

**XXVI ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI BRASÍLIA – DF**

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

SEBASTIÃO SÉRGIO DA SILVEIRA

VIVIAN DE ALMEIDA GREGORI TORRES

MONICA HERMAN SALEM CAGGIANO

Todos os direitos reservados e protegidos.

Nenhuma parte deste anal 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

C755

Constituição e democracia II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Monica Herman Salem Caggiano; Sebastião Sérgio Da Silveira; Vivian de Almeida Gregori Torres - Florianópolis: CONPEDI, 2017.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-401-3

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Desigualdade e Desenvolvimento: O papel do Direito nas Políticas Públicas

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Constituição. 3. Participação popular. 4. Poder Judiciário. XXVI Encontro Nacional do CONPEDI (26. : 2017 : Brasília, DF).

CDU: 34



XXVI ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI BRASÍLIA – DF

CONSTITUIÇÃO E DEMOCRACIA II

Apresentação

As pesquisas relatadas nesta obra, tem como base os artigos científicos apresentados no Grupo de Trabalho: Constituição e Democracia II, no XXVI Encontro Nacional do CONPEDI, ocorrido entre os dias 19 a 21 de julho de 2017, no Centro Internacional de Convenções do Brasil, sediado em Brasília, sobre o tema “Desigualdades e Desenvolvimento: o papel do direito nas políticas públicas”.

A proposta do trabalho é inovadora, vez que a partir da apresentação dos resumos narrados pelos pesquisadores, realiza-se um debate no âmbito do Grupo de Trabalho, facultando aos participantes a oportunidade de aprimorar a pesquisa realizada, bem como trocar experiências e informações.

O resultado obtido foram conceitos amadurecidos que espelham uma perspectiva ampla, sobre temas polêmicos e atuais, que também tem a pretensão de dar continuidade à ideia de divulgar a pesquisa produzida por alunos de pós-graduação.

O esforço e dedicação dos participantes foram fundamentais para o sucesso do Grupo de Trabalho e a expectativa é de que o debate ocorrido contribua para o aprimoramento do conhecimento da temática.

Os artigos científicos discutidos foram apresentados na ordem a seguir:

1. “PRERROGATIVA DE ESCOLHA E FUNÇÃO: PERSPECTIVAS SOBRE O FORO PRIVILEGIADO E A NOMEAÇÃO DE MINISTROS DO STF”, de autoria de Leonardo Barcellos Lopes e Maria Fernanda Miranda Lyra. O trabalho trata da importância de uma análise conjunta sobre a proposta de emenda constitucional que restringiria o foro por prerrogativa de função e a nova interpretação sugerida no âmbito do Supremo Tribunal Federal para essa matéria, somadas a um possível novo modelo de indicação e nomeação de Ministros da Corte. Considerando o princípio da separação de poderes, argumentaram que o momento é oportuno para reformar e emprestar ainda mais credibilidade às decisões da Corte, notadamente na fase em que se encontra, atuando como verdadeiro protagonista da cena política nacional.

2. “PODER CONSTITUINTE DECORRENTE E REPARTIÇÃO POLÍTICO-ADMINISTRATIVA DE COMPETÊNCIAS: APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA SIMETRIA NO FEDERALISMO BRASILEIRO”, tendo por autores Camilo Plaisant Carneiro e Raisal Duarte Da Silva Ribeiro, a pesquisa objetiva conceituar o Poder Constituinte, explicando suas derivações e aplicação prática desta espécie de Poder em relação aos Estados que compõem a Federação brasileira. Através de pesquisa bibliográfica e legislativa buscam explicar a repartição político-administrativa de competências, observando se há efetivo respeito ao princípio da simetria no Estado brasileiro. São analisadas as Constituições dos Estados brasileiros em busca de respostas à pergunta: os Estados apenas repetem a Constituição Federal ou inovam em seus textos constitucionais.

3. “O TRANSCONSTITUCIONALISMO COMO MÉTODO PROPULSOR DA CONCREÇÃO DOS DIREITOS COLETIVOS NA SOCIEDADE MULTICÊNTRICA”, artigo apresentado por Elis Betete Serrano e Juvêncio Borges Silva, que exploram o método proposto pelo Professor Marcelo Neve quanto ao transconstitucionalismo, focado na sua relação com os direitos coletivos na sociedade multicêntrica. Demonstram que o método tem crescente importância devido à ausência de maneiras para resolução de atribuições entre ordens jurídicas conflitantes, buscando arquitetar o modo de relação entre essas ao invocar um diálogo e um conseqüente entrelaçamento de sapiências ao desenvolver meios de aprendizado recíproco, ressaltando a importância da consideração de direitos fundamentais, em especial os de natureza coletiva. Ao final, demonstram alguns efeitos práticos da utilização do transconstitucionalismo para impulsionar os direitos coletivos.

4. “O SERVIÇO PÚBLICO NO BRASIL E A CONCRETIZAÇÃO DO PRINCÍPIO FUNDAMENTAL DA IGUALDADE”, de autoria de Diego Lenzi Reyes Romero e Alexandra Barbosa Campos de Araujo. Os autores apresentam a reflexão no sentido de que no Estado Social, o poder público é responsável por concretizar direitos fundamentais, tendo por foco o bem-estar, sendo que a igualdade é princípio norteador dos serviços públicos, os quais são regidos pelos princípios da continuidade, da mutabilidade e da universalidade. No caso, esse último indica que o serviço público deve ser acessível por todos, indistintamente, e adequado, para, assim, efetivar a garantia fundamental prevista legalmente. Observam que a igualdade, no enfoque da pesquisa, é a material, segundo a qual é possível se aplicar um fator de discriminação de modo a garantir que todos os que são efetivamente necessitados, tenham acesso a um serviço público adequado e eficiente.

5. “O PRINCÍPIO DA SOBERANIA POPULAR DIANTE DA APATIA POLÍTICA CONTEMPORÂNEA E OS REFLEXOS NO EXERCÍCIO DO FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DE CIDADANIA”, artigo apresentado por Roberta de Miranda

Castellani e Anna Christina Zenkner, O estudo tem por objetivo analisar o problema político contemporâneo no Brasil, sob o enfoque do termo “cidadão” e sua concepção através da evolução histórica, até o conceito contemporâneo como “cidadão soberano”. As autoras focam no princípio constitucional da soberania do povo e o meio pelo qual é efetivado. Analisam o termo “Democracia” e seu real significado. Evidenciam, ao final, uma “apatia” política presente na sociedade brasileira, argumentando que o combate à apatia política deve ser feito para que essa barreira cultural política seja rompida e assim nasça um cidadão com senso crítico próprio e não apenas uma superficialidade de informações recebidas por veículos de comunicação.

6. “FINANCIAMENTO ELEITORAL E DEMOCRACIA – UM ESTUDO SOBRE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.650”, de autoria de Renan Luiz dos Santos da Silva e Anna Paula Oliveira Mendes. O trabalho analisa o julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 4.650, pelo Supremo Tribunal Federal, à luz da problemática que envolve o financiamento de campanhas eleitorais. Os autores inicialmente discutem os modelos de financiamento de campanhas eleitorais, sequencialmente empreendem uma análise do tema sob uma perspectiva de direito comparado e, por final, estabelecem uma crítica da decisão da Suprema Corte, sob a perspectiva das questões políticas e implicações sociais do julgamento na realidade prática da vida política do país.

7. “PRINCÍPIO DA LEGALIDADE: EVOLUÇÃO E CRÍTICAS”, temática apresentada por Thaminne Nathalia Cabral Moraes e Silva e Gina Gouveia Pires de Castro. O estudo analisa o Princípio da Legalidade e a Separação dos Poderes, apresentando um histórico da Legalidade no mundo e no Brasil e, ao final, fazem algumas críticas ao primeiro e a forma, como este, vem sendo conduzido na atualidade.

8. “A RESERVA DE INICIATIVA E A INCONSTITUCIONALIDADE DAS LEIS AUTORIZATIVAS”, artigo apresentado por Guilherme Aparecido da Rocha e Daniel Barile da Silveira. O trabalho tem como objeto as leis autorizativas, expediente utilizado por legisladores em relação às matérias cuja iniciativa foi reservada ao chefe do Poder Executivo. Os autores objetivam identificar por que elas são utilizadas, tendo em vista que a jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal, as classifica como inconstitucionais. Secundariamente, revisitam a tese de inocuidade, que tem amparado a existência das leis autorizativas. A pesquisa tem natureza compreensivo-analítica, pois visa reconstruir elementos de espécies legais oriundas da década de 30 que continuam a ser utilizadas no âmbito do Poder Legislativo.

9. "(RE)LEITURA DEMOCRÁTICA DA EXPRESSÃO ARISTOTÉLICA: DEVEMOS TRATAR IGUALMENTE OS IGUAIS E DESIGUALMENTE OS DESIGUAIS, NA MEDIDA DE SUA DESIGUALDADE". Tema abordado por Vinicius Da Costa Gomes, que elabora uma pesquisa analítica descritiva da igualdade geométrica e aritmética de Aristóteles possibilitando uma (re)leitura democrática da expressão "devemos tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida de sua desigualdade". Preliminarmente, explica o contexto da frase por meio de uma análise da igualdade geométrica e aritmética. Posteriormente faz uma desconstrução diante da leitura do pensamento kantiano, da igualdade formal e da igualdade material. Por fim, demonstra como a expressão pode ser relida em um contexto democrático.

10. "ANÁLISE DO FENÔMENO DO PROTAGONISMO JUDICIAL À LUZ DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, DA TEORIA DISCURSIVA DE JÜRGEN HABERMAS E DA PROPOSTA DO DIÁLOGO INSTITUCIONAL", estudo proposto por Ana Paula Gonçalves da Silva e Michele Rocha Cortes Hazar. As autoras destacam a recorrência do fenômeno do protagonismo judicial no cenário jurídico do constitucionalismo brasileiro, dando ênfase ao ativismo judicial. São apresentados posicionamentos favoráveis e contrários à temática, optando pelo argumento de que o ativismo judicial é prejudicial à consolidação dos ideais constitucionais vigentes. Concluem que a existência da teoria discursiva de Jüger Habermas, como alternativa à atividade arbitrária exercida pelo judiciário, demonstra-se mais condizente com um Estado democrático e com o diálogo institucional.

11. "O EXERCÍCIO DA DISCRICIONARIEDADE ADMINISTRATIVA NO CONTEXTO DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO: LIMITES E POSSIBILIDADES A PARTIR DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988". Artigo apresentado por Adriano Aranão e Renato Bernardi. A pesquisa analisa as possibilidades e limites da discricionariedade administrativa no Estado Social e Democrático de Direito, propondo a releitura dos princípios da legalidade, da supremacia do interesse público e da igualdade perante a administração. Apresenta critérios distintivos entre ato administrativo vinculado e discricionário, além de discorrer sobre os parâmetros constitucionais e legais que devem nortear a decisão discricionária. Inspirando nas luzes pós-positivistas, a pesquisa conta com a revisão bibliográfica sobre o tema e, adotando o método dedutivo, busca aproximar os preceitos constitucionais da atuação discricionária do administrador público.

12. "O TRIBUNAL CONSTITUCIONAL COMO MEMBRO DE UM SISTEMA DE "COMITÊS-PODERES" EM UMA DEMOCRACIA", de autoria de Daniel Oitaven Pamponet Miguel e Fábio Periandro de Almeida Hirsch. O texto analisa a postura dos tribunais constitucionais perante o Executivo e o Legislativo à luz da visão de Sartori sobre o

papel dos comitês em uma democracia. A pesquisa é teórica, qualitativa e assume o procedimento metodológico da análise de conteúdo bibliográfico, justificando-se pela lacuna na literatura nacional quanto à aplicação da categoria “comitê” à posição institucional do Judiciário. Concluímos que os tribunais constitucionais, materialmente, compõem, com o Legislativo e o Executivo, um “sistema de comitês-poderes” e que sua atuação não tem apenas uma dimensão técnica, mas também uma dimensão político-estratégica, tanto no nível intrainstitucional quanto no patamar interinstitucional.

13. “O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA BELA TEORIA PARA UMA PRÁTICA DIFÍCIL”, temática proposta por André Luiz Batalha Alcântara e Henrique Sampaio de Azevedo. O trabalho busca realizar uma avaliação crítica do Princípio da vedação do retrocesso social. Para tanto, descrevem como surgiu esse princípio e como ele foi importado para o Brasil. Posteriormente identificam quatro possíveis acepções para esse princípio e apresentam críticas de cunho fático, hermenêutico e normativo. Por fim, concluem que o referido princípio acaba não atingido o objetivo a que se propõe.

14. “CONTROLE JUDICIAL DAS POLÍTICAS PÚBLICAS: EFETIVIDADE DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO INFANTIL”. Artigo apresentado por Raquel Sant'Ana Bonisson. O trabalho aborda a possibilidade da intervenção do Poder Judiciário na elaboração e implementação de políticas públicas decorrentes da omissão do Poder Executivo e Legislativo, desmitificando o poder discricionário da administração pública, garantindo a efetividade dos princípios constitucionais retomados pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. Visando atingir o objetivo proposto, o autor, realiza uma análise do sistema de proteção integral da criança e adolescente; do poder discricionário da administração pública e a possibilidade da intervenção do Judiciário no Poder Executivo, bem como especifica os critérios e limites para tal interferência, levando em consideração o mínimo existencial e a reserva do possível.

15. “AS TRANSFORMAÇÕES POLÍTICAS NO ESTADO CONTEMPORÂNEO: AS POLÍTICAS PÚBLICAS PARA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS”. Pesquisa exposta por Sandro Seixas Trentin. O artigo pretende analisar as transformações políticas visualizadas no estado contemporâneo, buscando a promoção de um Estado Democrático de Direito e a efetivação dos direitos fundamentais através das políticas públicas, com ênfase no espaço local como ambiente adequado para desenvolvimento desse processo. O autor fez um estudo sobre o novo cenário para a implementação de políticas públicas e a efetivação de direitos, no que se refere aos direitos fundamentais.

16. “A PROPRIEDADE RURAL NOS DEBATES DA ASSEMBLEIA NACIONAL CONSTITUINTE”, de autoria de João Daniel Macedo Sá. O estudo procura refletir sobre o processo constitucional brasileiro, para tanto, propõe analisar a proteção da propriedade rural a partir dos debates da Assembleia Nacional Constituinte, que antecederam e delinearão os contornos da Constituição Federal de 1988. Desse modo, procura identificar em que medida, e sob qual contexto político, foi desenhada a fundamentação da proteção conferida à propriedade rural. Ao final, apresenta uma crítica ao resultado do processo legislativo e defende a necessidade de pensar os objetivos das políticas públicas no espaço agrário sob um novo enfoque constitucional, que traduza uma atuação mais eficiente do poder público.

17. “NOVO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO: UM CONSTITUCIONALISMO DO FUTURO?”, pesquisa apresentada por Thiago Henrique Costa Silva e João Da Cruz Gonçalves Neto. Baseado no “constitucionalismo do futuro”, de José Roberto Dromi, o artigo busca delinear as características do novo constitucionalismo latino americano e traça um paralelo entre os dois. Para tanto, através de uma abordagem dedutiva, realiza uma pesquisa bibliográfica e estuda de forma comparativa as constituições latinas. Segundo os autores, os pensamentos anticolonialistas são fundamentos desse novo modo de pensar o constitucionalismo, que devolve o poder ao povo, sustentando um Estado plurinacional, promovendo uma verdadeira refundação estatal. Esse modelo, que parte da prática para a teoria, ainda está sendo formatado, mas apresenta avanços inegáveis em relação ao constitucionalismo.

Como se vê pela leitura dessa apresentação, os artigos exploraram de forma ampla a pluralidade da temática constitucional e democrática da atualidade.

Por fim, esperamos que o presente trabalho seja fonte de inspiração para o desenvolvimento de novos projetos e textos em defesa do estado democrático de direitos.

Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – Universidade de São Paulo

Prof. Dr. Sebastião Sergio da Silveira – Universidade de Ribeirão Preto

Profa. Dra. Vivian A. Gregori Torres – Universidade Nove de Julho

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA BELA TEORIA PARA UMA PRÁTICA DIFÍCIL

PRINCIPLE OF SEALING THE SOCIAL REGRESSION: A BEAUTIFUL THEORY FOR DIFFICULT PRACTICE

André Luiz Batalha Alcântara ¹
Henrique Sampaio de Azevedo ²

Resumo

O presente trabalho busca realizar uma avaliação crítica do Princípio da vedação do retrocesso social. Para tanto, foi descrito como surgiu esse princípio e como ele foi importado para o Brasil. Depois, identifica-se quatro possíveis acepções para esse princípio e foram realizadas críticas de cunho fático, hermenêutico e normativo. Por fim, conclui-se que o referido princípio acaba não atingido o objetivo a que se propõe.

Palavras-chave: Constituição, Direitos sociais, Princípio da vedação ao retrocesso social, Hermenêutica, Mínimo existencial

Abstract/Resumen/Résumé

This paper intend to critisaze the Principle of sealing the social regression. For that, it was described how this principle arose and how it was imported into Brazil. Four possible meanings were identified for this principle, and fatical, hermeneutic and normative criticisms were made. Finally, it is concluded that that principle has failed to achieve its objective.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Constitution, Social rights, Principle of sealing the social regression, Hermeneutics, Existential minimum

¹ Mestrando na linha de Finanças Públicas, Tributação e Desenvolvimento da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Pesquisador e advogado.

² Mestrando em Direito da Regulação na Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas (FGV-RJ). Pesquisador e advogado.

INTRODUÇÃO

Infelizmente, o Brasil é um país permeado por desigualdades e injustiças que revoltam todos os níveis da sociedade. O direito não poderia ser imune a isso e, muitas vezes, busca formas de diminuir esse amargo sentimento ao se deparar com a miserabilidade social em que estamos inseridos.

O direito pode e deve entender a realidade em que está inserido para que busque soluções para os problemas concretos do Brasil. Entretanto, essas boas intenções não podem ser materializadas de forma atabalhoada e incoerente. Nesse espírito, o presente trabalho propõe uma reflexão crítica ao “Princípio da vedação do retrocesso social”, que se popularizou na doutrina e na jurisprudência como tábua de salvação daqueles que dependem de políticas governamentais.

Mas o que é o princípio da vedação ao retrocesso social? Ele é aplicável e garante normatividade à Constituição? Essas são as perguntas que se pretende responder ao longo do texto, seguindo a estrutura detalhada adiante.

O trabalho está dividido em três partes. A primeira apresentará em que contexto surgiu esse instituto no Brasil e no mundo, para que se compreenda o que nos influenciou. Para tanto, será observado como a evolução da aplicação dos direitos sociais foi progressivamente direcionando a criação/utilização do princípio da vedação do retrocesso na doutrina e na jurisprudência.

A segunda parte buscará levantar algumas das acepções possíveis para esse princípio, tendo em vista que ele se manifestou de forma diferente dependendo da situação. Esse trabalho é importante, principalmente, quando falamos de um princípio com baixa densidade linguística, ou seja, pode levar a diferentes interpretações do seu conteúdo. Ademais, como sua repercussão concreta possui severos reflexos orçamentários, cada interpretação diferente de seu conteúdo pode levar a diferenças bilionárias para a sua aplicação.

Por último, serão elencadas as críticas à vedação do retrocesso, que, por sua vez, foram divididas em dois blocos: (1) fáticas e sistêmicas e (2) normativo teóricas. No primeiro bloco se discutirá as dificuldades encontradas em compatibilizar a aplicação desse princípio com as outras normas do sistema constitucional. Já o segundo bloco de críticas envolve a função deontológica do direito, que pode ser sacrificada em alguns casos de aplicação do princípio.

Por fim, espera-se contribuir para a construção doutrinária, apontando fragilidades fundamentais do princípio da vedação ao retrocesso para a normatividade constitucional. Desse forma, entende-se que esse instituto possui pouca utilidade quando confrontado em situações extremas.

1 VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA IDEIA IMPORTADA

Sarlet e Figueiredo (2006) indicam Otto Bachof como o primeiro jurista a defender a existência de uma obrigação estatal na realização dos direitos sociais. Já na década de 1950, Bachof entendia que a Lei Fundamental da Alemanha impunha às autoridades públicas a obrigação de prestação positiva do estado de direitos sociais para garantia da “dignidade da pessoa humana” (SARLET; FIGUEIREDO, 2006, p.179).

Após o impacto da obra de Bachof, o Tribunal Federal Administrativo da Alemanha fundou-se na dignidade humana, no direito à vida e à liberdade para reconhecer que as pessoas carentes fazem jus a um auxílio material prestado pelo Estado para que possam ter condições mínimas de existência (SARLET; FIGUEIREDO, 2006). Progressivamente, a jurisprudência alemã foi construindo um emaranhado de princípios não expressos – reserva do possível, mínimo existencial – para balancear a consagração dos direitos sociais, influenciando fortemente a Europa como um todo (SARLET; FIGUEIREDO, 2006).

Dentro desse contexto, com o intuito “de impedir que o legislador utilizasse práticas arbitrárias para remover” (POMPEU; PIMENTA, 2015, p. 217) os direitos sociais, a jurisprudência europeia, especialmente alemã e portuguesa (GARCIA, 2010), formulou o princípio da vedação do retrocesso.

No Brasil, com a ampliação de direitos sociais trazida pela Constituição Federal (CF) de 1988 e a enorme dificuldade em sua materialização, o Judiciário e doutrina nacional viram na vedação do retrocesso a tábua de salvação para garantia da normatividade constitucional. Mesmo que não se evoluísse nos direitos, pelo menos não haveria retrocesso.

No plano doutrinário, ao tratar da vedação do retrocesso, Sarlet (2010) menciona que Luís Roberto Barroso entende que esse princípio decorreria do sistema jurídico-constitucional, ainda que não estivesse expresso no texto constitucional. Em defesa mais detalhada desse instituto, Sarlet (2010) apresenta quatro princípios

constitucionais que sustentariam o princípio da vedação do retrocesso social no ordenamento brasileiro.

Os princípios seriam o (1) Estado Democrático de Direito, (2) a Dignidade da Pessoa Humana, (3) a Máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais e (4) a Proteção da Confiança. Além desses princípios, dever-se-ia levar em conta dois argumentos, um de cunho sistêmico hermenêutico e outro de âmbito institucional. Primeiro, seria possível notar que, em diversas manifestações constitucionais, há vedação de medidas retroativas que podem ferir a segurança jurídica, indicando a vontade constitucional de promover esse valor.

Além disso, do ponto de vista institucional, Sarlet identifica que os órgãos estatais “encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa autovinculação em relação aos atos anteriores” (2010, p. 26). Nesse sentido, o poder público deveria manter uma coerência entre o que vinha sendo feito e o que pretende fazer no futuro para evitar quebra de expectativa dos indivíduos.

Dessa forma, lastreado pela principiologia constitucional e por esses dois argumentos analíticos, Sarlet (2010) conclui que negar a existência da vedação ao retrocesso social no ordenamento brasileiro seria uma afronta direta ao próprio interesse do constituinte de 1988.

Já no plano jurisprudencial, Pompeu e Pimenta (2015) apontam que a adoção desse princípio pelos magistrados brasileiros teve especial influência das decisões consagradas pelo Tribunal Constitucional Português. Entretanto, a adoção desse princípio veio em atraso, baseando-se em decisões da corte portuguesa com mais de trinta anos, quando esse mesmo tribunal alienígena já questionava criticamente o uso desse postulado (POMPEU; PIMENTA, 2015). Tendo essa informação como base, para buscar o conceito preciso da vedação do retrocesso social, torna-se imprescindível a análise tanto das construções nacionais quanto às proposições estrangeiras que nos influenciaram diretamente.

2 O CONCEITO

A partir de uma análise das decisões do Tribunal Constitucional português, Croirie (2013) propõe duas possíveis interpretações do princípio da proibição do retrocesso social que teriam sido adotadas por esse tribunal.

A primeira seria no caso em que a Constituição já tivesse sido exauriente sobre o direito. Nesse caso, se o legislador ordinário revogasse a lei regulamentadora do direito social, sem substituí-la por outra semelhante, haveria inconstitucionalidade por omissão. A autora sustenta isso sob a ideia de que a Constituição gozaria de aplicabilidade direta, mas a revogação legislativa estaria suprimindo os meios para a efetivação do direito (CROIRIE, 2013). Assim, a legislação ordinária nunca poderia ficar omissa ou aquém daquilo previsto pelo texto constitucional.

A segunda possibilidade de retrocesso vedada pelo Judiciário português seria aquela em que haveria violação de algum princípio constitucional (CROIRIE, 2013). A autora cita exemplos de violação ao princípio da “confiança legítima” e da “razoabilidade” (2013, p. 37) para ilustrar essa segunda inconstitucionalidade, que se aproxima da ideia de mínimo existencial. Croirie (2013) argumenta que as restrições das políticas públicas não podem atingir as condições mínimas de existência e dignidade da pessoa.

Baseando-se em Jorge Reis de Novais e Martha Nussbaum, Croirie (2013) lastreia essa posição argumentando que as pessoas devem possuir o mínimo de autonomia para autodeterminação pessoal, entretanto, essa autonomia só existiria com o mínimo de condições materiais. Caberia, portanto, ao Estado atuar sempre como garantidor dessas circunstâncias, nunca podendo oferecer menos do que esse mínimo (CROIRIE, 2013).

Tendo em vista a primeira vedação esposada por Croirie no contexto português, é possível conciliá-la com os apontamentos realizados por Sarlet (2010) para vislumbrarmos sua aplicação no direito nacional. O autor brasileiro argumenta que o constituinte teria vedado expressamente qualquer tipo de medida retroativa que representasse perda de direitos adquiridos, atos jurídicos perfeitos e coisa julgada. Sarlet (2010) também entende que a Constituição seria categórica em proibir medidas restritivas de direitos fundamentais. Dessa forma, esse dois casos seriam exemplos de situações nas quais a Constituição foi autossuficiente, determinando uma esfera de proteção intransponível pelo legislador infraconstitucional.

Além da construção portuguesa, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha teria manifestado que, segundo a vedação do retrocesso, não se poderiam frustrar nem direitos adquiridos nem expectativas de direitos, mesmo sem qualquer previsão constitucional nesse sentido (SARLET, 2010). Essa colocação pode parecer singela quando comparada com a construção lusitana, entretanto, deve-se levar em

conta que na Alemanha a concretização dos direitos sociais é significativamente mais avançada em relação a Portugal ou ao Brasil, permitindo, portanto, menor proteção.

Uma aceção nacional, diferente das anteriores, merece destaque. Ao analisar a evolução da vedação do retrocesso social na jurisprudência brasileira, Garcia (2010) alerta para importante excerto do Ministro Celso Mello na votação da Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3.305-8/DF. O magistrado afirma:

Na realidade, a **cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz**, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser **reduzidos ou suprimidos**, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais. (Nosso grifo).

Importante observar que a posição do Ministro é bastante distinta daquelas reveladas anteriormente. Ao que parece, pela interpretação de seu voto, Celso de Mello entenderia que qualquer tipo de restrição a direitos sociais seria inconstitucional. O administrador público poderia apenas modificar a forma da prestação através de “políticas compensatórias”, mas nunca impor redução real da prestação do serviço.

Incontestavelmente, a posição do ministro é a mais radical de todas. Mais do que apenas estabelecer um parâmetro mínimo de prestação social, esse tipo de interpretação da vedação ao retrocesso impõe ao governante um tipo de responsabilidade intergeracional muito grave. A prática política estabelecida por um governante seria sempre o parâmetro mínimo imposto ao gestor subsequente, criando uma obrigação fática de crescimento constante para manutenção das prestações pretéritas.

Tendo como base essas construções para a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social, é possível distinguir quatro conceitos que diferem entre si nos seus graus de restrição. Todos compartilham da premissa de que há uma obrigação geral de não fazer direcionada ao legislador/administrador que não pode reduzir a atuação estatal em determinados setores. A contrario sensu, o Estado é obrigado a realizar uma determinada quantidade de serviços independente do que aconteça.

A interpretação menos restritiva é a alemã, segundo a qual não se poderia retirar nem direitos adquiridos nem expectativas de direitos. Nesse caso, prestigiar-se-ia o sentido mais restrito da ideia de segurança jurídica.

Considerando que os direitos adquiridos podem ficar aquém daquilo necessário para a garantia da dignidade humana, a segunda concepção menos restritiva

seria a que protegeria o mínimo existencial. Tal como explicado por Croirie (2013), o Estado não poderia reduzir a prestação de direitos sociais a ponto de não garantir nem o mínimo para a dignidade humana.

Nessa progressão, o terceiro conceito seria aquele que impede a não efetividade de direitos amplamente tratados na constituição. O legislador não poderia revogar a legislação regulamentar como forma de impedir o particular de fruir o direito constitucional¹.

Por fim, a perspectiva mais abrangente de vedação do retrocesso social seria aquela defendida pelo Ministro Celso de Mello. Assim, tendo sistematizado essas quatro acepções do princípio, analisar-se-ão as problemáticas que emergem de sua aplicação.

3 OS PROBLEMAS PRÁTICOS E CONSTITUCIONAIS

É possível apontar críticas de pelo menos três perspectivas diferentes à viabilidade da construção do princípio de vedação do retrocesso social.

A primeira e mais óbvia é aquela de cunho fático: se não houver recursos, não é possível continuar a prestação estatal. Muitas vezes, esse argumento vem sob a roupagem da “reserva do possível”, como a incapacidade prática de prestar direitos fundamentais além do que já é prestado. Essa é uma limitação óbvia até mesmo para aqueles que defendem a utilização da vedação do retrocesso (CROIRIE, 2013 e SARLET; FIGUEIREDO, 2006): todos os direitos têm custos e é necessário orçamento para poder prestá-los.

Sobre esse ponto, duas assertivas merecem ser tratadas. A primeira é que, indubitavelmente, limitações fáticas podem se impor sobre o direito tirando totalmente a sua eficácia. Sendo assim, essa realidade pode impedir a aplicação da vedação do retrocesso em todas as suas acepções possíveis, independente de quanto os juristas resistam.

O segundo ponto converge com a argumentação de Sarlet e Figueiredo no seguinte excerto: “muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada [...] como

¹ É possível que haja divergência quanto ao posicionamento do segundo e do terceiro conceito, tendo em vista que um deles depende da definição de mínimo existencial. É possível que uma constituição específica preveja menos prestações do que um determinado entendimento de mínimo existencial preconiza. Sem dúvida, essa realidade hipotética mudaria a percepção desses dois conceitos. Entretanto, pelo menos em termos abstratos, é possível escaloná-los dessa forma para fins didáticos quando cotejados com a realidade brasileira, por isso, adotou-se esse padrão.

argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais” (2006, p. 191). A concretização da constituição deve ser ponto nodal de qualquer Estado de Direito. Nesse sentido, a “reserva do possível” só pode ser um impeditivo nos casos em que constatada de fato.

Além da óbvia oposição fática ao princípio da vedação do retrocesso, Pompeu e Pimenta (2015) preveem três possibilidades em que a própria Constituição poderia permitir uma diminuição prestacional do Estado, em sentido contrário daqueles que defendem o instituto.

A primeira delas seria por previsão constitucional expressa. Por mais que se deseje a ampliação do acesso a serviços fundamentais a todos, é possível que uma Constituição, até mesmo em sua versão originária, tenha previsto a possibilidade de retrocesso em casos de crise ou mudança de política – guerra, calamidade pública, grave crise financeira, etc. No caso brasileiro, seria viável argumentar que uma emenda constitucional nesse sentido seria inconstitucional por violar cláusula pétrea. Entretanto, cabe lembrar que o artigo 60, § 4º, da CF fala em “tendente a abolir”, o que permitiria a discussão sobre restrições a direitos sociais desde que eles não tivessem sido extintos.

A segunda possibilidade levantada pelas autoras (POMPEU; PIMENTA, 2015) é a de redução face conflito de direitos fundamentais num determinado caso concreto. Assim, poder-se-ia tomar como exemplo uma situação em que houvesse dificuldades financeiras conjugadas com algum tipo de epidemia. Para se alocar mais verba na saúde, necessariamente, seria preciso retirá-la de outro lugar, podendo haver redução na qualidade de alguma outra prestação social.

Nesse caso concreto, é possível afirmar que os conceitos de vedação do retrocesso acabariam passando por um paradoxo de fundamentação. Com relação ao conceito mais modesto, poder-se-ia argumentar que, por mais importante que fosse a segurança jurídica, ela não poderia ser confrontada ao próprio direito de existência de outros indivíduo. A própria lógica de garantir “direitos e expectativa de direitos adquiridos” tinha como fundo a promoção da autonomia individual a partir da segurança jurídica, assim, para garantir mais autonomia de uns – promovendo a saúde – seria necessário retirar de outros.

Na acepção em que a vedação ao retrocesso deveria garantir, pelo menos, o mínimo existencial, haveria o mesmo problema. Essa construção lastreia a sua fundamentação na promoção da dignidade humana, entretanto, há fatores que são mais

essenciais que outros para existência. Uma possibilidade para manter a coerência seria dizer que o mínimo existencial apenas deveria se limitar a questões atinentes a existência do homem, por isso, não haveria problema. Contudo, a não ser que o mínimo existencial seja informado por uma única prestação estatal, sempre continuará sendo possível se observar esse tipo de conflito, sendo necessária a escolha da promoção de um direito fundamental sobre o outro.

Nas hipóteses desses dois conceitos anteriores, bem como naquela que defende a “normatividade da constituição”, também seria possível defender suas premissas argumentando que, nesse caso específico, seria exigida uma ponderação que, em alguma medida, afastaria a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social. Apesar dessa ressalva, é possível afirmar que, para o conceito defendido pelo Ministro Celso de Mello, haveria um empecilho em sua aplicação porque ele acaba sendo utilizado retoricamente como um entrave absoluto a qualquer tipo de modificação. Todavia, seria necessário que seu ponto de vista fosse relativizado frente ao caso concreto, sob pena de sacrificar os próprios fundamentos que visa defender.

Por último, Pompeu e Pimenta (2015) entendem que, caso a Constituição não tenha exaurido o tema, a restrição de normas infraconstitucionais reguladoras dos direitos sociais também poderia justificar a diminuição da prestação estatal. Fazendo justiça aos conceitos de vedação ao retrocesso apresentados, esse tipo de raciocínio não seria um impedimento para aplicação do instituto.

Caso o cenário descrito fosse observado na prática, a vedação do retrocesso serviria para declarar a inconstitucionalidade da legislação superveniente restritiva, mantendo a validade e aplicação do diploma legal anterior mais abrangente. Dessa forma, entende-se que esse argumento não é forte como os anteriores para superar a lógica da vedação do retrocesso, tendo em vista que ele não leva em conta a lógica interna da construção do conceito desse instituto que teria hierarquia constitucional.

Esclarecidas essas críticas de viés material, agora serão feitas algumas objeções do ponto de vista estrutural-normativo.

4 CRÍTICA TEÓRICO NORMATIVA: PROBLEMAS RELATIVOS À ESTRUTURA DA NORMA

Antes de tudo, será esclarecido o que se entende por estrutura normativa para que, depois, se contextualize dentro da vedação do retrocesso. Assim, inicia-se

declarando que toda norma possui a estrutura de proposição prescritiva (BOBBIO, 2014).

Afirma-se isso porque essa é justamente a função da linguagem normativa. Esta linguagem “consiste em dar comandos, conselhos, recomendações, advertências, influenciar o comportamento alheio” (BOBBIO, 2014, p. 79), em suma, características que estão na própria natureza da ideia de ordenamento jurídico². Desse modo, a lógica jurídica se formalizará pela expressão “**deve-ser, se o antecedente então o conseqüente**” (QUEIROZ, 2002, p. 25).

Paulo de Barros Carvalho explica com clareza essa relação, afirmando:

A derradeira síntese das articulações que se processam entre duas peças daqueles juízos, postulando uma mensagem deontica portadora de sentido completo, pressupõe, desse modo, uma proposição-antecedente, descrita de possível evento no mundo social, na condição de suposto normativo, implicando uma proposição tese, de caráter relacional, no tópico do conseqüente (2013, p. 131).

Justamente pela natureza prescritiva das normas, suas proposições envolvem os seguintes modais deonticos: obrigatório, permitido e proibido³. Essas modalidades de imposição de deveres é característica desse tipo de linguagem, o que a distingue das demais formas de comunicação⁴.

É importante ressaltar o alerta de Vilanova (2010) de que essa modalização só é permitida quando concebemos um sistema coerente, no qual as condutas estão no campo ontológico do possível, pelo que careceria de sentido deontico a regulação de condutas necessárias ou impossíveis. Isso pode gerar entraves na aplicação do princípio da vedação do retrocesso como se verá mais adiante.

Agora, tendo como base essa premissa própria da linguagem do Direito, identificam-se dentro do ordenamento dois tipos de normas: competência e conduta (ROSS, 2007).

² É importante não confundir a linguagem descritiva do texto normativo com linguagem prescritiva da norma. A título de exemplo, poder-se-ia recorrer ao artigo 1º do Código Civil (CC) de 2002, que diz: Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil. Poder-se-ia argumentar que essa linguagem é claramente descritiva. Isso é verdade, porque ao se analisar esse texto pura e simplesmente observa-se a estrutura gramatical descritiva, típica da ciência do direito, mas não do plano normativo. Tendo como premissa a diferenciação entre texto e norma já previamente demonstrada, fica claro que esse mesmo texto possui a formulação normativa de um juízo hipotético estruturado da seguinte forma: Se for uma pessoa, então deverá ser capaz de direitos e deveres na ordem civil. Esse exemplo é superficial e não demonstra a complexidade do fenômeno normativo inserido em um ordenamento jurídico, mas foi utilizado para ilustrar de forma mais didática a diferença entre linguagem descritiva e prescritiva.

³ Há quem fale em modal “facultativo”, entretanto, Vilanova (2010) esclarece que esse modal pode ter seu valor escrito pela dupla permissão comportamental, ou seja, o facultativo é igual a situação em que se tem permissão para fazer e para não fazer. Desse modo, esse modal pode ser suprimido.

⁴ Como bem alerta Vilanova (2010, p. 35), não se poderia pensar na modalização alética (necessário, possível e impossível) tendo em vista que esta é característica da linguagem descritiva.

As normas de competência são as que regulam a produção de outras normas. Conforme Ross (2007), as normas de competência são as que estabelecem as condições de criação das normas de conduta e, quando essas condições não são cumpridas, “os tribunais colocarão essas normas [aquelas criadas sem respeito às normas de competência] de lado, como nulas” (ROSS, 2007, p. 76).

Elas são justamente as normas que possuem o conseqüente metajurídico e, por isso, servem como fundamento de validade para outras normas. Assumindo, deste modo, a premissa de um ordenamento hierarquizado, elas são sempre superiores às normas que elas dão origem (QUEIROZ, 2002).

Assim como em toda norma, o antecedente da norma de competência descreve uma situação de possível ocorrência. Deste modo, ela terá um elemento espacial e temporal. Entretanto, pela complexidade das sociedades modernas, a produção normativa se dá por um processo legislativo/jurídico específico de cada ordenamento. Assim sendo, os elementos temporal e espacial estarão implícitos dentro daquilo que se chamará de procedimento. O procedimento é a forma solene e institucionalizada pela qual se poderá inovar no ordenamento.

Ainda como efeito do fenômeno legislativo nos Estados contemporâneos, o antecedente da norma de competência está sempre vinculado a um órgão competente. Isso porque a estruturação de instituições pressupõe a escolha de um sujeito (singular ou coletivo) para as tomadas de decisões. Desse modo, como afirma Queiroz,

sujeito de direito é aquela ou aquelas pessoas habilitadas pela Constituição da República para efetuarem certa declaração de cunho prescritivo, com o propósito de *innovar no ordenamento jurídico* (criar, modificar ou revogar norma jurídica) segundo um determinado procedimento (2014, p. 79).

Além desses dois elementos, também há um de cunho material. Esse elemento será chamado declaração prescritiva, e representa os conteúdos que podem ou não ser tratados por um dado sujeito competente seguindo um determinado procedimento (QUEIROZ, 2002). Sem essa limitação, a norma de competência ficaria vazia porque seriam exigidos requisitos formais sem qualquer preocupação com o que se produz.

Todos esses elementos descritos por Queiroz (2002) no antecedente da norma de competência podem ser claramente observados na vida prática. Por exemplo, a principal inovação normativa prevista no ordenamento brasileiro é a Emenda Constitucional. Esse instituto possui suas bases veiculadas por uma norma de competência que se extrai do artigo 60 da CRFB. Esse artigo elenca os sujeitos

competentes para propor⁵ uma emenda e aprová-la⁶, o procedimento⁷ pelo qual isso deve ser realizado e as matérias passíveis de emenda (declaração prescritiva)⁸.

Conclui-se, portanto, que a estrutura da norma de competência é composta de um antecedente com três elementos – procedimento, sujeito competente e declaração prescritiva – e, em seu conseqüente, prescreve-se, como efeito, a criação, modificação ou extinção de norma jurídica (QUEIROZ, 2002).

Por outro lado, as normas de conduta são aquelas que regulam diretamente as relações cotidianas interpessoais. Elas podem ou não possuir um elemento subjetivo em seu antecedente, já que estas podem ser desencadeadas por eventos naturais. Porém, pela sua natureza, seu conseqüente sempre produzirá relações jurídicas entre indivíduos.

A norma de conduta possui um elemento material em seu antecedente que descreve efetivamente a conduta. Essa partícula é o núcleo da conduta descrita no antecedente. Na norma do imposto sobre a renda, por exemplo, esse núcleo é, de forma bastante simplificada, “auferir renda e provento de qualquer natureza” (QUEIROZ, 2003, p. 243).

No que tange ao conseqüente, a norma de conduta prescreve a regulação de uma relação jurídica intersubjetiva (QUEIROZ, 2002). Portanto, seria um sem-sentido deôntico se não houvesse os elementos temporal e espacial no conseqüente para advertir quando e onde essa relação deverá se materializar.

Ademais, esse conseqüente possui mais dois elementos: um subjetivo (ou pessoal) e outro material. A partícula material do conseqüente descreve o que deve acontecer entre os sujeitos, estabelecendo, deste modo, a relação deôntica existente entre eles (QUEIROZ, 2002).

Já o elemento pessoal elenca os sujeitos envolvidos na relação jurídica nova. Haverá um sujeito ativo, que será detentor de um direito subjetivo, frente a um sujeito

⁵ No mínimo um terço dos membros da Câmara dos Deputados ou do Senado Federal; ou o Presidente da República; ou mais da metade das Assembleias Legislativas das unidades da Federação, manifestando-se, pela maioria relativa de seus membros.

⁶ Cada casa do Congresso Nacional.

⁷ Sempre que o Brasil **não** estiver em Estado de defesa ou de sítio, e a matéria **não** tenha sido rejeitada ou prejudicada na mesma sessão legislativa (elemento temporal implícito), a proposta será discutida e votada em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, considerando-se aprovada se obtiver, em ambos, três quintos dos votos dos respectivos membros. Além disso, será promulgada pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (elemento espacial implícito), com o respectivo número de ordem.

⁸ São passíveis de emenda todas as matérias que não tendam a abolir a forma federativa de Estado; e/ou o voto direto, secreto, universal e periódico; e/ou a separação dos Poderes; e/ou os direitos e garantias individuais.

passivo, titular de um dever jurídico. Assim, é aquele que possui o poder de obrigar este a realizar o descrito no critério material.

Resumindo, a norma de conduta possui obrigatoriamente três critérios em seu antecedente – temporal, espacial e material – e, eventualmente, possui um critério subjetivo. Já para o consequente, ela possui todos os quatro elementos – temporal, espacial, material e pessoal (QUEIROZ, 2002).

Como se constata do que foi analisado, o antecedente e o consequente da norma de conduta e da norma de competência são inconfundíveis, pelo que as mesmas podem e devem ser devidamente diferenciadas. Assim, observadas essas estruturas, é possível posicionar o princípio da vedação do retrocesso.

Como esse instituto foi sempre tratado como critério de validade de outras medidas jurídicas, é possível inferir dos conceitos previamente trabalhados que a vedação do retrocesso informa a declaração prescritiva de uma norma constitucional de competência. Essa característica se deve porque ela propõe um controle material na criação de atos jurídicos, ou seja, é um instituto que controla a própria criação de outras normas.

Dessa forma, esse princípio informaria a declaração prescritiva da norma de produção normativa⁹ impondo ao sujeito competente – no caso o legislador ou o administrador público – uma obrigação geral de não fazer. Fica vedado ao sujeito competente deliberar qualquer redução de políticas sociais dentro do limite imposto por cada conceito da vedação do retrocesso social, sob pena de nulidade do ato em caso de descumprimento.

Observa-se, portanto, que esse princípio possui interferência no antecedente da norma. Entretanto, tal como mencionado acima, o antecedente deve sempre estar no campo ontológico do possível, sob pena de ser uma norma sem sentido. Ocorre que para que a vedação do retrocesso seja possível, ela depende de condições fáticas que a permitam, tal como alertado no tópico anterior. Nesse sentido, já que ela não se sustenta unicamente a partir da lógica jurídica, é possível aferir que em alguns contextos ela torna sua própria norma sem sentido.

Sem os recursos necessários para manutenção da política social, falar em princípio da vedação do retrocesso é sem sentido deontico. Isso porque imporá para norma de competência uma condição inatingível, esvaziando qualquer tipo de

⁹ Terminologia utilizada por Queiro (2002) para se referir às normas de competência.

possibilidade de força normativa. Tal como defendido por Vilanova (2010), a proposição linguística sem um modal deôntico – obrigatório, permitido ou proibido – pode estar completa sintaticamente, mas deixa de ser normativo.

Se boa parte dos fundamentos dos conceitos de vedação de retrocesso está assentada na ideia de normatividade da Constituição, sua existência representa paradoxalmente um perigo para essa mesma normatividade. Essa norma de competência só teria função em alguns casos concretos como prevenção da má-fé do sujeito competente. Nos casos que ela não pudesse ser aplicada, perderia o sentido jurídico. Ou seja, seria inútil para obrigar, permitir ou proibir qualquer conduta legislativa e diminuiria a própria normatividade constitucional, já que esse é o status dado pelos seus defensores.

CONCLUSÃO

Passou-se pelo histórico e pela formação dos conceitos de vedação ao retrocesso social, mas o que pode ter surgido com boa intenção parece ter pouca efetividade nos momentos mais delicados. Ocorre que a vedação ao retrocesso social acaba se direcionando a um uso pouco realista em momentos de crise. Mais que isso, se o Direito deve buscar sempre a transformação social positiva, a vedação ao retrocesso condiciona as várias maneiras de melhoria social apenas aquelas em que o Estado atua diretamente, excluindo os casos em que talvez a não atuação do ente público é a política que mais gera benefícios a população.

Além disso, foi possível observar que, nos momentos de crise financeira, esse princípio pode acabar gerando efeitos diametralmente opostos àqueles que se propunha inicialmente. No geral, a vedação ao retrocesso acaba reduzindo a normatividade constitucional total mais do que promovendo-a.

Mesmo com suas várias acepções possíveis, nenhuma parece ser sustentável em um teste prático mais drástico, revelando sua fragilidade e insuficiência em proteger o que pretende. Se aqueles que estão em condições de vulnerabilidade socioeconômica não podem contar com esse princípio nos momentos em que mais precisam, de que serve essa vedação? Na prática, seu uso limita-se ao meramente retórico.

Além disso, ele parece condicionar a normatividade constitucional a uma severa condição de saúde financeira. Se esse princípio já é revisto na Europa no

momento de crise, nossas razões são ainda mais fortes tendo em vista que nossa Carta Magna demonstra expressamente preocupações com a saúde financeira do Estado. Infelizmente, a realidade impõe ao jurista a constatação óbvia, mas de relevante, de que o mundo não pode ser mudado pela força de uma caneta. A simples adoção de um princípio jurídico não muda nossa desigualdade de nossa realidade em si.

Por tudo isso, entende-se que, assim como já vem sendo feito nos seus países de origem, cabe a doutrina e jurisprudência brasileira ter uma visão mais crítica desse artifício jurídico, que pouco ou nada ajuda em mudanças concretas da realidade.

REFERÊNCIAS

BOBBIO, Norberto. *Teoria da norma jurídica*. 5ª ed. São Paulo: Edipro, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 3.105-8, Plenário. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP. Requerido: Congresso Nacional. Relatora Min. Ellen Gracie; Relator do acórdão Min. Cezar Peluso. Brasília, 18 de agosto de 2004. *Diário da Justiça*, Brasília, 18 de fevereiro de 2005.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário: linguagem e método*. 5ª ed. São Paulo: Noeses, 2013.

CROIRIE, Benedita Mac. Os direitos sociais em crise? In: GONÇALVES, Pedro et al. (Coord.). *A crise e o direito público – IV encontro de professores portugueses de direito público*. Lisboa: Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, 2013. p. 33-45.

Disponível em:

<https://www.icjp.pt/sites/default/files/publicacoes/files/ebook_encontrosdp_31out2013a.pdf>. Acesso em: 06 mar. 2017.

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>.

Acesso em: 18 mar. 2017.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação de retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. *Direito e desenvolvimento*, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 216-237, 2015.

QUEIROZ, Luís C. S. *Sujeição passiva tributária*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

_____. *Imposto sobre a renda: requisitos para uma tributação constitucional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. A importância da Constituição para a identificação das espécies tributárias e produção das respectivas normas. In: ABRAHAM, M.; FUX, L.; QUEIROZ, L. C. S. (Orgs.). *Tributação e justiça fiscal*. Rio de Janeiro: Editora GZ, 2014.

ROSS, Alf. *Direito e justiça*. 2ª ed. Bauru: Edipro, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia do direito fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. *Revista eletrônica sobre a reforma do Estado*, Salvador, n. 21, mar./abr./mai. 2010. Disponível em: <<https://www.olibat.com.br/documentos/SARLET.pdf>>. Acesso em: 18 mar. 2017.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. *Direitos fundamentais & justiça*, Porto Alegre, n. 1, p. 171-213, out./dez. 2006.

VILANOVA, Lourival. *As estruturas lógicas e o sistema de direito positivo*. 4ª ed. São Paulo: Noeses, 2010.