

DIREITOS SOCIAIS E SUA EFETIVAÇÃO: Uma Análise a Partir dos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Retrocesso Social

Célia Regina Capeleti

Mestranda em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Pós-graduada em Direito Tributário pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali e em Direito Constitucional pela Universidade Anhanguera. Bacharela em Direito pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Técnica Judiciária Auxiliar do Poder Judiciário de Santa Catarina. Professora no curso de Graduação em Direito do Centro Universitário - Católica de Santa Catarina. [celia.capeleti@tjsc.jus.br](mailto:capeleti@tjsc.jus.br)

Pedro Walter Guimarães Tang Vidal

Mestre em Direito Internacional Econômico e Comercial pela Universidade de Lausanne - Unil. Mestrando em Ciência Jurídica pela Universidade do Vale do Itajaí - Univali. Bacharel em Direito pelo Complexo de Ensino Superior de Santa Catarina - Cesusc. Técnico Judiciário Auxiliar do Poder Judiciário de Santa Catarina. pedro.tang@tjsc.jus.br

Resumo

Por meio de uma perspectiva histórico-constitucional, o presente estudo aborda a problemática da efetivação dos Direitos Sociais na tentativa de resolver o seguinte problema jurídico: Qual é o papel dos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Retrocesso na efetivação dos Direitos Sociais? Para tanto, identifica-se o surgimento e evolução destes direitos no mundo e no Brasil e, com propriedade, debate-se o tratamento doutrinário e jurisprudencial sobre os referidos princípios como mecanismos jurídicos garantidores de Direitos Sociais. Tendo em conta que tais direitos implicam custos e definições de políticas públicas de investimento pelo Estado, considera-se, ao final, que os princípios atuam como balizadores das escolhas do Executivo e do Legislativo: a proporcionalidade de forma prévia; e a Proibição do Retrocesso de forma posterior à implementação dos Direitos Sociais. Utilizou-se, para o desenvolvimento desta pesquisa, o método indutivo, operacionalizado pela técnica da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave

Direitos sociais. Proporcionalidade. Proibição do retrocesso social.

DIREITO em Debate

REVISTA DO DEPARTAMENTO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS DA UNIJUI

<https://www.revistas.unijui.edu.br/index.php/revistadireitoemdebate>

Ano XXV nº 45, jan.-jun. 2016 – ISSN 2176-6622

p. 70-97

**SOCIAL RIGHTS AND ITS EFFECTIVATION:
AN ANALYSIS FROM THE PRINCIPLES OF PROPORTIONALITY AND SEAL BACKTRACKING**

Abstract

Through a historical and constitutional perspective, this study addresses the problem of the enforcement of Social Rights in an attempt to solve the following legal problem: What is the role of the principles of proportionality and Seal Backtracking on the enforcement of Social Rights? To this end, it identifies the emergency and evolution of these rights in the world and in Brazil, and with propriety, it debates the doctrinal and jurisprudential treatment of those principles as legal mechanisms to enforce Social Rights. Taking into account such rights entail costs and public policy settings by State investment, it is considered, in the end, that these principles act as benchmarks for Executive and Legislatives choices: proportionality before; and the Seal Backtracking after the implementation of Social Rights. To the development of this research, it was used the inductive method, operated by the bibliographic research technique.

Keywords

Social rights. Proportionality. Seal backtracking.

Sumário

1 Introdução. 2 Direitos Sociais. 3 Princípio da Proporcionalidade. 4 Princípio da Proibição do Retrocesso Social. 5 Considerações Finais. 6 Referências.

1 INTRODUÇÃO

Com o declínio do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social, os direitos de segunda dimensão ganham espaço nas constituições (Mexicana e Weimar, etc.) e em documentos internacionais (Declaração Universal dos Direitos Humanos), passando a ser consagrados como verdadeiros Direitos fundamentais a serem perseguidos, instituídos, aperfeiçoados e mantidos pelos Estados a fim de propiciar uma vida digna a todos os seres humanos. A efetivação dos Direitos Sociais, que hoje representam um rol extenso nos textos constitucionais, contudo, esbarra em certas limitações, como a escassez de recursos, as crises econômicas e a necessidade de destinar recursos a outras atividades estatais, de modo que o Estado deve se guiar por certos parâmetros a fim de atingir a máxima efetivação dos Direitos fundamentais. Neste viés, o presente trabalho se propõe a solucionar o seguinte problema jurídico: Qual é o papel dos Princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Retrocesso na efetivação dos Direitos Sociais?

Para tanto, o mesmo será desenvolvido em três itens. No primeiro estudar-se-á os Direitos Sociais a partir do seu surgimento até suas características atuais que tornam possível sua proteção e concretização. Em seguida, abordar-se-á o Princípio da Proporcionalidade em seu duplo viés – proibição de excesso e proibição da proteção deficiente –, no intuito de expor qual é o papel do Princípio na efetivação dos Direitos Sociais. Por fim, analisar-se-á o Princípio da Proibição do Retrocesso Social a partir de seu surgimento na Alemanha até o debate doutrinário que ocorre no Brasil sobre sua existência, bem como a forma que é utilizado enquanto limite na efetivação dos Direitos Sociais.

Quanto à Metodologia, o relato dos resultados foi composto na base Lógica Indutiva e foram empregadas as técnicas da Pesquisa Bibliográfica e do Referente.

2 DIREITOS SOCIAIS

A queda da Bastilha em 1789 marcou o fim da Idade Moderna e o início da Idade Contemporânea – segundo a historiografia tradicional – e trouxe, em seu bojo, os ideais da liberdade, igualdade e fraternidade, os quais traduzimos como direitos de primeira, segunda e terceira dimensões respectivamente.

Os ideais da liberdade, que buscam fixar uma esfera de autonomia individual, traduzindo-se na abstenção dos governantes, criando obrigações de não fazer, de não intervir sobre aspectos da vida pessoal (Mendes; Branco, 2013), marcaram profundamente o século 19, o qual é considerado o século do Estado Liberal e das constituições liberais (Bonavides, 2010), uma vez que, nesse século, as declarações de direitos e constituições trouxeram em seu bojo grande camada de direitos fundamentais individuais, políticos e civis, especialmente pelo fato de o povo encontrar-se oprimido politicamente pelo poder absolutista.

Os ideais de igualdade, que se traduzem em direitos sociais e de justiça social, somente vieram a ganhar espaço com o desenvolvimento industrial e a formação de uma classe operária, os quais deixaram evidente a insuficiência das liberdades individuais, ante o poder econômico, pois “de nada adiantava as constituições e leis reconhecerem liberdades a todos, se a maioria não dispunham [...] de condições materiais para exercê-las” (Silva, 2005, p. 159).

Diante disso, ainda no século 19, quando o Estado Liberal está em seu auge, começa a surgir o Estado Social,¹ e os direitos de segunda dimensão, ou seja, os direitos que, em regra,² demandam uma prestação positiva do Estado, começam a ganhar espaço nas constituições.

¹ Segundo Paulo Bonavides, as duas colunas de sustentação teórica do Estado Social foram levantadas durante o Século 20 pelos pensadores do Socialismo Utópico e do Socialismo Científico. In: Bonavides, Paulo. *Teoria Geral do Estado*. 2010. p. 49. Ainda sobre o Estado Social: Bonavides, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001. p. 143 et seq.

² Falamos em regra por ser esta uma característica que predomina nos direitos sociais, porém insta salientar que tais direitos também podem apresentar um componente negativo, conforme leciona Canotilho: “[...] o direito do trabalho não consiste apenas na obrigação do Estado de criar ou de contribuir para criar postos de trabalho [...], antes implica também a obrigação de o Estado se abster de impedir ou limitar o acesso dos cidadão ao trabalho (liberdade de acesso aos trabalho); o direito à saúde não impõe ao Estado apenas o dever de atuar para constituir o Serviço Nacional de Saúde e realizar as prestações de saúde [...], antes impõe igualmente que se abstenha de atuar de modo a prejudicar a saúde dos cidadãos.” In: Canotilho. José Joaquim Gomes; Moreira, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 127.

A Constituição Mexicana de 1917 foi a primeira a sistematizar um conjunto de Direitos Sociais do homem, contudo restrita “ao critério de participação estatal na ordem econômica e social, sem romper, assim, em definitivo, com o regime capitalista” (Silva, 2005, p. 160)

No ano de 1919 a Constituição de Weimar foi a segunda constituição a proclamar Direitos Sociais como direitos fundamentais dos alemães. Em 1948 a Assembleia Geral das Nações Unidas adotou e proclamou a Declaração Universal dos Direitos Humanos,³ na qual apontou como ideal comum a ser atingido por todos os povos e nações inúmeros Direitos Sociais, especialmente a partir de seu artigo 23.

No Brasil, a primeira Constituição a tratar dos Direitos Sociais foi a de 1934, a qual, sob forte influência da Constituição de Weimar, indicava, já em seu preâmbulo,⁴ a intenção de assegurar ao povo brasileiro o bem-estar social e econômico. A referida carta constitucional abordou a temática dos Direitos Sociais especialmente nos Títulos IV (Da Ordem Econômica e Social) e V (Da Família, da Educação e da Cultura).

No Título IV⁵ dispôs especialmente sobre garantias relacionadas aos direitos dos trabalhadores: condições de trabalho, salário, jornada de trabalho, repouso semanal, férias, indenização por dispensa sem justa causa, assistência médica ao trabalhador e à gestante, previdência, reconhecimento das convenções coletivas de trabalho, entre outros.

³ *Declaração Universal dos Direitos Humanos*: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

⁴ “Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembleia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que *assegure à Nação* a unidade, a liberdade, a justiça e o *bem-estar social e econômico*, decretamos e promulgamos a seguinte”. In: Brasil. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016. Destaque nosso.

⁵ Brasil. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 16 de julho de 1934. Artigos 121 a 143.

No Título V⁶ estabeleceu a educação como direito de todos e obrigação do Estado em todos os níveis, o qual, além de fixar o Plano Nacional de Educação, coordenar e fiscalizar sua execução, devia assegurar o acesso gratuito ao ensino. Sabe-se que a Constituição de 1934 teve uma vida breve e que grande parte dos Direitos Sociais previstos não chegaram a ser efetivados, porém representou a inclusão do Estado brasileiro em um sistema jurídico inspirado pelos Direitos Sociais e Econômicos. As constituições brasileiras que se seguiram, apesar de trazerem em seu texto um capítulo dedicado à ordem econômica e social – 1937 (artigos 135-155), 1946 (artigos 145-162) e 1967/69 (artigos 157-166) –, não abordaram a temática dos Direitos Sociais de forma mais ampliada, especialmente por se tratarem de cartas autoritárias que apresentavam como objetivo maior a legitimação e manutenção no poder dos governantes ditatoriais.

Com a redemocratização, a Constituição de 1988, que traz em seu preâmbulo⁷ a intenção de instituir um Estado Democrático que assegure os Direitos Sociais, apresentou os valores sociais do trabalho e da livre-iniciativa como um dos fundamentos da República (artigo 1º, IV); estabeleceu entre os objetivos fundamentais a serem alcançados pelo Estado brasileiro a construção de uma sociedade justa, com a erradicação da pobreza e da marginalização, com a redução das desigualdades sociais (artigo 3º); ademais, no Título VII, que trata da ordem econômica e financeira, aduziu que «a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social» (artigo 170, *caput*), estando evidente a preocupação do constituinte com a busca pela construção da Justiça social.

⁶ Brasil. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 16 de julho de 1934. Artigos 148 a 158.

⁷ “Nós, representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte *para instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça* como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, promulgamos, sob a proteção de Deus, a seguinte CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL.” In: Brasil. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 jan 2016. Destaque nosso.

Além disso, a Constituição de 1988 trouxe em seu texto um rol extenso de Direitos Sociais, que contempla a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados.⁸ Ao lado desse rol de Direitos Sociais, a Constituição Cidadã ampliou o direito de acesso à Justiça por meio da criação de vários mecanismos de controle das omissões legislativas, como o mandado de injunção (artigo 5º, LXXI) e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão (artigo 103, §2º), deixando clara sua preocupação com a formulação de políticas públicas destinadas a atender as determinações constitucionais.

Para além das meras previsões em textos constitucionais, a questão que envolve o grau de normatividade dos Direitos Sociais passou por várias fases ao longo do tempo, tendo, em um primeiro momento, sido considerado de baixa normatividade e de eficácia duvidosa, posto que, por sua própria natureza, exigem determinadas prestações materiais do Estado⁹ baseadas na disponibilidade de recursos (Bonavides, 2007).

O grau de normatividade dos Direitos Sociais, contudo, passou a ser considerado alto, uma vez que seu conteúdo é essencialmente inerente à dignidade da pessoa humana, posto que são meios para sua proteção e efetivação, de onde evidencia-se a fundamentalidade material dos Direitos Sociais, ou seja, a possibilidade de considerá-los verdadeiros Direitos fundamentais.

Há quem defenda a inexistência de fundamentalidade dos Direitos Sociais, estando a mesma reduzida ao mínimo existencial:

Parece-nos que a jusfundamentalidade dos direitos sociais se reduz ao mínimo existencial, em seu duplo aspecto de proteção negativa contra a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas e de proteção positiva consubstanciada na entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres (Torres, 2008, p. 41).

⁸ Conforme o artigo 6º que foi alterado pela Emenda Constitucional n. 90 de 15/9/2015, para incluir o transporte como direito social.

⁹ Neste sentido, ver também a “Teoria dos *Status*” de George Jelinek, referenciada por Robert Alexy em sua Teoria dos Direitos Fundamentais. Ao mencionar a referida teoria, Robert Alexy apresenta o *status* positivo dos titulares dos Direitos Sociais, no sentido de conferir ao indivíduo um *status* cívico que busca garantias de pretensões e de meios jurídicos para obtenção de direitos a algo em face do Estado. Ainda, define-se como a capacidade protegida juridicamente para exigir prestações positivas do Estado. In: Alexy, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. Título original: *Theorie der Grundrechte*. p. 263-264.

Nesse sentido, o grau de fundamentalidade dos Direitos Sociais é diminuído a uma fração mínima do seu conteúdo, de modo que estariam subordinados a questões orçamentárias e ideológicas, sem nenhuma força normativa. Por outro lado, a defesa da fundamentalidade dos Direitos Sociais parte da afirmação de que eles são a extensão dos direitos individuais, políticos e civis, sendo, portanto, direitos fundamentais.

Para além disso, é possível afirmar que os Direitos Sociais são pressupostos dos direitos individuais, políticos e civis, e sua efetivação possibilita aos seres humanos um nível razoável de dignidade, pois “observa-se que ‘os direitos fundamentais sociais’ [...] instituídos constitucionalmente são imprescindíveis à institucionalização real dos direitos fundamentais referentes à liberdade civil e à participação política” (Neves, 2011, p. 77-78).

Como Direitos fundamentais, os Direitos Sociais são dotados de certas características que tornam possíveis sua proteção e concretização, tais como: a) ter poder normativo potencializado, pois se tratam de normas de hierarquia superior, seja pelo *status* de normas constitucionais, seja por sua importância axiológica; b) ter irrevogabilidade, uma vez que podem ser considerados cláusulas pétreas e como tais não podem ser eliminados;¹⁰ c) ter aplicabilidade imediata;¹¹ d) vincular os poderes públicos limitando e ordenando sua atuação no sentido de respeitarem e buscarem sua concretização; e) serem exigíveis, mesmo na ausência de regulamentação pelo Poder Legislativo, diante de sua normatividade potencializada e do seu alto teor de juridicidade.¹²

¹⁰ CRFB/88, artigo 60 [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV – os direitos e garantias individuais.

¹¹ CRFB/88, artigo 5º [...] § 1º As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.

¹² Ressalva-se que há grande debate sobre a justiciabilidade dos Direitos Sociais na doutrina, podendo ser destacados os Estudos realizados por: Ghisleni, Giancarlo Maturano; Dal Ri, Luciene. *A progressiva efetividade dos direitos sociais no ordenamento brasileiro. Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, v. 7, n. 1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>. Acesso em: 5 jul. 2015. p. 711/712 e Cirne Lins, Liana. *A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

Mesmo tendo sua fundamentalidade reconhecida, com caráter de imediatidade e exigibilidade, entretanto, a questão que envolve a efetivação dos Direitos Sociais é deveras tormentosa. Isso porque seu estabelecimento e proteção envolvem, de forma direta ou indireta, a utilização de recursos humanos e materiais. Neste viés, é possível afirmar que a efetivação dos Direitos Sociais depende diretamente da formulação de políticas públicas baseadas na disponibilidade de recursos econômicos, de onde seria possível afirmar que as normas referentes a Direitos Sociais são normas programáticas (Mendes; Branco, 2013).

Ademais, diante do imenso rol de Direitos Sociais a serem efetivados e da escassez de recursos econômicos, tem o Estado, especialmente o Estado-Administrador e o Estado-Legislador, o papel de definir quais políticas públicas serão instituídas e, posteriormente, mantidas e aperfeiçoadas. É evidente que a atuação do Estado deve observar certos critérios, tais como “o número de cidadãos atingidos pela política eleita, a efetividade e eficácia do serviço a ser prestado, a maximização dos resultados” (Mendes; Branco, 2013, p. 608), bem como certos princípios que servem como balizadores da conduta estatal. Neste rumo, nos propomos a analisar o papel do Princípio da Proporcionalidade como meio para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais e para o respeito ao Princípio da Dignidade Humana, especialmente no seu duplo viés da proibição de excesso (*übermassverbot*) e da proibição da proteção deficiente (*untermassverbot*), bem como o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, como garantidor dos Direitos Sociais já conquistados, em decorrência da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos.

3 PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

O Princípio da Proporcionalidade originou-se em dois sistemas diversos: a doutrina do devido processo legal substantivo do Direito norte-americano e o princípio da proporcionalidade do Direito alemão. No Direito americano, a Proporcionalidade surgiu como um princípio que servia de parâmetro para o controle de constitucionalidade, uma vez que o Judiciário, por meio dele, passou a efetuar controle de mérito sobre a discricionariedade legislativa. Na Alemanha, por sua vez, o princípio se originou no âmbito do Direito administrativo, como limite à discricionariedade administrativa, trazendo em si a ideia de uma relação racional entre os meios e os fins; foi a jurisprudência alemã que subdividiu o princípio da Proporcionalidade nos três subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (Barroso, 2015).

Com relação ao fundamento¹³ e à dimensão normativa,¹⁴ o referido princípio é relacionado com os Direitos Fundamentais e hodiernamente, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, com o direito ao Devido Processo Legal.¹⁵

¹³ Com relação aos fundamentos do Princípio da Proporcionalidade, Gilmar Mendes aborda as teses de Robert Alexy, que os relaciona com os Direitos Fundamentais, com o poder de polícia, sustentada por autores alemães, bem como com um direito suprapositivo; ainda, os estudos de Schlink, que os define como postulado geral do direito; e a tese da jurisprudência da Corte alemã que os analisa no contexto do Estado de Direito e os fundamenta a partir dos Direitos Fundamentais. Posteriormente, aborda a evolução da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal no sentido de fundamentar o princípio da proporcionalidade, inicialmente com a doutrina do Excesso de Poder; em seguida fundamentada como elemento integrante dos Direitos Fundamentais; e, hodiernamente, na jurisprudência mais recente, migrada dos Direitos Fundamentais para se constituir em elemento do direito ao Devido Processo Legal. In: Mendes, Gilmar Ferreira; Branco. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, 2010. p. 217.

¹⁴ Canotilho, referindo-se ao artigo 18, §2º e 266, §2º, da Constituição Portuguesa, o define como princípio normativo. In: Canotilho, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 272.

¹⁵ “O princípio da proporcionalidade, também denominado do devido processo legal em sentido substantivo, ou, ainda, princípio da proibição do excesso, constitui uma exigência positiva e material relacionada ao conteúdo de atos restritivos de direitos fundamentais, de modo a estabelecer um “limite do limite” ou uma “proibição de excesso” na restrição de tais direitos. A máxima da proporcionalidade, na expressão de Alexy, coincide igualmente com o chamado núcleo essencial dos direitos fundamentais concebido de modo relativo – tal como o defende o próprio Alexy. Nesse sentido, o princípio ou máxima da proporcionalidade determina o limite último da possibilidade de restrição legítima de determinado direito fundamental. A par dessa vinculação aos direitos fundamentais, o princípio da proporcionalidade alcança as denominadas colisões de bens, valores ou princípios constitucionais. Nesse contexto, as exigências do princípio da proporcionalidade representam um método geral para a solução de conflitos entre princípios, isto é, um conflito entre normas que, ao contrário do conflito entre regras, é resolvido não pela revogação ou redução teleológica de uma das normas conflitantes nem pela explicitação de distinto campo de aplicação entre normas, mas antes e tão somente pela ponderação do peso relativo de cada uma das normas em tese aplicáveis e aptas a fundamentar decisões em sentidos opostos. Nessa última hipótese, aplica-se o princípio da proporcionalidade para estabelecer ponderações entre distintos bens constitucionais. Em síntese, a aplicação do princípio da proporcionalidade se dá quando verificada a restrição a determinado direito fundamental ou um conflito entre distintos princípios constitucionais, de modo a exigir que se estabeleça o peso relativo de cada um dos direitos por meio da aplicação das máximas que integram o mencionado princípio da proporcionalidade. São três as máximas parciais do princípio da proporcionalidade: a adequação, a necessidade e a proporcionalidade em sentido estrito. [...] Registre-se, por oportuno, que o princípio da proporcionalidade aplica-se a todas as espécies de atos dos poderes públicos, de modo que vincula o legislador, a administração e o judiciário, tal como lembra Canotilho (*Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2. ed. Coimbra, Almedina, 2003. p. 264).” In: Brasil. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal n. 2.915*. Partes Requerentes: Nair de Andrade e Outros Requerido: Estado de São Paulo. Relator: Ministro Gilmar Mendes. Brasília 28 de novembro de 2003. Disponível em: <www.stj.jus.br>. Acesso em: 17 nov. 2015.

Neste debate acerca da natureza da Proporcionalidade, Robert Alexy se dedica a estudar a estrutura das normas dos Direitos fundamentais a partir da distinção entre regras e princípios. Nesta senda, aborda a “conexão estreita” entre a teoria dos princípios e a máxima da Proporcionalidade e distingue mandamentos de otimização em face de possibilidades jurídicas (Proporcionalidade) de mandamentos de otimização diante de possibilidades fáticas (necessidade e adequação), afirmando que a Proporcionalidade é dedutível do caráter principiológico dos Direitos fundamentais. Para o autor alemão, a fundamentação da máxima da proporcionalidade, a partir das normas de Direitos fundamentais, não exclui fundamentações tais como a do Estado de Direito, da jurisprudência e da justiça, indicando-as como reforços para “fundamentação a partir dos direitos fundamentais” (Alexy, 2012, p. 116-120).

Em suas considerações preliminares sobre o Princípio da Proporcionalidade, Gilmar Mendes o conceitua como um ato de censura sobre a adequação e a necessidade de atos legislativos, aferindo-se a compatibilidade deles com os fins constitucionalmente previstos:

É possível que o vício de inconstitucionalidade substancial decorrente do excesso de poder legislativo constitua um dos mais tormentosos temas de controle de constitucionalidade hodierno. Cuida-se de aferir a compatibilidade da lei com os fins constitucionalmente previstos ou de constatar a observância do princípio da proporcionalidade (*Verhältnismäßigkeitsprinzip*), isto é, de se proceder à censura sobre a adequação e a necessidade do ato legislativo (Mendes; Branco, 2013, p. 217).

Desta forma, para o autor, o excesso de poder do legislador enseja a censura judicial da discricionariedade legislativa e realça que a questão jurídica de aferição judicial não é a conveniência e a oportunidade, tampouco o mérito do ato legislativo, mas os limites da liberdade do legislador. A discricionariedade do legislador é restrita aos limites da Constituição. Por outro lado, o dever de legislar contempla, ao mesmo tempo, “[...] assegurar uma proteção suficiente dos Direitos Fundamentais (*Üntermassverbot*)” (Mendes; Branco, 2013, p. 217).

Ao destacar algumas aplicações concretas de princípios constitucionais, Luís Roberto Barroso (2015), ao seu turno, trata do conteúdo do princípio da Proporcionalidade em nota especial e o identifica com o princípio da razoabilidade, no sentido de conferir ao intérprete um parâmetro de Justiça e, mais comumente, um papel instrumental da interpretação de outras normas.

No que diz respeito ao campo de aplicação, Joaquim José Gomes Canotilho (2003) esclarece que todas as espécies de atos do poder público estão a ele sujeitos, ou seja, tanto o Legislativo, quanto o Executivo e o Judiciário estão vinculados ao Princípio da Proporcionalidade, e destaca que ele assume relevância na discussão dos requisitos de adequação dos meios e da Proporcionalidade em sentido estrito no âmbito da liberdade de conformação do legislador e, por conseguinte, dos tribunais na análise desta liberdade. Quanto à administração, as exigências da proibição do excesso e sua observância são necessárias, sobretudo, nos casos que dispõem espaços de discricionariedade e livre-decisão.

Com relação aos elementos do Princípio da Proporcionalidade, Gilmar Mendes (Mendes; Branco, 2013) identifica, a partir da doutrina da proibição do excesso (*Übermassverbot*), os subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. A doutrina da proibição do excesso se erige, neste sentido, mediante a contraditoriedade, incongruência e irrazoabilidade entre meios e fins. Desta forma, deve-se apreciar não somente admissibilidade constitucional, mas também a necessidade e a adequação, ou seja, a compatibilidade da providência legislativa com o princípio da Proporcionalidade.¹⁶

¹⁶ Neste sentido salutaros os destaques feitos por Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco sobre Proibição do Excesso na Jurisprudência e Doutrina alemã e na Jurisprudência Portuguesa, vejamos: “O Estado de Direito proíbe leis restritivas e inadequadas à consecução dos fins.” (BVerfGE, 30:250); “Os meios utilizados pelo legislador devem ser adequados e necessários à consecução dos fins visados. O meio é adequado se, com sua utilização, o evento pretendido pode ser alcançado; é necessário se o legislador não dispõe de outro meio eficaz, menos restritivo aos direitos fundamentais” (BVerfGE 30:392 (316), 39:210(230-1); “os meios adequados pressupõem decisão de índole política, econômica e social” (Schneider, *Zur Verhältnismässigkeitskontrolle...*, in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit. p. 398); “a inadequação pode ser constatadas em casos raros e especiais” (Schneider, *Zur Verhältnismässigkeitskontrolle...*, in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit. p. 398); “uma lei é inconstitucional por ferir ao princípio da proporcionalidade se houver medidas menos lesivas” (Schneider, *Zur Verhältnismässigkeitskontrolle...*, in Starck, *Bundesverfassungsgericht*, cit. p. 399-400)”. “A lei só pode restringir os direitos, liberdade e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos” (Canotilho, *Direito Constitucional*, cit. 1995. p. 447). In: Mendes, Gilmar Ferreira; Branco, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 225-226.

Segundo o autor, esta exigência converte o princípio da reserva legal em reserva legal proporcional, pois pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados, mas também a *Adequação* destes meios para consecução dos objetivos pretendidos e a *Necessidade* de sua utilização. (Mendes, 2010).

Neste sentido, a Adequação é identificada quando as medidas interventivas adotadas se mostram aptas a atingir os objetivos pretendidos. Assim, o meio pode ser “simplesmente inadequado”, “objetivamente inadequado”, “manifestamente inadequado”, “fundamentalmente inadequado” ou “se com sua utilização o resultado pretendido pode ser estimulado” (Mendes; Branco, 2013, p. 226).

A Necessidade, por sua vez, é identificada quando nenhum outro meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos. Segundo Gilmar Mendes, o teste da necessidade tem valor maior que o da adequação. Assim, o teste de Adequação influencia a análise da Proporcionalidade quando o teste de Necessidade resulta positivo, pois apenas o que é adequado pode ser necessário, mas o que é necessário não pode ser inadequado. Se, portanto, negativo o teste de Necessidade, o resultado do teste de Adequação será indiferente (Mendes; Branco, 2013, p. 227).

Por fim, a Proporcionalidade em Sentido Estrito seria a sintonia fina entre o significado da intervenção e os objetivos perseguidos pelo legislador, indicando a necessidade de sua revisão ou não.

Ao lado da proibição do excesso, também aponta-se o princípio da proteção insuficiente. Desta forma, a proteção insuficiente decorre de uma análise do elemento “proporcionalidade em sentido estrito”. Assim:

[...] se o Estado nada faz para atingir um dado objetivo para o qual deva enviar esforços, não parece que esteja a ferir o princípio da proibição da insuficiência, mas sim um dever de atuação decorrente de dever de legislar ou de qualquer outro dever de proteção. [...] “a conceituação de uma conduta estatal como insuficiente (*untermässig*), porque ela não se revela suficiente para uma proteção adequada e eficaz”, nada mais é, do ponto de vista metodológico, do que considerar referida conduta como desproporcional em sentido estrito (*unverhältnismässig im engeren Sinn*) (Mendes; Branco, 2013, p. 227-228).

O princípio da proteção deficiente é referenciado por José Joaquim Gomes Canotilho como “proibição por defeito” ou “insuficiência de proteção”, e se revela, segundo o autor, quando as entidades sobre quem recai um dever de proteção adotam medidas insuficientes para garantir proteção aos Direitos fundamentais. Realça ainda que a verificação da insuficiência da juridicidade estatal deve ser sopesada com as posições jurídicas ameaçadas e o perigo de lesão de Direitos fundamentais:

O sentido mais geral da proibição do excesso é, como se acaba de ver, este: evitar cargas coactivas excessivas ou actos de ingerência desmedidos na esfera jurídica dos particulares. Há porém, um outro lado da protecção que, em vez de salientar o excesso, releva a *proibição por defeito* (*Untermassverbot*). Existe um *defeito de protecção* quando as entidades sobre quem recai um dever de protecção (*Schutzpflicht*) adoptam medidas insuficientes para garantir uma protecção constitucionalmente adequada dos direitos fundamentais (Canotilho, 2003, p 273, destaques no original).¹⁷

Tecidas as considerações conceituais acerca dos fundamentos, dimensão normativa, elementos e campo de aplicação do Princípio da Proporcionalidade, cumpre destacar o papel deste princípio como meio para efetivação dos Direitos Sociais. Para tal desiderato, cumpre retornar ao item 2 do presente artigo, que aborda os Direitos Sociais e os identifica historicamente com a queda da Bastilha em 1789 e o reconhecimento do Direito de Igualdade; posteriormente, relaciona-se a queda do Estado Liberal e o surgimento do Estado Social no final do século 19 com a evolução constitucional no Brasil, influenciada pela inclusão sistemática de Direitos

¹⁷ “Podemos formular esta ideia usando uma formulação positiva: o estado deve adoptar medidas suficientes, de natureza normativa ou de natureza material, conducente a uma protecção adequada dos direitos fundamentais. A verificação de uma insuficiência de juridicidade estatal deverá atender à natureza das posições jurídicas ameaçadas e à intensidade do perigo de lesão de direitos fundamentais. O controlo da insuficiência pressupõe a verificação “se a protecção satisfaz as exigências mínimas na sua eficiência e se os bens jurídicos e interesses contrapostos não estão sobreavaliados” (Canaris). É neste contexto que se discute, por exemplo se a protecção do feto – protecção da vida – exige criminalização da interrupção da gravidez ou se o livre-desenvolvimento da personalidade dos jovens impõe a criminalização do trabalho infantil (cfr. Art. 69. §3º)”. In: Canotilho, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2003. p. 273.

Sociais nas constituições Mexicana e Weimar, até a promulgação da Constituição de 1988 e seu extenso rol de Direitos Sociais; e, por fim, a problemática acerca da fundamentabilidade dos Direitos Sociais e o custo de sua inserção e efetivação.

José Joaquim Gomes Canotilho (2003) dedica-se ao estudo do Princípio da Proporcionalidade e efetivação da igualdade por meio de uma “Metódica de Controle do Princípio da Igualdade”. Para o autor, determinar quando há um tratamento justo de igualdade ou desigualdade não é uma tarefa fácil.

Definindo a metódica, o autor menciona a necessidade de se recorrer às (i) *situações de fato* para identificar as pessoas, objetos e situações que merecem ser comparadas como iguais; e (ii) os *critérios* ou *medidas materiais* que devem ser tratados de forma igual ou desigual (Canotilho, 2003, p. 1.295).

Realizada a identificação, deve o intérprete responder a “perguntas de controle” de modo a identificar, objetivamente, se existe ou não uma situação de igualdade ou desigualdade com relevância constitucional (Canotilho, 2003, p. 1.296-1.297).

Caso afirmativa a existência de uma situação de igualdade de tratamento com relevância constitucional, o intérprete deve identificar se há um tratamento desigual constitucionalmente pertinente e, se afirmativo, se este tratamento desigual possui uma razão material suficiente; por fim, se não houver uma razão material suficiente, a conclusão é de que existe uma regulação arbitrária injustamente discriminatória (Canotilho, 2003, p. 1.297).

De outro lado, caso negativa a existência de uma situação de fato de desigualdade de tratamento relevante constitucionalmente, deve o intérprete avaliar se os pressupostos de desigualdade foram tratados constitucionalmente pelas autoridades públicas; ademais, caso tenham sido tratados desigualmente de forma jurídico-constitucional, se existe um fundamento material para a igualdade de tratamento de situações desiguais; se não houver fundamento, verifica-se uma violação do princípio da igualdade (Canotilho, 2003, p. 1.297).

Ao lado da metódica constitucional e das perguntas de controle de constitucionalidade de medidas públicas a partir do princípio da igualdade, José Joaquim Gomes Canotilho identifica no Princípio da Proporcionalidade um reforço de fundamentação e controle de excesso de restrição de direitos fundamentais. Desta forma, deve o intérprete identificar a análise da legitimidade do fim do tratamento

desigualitário, a adequação e a necessidade deste tratamento para consecução deste fim e a Proporcionalidade do tratamento desigual relativamente aos fins obtidos. O autor visa, com a Metódica e o Princípio da Proporcionalidade, em suma, a identificar se o tratamento desigual é adequado e exigível para alcançar um determinado fim e se este fim é tão importante que possa justificar uma desigualdade de tratamento em sentido normativo (Canotilho, 2003, p. 1.297-1.298).

Ao final, José Joaquim Gomes Canotilho¹⁸ ilustra a utilização da metódica de controle da igualdade e do Princípio da Proporcionalidade com jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, realçando que aquela Corte controla o princípio da igualdade em torno de três princípios: o princípio da proibição do arbítrio, o princípio da proibição de discriminações e o princípio da obrigação de diferenciações.¹⁹

Desta feita, é possível afirmar que o Princípio da Proporcionalidade, na condição de parâmetro para a efetivação dos Direitos Sociais, atua como orientador das escolhas dos Poderes Públicos. O Executivo deve observá-lo na elaboração e instituição de Políticas Públicas, a fim de que estas sejam instrumentos para a efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, observando os critérios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito, pois, se de um lado os recursos são escassos, de outro o Administrador deve fazer escolhas que otimizem

¹⁸ O autor português faz referência ao julgado 644/94 do Tribunal Constitucional Português, que tratou de violação ao princípio da igualdade pelo artigo 69 do Código de Processo do Trabalho que permitia a “*Condenação extra vel ultra petitem*”. In: Canotilho, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2003. p. 1298.

¹⁹ “O âmbito de protecção do princípio consagrado no artigo 13º da Constituição abrange na nossa ordem constitucional diversas dimensões: (a) proibição do arbítrio, sendo inadmissíveis, quer diferenciações de tratamento sem qualquer justificação razoável, de acordo com critérios de valor objectivos, constitucionalmente relevantes, quer a identidade de tratamento para situações manifestamente desiguais; (b) proibição de discriminação, não sendo legítimas quaisquer diferenciações de tratamento entre os cidadãos baseadas em categorias meramente subjectivas ou em razão dessas categorias; (c) obrigação de diferenciação, como forma de compensar a desigualdade de oportunidades, o que pressupõe a eliminação, pelos poderes públicos, de desigualdades fácticas de natureza social, económica e cultural. A proibição do arbítrio constitui um limite externo da liberdade de conformação ou de decisão dos poderes públicos, servindo o princípio da igualdade como princípio negativo do controle. Todavia, a vinculação jurídicomaterial do legislador a este princípio não elimina a liberdade de conformação legislativa, pois lhe pertence, dentro dos limites constitucionais, definir ou qualificar as situações de facto ou as relações da vida que hão de funcionar como elementos de referência a tratar igual ou desigualmente. Só existe violação do princípio da igualdade enquanto proibição de arbítrio quando os limites externos da discricionariedade legislativa são afrontadas por carência de adequado suporte material para a medida legislativa adoptada.” In: Portugal. Tribunal Constitucional. *Acórdão 644/94*. Sem o nome das partes. Relator: Monteiro Diniz. Lisboa, 13 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940644.html>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

sua utilização. O Legislativo, da mesma forma, deve observar a Proporcionalidade na elaboração das regras necessárias à efetivação dos Direitos Sociais, especialmente levando em conta que grande parte desses direitos são normas de eficácia limitada. O Judiciário, como controlador dos atos do Administrativo e do Legislativo, deve considerar a Proporcionalidade como critério para aferir a constitucionalidade de tais atos verificando a adequação da medida, ou seja, se os meios utilizados são os mais adequados segundo os critérios da necessidade e de menor afetação de outros direitos correlatos ou tangencialmente afetados pela medida.

4 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O princípio da Proibição do Retrocesso Social originou-se com a teoria de irreversibilidade desenvolvida por Konrad Hesse em 1978, quando a Alemanha atravessou período de dificuldade econômica agravada pelo agigantamento do Estado Social, o que gerou forte discussão sobre a legitimidade de restringirem-se e/ou suprimirem-se benefícios sociais assegurados aos cidadãos.

O debate em torno da irreversibilidade dos direitos fundamentais foi lá intensificado, sobretudo, porque, diferentemente de outros sistemas constitucionais, a Lei Fundamental de Bonn não previu expressamente nenhum Direito fundamental social, e o desenvolvimento desse princípio foi uma tentativa de resposta e de defesa dos críticos (Novais, 2010).

Konrad Hesse (2009, p. 24), com sua *Nichtumkehrbarkeitstheorie*²⁰, parte da afirmação de que não se pode induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente da Constituição, contudo, efetuadas as regulamenta-

²⁰ Teoria apresentada nos capítulos iniciais da obra Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha (Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland), publicada em 1978 pelo autor alemão Konrad Hesse e posteriormente editados na coletânea organizada por Pedro Cruz Villalón, Escritos de Derecho Constitucional - Selección, a partir da qual foram traduzidos para o português pelo Professor Inocêncio Mártires Coelho, na obra “*Temas Fundamentais de Direito Constitucional*” citada nas referências deste artigo. Neste sentido, Konrad Hesse destaca que: “Também resultaria, ao menos parcialmente, em uma abolição se se permitisse um enfraquecimento dos direitos fundamentais, como se admitiu sob a Constituição de Weimar. A Lei Fundamental só se pode modificar por meio de uma lei destinada expressamente a completar ou reformar seu texto (art. 79.1 GG). Com isso, fica excluído o enfraquecimento dos direitos fundamentais: as leis não podem apartar-se de um direito fundamental nem sequer quando tenham sido aprovadas com a maioria necessária para uma reforma constitucional. Ao contrário do estabelecido pelo art. 48.2 da Constituição de Weimar, a Lei Fundamental tampouco permite derrogação provisória de direitos fundamentais em situações de emergência nacional interna ou externa. Para garantir o ordenamento constitucional livre e democrático, a Lei Fundamental só prevê a possibilidade de perda de determinados direitos fundamentais (art. 18 GG). Isso só se pode obter frente a pessoas determinadas e mediante declaração do Tribunal Constitucional.” (HESSE, 2009, p. 24)

ções, emitidas as leis, qualquer medida que importe em regressão será considerada inconstitucional, pois resultará em reversão de uma conquista social já alcançada (Netto, 2010, p. 101-102).

O Tribunal Constitucional Federal alemão acolheu a teoria da irreversibilidade afirmando que “o Legislador não pode simplesmente dismantelar o sistema de Seguridade Social, não pode eliminar o que seja vital para as pessoas que dele dependam e sobre ele programam sua existência” (Netto, 2010, p. 102).

Em Portugal destacam-se os estudos realizados por José Joaquim Gomes Canotilho sobre o tema. Ele ensina que o Princípio da Proibição do Retrocesso decorre diretamente da ideia da constituição dirigente, ou seja, aquela “entendida como o bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições. A constituição dirigente aproxima-se, pois, da noção de constituição programática” (Canotilho, 2001, p. 224).

Para ele, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social dispõe que os Direitos Sociais, uma vez obtido determinado grau de realização, passam a constituir tanto uma garantia institucional quanto um direito subjetivo, limitando a reversibilidade dos direitos adquiridos, o que violaria o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural.²¹

O Tribunal Constitucional da República Portuguesa acolheu e aplicou o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, e dois casos são amplamente conhecidos: os acórdãos 39/84²² e 509/02.²³

²¹ A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reacionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (exemplo: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social [...]. In: Canotilho, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e Teoria da Constituição*. 2003. p. 468-469.

²² Portugal. Tribunal Constitucional. *Acórdão 39/84*. Requerente: Presidente da República. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 28 de outubro de 1982. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

²³ Portugal. Tribunal Constitucional. *Acórdão 509/02*. Requerente: Presidente da República. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Lisboa, 22 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

No primeiro, acórdão 39/84, sob a relatoria de Vital Moreira, o Tribunal Português declarou inconstitucional o artigo 17 do Decreto-Lei n. 254/82, de 29 de junho, que revogava os artigos 18 a 61, 64 e 65 da Lei 56.779, de 15 de setembro, que organizava o Serviço Nacional de Saúde, uma vez que considerou que o Serviço de Saúde é uma garantia institucional da realização do direito à saúde e que, criado por lei, passa a ter sua existência garantida constitucionalmente.²⁴

No segundo caso, acórdão 509/02, relatado por Luís Nunes de Almeida, o Tribunal Português declarou inconstitucional do artigo 4º, n. 1, do Decreto da Assembleia da República n. 18/X, que procedia à revogação do rendimento mínimo garantido previsto na Lei n. 19-A/96 de 29 de junho, por considerar que este teria excluído pessoas do rendimento de inserção sem previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção, retrocedendo em grau de realização já alcançado o Direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse Direito.

No Brasil, assim como na Alemanha e em Portugal, não há previsão expressa do Princípio da Proibição do Retrocesso Social em nenhum instrumento normativo, porém vários doutrinadores têm se debruçado sobre o assunto, alguns para defender sua existência e aplicação, outros para afastá-la. Entre os principais defensores do referido princípio em solo nacional, podemos destacar Ingo Sarlet, Flávia Piovesan, Lênio Luiz Streck e Luis Roberto Barroso.

²⁴ “Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.” In: Portugal. Tribunal Constitucional. *Acórdão 39/84*. Requerente: Presidente da República. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <<http://www.tribunal-constitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009), partindo dos princípios da Segurança Jurídica, da Dignidade da Pessoa Humana, da Proteção da Confiança, sustenta que a Proibição de Retrocesso Social está relacionada a uma eficácia negativa das normas constitucionais, ou seja, “o que está em causa é a possibilidade de, com base nas normas de direitos sociais, reconhecer posições subjetivas de caráter defensivo (negativo), no sentido de proibições de intervenção ou mesmo proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas.”

Flávia Piovesan (2002) defende que a mera observância do Princípio da Aplicação Progressiva dos Direitos Sociais implica existência entre nós do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

Lênio Luiz Streck igualmente defende a existência do Princípio da Proibição do Retrocesso Social ao afirmar que, “mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais [...], retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade” (2003, p. 53).

Luís Roberto Barroso sustenta que, mesmo não estando expresso em nosso ordenamento jurídico, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social decorre de nosso sistema jurídico-constitucional, pois, uma vez que uma lei regulamente um determinado mandamento constitucional instituindo um direito, este passa a se incorporar ao patrimônio jurídico dos cidadãos e, portanto, não pode ser suprimido de forma arbitrária. Assim, “uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição” (2001, p. 158-159).

A Teoria da Reserva do Possível é apontada por alguns estudiosos como a principal objeção ao Princípio da Proibição do Retrocesso. A referida teoria teve origem na Alemanha, a partir dos anos 70, quando o Tribunal Constitucional Alemão julgou a ação ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha na época. Segundo os autores da demanda, a ausência de vagas nas universidades estava ferindo o direito de escolher livremente uma profissão, assegurado pelo artigo 12 da Constituição Alemã. Na decisão, a Corte Constitucional Alemã aduziu que o direito à prestação

positiva (o número de vagas nas universidades) encontrava-se dependente da reserva do possível, firmando posicionamento de que o cidadão somente poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar.

Assim, pela Reserva do Possível, em uma análise superficial, seria possível admitir que Direitos Sociais não sejam concretizados ou mantidos diante da ausência de recursos, bem como perante cenários de crise financeira ou ante o aumento do número de beneficiários de prestações estatais, neste cenário, “a reserva do possível coloca-se como obstáculo ao reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso social, justificando retrocessos pela escassez de recursos, por alterações econômicas, pela necessidade de destinar recursos a outras atividades estatais” (Netto, 2010, p. 160). Neste sentido, não seria possível “exigir do Estado concretizar direitos sociais para os quais não há recursos, não seria possível manter níveis de concretização sem recursos para tanto. O retrocesso seria inevitável” (Netto, 2010, p. 160). Ocorre que todos os Direitos fundamentais demandam custos, não somente os Direitos Sociais, de modo que a reserva do possível não pode excluir o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, uma vez que a mesma Constituição que consagra os Direitos Sociais, também traz os meios para o Estado angariar os recursos necessários para a efetivação de tais direitos. Neste sentido, salutar a lição de Luísa Cristina Pinto e Netto (2010, p. 164):

Os direitos fundamentais colocam deveres para o Estado que não podem ser relevados por simples alegações de escassez de recursos, nem mesmo por real escassez de recursos; dentro de situações de normalidade, a escassez deve ser enfrentada por ações voltadas a direcionar os recursos disponíveis para a efetivação de níveis essenciais dos direitos fundamentais, pelo menos, ao lado das outras necessidades estatais. O Estado deve buscar alocar melhor os seus recursos, não só financeiros, no cumprimento de seus deveres constitucionais.

Para além das discussões doutrinárias sobre o Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Brasil, insta registrar que o Supremo Tribunal Federal, apesar de já ter citado de forma superficial o Princípio em alguns julgamentos,²⁵ até a presente

²⁵ Podemos destacar, neste sentido: ARRE *n.* 639.337, Rel Celso de Mello, de 23/08/2011, caso do atendimento em creche e pré-escola de crianças até cinco anos de idade. ARE *n.* 763.667, Rel. Celso de Mello, de 22/10/2013, caso do atendimento de pessoas necessitadas pela Defensoria Pública. ARE *n.* 581.352, Rel. Celso de Mello, 29/10/2013, caso da ampliação e melhoria no atendimento de gestantes em maternidades estaduais. EDAI *n.* 598.212, Rel. Celso de Mello, de 25/03/2014, caso da implantação da Defensoria Pública no Estado do Paraná. ADI *n.* 4.350, Rel. Luiz Fux, de 23/10/2014, caso do novo regramento sobre seguro DPVAT. ARE *n.* 727.864, Rel. Celso de Mello, de 04/11/2014, caso do custeio de serviços hospitalares. ARE *n.* 745.745, Rel. Celso de Mello, de 02/12/2014, caso da manutenção de rede de assistência à saúde, criança e adolescente.

data não o utilizou como fundamento para analisar a (in)constitucionalidade de nenhum ato normativo. Pendem, porém, de julgamento algumas ações diretas de inconstitucionalidade (n. 5340, n. 5389, n. 5411 e n. 5419), nas quais o Princípio é apontado como fundamento para o reconhecimento de inconstitucionalidade das Leis 13.135/2015²⁶ e 13.134/2015²⁷, de modo que, se ocorrer a utilização do Princípio como fundamento para a inconstitucionalidade, o Supremo Tribunal Federal poderá traçar os limites de sua abrangência.

Neste contexto, ainda que não exista unanimidade quanto ao reconhecimento de um Princípio da Proibição do Retrocesso Social, nos filiamos à corrente que defende sua existência e, portanto, podemos afirmar que se trata de um princípio implícito que decorre diretamente da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da proteção da confiança, da defesa da máxima efetividade das normas constitucionais, da proteção dos direitos adquiridos e, em regra, pressupõe que os Direitos Sociais já realizados, estabelecidos, não podem ser retirados sem algum tipo de compensação, estando os poderes da República diretamente vinculados a esta proibição.

A vinculação do Poder Executivo à Proibição do Retrocesso Social decorre diretamente da ideia de Administração Pública Compromissária, ou seja, aquela que busca elaborar políticas públicas que visem a cumprir as promessas constitucionais existentes em uma Constituição dirigente, sem perder de vista a necessidade de salvaguardar os Direitos Sociais já realizados.²⁸ Assim, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social impõe ao Administrador Público que se dispa das vestes de Administrador do Interesse Público e passe a usar as vestes de Administrador promotor de efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais, de modo que a elaboração de qualquer política pública deve ser condizente com preceitos constitucionais

²⁶ Brasil. Lei n.13.135/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. Acesso em: 7 fev. 2016.

²⁷ Brasil. Lei n. 13.134/2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13134.htm>. Acesso em: 7 fev. 2016.

²⁸ Sobre o assunto salutaras as lições de: Streck. Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica de direito*, 2003. p. 114. Canotilho, Joaquim José Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. 2001. p. 27.

de Direitos Fundamentais e Sociais, bem como com a impossibilidade de retirar direitos que já foram conquistados e efetivados, a menos que seja criado algum tipo de compensação.

A Proibição do Retrocesso Social vincula o Poder Legislativo no sentido de que impõe a este poder que conforme sua atuação, enquanto criador de regras, no sentido de respeitar o núcleo essencial dos Direitos Fundamentais e Sociais. Assim, “a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da igualdade, princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas antisociais” (Canotilho, 2001, p. 339-340).

Além disso, a atividade Legislativa deve sempre observar o que já está realizando, especialmente no tocante à garantia do mínimo existencial para uma existência digna decorrente da dignidade da pessoa humana, de modo que o Poder Legislativo está sujeito à Proibição do Retrocesso Social, sob pena de editar instrumentos normativos viciados por inconstitucionalidade.

O Poder Judiciário, especialmente diante do Princípio da inafastabilidade da jurisdição, tem se tornado o depositário das esperanças da sociedade que, diante da inércia do Administrador Público em efetivar os Direitos Sociais constitucionalmente garantidos, busca no Judiciário uma solução.

É sabido que pela teoria clássica da separação dos poderes não seria possível admitir a intervenção de um poder em outro além dos limites preestabelecidos. Necessário se faz, contudo, compreender a separação dos poderes como um instrumento de controle entre eles, com o intuito de efetivar Direitos Fundamentais Sociais, de modo que as falhas e inércias do Executivo e Legislativo podem e devem ser corrigidas pelo Judiciário. Neste sentido:

Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional. No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vestuto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos no Estado Social, visto que

os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais (Krell, 2002, p. 22).

Diante disso, o Poder Judiciário tem o papel de controlar os atos dos outros poderes no intuito de adequá-los aos preceitos constitucionais e, nesse papel, deve observar a Proibição do Retrocesso Social a fim de preservar os Direitos Sociais já conquistados.

Assim, retomando nosso intuito inicial de apresentar o Princípio da Proibição do Retrocesso como um parâmetro para a efetivação de Direitos Sociais, podemos afirmar que – ainda que não tenha contornos bem-definidos pela jurisprudência pátria, uma vez que o Supremo Tribunal Federal ainda não firmou seu posicionamento sobre ele –, o Princípio se revela como um instrumento garantidor dos direitos que já foram conquistados e estabelecidos e funciona como uma barreira proibitiva para os poderes Executivo e Legislativo, que devem balizar seus atos no sentido de não retirar Direitos já conquistados sem criar uma forma de compensação.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou, em síntese, estudar o papel dos princípios da Proporcionalidade e da Proibição do Retrocesso Social quanto à efetivação dos Direitos Sociais. Neste sentido, aborda-se essencialmente a problemática doutrinária acerca do caráter fundamental dos Direitos Sociais ante as características de universalidade, imprescritibilidade, irrenunciabilidade e aplicabilidade imediata preconizada pela teoria geral dos Direitos fundamentais e o choque destas características com particularidades dos Direitos Sociais como o custo de sua instituição e a necessidade de definições políticas para sua efetivação.

Em um contexto de escassez de recursos e necessidade de efetivação dos Direitos Sociais, o Princípio da Proporcionalidade assume especial relevância, sobretudo no que se refere ao sopesamento da colisão entre Direitos fundamentais. Neste sentido, o Princípio da Proporcionalidade é definido como um princípio interpretativo argumentativo que decorre do caráter principiológico dos Direitos fundamentais e, na ocasião da efetivação de Direitos Sociais, deve-se fazer uma

verificação acerca da adequação da medida, ou seja, se os meios utilizados são os mais adequados segundo os critérios da necessidade e de menor afetação de outros direitos correlatos ou tangencialmente afetados pela medida.

Desta maneira, por um lado, a Proporcionalidade proíbe o excesso no sentido de censurar medidas que, apesar de efetivarem Direitos Sociais, afetam irrazoavelmente outros Direitos fundamentais, tornando-se desnecessariamente inadequadas. É, no entanto, na Proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, a partir da “sintonia fina” entre os Direitos Sociais efetivados e a realidade de proteção mínima que se exige do dever de legislar, que a Proporcionalidade adquire recursos argumentativos para efetivar os Direitos Sociais.

Por sua vez, o Princípio da Proibição do Retrocesso Social, apesar das discussões sobre sua existência e aplicação em nosso ordenamento jurídico, funciona como uma espécie de freio aos Poderes Executivo e Legislativo, pois impossibilita que os atos administrativos e legislativos retirem Direitos Sociais já conquistados e instituídos. Assim, uma vez efetivado o Direito Social, sua retirada impõe aos poderes públicos a criação de uma medida compensatória.

Assim, é possível afirmar que, na condição de parâmetros para a efetivação de Direitos Sociais, o Princípio da Proporcionalidade atua, na maior parte do tempo, de forma prévia, pois é um dos balizadores das escolhas do Executivo e do Legislativo e impõe que tais escolhas sejam adequadas, necessárias e proporcionais, a fim de que os recursos públicos sejam utilizados de forma otimizada no intuito de afastar uma proteção insuficiente e de proibir excessos; o Princípio da Proibição do Retrocesso, por sua vez, atua após a execução dos Direitos Sociais como imposição proibitiva, impedindo que os referidos direitos sejam extintos, seja por novas legislações ou pelo fim de políticas públicas. Ademais, o Judiciário tem os dois princípios como parâmetros para análise da constitucionalidade dos atos dos demais poderes.

6 REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2012. (Título original: *Theorie der Grundrechte*).

BARROSO, Luis Roberto. *Direito Constitucional e a efetividade das normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

_____. *Curso de Direito Constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

BONAVIDES, Paulo. *Teoria Constitucional da Democracia Participativa*. Por um Direito Constitucional de luta e resistência. Por uma Nova Hermenêutica. Por uma repolitização da legitimidade. 1. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

_____. *Curso de direito constitucional*. 21. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

_____. *Teoria geral do Estado*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

BRASIL. *Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil* de 16 de julho de 1934. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao34.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/ConstituicaoCompilado.htm>. Acesso em: 19 jan. 2016.

_____. *Lei n. 13.135/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13135.htm>. Acesso em: 7 fev. 2016a.

_____. *Lei n. 13.134/2015*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2015-2018/2015/Lei/L13134.htm>. Acesso em: 7 fev. 2016b.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Intervenção Federal n. 2.915*. Requerente: Nair de Andrade e Outros Requerido: Estado de São Paulo. Relator Ministro Gilmar Mendes. Brasília Julgamento em 3 de fevereiro de 2003. Publicado em 28 de novembro de 2003. Disponível em <www.stj.jus.br> Acesso em: 17 nov. 2015.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 1995.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CIRNE LINS, Liana. A justiciabilidade dos direitos fundamentais sociais: Uma avaliação crítica do tripé denegatório de sua exigibilidade e da concretização constitucional seletiva. *Revista de Informação Legislativa*, v. 46, n. 182, p. 51-74, abr./jun. 2009. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/194915/000865479.pdf?sequence=3>>. Acesso em: 21 jan. 2014.

DECLARAÇÃO UNIVERSAL DOS DIREITOS HUMANOS: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da Assembléia Geral das Nações Unidas em 10 de dezembro de 1948. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 18 jan. 2016.

GHISLENI, Giancarlo Maturano; DAL RI, Luciene. A progressiva efetividade dos direitos sociais no ordenamento brasileiro. *Revista Eletrônica Direito e Política*, Itajaí: Programa de Pós-Graduação Stricto Sensu em Ciência Jurídica da Univali, v. 7, n. 1, 1º quadrimestre de 2012. Disponível em: <www.univali.br/direitoepolitica>.

HESSE, Konrad. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por: Carlos dos Santos Almeida; Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Martires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009.

KRELL, Andréas. *Direitos Sociais e controle social no Brasil e na Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO. Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 8. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2013.

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

NEVES, Marcelo. *A constitucionalização simbólica*. 3 ed. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais*. Coimbra: Coimbra, 2010.

PIOVESAN, Flávia. Proteção internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. *Revista Consultor Jurídico*. 2002. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2002-ago-26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios>. Acesso em: 7 fev. 2016.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. *Acórdão 39/84*. Requerente: Presidente da República. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 28 de outubro de 1982. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html?impressao=1>>. Acesso em: 10 jan. 2016.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 644/94*. Sem o nome das partes. Relator: Monteiro Diniz. Lisboa, 13 de dezembro de 2004. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19940644.html>>. Acesso em: 11 fev. 2016.

_____. Tribunal Constitucional. *Acórdão 509/02*. Requerente: Presidente da República. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Lisboa, 22 de novembro de 2002. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>> Acesso em: 10 jan. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang. Notas sobre a assim designada Proibição de retrocesso social no constitucionalismo Latino-americano. *Rev. TST*, Brasília, vol. 75, n. 3, jul./set. 2009. Disponível em: <http://aplicacao.tst.jus.br/dspace/bitstream/handle/1939/13602/007_sarlet.pdf?sequence=4>. Acesso em: 10 dez. 2015.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

TORRES, Ricardo Lobo. *O mínimo existencial*. São Paulo: Renovar, 2008.

Recebido em: 30/3/2016

Aceito em: 3/5/2016