorístico para os direitos – o que implica em deixar de fora uma série de outras posições jurídicas – é preciso justificar racionalmente o processo. Não basta dizer que “é intuitivo”, que isto ou aquilo está ou não está compreendido no conceito, pois a intuição não é racional. Diante de termos amplos, como saúde, por exemplo, fica difícil encontrar referências, na própria Constituição, para definir previamente o que está dentro e o que está fora do conceito.

Ademais, resumir-se a proibição do retrocesso à garantia do mínimo existencial não apresenta novidades, tornando dispensável um ou outro conceito. Finalmente, se se reconhece que há obrigação do legislador em ampliar a concretização dos direitos fundamentais, seria contraditório proibir o retrocesso apenas quanto ao mínimo.

Quer-nos parecer, então, que somente no caso concreto (TAVEIRA; MARÇAL, 2013), mediante ponderação entre elementos colidentes<sup>14</sup>, será possível extrair a extensão exata não necessariamente do mínimo, mas do “conteúdo essencial realizado”, permitindo a efetiva *ampliação* da proteção aos direitos, não apenas sua manutenção.

O conteúdo definitivo do direito social será determinado após o sopesamento deste, em seu conteúdo *prima facie* – que é sempre amplo –, com outros princípios colidentes (ALEXY, 2015). A norma garantidora do direito social prestacional tem, pois, um conteúdo excedente, que é espaço para a deliberação política:

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

---

<sup>14</sup> Segundo a teoria dos direitos fundamentais desenvolvida por Robert Alexy (2015), mostra-se imprescindível a distinção entre princípios e regras – conceitos aos quais já se fez referência acima. O sopesamento é aqui referido no contexto das colisões entre princípios, uma vez que o conflito entre regras é definido pela consideração de validade/invalidade. O sopesamento tem por objetivo “definir qual dos interesses – *que abstratamente estão no mesmo nível* – tem *maior peso no caso concreto*” (ALEXY, 2015, p. 95, grifos do autor); é regido pela seguinte lei: “quanto maior for o grau de não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior terá que ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, 2015, p. 167). A proporcionalidade é critério para “fazer com que nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais” (SILVA, V., 2002, p. 24), podendo ser compreendida como fazendo parte da otimização das condições fáticas e jurídicas.

como (3) os princípios materiais colidentes (especialmente aqueles que dizem respeito à liberdade jurídica de outrem) forem afetados em uma medida relativamente pequena pela garantia constitucional da posição prestacional e pelas decisões do tribunal constitucional que a levarem em consideração. **Essas condições são necessariamente satisfeitas no caso dos direitos fundamentais sociais mínimos, ou seja, por exemplo, pelos direitos a um mínimo existencial**, a uma moradia simples, à educação fundamental e média, à educação profissionalizante e a um patamar mínimo de assistência médica. (ALEXY, 2015, p. 512, grifos nossos).

Para além de garantir um mínimo em dignidade, medidas retrocessivas devem respeitar a segurança jurídica e, quanto à extensão dos beneficiários, não podem fazer discriminações injustificadas. Podem-se mencionar, como parâmetros argumentativos, os princípios da vedação à proteção insuficiente e da vedação de excesso – limites dentro dos quais deve o Estado atuar ou se omitir (QUEIROZ, 2006).

Vale mencionar, a esse propósito, interessante julgado do Tribunal Constitucional de Portugal<sup>15</sup>, que analisou a constitucionalidade de lei que criou o rendimento social de inserção em substituição ao rendimento mínimo garantido (espécie de benefício assistencial), alterando os beneficiários: se antes eram contemplados os maiores de 18 anos, pela nova norma somente os maiores de 25 poderiam sê-lo.

A lei expressamente resguardou os direitos adquiridos e o Tribunal analisou a questão pela ótica da proibição do retrocesso, concluindo que a alteração violava o conteúdo mínimo do direito.

Ao fazer uma análise histórica dos diplomas que trataram do assunto, entendeu o Tribunal que a regulamentação para os maiores de 18 anos já se havia incorporado à consciência geral. Também, ponderou que não haveria justificativas, à luz do princípio da igualdade, para a distinção da idade, ressaltando a inexistência de outros institutos que pudessem proteger os jovens entre 18 e 25 anos, isto é, a medida retrocessiva não viria acompanhada, ao menos para esse público, de políticas alternativas.

Outro tema que não pode ser esquecido quando se trata de vedação do retrocesso é a reserva do possível, que busca equacionar as obrigações impostas ao Estado Social e as limitações orçamentárias.<sup>16</sup>

---

<sup>15</sup> Acórdão n° 509/2002, processo n° 768/2002.

<sup>16</sup> A reserva do possível tem uma dimensão fática e outra jurídica, sendo que a primeira se refere à efetiva disponibilidade de recursos e a segunda à existência de autorização orçamentária. A primeira avaliação compete, pois, ao legislador, que, dispondo sobre a lei orçamentária, deve compatibilizar os recursos existentes ao máximo atendimento das necessidades sociais (SARMENTO, 2010).

Isso é especialmente relevante quando ocorrem crises econômicas que tornam determinadas prestações até então asseguradas impossíveis de serem mantidas.<sup>17</sup>

Por isso é que “a ‘proibição do retrocesso social’ nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática)” (CANOTILHO, 2003, p. 339) e “a escassez de meios quanto ao ‘objecto’ do direito, basicamente a ‘prestação’, constitui um ‘limite fático’ de todos os direitos fundamentais sociais” (QUEIROZ, 2006, p. 74).

Ou seja, existe um limite fático que simplesmente impede o Estado de manter o grau de proteção de um direito.

Não se trata da situação de mudança de prioridades na atuação estatal, em que se pretende, por razões conjunturais que devem ser explicitadas, priorizar um direito diverso daquele que antes se enfatizava.

A situação extrema ora enfocada diz com a impossibilidade de o Estado manter o direito prestacional outrora assegurado sem que isso implique, num contexto maior dos direitos fundamentais como um todo, algum tipo de ganho imediato.

Parece que a vedação do retrocesso tem sua aplicação no caso, mas com cautelas, pois, algum tipo de proteção deve ser mantida, ainda que reduzidíssima, e deve haver demonstração cabal da alegada impossibilidade financeira, inclusive quanto à eventualidade, caso não operada a redução, de prejuízo a outros direitos fundamentais.

Sob o enfoque do orçamento, há a necessidade de que o Poder Público busque a eficiência no desempenho de todas as suas atividades, de modo que

se o administrador consegue atingir, com a mesma eficiência, a concretização de um direito fundamental ainda que se valendo de dotação orçamentária menor, não há qualquer violação ao princípio da proibição do retrocesso. (TAVEIRA; MARÇAL, 2013, p. 177).

Dito de outro modo, ao menos deveria ser garantido o mínimo existencial, alheio à reserva do possível (TORRES, 2008).

Veja-se, pois, que o raciocínio da proibição do retrocesso não se pauta por um silogismo simples, tampouco por considerações em abstrato.

### 2.3 Retrocesso em relação a quê?

---

<sup>17</sup> Mudando o entendimento, o Tribunal Constitucional de Portugal tem sido mais flexível quando à aplicação do princípio da proibição do retrocesso, justamente em razão da grave crise que assolava a Europa como um todo e da necessidade de equacionamento das finanças públicas. Assim, no Acórdão n° 396/11, Processo n° 72/11, entendeu-se pela constitucionalidade de lei que diminuía os rendimentos de servidores públicos e agentes políticos.

Abramovich e Courtis (2002) entendem existir retrocesso quando a norma impugnada limite, restrinja ou reduza a extensão ou o sentido de um direito social ou se imponham condições para o seu exercício antes não exigidas.

Um questionamento necessário: o retrocesso é extraído da simples comparação de uma medida à outra ou ao conjunto de disposições que configuram o regime jurídico do direito?

Acredita-se que a melhor resposta seja baseada na visão de todo o conjunto, pois o instituto jurídico é formado não apenas por uma norma conformadora.

Vale dizer que, se do conjunto das disposições aplicáveis, não houver prejuízos, uma disposição que, *isoladamente*, possa ter caráter retrocessivo não implicaria em violação ao princípio da proibição do retrocesso. A esse respeito, Barcellos (2011, p. 92) propõe o seguinte “teste” para aferição da constitucionalidade da medida retrocessiva:

O teste que se propõe envolve o confronto da nova regulamentação com o texto constitucional diretamente, e não com a regulamentação porventura anteriormente existente. O teste é guiado pela seguinte questão: a nova disciplina pretendida é compatível com a garantia constitucional, tendo em conta o sentido em que ela é compreendida contemporaneamente? Ou, dito de outro modo: a nova regulamentação realiza de forma minimamente adequada o bem jurídico tutelado pelo direito fundamental constitucionalmente previsto? A regulamentação pretendida garante a aplicabilidade real e efetiva – isto é: a fruição por seus destinatários – do direito constitucional? Se as respostas a tais perguntas puderem ser afirmativas, a nova regulamentação não poderá ser considerada inválida e a vedação do retrocesso não será aplicável. Se alguma dessas respostas, porém, for negativa, a invalidade parece ser a consequência natural para o caso.

Ocorre que, se limitada a comparação da norma aparentemente retrocessiva ao texto constitucional – e considerando que este assegura a exigibilidade somente do mínimo existencial, no entendimento da citada autora – nunca se conseguirá a ampliação gradativa do direito.

Isso conduz a uma importante conclusão: é pela *ponderação* que se chegará ao resultado sobre a constitucionalidade de uma medida aparentemente retrocessiva.

Significa que a vedação ao retrocesso, sozinha, nada resolve. Trata-se *de mais um princípio* a ser considerado na ponderação.

Pode-se reconduzir a análise à verificação da possibilidade de uma restrição a direito fundamental – com a peculiaridade de que, em se tratando de direitos sociais, a restrição é compreendida como uma ausência de intervenção onde, em princípio, o Estado deveria agir (SILVA, V., 2011) – ingressando a vedação ao retrocesso, a segurança jurídica, a reserva do possível e outros princípios garantidores de direitos sociais diversos que porventura se pretenda atender na balança da ponderação, que será decidida pela proporcionalidade.

Sempre que a medida retrocessiva for considerada proporcional, será constitucionalmente aceita.

Abramovich e Curtis (2002, p. 97), apelando para a razoabilidade – que, esclarecem, engloba a proporcionalidade – assim sintetizam:

De modo que, dentro de las opciones de reglamentación posibles, los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos, sociales e culturales vigentes.

### **3 Conclusão**

O conteúdo dos direitos sociais – assim como dos demais direitos fundamentais – é amplo e, na medida em que exigem, de modo mais direto, a intermediação do legislador para a sua delimitação e do administrador para a organização da estrutura administrativa apta a concretizá-los, correspondem ao que a sociedade, em determinado momento, entende seja mais relevante para levar a cabo, observados os valores finalísticos determinados de forma cogente da Constituição.

Bem por isso, é natural que, havendo mudanças conjunturais, ajustes sejam feitos, de modo que, possivelmente, algum grau de restrição para a fruição do direito passe a existir (relativamente à situação anterior).

A vedação do retrocesso busca impedir a extinção pura e simples de direitos fundamentais concretizados pela atividade normativa ordinária e pela execução de políticas públicas, como decorrência da máxima efetividade das normas garantidoras de direitos fundamentais, da segurança jurídica própria ao Estado do Direito e da impossibilidade de o Estado retomar a omissão ante o dever de levar para o mundo do ser os direitos previstos no mundo do dever ser.

Uma medida que, num primeiro momento, se apresente como retrocessiva induz presunção *relativa* de inconstitucionalidade, na medida em que possa configurar uma restrição indevida ao direito fundamental – restrição compreendida, no âmbito dos direitos sociais, como restauração da anterior situação de omissão, total ou parcial.

Neste contexto, cabe ao Estado, então, a *prova cabal* de que a medida encontra *justificativa constitucionalmente adequada* e é pelo sopesamento de todos os princípios e interesses em jogo é que se conclui se a medida é ou não proporcional.

A proibição do retrocesso, compreendida como princípio segundo a teoria de Alexy (2015), está sujeita à realização em graus variados e, por isso mesmo, pode-se admitir uma

medida retrocessiva *prima facie* que, se passou no teste da proporcionalidade, é constitucional, restando garantido o conteúdo essencial do direito social.

## Referências

ABRAMOVICH, Víctor; COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid: Trotta, 2002.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2015.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

BERCOVICI, Gilberto. A problemática da Constituição dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro. **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, ano 36, n. 142, abril/junho 1999.

BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/constituicao/constituicaocompilado.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2017.

BRASIL. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. Disponível em: <[http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/decreto/1990-1994/D0591.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm)>. Acesso em: 14 ago. 2017.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição dirigente e vinculação do legislador**. Coimbra: Editora Coimbra, 1982.

\_\_\_\_\_. **Direito Constitucional e teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. Os princípios da proteção à confiança, da segurança jurídica e da boa-fé na anulação do ato administrativo. **Biblioteca Digital Fórum Administrativo – Direito Público**, Belo Horizonte, ano 9, n. 100, jun. 2009, p. 1-7.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.



MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: O Que É e como Perder o Medo. **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XII, 2003.

NABAIS, José Casalta. **Por uma liberdade com responsabilidade**: estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Comentário Geral nº 3. A natureza das obrigações dos Estados-parte. Adotado em 1990, na quinta sessão do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em:

<[http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/TBSearch.aspx?Lang=en&TreatyID=9&DocTypeID=11)>. Acesso em: 14 ago. 2017.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional de Portugal. Processo nº 768/02. Acórdão nº 509/02. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

\_\_\_\_\_. Tribunal Constitucional de Portugal. Processo nº 72/11. Acórdão nº 396/11. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>>. Acesso em: 14 ago. 2017.

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. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. **Por um constitucionalismo inclusivo**: história constitucional brasileira, teoria da Constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. São Paulo: Malheiros, 2015.

SILVA, Virgílio Afonso da. O proporcional e o razoável. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 798, 2002.

\_\_\_\_\_. **Direitos fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. São Paulo: Malheiros, 2011.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 264, set./dez. 2013.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial, os direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org.) e TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direitos fundamentais**: orçamento e reserva do possível. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.