

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO CATEGORIA AUTÔNOMA NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO? CONCEITO, FUNDAMENTAÇÃO E ALCANCE NORMATIVO FRENTE À ATUAL DOGMÁTICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS¹

PRINCIPLE OF THE PROHIBITION OF SOCIAL RETROGRESSION AS A SELF-CONTAINED CATEGORY IN BRAZILIAN CONSTITUTIONAL LAW? CONCEPT, GROUNDINGS AND NORMATIVE REACH BEFORE THE CURRENT DOGMATIC OF FUNDAMENTAL RIGHTS

Italo Roberto Fuhrmann*

Resumo: O princípio da proibição do retrocesso social, como forjado no direito comparado, reporta-se, essencialmente, à aplicação dos clássicos mecanismos de limites e restrições dos direitos fundamentais ao âmbito específico dos direitos sociais, como resposta à crise do Estado de bem-estar social verificado no contexto europeu, em especial alemão. Sua funcionalidade pragmática é, neste sentido, relativizada frente à dogmática jurídico-constitucional brasileira que, do ponto de vista jurídico-metodológico, não retirou o qualificativo de fundamentais dos direitos sociais, não obstante seja juridicamente possível atribuí-lo novas perspectivas de funcionalidade no âmbito de Constituições do tipo dirigente.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Proibição do Retrocesso Social; Dogmática dos Direitos Fundamentais.

Abstract: *The principle of the prohibition of social retrogression, as crafted in comparative law, refers in essence to the application of the classic mechanisms of fundamental rights' limits and restrictions to the scope specifically of social rights, in response to the crisis of the Welfare State found in Europe, and especially in Germany. Its pragmatic functionality is in this sense dwindled by the Brazilian constitutional dogmatic, which, from a legal-methodological point of view, didn't deny social rights the qualification of fundamental. Nevertheless, new perspectives of functionality can be attributed to this principle under programmatic or directive constitutions.*

Keywords: Social Rights; Prohibition of Social Retrogression; Fundamental Rights Theory.

Salus populi suprema lex esto
Cícero, *De Legibus* 3.3.8

A irretroatividade defende o povo; a retroatividade expõe-no à prepotência
Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*

1. Aspectos introdutórios e delimitação do tema

Alteração no plano legislativo e, inclusive, constitucional, ainda que no âmbito de Constituições rígidas², nunca foi objeto de controvérsia, pelo menos no sentido de uma negação absoluta, na dogmática dos países que adotaram o modelo do chamado

* Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul/Brasil. Advogado.

¹ Trata-se de texto atualizado e ampliado, originalmente publicado na Revista Brasileira de Estudos Constitucionais (ano 6, n. 23, julho/setembro 2012).

² Na tipologia classificatória quanto à alterabilidade das Constituições, diz-se *rígida* aquela que preconiza para sua modificação um procedimento legislativo mais solene e complexo relativamente à alteração de leis ordinárias.

“constitucionalismo moderno”³. Muito ao contrário, sempre houve um certo consenso sobre a imprescindibilidade da mudança dos textos jurídicos de modo a permitir uma adequação, quanto mais próxima possível, entre o Direito e as exigências políticas, económicas e culturais da vida social, cada vez mais complexa e dinâmica. A teoria da mutação constitucional, enquanto mecanismo de alteração informal da Constituição, é exemplo típico, e amplamente consagrado, da necessidade imperiosa da alteração no mundo do Direito, especialmente no que diz respeito ao impacto que circunstâncias de ordem fática provocam no ordenamento jurídico⁴.

O elemento central que identifica o conteúdo e o alcance do tema proposto radica justamente no contraponto ao panorama acima descrito, ou seja, nos limites e possibilidades de atuação do legislador em matéria de direitos fundamentais *gesetzgeberischer Spielraum*, particularmente no que pertine ao âmbito dos limites e restrições do conteúdo legislativo densificador dos direitos fundamentais sociais. Tal debate, surgido no bojo do contexto social e económico europeu, naquilo que se designou de crise do Estado de bem-estar social *Welfare State*, refere-se, precipuamente, à problemática de se saber se, a despeito da proteção jurídica dos direitos sociais mediante as chamadas cláusulas pétreas e a figura jurídica do direito adquirido, haveria a possibilidade de proteção jurídica contra restrições de efeitos prospectivos, *pro futuro*, que, embora não atentem contra posições jurídicas já subjetivamente consolidadas, voltam atrás quanto à implementação dos direitos fundamentais sociais, reduzindo, assim, o nível de proteção social de um determinado regime jurídico.

O tema, no Brasil, começou a despontar especialmente a partir das contribuições de José Afonso da Silva (SILVA, 2007, p. 147), Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 1997, p. 265 e ss)⁵ e Luís Roberto Barroso (BARROSO, 2001, p. 158), despertando, posteriormente, grande interesse na comunidade jurídica brasileira. A possibilidade de se forjar, a partir da dogmática constitucional, uma blindagem jurídica impeditiva de qualquer retrocesso – ainda que o termo não se identifique, necessariamente, com imutabilidade – na seara das conquistas legislativas de Direito social, provocou grande entusiasmo aos denominados neoconstitucionalistas e pós-positivistas. Nada obstante, após um certo arrefecimento do entusiasmo inicial proporcionado pelo conteúdo extremamente progressista da teoria da “proibição do retrocesso”, insta

³ Cf., por todos, a distinção temporal traçada por Maurizio Fioravanti, o qual caracteriza as revoluções norte-americana e francesa como marco de um novo modelo constitucional, desde o paradigma do princípio da igualdade na formação da vontade geral e do equilíbrio entre poderes, cf. (FIORAVANTI, 2009, p. 20 e ss).

⁴ Inicialmente com os juristas alemães Georg Jellinek e Paul Laband, a partir da distinção entre *Verfassungsgänderung* (reforma constitucional) e *Verfassungswandlung* (mutação constitucional), e, posteriormente, com Hsü Dau-Lin, com a superação da distinção metódica entre Direito e Política de matriz kelseniana. Cf. (DAU-LIN, 1998, p. 50). Para o autor, “uma nação não pode nem alienar, nem se proibir o direito de mudar; e, qualquer que seja sua vontade, ela não pode cercear o direito de mudança assim que o interesse geral o exigir.” A mutação constitucional se aplica em dois casos distintos, quer seja mediante a mudança da interpretação judicial sobre determinado conteúdo normativo, ou pela alteração no plano concreto dos fatos no processo de subsunção fato/norma. Cf. SOBROGIO’GALIA, Susana. *Mutações Constitucionais e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁵ Ainda no âmbito de sua tese de doutoramento intitulada *Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz*, publicada pela editora Peter Lang, de Frankfurt am Main, em 1997. Posteriormente, previsto desde a primeira edição da sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, em 1998.

uma análise mais técnico-dogmática e, neste sentido, menos “política”, sobre este instituto jurídico, designadamente face à atual dogmática dos limites e restrições dos direitos fundamentais e de sua real funcionalidade pragmática enquanto categoria jurídica autônoma.

2. “Proibição do Retrocesso” – Conceito, Fundamentação e Alcance Normativo

2.1. Por uma definição conceitual estruturante

O tema da “proibição do retrocesso social”⁶, objeto de pesquisa no Brasil e alhures, ainda que sob diversas denominações⁷, pode ser identificado, consoante já assinalado, como expressão jurídica surgida a partir da crise estrutural das finanças públicas dos chamados Estados de bem-estar social, especialmente no âmbito dos países europeus⁸, e da correlata preocupação teórica e jurisprudencial em relação às práticas governamentais no sentido de coarctar os patamares sociais até então vigentes. Neste sentido, cresceu o debate jurídico – quer seja no âmbito acadêmico, quer seja nas questões suscitadas em sede judicial – acerca da construção dogmática de uma possível “barreira” constitucional contra medidas do Poder Público que atentem contra o regime jurídico concretizado dos direitos sociais, ou, em outras palavras, – tendo em vista que o “congelamento” do ordenamento jurídico nunca foi e nem poderia ser seriamente defendido – da possibilidade de se estabelecer um controle constitucional limitador – ainda que em caráter relativo – da liberdade de conformação do legislador ordinário e dos atos da administração pública quando destinados a restrições de direitos sociais, ainda que com efeitos prospectivos.

O denominado “princípio da proibição do retrocesso social”, destarte, pode ser conceituado, de uma forma geral, nos seguintes termos: *é um princípio jurídico decorrente do sistema jurídico nacional e do sistema internacional de proteção dos Direitos Humanos que invalida todo e qualquer ato estatal, praticado de forma comissiva, tanto do legislativo quanto do Executivo, que, mesmo não retroagindo no âmbito das posições jurídicas já consolidadas pelo instituto do direito adquirido, retroceda na densificação infraconstitucional dos direitos sociais assegurados ao nível da Constituição, seja no conteúdo da norma, seja na abrangência dos seus titulares, sem que haja, concomitantemente, previsão de política compensatória ou alternativa.*

2.2. Fundamentos e critérios a lume do Direito brasileiro

Fundamentalmente, são quatro os pilares de sustentação do princípio da proibição do retrocesso utilizados pela doutrina dominante, reconduzidos ao direito funda-

⁶ Cf., na doutrina brasileira, (SARLET, 2009); (DERBLI, 2007); (FILETI, 2009); (De CONTO, 2008); e, mais recentemente, (NETTO, 2010).

⁷ No que tange ao aspecto terminológico, diversas são as denominações dadas a este princípio, destacando-se, entre nós, princípio da proibição do retrocesso social (Ingo Sarlet) e princípio da vedação do retrocesso social (José Vicente Mendonça), em Portugal, princípio da proibição da evolução reacionária (Gomes Canotilho), princípio da não reversibilidade dos direitos sociais (Cristina Queiroz), na Espanha, principio de no regresividad (Gerardo Pisarello) e, na Alemanha, *Nichtumkehrbarkeitstheorie* ou *Rückschrittsverbot* (Rolf Schlenker).

⁸ Para uma análise contextualizada no âmbito europeu, Cf., (TOMANDL, 2000, p. 129 e ss).

mental à segurança jurídica, em especial no que diz respeito ao seu plano subjetivo consubstanciado na proteção da confiança; a garantia de um mínimo existencial para uma vida condigna; a proteção contra ingerências estatais no âmbito do núcleo essencial dos direitos; e, por fim, na proibição de recriação de omissões legislativas inconstitucionais.

Um dos principais fundamentos da “proibição do retrocesso social” tem sido reconduzido à garantia do direito fundamental à segurança jurídica, entendida em sentido amplo, dialogando com uma possível estabilidade das normas jurídicas de cunho social. É cediça a constatação de que a eficácia e a efetividade do direito fundamental à segurança jurídica constitui um pressuposto inarredável do Estado de Direito, e que, em particular, a manutenção de um patamar de segurança na esfera da seguridade e da previdência sociais se revela indispensável dentro da formatação de um Estado de Direito. O direito à segurança jurídica e a uma estabilidade razoável das normas relativas aos direitos constitucionais está no centro da ideia mesma de Estado de Direito, que para além de garantir a previsibilidade das relações contratuais do direito privado, historicamente concretizada pela figura jurídica do *pacta sunt servanda*, deve abranger, da mesma forma, as normas que disciplinam os direitos sociais, postulado estruturante da atual configuração unitária dos direitos fundamentais. Não se trata apenas da proteção jurídica a um seguro desenvolvimento económico no âmbito das relações contratuais, mas sim da garantia da paz social e da legitimidade das instituições do Estado, mediante a proteção das posições jurídicas individualmente consideradas, assim como da própria ordem jurídico-objetiva (SARLET, 2006, p. 293).

Com arrimo na doutrina do constitucionalista espanhol, Francisco B. Callejón, podemos afirmar que a proteção da confiança constitui um dos elementos estruturais da segurança jurídica, condicionando a própria adesão da sociedade ao ordenamento jurídico e a aplicação conseguinte de suas normas, a partir da capacidade de previsão, por parte do indivíduo, das consequências jurídicas de suas ações (CALLEJÓN, 2005, p. 88). Na visão de Jorge Miranda, a segurança jurídica, num plano subjetivo, confere ao cidadão o direito à proteção da confiança depositada nos atos do poder político que contendam com suas esferas jurídicas. De modo correlato, ao Estado incumbe o dever de boa-fé, ou seja, “o cumprimento substantivo, e não meramente formal, das normas e de lealdade e respeito pelos particulares” (MIRANDA, 2008, p. 273-4). Para o constitucionalista de Lisboa, o princípio da proteção da confiança revela-se também, no que atine ao regime dos direitos fundamentais, no não retorno de concretização de normas legais que confirmam exequibilidade a normas constitucionais não exequíveis consagradoras de direitos económicos, sociais e culturais (MIRANDA, 2008, p. 279). Neste contexto, a segurança jurídica e a proteção da confiança podem significar um sentimento comum e generalizado de gestão de expectativas no quadro do Estado social, inviabilizando a prevalência da competência decisória do legislador em todo e qualquer caso sobre o princípio material da proteção dos direitos fundamentais (QUEIROZ, 2006, p. 71-2).

Também é erigido como fundamento da “proibição do retrocesso” a garantia a um mínimo existencial para uma vida condigna, inviabilizando a total desvinculação do legislador no que pertine à proteção de um patamar mínimo na concretização legislativa de direito social. O conceito de “mínimo existencial” foi forjado, originariamente, no âmbito da doutrina e jurisprudência alemã, de tal sorte que, ainda que possamos adotá-lo sob outros fundamentos no Direito brasileiro, mister deixar claro

que seu fundamento original residiu na proteção jurídica dos direitos sociais como resposta às dificuldades surgidas pela não positivação na *Grundgesetz* dos mesmos. Na Alemanha, diferentemente do Brasil, uma clara decisão política tomada no âmbito do Conselho Parlamentar de Bonn era de que o nível das prestações sociais aos cidadãos alemães deveria estar vinculado ao nível de desenvolvimento económico do país, e não previamente estabelecido na Constituição.

A partir da instituição da primeira República alemã, e a consequente entrada em vigor da Constituição de Weimar, em 11 de agosto de 1919, além da supremacia política na Alemanha dos social-democratas pós guerra-civil⁹, o ambiente jurídico-político acerca das prestações sociais materiais à população começa a ganhar novos contornos e uma nova perspectiva jurídica. Com efeito, um primeiro impulso decisivo nesta direção proveio do Tribunal Administrativo Federal da Alemanha (*BVerwGE* 1, 159), dispondo sobre os princípios fundamentais para a assistência pública/social¹⁰. A pedra fundamental para uma análise conjunta do princípio do Estado Social, dignidade humana e dos direitos fundamentais foi lançada por esta decisão. Neste sentido, o Tribunal entendeu que as normas infraconstitucionais que preveem prestações sociais são direitos subjetivos fundamentais, pois se relacionam com o art. 1.º, 2.º, 3.º, 20 e 79, § 3.º da Lei Fundamental, extraíndo-se, ademais, como fundamento principal, o fato de que “seria incompatível com um Estado democrático que um número significativo de cidadãos, que participam da formação da vontade estatal como eleitores, ao mesmo tempo se defrontem com a ausência de proteção jurídica da sua própria existência” (WALLERATH, 2008, p. 159).

Conforme ensina Ingo Sarlet, uma das principais influências exercidas pela ordem constitucional alemã, assim como por seus teóricos e sua produção jurisprudencial, na doutrina e jurisprudência brasileiras, foi, dentre outras, a noção de um mínimo existencial em matéria de direitos sociais (SARLET, 2009, p. 94). Sua receptividade, por aqui, foi a melhor possível, salvo vozes isoladas que, diferentemente do pensamento dominante, se posicionam a favor de um absoluto esvaziamento normativo/constitucional dos direitos sociais, de modo que em qualquer hipótese, inclusive quando estiver em causa o “mínimo existencial”, o fator prevalente deverá ser sempre as possibilidades orçamentárias do Estado¹¹.

Na doutrina brasileira, já há diversos posicionamentos concernentes ao conteúdo do designado “mínimo existencial”¹². Ana Paula de Barcellos o conceitua a partir de quatro elementos jurídicos, três materiais, consubstanciados na educação fundamental, na saúde básica e na assistência aos desamparados, e um instrumental, relacionado ao acesso à Justiça. Esses quatro pontos corresponderiam ao núcleo da dignidade

⁹ Nas eleições para a formação da Assembleia Constituinte de Weimar, os social-democratas (SPD/USPD) foram os mais votados, elegendo, em 11 de fevereiro de 1919, Friedrich Ebert como primeiro presidente do Reich. Para um estudo sobre o rearranjo político-institucional da Alemanha após a primeira guerra mundial, cf., (LOUREIRO, 2005).

¹⁰ Esta decisão compartilhou com o entendimento de um número significativo de juristas alemães, dentre os quais destacam-se Otto Bachof *VVDStRL* 12 (1954) e M. Herdegen, in: Maunz/Dürig *Grundgesetz Kommentar*, art. 1 § 1 Rn 114.

¹¹ Neste sentido, (AMARAL, 2001, p. 184-5); (GALDINO, 2005).

¹² Cf, a título de contraponto, nosso posicionamento em relação à dificuldade dogmática de incorporação da teoria no “mínimo existencial” no Direito brasileiro, “*Judicialização dos Direitos Sociais e o Direito à Saúde – Por Uma Reconstrução do Objeto do Direito à Saúde no Direito Brasileiro*, Brasília: Editora Consulex. (no prelo).

da pessoa humana a que se reconhece eficácia jurídica positiva e, por consequência, o *status* de direito subjetivo exigível diante do Poder Judiciário (BARCELLOS, 2002, p. 258).

Outro autor de grande influência que trata sobre o tema é Ricardo Lobo Torres, integrante do que poderíamos designar de Escola da UERJ de Direitos Fundamentais¹³. Segundo o autor, baseado fortemente na doutrina alemã, os direitos econômicos, sociais e culturais são justiciáveis, no sentido de posições jurídico-subjetivas exigíveis judicialmente, apenas na medida em que constituam o conteúdo do “mínimo existencial”, este, por sua vez, compreendido como um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado na via dos tributos e que ainda exige prestações estatais positivas, como ensino fundamental, os serviços de pronto-socorro, as campanhas de vacinação pública, etc (TORRES, 2009, p. 35-6). Para Lobo Torres, o conteúdo do direito ao “mínimo existencial” deve ser entendido no sentido que lhe dá a filosofia, ou seja, como direito ancorado no ser-aí (*Da-sein*) ou no ser no mundo (*in-der-Welt-sein*), integrando a estrutura de correspondências de pessoas ou coisas, em que consistiria o ordenamento jurídico (TORRES, 2009, p. 36-7).

Nesta senda, o mínimo existencial pode ser caracterizado como aquelas posições jurídicas prestacionais que integram o chamado *status positivus libertatis* (G. Jellinek), ou seja, os direitos sociais que se relacionam, em última análise, com a garantia da liberdade (proteção positiva dos direitos de liberdade) (TORRES, 2009, p. 241 e ss). Na esteira da doutrina dos direitos sociais de Lobo Torres, uma diferença importante entre o mínimo existencial e os direitos econômicos e sociais é que enquanto aquele pode prescindir da lei ordinária, os direitos econômicos e sociais dependem integralmente da concessão do legislador, que pode ser a orçamentária. As normas constitucionais sobre os direitos econômicos, sociais e culturais são meramente programáticas, no sentido de que se restringem a fornecer diretivas ou orientações para o legislador, de modo que não possuem eficácia vinculante. Em outras palavras, para o autor os direitos econômicos, sociais e culturais não se submetem ao controle contra-majoritário do Poder Judiciário, e devem ser assegurados a partir da cidadania reivindicatória e do exercício da democracia deliberativa (TORRES, 2009, p. 73).

Na busca de uma conceituação da categoria “mínimo existencial”, e com enfoque diverso do supracitado autor, situa-se Ingo Sarlet. Conforme o autor, o direito a um mínimo existencial compreende tanto o mínimo existencial fisiológico (ligado à garantia da sobrevivência) quanto o mínimo sociocultural, abrangendo além do direito à saúde, à educação, à moradia, à assistência e previdência social, também aspectos nucleares do direito ao trabalho e da proteção do trabalhador, o direito à alimentação, o direito ao fornecimento de serviços existenciais básicos como água e saneamento básico, transporte, energia elétrica, bem como o direito a uma renda mínima garantida, assumindo a condição de uma cláusula aberta enquadrada no elenco dos direitos fundamentais implícitos, e que não pode ser tratada de forma insulada, apenas na esfera jurídica, reclamando uma exegese orientada pela reali-

¹³ No Brasil, grande parte da recente produção jurídico-literária sobre direitos fundamentais advém de juristas no âmbito do programa de pós-graduação da Faculdade de Direito da UERJ, como é o caso de Luís Roberto Barroso, Ricardo Lobo Torres, Ana Paula de Barcellos, Daniel Sarmento, Cláudio Pereira de Souza Neto, Gustavo Amaral, dentre outros.

dade do mundo circundante, considerando fatores climáticos, culturais e económicos (SARLET, 2009, p. 350)¹⁴.

Por fim, colacionamos o entendimento da atual ministra do Supremo Tribunal Federal, Carmen Lúcia Antunes Rocha, que também se voltou para a tarefa de conceituação do chamado “mínimo existencial”. Para Antunes Rocha, o “mínimo existencial” pode ser definido como o “conjunto das condições primárias sociopolíticas, materiais e psicológicas, sem as quais não se dotam de conteúdo próprio os direitos assegurados constitucionalmente” (ROCHA, 2005, p. 448). Neste sentido, o “mínimo existencial” atuaria como o conteúdo impositivo aos Poderes Públicos dos direitos fundamentais sociais e culturais, condicionando, destarte, as políticas públicas, permitindo que as pessoas libertem-se de situações de precariedade que as indisponham ao exercício dos direitos que lhes asseguram a dignidade humana (ROCHA, 2005, p. 450).

A doutrina não se reconduz apenas à garantir o denominado “mínimo existencial”, mas também vincula a “proibição do retrocesso” à garantia do núcleo essencial de direitos. Esta ideia de proteção contra restrições a direitos fundamentais encontra guarida na já clássica formulação da teoria dos limites dos limites *Schranken-Schranken*, teoria esta construída em solo alemão e que tem como fundamento a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais¹⁵. Com base na Lei fundamental de Bonn, que em seu art. 19, inc. II, dispõe que em caso algum poderá um direito fundamental ser atingido em seu núcleo essencial, criou-se o entendimento doutrinário no sentido de que o conteúdo essencial do direito fundamental *Wesensgehalt* constituiria o elemento restritivo à atividade limitadora dos Poderes constituídos no âmbito dos direitos fundamentais (PIEROTH; SCHLINK, 2005, p. 65). Mesmo em se tratando de caso em que o legislador está constitucionalmente autorizado a editar normas restritivas, já que pacífico na doutrina a inexistência – pelo menos em princípio – de direitos absolutos, imunes a qualquer espécie de restrição, ele permanece vinculado à salvaguarda do núcleo essencial dos direitos restringidos (CANOTILHO, 2003, p. 418). Nesse sentido, podemos ainda colacionar as lições de Ingo Sarlet quanto à limitação da liberdade de conformação do legislador no âmbito da proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais (SARLET, 2008, p. 126-127), *ipsis litteris*:

[...] eventuais medidas supressivas ou restritivas de prestações sociais implementadas (e, portanto, retrocessivas em matéria de conquistas sociais) pelo legislador haverá de ser considerada inconstitucional por violação do princípio da proibição do retrocesso social, sempre que com isso restar afetado o núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos fundamentais¹⁶.

¹⁴ Da mesma forma, identificando a determinação necessariamente relativa do círculo de prestações que consubstanciam o mínimo existencial, a depender das relações gerais econômicas e do contexto jurídico da comunidade no qual se reconhece tal mínimo, cf., (WALLERATH, 2008, p. 165).

¹⁵ Cf. a obra seminal de Peter Häberle, (HÄBERLE, 1983).

¹⁶ Neste sentido, e vinculando também ao princípio da proporcionalidade, (SARLET, 1997, p. 271). “Nachdem aber gewisse Einschränkungen (nicht aber die Aufhebung) im Rahmen des erreichten Leistungsniveaus durchaus anzunehmen sind, sollte jedoch berücksichtigt werden, dass diese Eingriffe zumindest den Wesensgehalt der gesetzlich konkretisierten Leistung beachten, darüber hinaus sich stets im Rahmen des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bewegen müssten”.

Por fim, avulta o argumento baseado na proibição de recriar omissões legislativas inconstitucionais¹⁷. Neste diapasão, como sustenta a doutrina dominante, o direito social concretizado em sede legislativa assume a condição de um direito subjetivo negativo, no sentido de que se abre a possibilidade de impugnação judicial contra toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o texto constitucional, assim como contra qualquer medida que venha, pura e simplesmente, suprimir o grau de concretização outorgado à norma constitucional. Como afirma José Vicente Mendonça (MENDONÇA, 2003, p. 222-223).

Se a Constituição não é apenas um ser, mas também um dever ser, e se adquire força a partir do momento em que logra realizar sua pretensão de eficácia, nada mais natural do que obstar a simples revogação de lei que concretize alguns de seus comandos. O contrário seria inverter prioridades e achar que o legislador não-constituente pode frustrar uma efetividade e uma eficácia constitucionais já adquiridas.

A partir desta perspetiva, o Estado não pode desfazer o que já havia realizado no cumprimento de tarefas constitucionais, concretas e determinadas, pondo-se, novamente, na situação de devedor, circunstância, por si, ensejadora da censura em sede de inconstitucionalidade por omissão. O princípio da proibição do retrocesso social contém um conteúdo finalístico de proteção aos direitos já concretizados. Esta finalidade, no entanto, se traduz primordialmente numa limitação negativa, apontando, antes um estado de coisas a ser alcançado, a proibição de que se retorne a um estado de coisas mais afastado do ideal (DERBLI, 2007, p. 294-295).

2.2.1. Críticas à adoção da “proibição do retrocesso”

Não obstante o rol dos argumentos elencados acima que corroboram a existência de um princípio, ao menos implícito, da proibição do retrocesso social, não são raras as críticas tecidas contra tal instituto jurídico protetivo das chamadas *conquistas sociais*. Revela-se, com mais frequência, o argumento segundo o qual o conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais não se encontraria, em regra, definido ao nível da Constituição, fato que impossibilitaria a sua determinação ante uma ausência do legislador ordinário, conferindo-o, portanto, uma ampla margem de liberdade de conformação de forma quase absoluta, limitada, porém, apenas pelo princípio da proteção da confiança e pela justificação das medidas reducionistas (VAZ, 1992, p. 383 e ss). Suzana de Toledo Barros, dentre nós, a voz mais destacada a sustentar tal entendimento, afirma que um princípio da proibição do retrocesso social, ao ser entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a Lei, conflitua com o princípio da autonomia do legislador, pois não seria admissível a conversão do grau de realização legislativa de um direito social em dimensão constitucional material (BARROS, 2000. p. 163).

Com efeito, caso fossemos acatar esta linha de entendimento, estaríamos a admitir a possibilidade, frente a esta quase total liberdade de conformação de que dispõe o legislador no sentido de poder voltar atrás quanto à sua obra realizada, de restrição do próprio conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais radicado

¹⁷ Originalmente, tese defendida pelo Tribunal Constitucional português no acórdão 39/84. Cf., também, no âmbito doutrinário de Portugal, (SILVA, J. P. 2003, p. 282-5).

na sua concretização legislativa (SARLET, 2006, p. 315). Felipe Derbli, apoiado nas lições de Anna Cândida da Cunha Ferraz, sustenta, através da designada “mutação constitucional legislativa” que, por obra iniciada pelo legislador, um intérprete legítimo da Constituição, um direito fundamental social pode assumir a configuração minudenciada na Lei concretizadora, passando a ser tida como integrante do próprio desenvolvimento da norma constitucional (DERBLI, 2007, p. 269).

Sem embargo, um determinado grau de densidade normativa, decorrente de uma concretização legal de norma constitucional que defina, de forma suficientemente específica e concreta, o regime jurídico de um direito social, pode passar a ser compreendido como intrínseco à própria disciplina prevista na Constituição. Neste sentido, negar a existência do princípio da proibição do retrocesso social seria o mesmo que admitir que os órgãos do Poder legislativo, bem como os do Poder Público em geral, dispõem livremente sobre seus atos, mesmo que estejam frontalmente em dissonância com o texto constitucional, o que, por certo, não pode ser levado em conta, já que a total desvinculação dos poderes constituídos aos direitos fundamentais e às demais normas constitucionais mostra-se incompatível com a formatação de um autêntico Estado de Direito.

Outro argumento utilizado refere-se ao privilégio normativo outorgado aos direitos sociais em detrimento dos direitos de liberdade, forjando um sistema jurídico distinto de proteção entre direitos fundamentais, diametralmente oposta à consagração de um sistema unitário de direitos e da correlata equivalência de juridicidade entre os mesmos (NOVAIS, 2010, p. 244). Esta assertiva apenas se configura como válida se admitirmos uma aplicação autônoma da “proibição do retrocesso”, que, não se vinculando estritamente à proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais – já que esta se aplica a qualquer direito fundamental, indistintamente –, possibilite um maior âmbito protetivo aos direitos sociais em relação à atividade restritiva do legislador ordinário.

Configurado enquanto princípio autônomo, insustentável se mostra o argumento segundo o qual a proteção jurídica outorgada aos direitos de liberdade e aos direitos sociais se equiparariam à luz do princípio da proibição do retrocesso social, já que este apenas asseguraria aos direitos sociais o *status negativus*, pacificamente reconhecido aos clássicos direitos de liberdade (DERBLI, 2007, p. 274)¹⁸. É inegável o privilégio jurídico destinado aos direitos sociais a partir do princípio da proibição do retrocesso social, na media que, no âmbito dos direitos de liberdade, a função do *status negativus* nunca pretendeu – e nem é este o seu fundamento conceitual –, a consolidação de um determinado regime jurídico infraconstitucional (JELLINEK, 1960, p. 418 e ss).

2.3. Do necessário caráter relativo da “proibição do retrocesso”

Quanto ao seu grau de amplitude e extensão, este deverá ser, necessariamente e em qualquer acepção, relativo. Alçar o *status* jurídico das normas infraconstitucio-

¹⁸ Interessante notar que para o mesmo autor, em outra passagem do seu texto (p. 250), esse mesmo *status negativus* atuaria de forma mitigada no âmbito dos direitos sociais, já que esses demandariam um lapso temporal, de modo a se incorporarem à “consciência jurídica geral”, critério este nunca seriamente defendido no âmbito dos direitos de liberdade.

nais, ainda que no âmbito da concretização legislativa de direito social, a normas imodificáveis, insuscetíveis a alterações, significaria, simplesmente, inverter a própria lógica kelseniana de hierarquia entre normas constitucionais e legislação ordinária, transformando estas em direito supraconstitucional (sic!), relativamente ao seu *status* jurídico de inalterabilidade. A vedação absoluta do retrocesso, por afrontar a própria lógica imanente do sistema jurídico, já deve ser descartada de pronto¹⁹.

Com efeito, não se trata da manutenção pura e simples de uma determinada Lei, ou de um estatuto jurídico específico, mas sim de uma estrutura normativa social mínima, condizente com as obrigações concretamente impostas ao Estado, indispensável à realização e ao exercício dos direitos. Qualquer Lei ou ato normativo pode ser revogado, desde que as prestações a que deram concretude não sejam, de uma forma geral, nulificadas. Nas palavras de Callejón (CALLEJÓN, 2005, p. 114), *ipsis litteris*:

“No hay razón para que los principios del Estado de derecho no valgan como principios contra eventuales irracionalidades legislativas, como puede ocurrir si las soluciones legislativas representan una desproporcionada y retroactiva afectación de derechos subjetivos, por ejemplo en materia de seguridad social y de pensiones. (...) No se puede pedir a la Constitución más de lo que ésta puede dar, ni para promover ni para limitar el Estado social. Por ello, la respuesta constitucional a este interrogante no puede ser, bajo la perspectiva de una Constitución consensuada en la que se respeten al menos núcleos indisponibles de las diversas instituciones, más que la de la aceptación de una cierta reversibilidad de las políticas sociales”.

3. A “proibição do retrocesso” no Direito Comparado e Internacional dos Direitos Humanos

Duas são as decisões do Tribunal Constitucional Português que, amiúde, são colacionadas pela doutrina e jurisprudência quando tratamos do tema da proibição do retrocesso social²⁰, quais sejam o Acórdão n.º 39/84 (processo n.º 6/83), sob a relatoria do conselheiro Vital Moreira, e o Acórdão 509/02 (processo n.º 768/02), sob a relatoria do conselheiro Luís Nunes de Almeida. A análise conjunta destes dois arestos, como bem expõe Jorge Miranda, demonstra uma clara inflexão, no sentido de uma mitigação, do princípio da proibição do retrocesso social pelo Tribunal luso (MIRANDA, 2008, p. 441).

Por iniciativa do então presidente da República portuguesa, António Ramalho Eanes, foi submetida à apreciação do Conselho da Revolução, posteriormente substi-

¹⁹ Esta posição “intermediária” é adotada pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU. Segundo o Comitê, as medidas regressivas que diminuam uma proteção já alcançada a um direito social se presumem contrárias ao Pacto (PIDESC), porém não estão absolutamente proibidas. O Estado-membro é obrigado a mostrar que estas medidas são compatíveis com o Pacto. Um exemplo disso pode ser extraído da observação n.º 14 de 2000 § 32: “existe uma forte presunção de que não são permitidos medidas retrocessivas” e, por isso, “se se adotarem qualquer medida deliberadamente regressiva, corresponde ao Estado parte demonstrar a aplicação através de um exame exaustivo de todas as alternativas possíveis, e que estas medidas estejam devidamente justificadas pela referência a totalidade dos direitos enunciados no Pacto em relação com a plena utilização dos recursos disponíveis do Estado parte”. Ver também: observação geral n.º 13 § 45 de 1999 (educação).

²⁰ Nada obstante, a jurisprudência portuguesa já tratou do tema em diversos julgados, como dão conta os acórdãos 251/91, conselheiro relator Tavares da Costa; 590/04, conselheiro relator Artur Maurício; e, mais recentemente, 188/09, conselheiro relator Carlos Fernandes Cadilha.

tuído pelo Tribunal Constitucional através da Lei Constitucional n.º 1, de 1982 (primeira revisão da Constituição), a suposta inconstitucionalidade do art. 17.º, do Decreto-Lei n.º 254/82, que revogava grande parte da Lei n.º 56/79²¹, instituidora do Serviço Nacional de Saúde português²², e reorganizava o regime das administrações distritais de saúde, anteriormente reguladas pelo Decreto-Lei n.º 488/75. Embora o pleito peticional tenha se circunscrito pura e simplesmente na inconstitucionalidade orgânico-formal da “reorganização” do Serviço Nacional de Saúde, já que esta deveria ser levada a cabo pela Assembleia da República, e não por ato unilateral do Governo, consoante o art. 167.º, alínea “c”, da CRP/76 (no seu texto primitivo)²³, o Tribunal Constitucional português desenvolveu um importante aresto jurisprudencial que inaugurou o tema da “proibição do retrocesso social” na jurisprudência portuguesa.

Com efeito, a partir da constatação de que revogação de preceitos da Lei n.º 56/79 equivaleria à “destruição ou inutilização” do SNS, no sentido de que seria substituído pelas “administrações regionais de cuidados de saúde”, sem previsão de integração ao SNS, e sendo este uma forma de realização do direito à proteção da saúde constitucionalmente garantido no art. 64 da Constituição portuguesa, tratava-se, no caso em exame, de um típico problema de inconstitucionalidade material. Na ocasião do julgamento do referido acórdão, coube ao conselheiro Vital Moreira a relatoria do processo. Em seu voto, Vital Moreira desenvolveu um raciocínio no sentido de que o direito à saúde era um direito fundamental e que, para sua concretização, era previsto, de acordo com o art. 64, n.º 2, da CRP/76, a criação de um sistema nacional específico de saúde. Diferentemente do regime destinado à generalidade dos direitos sociais, onde não há previsão de estruturas específicas, como, por exemplo, um serviço nacional de habitação, um serviço nacional de ambiente ou, até mesmo, um serviço nacional de ensino, a Constituição portuguesa tinha imposto, no caso do direito à saúde, a criação de um serviço próprio, de uma estrutura específica, tornando-se em condição imprescindível e garantia necessária do direito à saúde.

Tratava-se de um instrumento destinado à realização do direito à saúde, constituindo um elemento integrante de um direito fundamental dos cidadãos, e uma obrigação do Estado. Moreira aponta que tal dispositivo constitucional (art. 64.º, n.º 2) afigurava-se como uma *imposição constitucional* (grifo nosso), ou seja, era uma obrigação concreta e permanente ao qual se incumbia o Estado, para além de mera norma programática (abstrata e temporalmente indeterminada). Neste sentido, em se tratando de imposições constitucionais, o Estado não poderia se abster da realização das tarefas previstas na Constituição, sob pena de ser censurado em sede de controle

²¹ Dos 65 artigos da Lei 56/79, só não foram revogados os dos três primeiros títulos (artigos 1.º a 17.º), além dos artigos 62.º e 63.º, que se referem à extensão do Serviço Nacional de Saúde respectivamente às regiões autónomas dos Açores e da Madeira e ao território de Macau. Neste sentido, foram revogados todos os preceitos respeitantes à organização e funcionamento do Serviço Nacional de Saúde. Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>

²² Para um comentário abrangente sobre o funcionamento e os contornos jurídicos do Serviço Público de saúde em Portugal, cf. (NOVAIS, 2010, p. 85 e ss).

²³ A alínea “c” do referido artigo 167.º, incluía na esfera de competência reservada da Assembleia da República a deliberação sobre matérias atinentes ao regime jurídico dos direitos, liberdade e garantias. Esta competência estendia-se aos direitos fundamentais de natureza análoga, por força do art. 17.º da CRP/76.

de constitucionalidade por omissão. Do mesmo modo, quando já concretizado o direito fundamental em sede legislativa, o Estado não pode simplesmente desfazer o que já foi realizado, voltando, conseqüentemente, ao estado de coisas que caracterizaria uma omissão inconstitucional. O Estado não pode votar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode colocar-se novamente na posição de devedor, situação em que se verificará uma inconstitucionalidade por ação. Segue o relator do caso dizendo que 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. O Estado, que originariamente estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

Com efeito, o Tribunal Constitucional Português, ainda que de forma não unânime, acolheu o voto do relator, declarando inconstitucional a medida legislativa que, ao extinguir o serviço nacional de saúde, e, portanto, a concretização do direito fundamental à saúde, violava o princípio da proibição do retrocesso social, cujo qual se estruturava no estabelecimento de mecanismos de controle dos atos legislativos – conformação da liberdade do legislador – que pudessem gerar efeitos similares aos de sua omissão quando da tarefa de cumprir as imposições constitucionais legiferantes. Essa limitação na liberdade de conformação legislativa adquire seu fundamento em um sistema tríptico de controle: a) tratava-se de verdadeiras e próprias imposições constitucionais e não simples normas programáticas; b) prescrevem concretas e definidas tarefas constitucionais ao Estado e não vagas e abstratas linhas de ação; e c) constituem meios de realização de direitos fundamentais. Por fim, cabe registrar que a decisão não declarou inalterável, ou inderrogável, a Lei em si mesma, no caso a Lei 56/79, não tendo assento a apregoada crítica da “constitucionalização do direito legal”. Todo o arcabouço infraconstitucional pode ser modificado, desde que se preserve a existência de um Serviço Nacional de Saúde; este sim irreversível, passando a ser um dado adquirido no patrimônio do direito à saúde²⁴.

Outra importante decisão tomada pelo Tribunal Constitucional Português é a que declarou inconstitucional, pela via preventiva de controle normativo, um Decreto da Assembleia da República que excluía pessoas de idade entre 18-25 anos do benefício de assistência social mínima²⁵, dantes assegurado pelo chamado “rendimento mínimo garantido”, consoante previsão na Lei n.º 19-A, de 29 de junho de 1996²⁶.

²⁴ Importante consignar, ainda, que a decisão em comento sofre de uma profunda incoerência interna, relativamente à fundamentação dogmática das duas decisões proferidas, tanto a que invalidou a inconstitucionalidade formal por vício de competência da Assembleia da República, como a que declarou inconstitucional a revogação do Sistema Nacional de Saúde, sob o aspecto do conteúdo material da norma impugnada. A primeira decisão fundamentou-se no caráter prestacional, positivo, que ostenta, ainda que predominantemente, o direito fundamental à saúde, não podendo ser inserido, nem sequer por analogia, na categoria dos direitos, liberdades e garantias, de modo que seu regime jurídico protetivo deve ser entendido de forma distinta daqueles que exigem uma abstenção do Estado na esfera autônoma de liberdade do cidadão. Na segunda decisão, o Tribunal qualificou o direito à saúde como direito negativo, com as mesmas prerrogativas dos clássicos direitos de liberdade, impossibilitando o Estado em atentar contra o regime jurídico já consagrado ao nível legislativo.

²⁵ Excetuadas três hipóteses: a) quando possuam menores a cargo e na sua exclusiva dependência económica; b) quando sejam mulheres grávidas; e c) quando sejam casados ou vivam em união de fato há mais de um ano.

²⁶ Acórdão n.º 509/2002, 19.12.2002.

Com efeito, o art. 4.º, n.º 1, do Decreto da Assembleia da República n.º 18/IX, que instituiu o novo regramento para o “rendimento mínimo garantido”, agora sob o rótulo de “rendimento social de inserção”, reconhece a titularidade de tal direito apenas às pessoas com idade igual ou superior a 25 anos, ressalvado o direito adquirido e as posições subjetivas dos atuais beneficiários²⁷.

A questão que se colocava à Corte era se o Estado, sem uma justificação objetivamente comprovável e de base constitucional, poderia, de forma arbitrária, e sem qualquer espécie de compensação, excluir a titularidade do “rendimento social de inserção” de pessoas com idade inferior a 25 anos, protegidas, anteriormente, pelo diploma legal revogado. E, neste contexto, como articular essa medida retrocessiva com o princípio da confiança, própria do Estado de Direito, com o princípio da igualdade e com o princípio da universalidade na titularidade e exercício dos direitos fundamentais²⁸.

Explorando a decisão, inicialmente o Tribunal entendeu que qualquer ato restritivo de direitos fundamentais, independentemente se a afetação recai ou não sobre direitos sociais²⁹, configurando um retrocesso no grau de concretização do Direito, apenas será constitucional se comprovada a incapacidade material, designadamente financeira, do Estado, ou se imposto por força da necessária realização de outros valores de natureza jurídico-constitucional. Sem adotar uma medida extremamente restritiva, segundo a qual o princípio da proibição do retrocesso apenas alcançaria os ditos direitos adquiridos, ou seja, apenas a partir de uma prévia subjetivação dos mesmos³⁰, em homenagem ao princípio da alternância democrática e à livre revisibilidade das opções político-legislativas, o Tribunal entendeu que o conteúdo material da proibição do retrocesso se encontrava na “proteção do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”. Destarte, apenas quando o retrocesso significar uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, sem quaisquer esquemas alternativos ou compensatórios, estar-se-ia diante de ato restritivo eivado de inconstitucionalidade por violação do princípio da proibição do retrocesso social.

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

²⁷ Importante identificar que, na decisão em comento, não se tratava da simples redução do conteúdo material de determinadas prestações sociais, mas sim de uma restrição objetiva da titularidade do direito, o que, por essa ótica, já destoava da maior parte da jurisprudência sobre a matéria, e dá ares de peculiaridade ao caso. Nesta senda, amplia-se o âmbito de incidência do chamado princípio da proibição do retrocesso, que atua tanto em relação à manutenção do nível das prestações sociais legislativamente concretizadas, quanto à manutenção dos destinatários das normas de Direito social.

²⁸ Cf. <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>

²⁹ A decisão fez expressa menção ao julgamento DC 83-165, de 1984, do Conselho Constitucional Francês, que afirmou, no âmbito do denominado *effet cliquet*, ser impossível a revogação total de uma Lei, no âmbito das liberdades fundamentais, sem que haja uma substituição legal que ofereça garantias com eficácia equivalente.

³⁰ Cf. Acórdão 101/92 (processo n.º 223/90), relator conselheiro Monteiro Diniz.

e não propriamente, em se considerando como categoria autônoma, na proibição do retrocesso social.

De outra banda, temos o Direito alemão que, ao lado do Direito português, especialmente pela atuação de suas Cortes constitucionais, mais contribuíram para a construção de um princípio da proibição do retrocesso social³¹. Com efeito, o Tribunal Constitucional Federal Alemão (doravante TCF), alicerçado nos ensinamentos do constitucionalista Martin Wolff, utilizou como principal solução para a proteção dos sistemas de prestações sociais e das respectivas posições jurídico-subjetivas o direito e garantia fundamental da propriedade (art. 14 da Lei Fundamental de Bonn)³². Martin Wolff, ainda sob a égide da República de Weimar, e de todo seu constitucionalismo social, desenvolveu um conceito materialmente abrangente do art. 153 da Constituição de 1919 que garantia a propriedade privada. Segundo Wolff, o direito fundamental da propriedade não deveria ficar restrito apenas à categoria dos direitos reais, mas sim deveria abranger toda e qualquer posição jurídico-subjetiva privada de natureza patrimonial, ensejando, deste modo, uma nítida preocupação em oferecer ao indivíduo um nível maior de segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo destes direitos (SARLET, 2001, p. 31). Tratava-se, em outras palavras, do alargamento, pelo Direito constitucional, do conceito de propriedade consagrado tradicionalmente pelo Direito privado.

Nesta mesma linha de entendimento, o TCF resolveu destinar o mesmo tratamento jurídico concedido às posições jurídico-subjetivas privadas para as posições jurídico-subjetivas patrimoniais de natureza pública. As posições jurídicas de direito público passaram, então, a ser compreendidas como direitos patrimoniais, reivindicando a proteção do Estado relativamente às prestações sociais, de caráter público, abrangidas pela garantia fundamental da propriedade privada. Tal assertiva, no entanto, segundo o aludido Tribunal alemão, não teria o condão de, pura e simplesmente, abarcar todos os direitos subjetivos patrimoniais de natureza pública, porquanto, para que a prestação social ostente o *status* de propriedade privada, certos requisitos essenciais deveriam ser atendidos, quais sejam a incidência de uma contraprestação do titular do direito subjetivo à prestação social, a constatação de que se trata de uma autêntica posição jurídica de natureza patrimonial e de fruição individual, e, por último, que a prestação social sirva à garantia da existência de seu titular (SARLET, 2001, p. 32-33). Passemos a analisá-las.

Em primeiro plano, sustenta o Tribunal Constitucional Alemão que uma prestação estatal unilateral estaria excluída do regime de proteção outorgado ao direito de propriedade. Porém, para que a proibição do retrocesso social alcance um determinado direito subjetivo público prestacional, não se exige uma equivalência entre a prestação estatal e o montante da contribuição pessoal, mas sim que ela exista e que seja, de certa forma, relevante³³. Neste sentido, o volume da contraprestação do particular, ainda que não condicionado pela sua equivalência ao direito subjetivo a prestação social, será decisivo para a aferição do grau de intensidade conferido

³¹ No âmbito doutrinário alemão, em ensaio monográfico específico sobre o tema, cf. a obra de (SCHLENKER, 1986).

³² Cf. elucidativa obra de Ingo Sarlet sobre o caso alemão (SARLET, 2001).

³³ BVerfGE 69, 272 (301). Cf. o comentário da decisão, (SARLET, 2001, p. 32).

à proteção constitucional das posições jurídico-subjetivas de natureza pública no âmbito da seguridade social. Em segundo lugar, exige-se que se trate de posição jurídica de natureza patrimonial, que seja tida como de fruição própria, exclusiva e pessoal de seu titular. Aqui, pressupõe-se que a posição jurídica do titular esteja consolidada, de maneira a estar em consonância com a noção de propriedade particular. Por derradeiro, a posição jurídico-subjetiva deve destinar-se à garantia da existência do seu titular. Estes são, em suma, os requisitos que o *Bundesverfassungsgericht* elencou como fundamentais para que haja o reconhecimento das posições jurídico-subjetivas patrimoniais de natureza pública como direitos abrangidos pela garantia fundamental da propriedade. Cumpre registrar que a adoção deste método de abordagem do princípio da proibição do retrocesso social deveu-se à excessiva preocupação dos juízes e dos doutrinadores alemães em criar um sistema de proteção às prestações sociais que não tivesse caráter absoluto, permitindo, assim, a adaptação às mudanças sociais e econômicas. Neste mister, rejeitou-se o entendimento segundo o qual o princípio em tela deveria decorrer direta e exclusivamente da cláusula geral do Estado Social (art. 20, inc. I, da LF), ou mesmo das diversas normas de competência, calcando-se principalmente na garantia fundamental da propriedade (SARLET, 2001, p. 29).

Esta construção jurisprudencial desenvolvida pelo Tribunal alemão não ficou imune a críticas, em especial no que diz respeito aos dois últimos critérios que, ao condicionar as posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público a uma contraprestação do titular do direito e, para além disso, condicioná-las à garantia de sua existência, extrapola a noção de direito de propriedade que, em regra, se satisfaz pela simples constatação da existência de um direito subjetivo de cunho patrimonial³⁴. Ademais, frente à ampliação e flexibilização da noção de propriedade e do âmbito de proteção da respectiva garantia fundamental, a proteção das prestações sociais ficariam submetidas a toda sorte de relativizações, visto que em virtude das exigências da função social da propriedade, boa parte daquilo que foi concedido poderá acabar sendo retirado (SARLET, 2001, p. 36). Como afirma Sarlet, apoiado nas lições de Depenheuer, “as posições jurídico-prestacionais sociais, por meio da garantia fundamental da propriedade, acabaram recebendo uma proteção muito relativa e flexível, já que assegurada constitucionalmente é tão-somente a inespecífica pretensão à segurança existencial por meio de prestações sociais na esfera da seguridade e previdência social” (SARLET, 2001, p. 38-39). Em última análise, a proteção concreta das posições jurídicas em matéria de prestações sociais dependerá prioritariamente da definição do conteúdo e dos limites da garantia fundamental da propriedade por parte do legislador.

Curial destacar que também há posicionamentos importantes no âmago da doutrina alemã negando a existência do princípio da proibição do retrocesso social, não dispondo de justificativa teórico-constitucional, nem nos instrumentos convencionais de interpretação constitucional. O Estado Social da *Grundgesetz* só estaria obrigado a garantir um mínimo social *soziale Minima* justificado com base na garantia dos direitos individuais de liberdade; condições mínimas para uma vida autodeterminada, e que,

³⁴ BVerfGE 32, 129 (142). *Apud* (SARLET, 2001, p. 34).

neste sentido, um imperativo jurídico-constitucional de proibição de retrocesso, que se baseie neste mínimo, seria irrelevante (HEINIG, 2008, p. 450-1)³⁵.

No âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, o princípio da proibição do retrocesso está implicitamente consagrado a partir do imperativo da progressiva realização, pelos Estados-membros, dos direitos sociais, inserto no art. 2.º, § 1.º, do Pacto Internacional dos Direitos econômicos, sociais e culturais³⁶. Com efeito, os direitos sociais, desde a perspectiva das prestações que subjazem seu conteúdo essencial, que também deve dialogar com os *standards* mínimos sociais do direito internacional dos direitos humanos, se configuram em posições jurídicas indisponíveis à atuação erosiva dos poderes constituídos, estabelecendo um ponto de partida para a avaliação do cumprimento do não retrocesso social de políticas públicas em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais.

Embora o tema já tenha assento no Direito internacional e na jurisprudência de vários Estados nacionais, designadamente de Portugal e Alemanha, tanto a Corte Interamericana de Direitos Humanos, quanto a Corte Europeia, ainda não se pronunciaram sobre um eventual controle de “convencionalidade” relativo a práticas estatais de limitação de patamares sociais legalmente concretizados. A questão da “proibição do retrocesso” ainda não está posta nos Tribunais de direitos humanos. Nada obstante, trata-se de paradigmas distintos de controle, de modo que, em não se reconhecendo tal princípio no bojo do direito das Convenções, não se infirma, de per si, o reconhecimento da “proibição do retrocesso” no âmbito das Constituições dos Estados nacionais individualmente considerados.

Os exemplos aqui referidos de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, o do direito alemão que reconheceu tal proibição embasado no direito e na garantia fundamental da propriedade, bem com o do direito lusitano, que, de forma diversa, preferiu adotar a argumentação fundada na proibição de retorno a uma situação que caracterizaria uma omissão legislativa inconstitucional, sem prejuízo da já sedimentada opção pela progressiva realização dos direitos sociais em termos de direito internacional dos direitos humanos, reflete, claramente, a preocupação da comunidade jurídica internacional no que tange à proteção de um certo nível de segurança social, radicado na indispensável limitação dos poderes constituídos no âmbito de um Estado Social e de Direito. Ainda que postulamos outros fundamentos jurídicos para o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social em sede de direito brasileiro – em virtude das especificidades que assume nosso ordenamento jurídico –, os esforços empregados para a construção desta teoria centram-se, igualmente, na segurança e justiça sociais, objetivos que, por certo, deverão ser – não com menos intensidade – realizados pelo Estado brasileiro.

³⁵ Segundo o autor “Der soziale Staat des Grundgesetzes kennt somit kein soziales Rückschrittsverbot”; “ein Soziales Rückschrittsverbot ist deshalb weder verfassungstheoretisch noch mit den konventionellen Instrumenten der verfassungsauslegung zu begründen”.

³⁶ Adotado pela Resolução 2.200 A (XXI) da Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966, e ratificado pelo Brasil em 24 de janeiro de 1992.

4. Importação Teórica e Contextualização da “proibição do retrocesso” no Direito Brasileiro – Uma Perspectiva Crítica

Ainda que seja válida a asserção segundo a qual o Direito, por sua própria natureza de ciência, possui um caráter transnacional, e que o estudo do direito comparado contribui para o aperfeiçoamento do direito nacional, não apenas por parte do legislador, mas também no que pertine ao desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial (DAVID, 2002, p. 8), correta também se afigura a inconveniência de se transportar, pura e simplesmente, um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar em consideração os condicionamentos sócio-culturais e económico-políticos, além da própria estrutura jurídico-constitucional concreta de cada Estado individualmente considerado. Consoante afirma Andreas J. Krell, ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos (KRELL 2002, p. 42).

Originalmente, a “proibição do retrocesso” teve assento nos debates jurisprudenciais e acadêmicos alemães, especialmente a partir da década de 1970, acerca da possibilidade de se forjar um limite jurídico à atuação do legislador ordinário em matéria de revisibilidade dos direitos sociais, já que estes não ostentam, na Alemanha, *status* jurídico de direitos fundamentais, nem sequer *status* constitucional³⁷. Neste sentido, a “proibição do retrocesso” surgiu como um mecanismo jurídico destinado a reforçar a proteção de direitos sociais, face sua natureza de direitos *não-fundamentais* no Direito alemão (NOVAIS, 2010. p. 241). Sem dúvida, uma importação acrítica de tal instituto, nos mesmos moldes em que foi construído pelo Direito alemão, torna-se não apenas inútil, desde a constatação de que o regime de limites e restrições a direitos fundamentais se aplica, entre nós, aos direitos sociais, mas, até mesmo, prejudicial, já que poderá ter o efeito de obscurecer, por sua natureza vaga e controversa, os efeitos autônomos que outros fundamentos contra restrições a direitos fundamentais podem desenvolver em outro contexto de justificação (NOVAIS, 2010, p. 246).

Portanto, para que se vislumbre uma autonomia científica à “proibição do retrocesso” em países que adotam como modelo constitucional um sistema de direitos sociais jusfundamentais, torna-se imperativo o abandono da teoria tal como formulada na Alemanha, ou seja, no âmbito da teoria dos direitos derivados a prestações, e reconstruí-la a partir de uma teoria especialmente bem sucedida no Brasil e em Portugal, a teoria da Constituição dirigente.

5. Constitucionalismo Dirigente e “proibição do retrocesso” – A Dupla Face da Vinculação do Legislador – Positiva e Negativa – aos Direitos Sociais

O tema da “proibição do retrocesso” ganha novos contornos ao ser analisado a partir de Constituições do tipo dirigente, revelando, neste sentido, certa autonomia jurídica em relação aos já mencionados fundamentos que lhe servem de supedâ-

³⁷ A Lei fundamental de Bonn, enquanto uma clara opção política receosa quanto ao desfecho da Constituição de Weimar, resolveu não contemplar os direitos sociais entre o rol dos direitos fundamentais, limitando-se a qualificar, de uma forma genérica, a Alemanha enquanto um Estado Social (art. 20, § 1, LF/49 “Die Bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer Bundesstaat”; art. 28, § 1, LF/49 “Die verfassungsmässige Ordnung in den Ländern muss den Grundsätzen des republikanischen, demokratischen und sozialen Rechtsstaates im Sinne dieses Grundgesetzes entsprechen”). Cf. (JARASS; PIEROTH, 1995. p. 443 e ss).

neo, como a segurança jurídica e a proteção do núcleo essencial dos direitos. Não estamos falando aqui da já consagrada doutrina dos limites e restrições dos direitos fundamentais³⁸, mas de um elemento jurídico inserto apenas em determinadas Constituições e que, salvo melhor juízo, agregam um certo “privilégio normativo” aos direitos sociais. Neste contexto, podemos falar da “proibição do retrocesso” como categoria autônoma de proteção dos direitos sociais no direito brasileiro, desde que se considere a Constituição brasileira como uma autêntica Constituição dirigente.

A teoria da Constituição dirigente chegou ao conhecimento da comunidade acadêmica de língua portuguesa por intermédio da publicação do livro de J. J. Gomes Canotilho, intitulado *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, no ano de 1982, fruto de sua tese de doutoramento. Em linhas gerais, o autor tenta responder a pergunta de que forma pode (se é que pode) uma Constituição servir de fundamento normativo para o alargamento das tarefas estatais e para a incorporação de fins económico-sociais, positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica.

Para o constitucionalista de Coimbra, a Constituição Dirigente caracteriza-se através da presença de um conteúdo programático-constitucional que, para além das Constituições-garantia, típicas do Estado liberal, estabelece não apenas a distribuição de competências entre os órgãos do Estado e a proteção dos direitos individuais de liberdade, mas também atribui ao Estado a realização de fins e a consecução de tarefas. A Constituição dirigente é reconhecida quando há normas que estabelecem um programa constitucional de direção para o futuro, i.e., deve definir fins e tarefas ao Estado, prescrevendo normas de direitos prestacionais, imposições constitucionais e a consagração de mecanismos jurídicos que garantam oportunidades iguais a todos cidadãos (CANOTILHO, 1994, p. 395). A este conjunto normativo, o autor lusitano denomina de *bloco constitucional dirigente*, através do qual, para além da limitação à direção do poder político, se institui o fundamento constitucional para a política, fornecendo um impulso diretivo material permanente e, para o legislador, uma exigência de atuação (CANOTILHO, 1994, p. 463-4).

A teoria da Constituição dirigente proposta por Canotilho refuta a ideia da Constituição como instrumento de governo – *instrument of government* –, cuja estrutura esgota-se nas normas determinadoras de competências, nas normas de processo e organização e nas garantias de direitos fundamentais, para dar lugar à ideia de uma lei fundamental programática estruturada a partir de diretivas jurídico-constitucionais, princípios jurídicos politicamente conformadores, imposições legislferantes e da fixação de fins à atuação estatal. A ordem jurídico-constitucional, segundo Canotilho, passa a ser compreendida como um esboço de uma vida, de algo desejado e não apenas como um estatuto jurídico confirmante ou garantidor do existente (CANOTILHO, 1994, p. 153).

A tese da Constituição dirigente, por pré-determinar a atuação legislativa e, desta forma, limitar a liberdade de conformação do legislador, não é imune a críticas e, mais recentemente, a reformulações teóricas, especialmente diante de modificações no plano do Direito português e de sua relação com o Direito internacional. Gomes Canotilho sustenta uma certa relativização de tese original frente a dois fatos do

³⁸ Cf. a obra paradigmática de Jorge Reis Novais sobre limites e restrições a direitos fundamentais (NOVAIS, 2003).

contexto jurídico português³⁹. O primeiro se refere ao substancial esvaziamento do conteúdo revolucionário da Constituição portuguesa após sucessivas modificações de seu texto. A crença numa Constituição que postule uma transformação social da realidade, que no caso da Constituição portuguesa adquiriria dimensões socializantes, estaria hodiernamente, na visão do autor, em descompasso com as cada vez mais complexas exigências dos múltiplos segmentos da sociedade. Em outras palavras, uma vez consolidada as instituições democráticas e ultrapassada a fase revolucionária, torna-se prejudicial a positivação, em termos constitucionais, de um normativismo revolucionário que atribua ao Estado toda a responsabilidade pela conduta da vida social. Outro argumento se baseia no deslocamento da diretividade normativa das Constituições nacionais para os tratados e documentos jurídicos supranacionais. Neste ponto, a mudança de posição de Canotilho deve-se em grande medida aos fatores conjunturais pelos quais passou Portugal, país que foi incorporado à Comunidade Europeia, e que, portanto, necessita de uma Constituição que se desprenda de um conceito rígido de soberania que não se encaixa num contexto transnacional de cooperação e interdependência. A diretividade constitucional, contudo, permanece, mas é deslocada para o âmbito supranacional. Para Canotilho, as Constituições nacionais contemporâneas estão em rede, elas vem conversando com outras Constituições, num sentido de inter-organizatividade e com esquemas organizativos supranacionais (COUTINHO, 2005, p. 15).

Importante consignar que, como bem afirma Fábio Corrêa de Oliveira, as críticas elaboradas contra o dirigismo constitucional, amiúde, se reportam ao conteúdo material empregado pela diretividade constitucional, ou seja, do que deve ou não ficar aberto ao jogo democrático (OLIVEIRA, 2009, p. 144). Neste mesmo iter, está o fenômeno da designada Constituição dirigente invertida. O atual processo sistêmico de acumulação do capitalismo contemporâneo recrudescer os aspectos instrumentais da constituição financeira (blindagem da Constituição financeira), identificada pelas políticas de ajuste fiscal, em detrimento do ocaso da constituição econômica, invertendo o corolário programático do constitucionalismo dirigente (MASSONETTO; BERCOVICI, 2006, p. 6). Critica-se, destarte, mais o conteúdo social e emancipatório do dirigismo jurídico-constitucional do que, propriamente, sua validade jurídica frente a uma suposta incompatibilidade a um regime político pluralista.

Nada obstante, a tese da Constituição Dirigente ainda é válida no Brasil, tanto por sua estrutura jurídico-constitucional, que propõe a criação de um Estado social com finalidades pré-estabelecidas, quanto pelo contexto social ainda marcado por forte exclusão de parcelas significativas da população. O princípio da proibição do

³⁹ Excerto do prefácio à 2.ª edição de *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, de 2001 “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da Constituição, erguendo-se à categoria de “linha Maginot” contra invasões agressivas dos direitos fundamentais. Alguma coisa ficou, porém, da programaticidade constitucional. Contra os que ergueram as normas programáticas à “linha de caminho de ferro” neutralizadora dos caminhos plurais da implantação da cidadania, acreditamos que os textos constitucionais devem estabelecer as premissas materiais fundantes das políticas públicas num Estado e numa sociedade que se pretendem continuar a chamar de direito, democráticos e sociais.

retrocesso social, neste sentido, pode ser caracterizado como uma decorrência lógica do dirigismo constitucional que, para realizar o postulado da justiça social, se baseia na ideia de um desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais⁴⁰, inviabilizando, na sua acepção negativa, toda e qualquer atividade estatal que contrarie tal diretiva⁴¹.

6. Considerações Finais

No Brasil, vivemos em tempos de estabilidades, tanto econômica quanto no que diz respeito às instituições democráticas. Em toda a história republicana brasileira, nunca se verificou tal nível de estabilidade política e institucional, conseqüência de uma “vontade de constituição” por parte dos poderes públicos frente à Constituição de 1988 que, a despeito de passar por graves “crises constitucionais”, conseguiu superá-las sem que a ordem democrática fosse subvertida⁴². De fato, a democracia não se constitui tão somente a partir da estabilidade nas relações econômicas – embora reconheça-se que a discussão em torno da estabilidade e desenvolvimento econômico estava intrinsecamente ligada às possibilidades do Estado em manter determinado patamar de prestação garantidas pelo Direito social –, mas encontra também sua justificativa na estabilidade jurídica e na proteção da confiança dos indivíduos nas instituições do Estado. Neste contexto, surge em boa hora a discussão em torno da estabilidade no que tange ao regime jurídico dos direitos sociais e sua possível proteção jurídico-constitucional.

De todo o exposto, e desde um estudo essencialmente dogmático, podemos concluir que a proibição do retrocesso social, enquanto “barreira” jurídica – ainda que relativa – à atuação do legislador, e dos Poderes Públicos em geral, no âmbito dos direitos fundamentais, particularmente na proteção do conteúdo legislativo densificador dos direitos fundamentais sociais, foi incorporado doutrinariamente no direito brasileiro como mecanismo próprio de proteção afeito à doutrina clássica dos limites e restrições dos direitos fundamentais, compreendidos, especialmente na Alemanha, como direitos de defesa ou de liberdade. Com efeito, sua estrutura de sustentação fundamenta-se, dentre outros, na proporcionalidade, no direito a um mínimo existencial e na proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, de modo que sua autonomia

⁴⁰ A jurista alemã, Kristina Klee, em instigante monografia sobre o *status* jurídico dos direitos econômicos, sociais e culturais, submetidos, no plano internacional, à cláusula da realização progressiva (art. 2.º, § 1.º, do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), sustenta que tal progressividade foi uma forma de facilitar a aceitação e aplicação universal do pacto, não constituindo obstáculo à sua justiciabilidade, universalidade e equiparação jurídica relativamente ao pacto de direitos civis e políticos (KLEE, 2000, p. 76 e ss).

⁴¹ Este parece ser também o entendimento de Mário de Conto, segundo o qual “a atribuição de sentido ao Princípio da proibição do retrocesso social perpassa pela pré-compreensão de uma teoria da constituição dirigente e compromissória, adequada ao modelo constitucional brasileiro e da necessidade de atribuir máxima efetividade aos princípios constitucionais”. Cf. (DE CONTO, 2008, p. 94).

⁴² Basta referirmos, a título ilustrativo, o processo de *impeachment* instaurado no Senado Federal que findou com a cassação do mandato do então Presidente da República, Fernando Collor de Mello, as turbulentas crises financeiras, internas (sobretudo as inflacionárias) e externas nas décadas de 1980 e 1990 com a edição de inúmeros planos econômicos de contingência, a crise política deflagrada por denúncias de corrupção instalada no primeiro mandato do Presidente Luiz Inácio Lula da Silva, popularmente conhecida como a crise do “mensalão”, dentre outras.

funcional, enquanto categoria jurídica, perde espaço num contexto constitucional em que direitos sociais detêm *status* jurídico de direitos fundamentais. Nada obstante, uma readequação da “proibição do retrocesso” se mostra possível, e até mesmo necessária, no âmbito de Constituições dirigentes, que sinalizam para uma vinculação dúplice – positiva e negativa – do legislador às normas constitucionais programáticas e aos direitos sociais.

7. Referências

- AMARAL, Gustavo. *Direito, Escassez e Escolha* – Em Busca de Critérios Jurídicos para Lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões trágicas. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROS, Suzana de Toledo. *O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais*. 2.º ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.
- BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: Limites e possibilidades da constituição brasileira*. 5. ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- CALLEJÓN, Francisco Balaguer. *Manual de Derecho Constitucional*. Vol. I. Madrid: Tecnos, 2005.
- CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7.ª ed. Coimbra: Editora Almedina, 2003.
- . *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. Coimbra: Coimbra Editora, 1994.
- CONTO, Mário De. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. 2.ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- DAU-LIN, Hsü. *Mutación de la Constitución*. Instituto Vasco de Administración Pública: Oñati, 1998.
- DAVID, René. *Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo*. 4.ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A Fundamentalidade dos Direitos Sociais e o Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.
- FIORAVANTI, Maurizio. *Constituzionalismo – Percorsi della Storia e Tendenze Attuali*. Bari: Editori Laterza, 2009.
- GALDINO, Flávio. *Introdução à Teoria dos Custos dos Direitos*. Rio de Janeiro, 2005.
- HÄBERLE, Peter. *Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz – Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre des Gesetzesvorbehalts*. 3.ª edição. C.F. Müller: Heidelberg, 1983.
- HEINIG, Hans Michael. *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- JARASS, Hans; PIEROTH, Bodo. *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*. 3.ª ed. München: C.H. Beck, 1995.
- JELLINEK, Georg. *Allgemeine Staatslehre*. 3.ª ed. Hermann Gentner Verlag: Bad Homburg vor der Höhe, 1960.

KLEE, kristina. *Die Progressive Verwirklichung Wirtschaftlicher, Sozialer und Kultureller Menschenrechte* – Eine Interpretation von Art. 2 Abs. 1 des Internationalen Pakts für wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Stuttgart; München; Hannover; Berlin; Weimar; Dresden: Boorberg Verlag, 2000.

KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha*. Os (Des) caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LOUREIRO, Isabel. *A Revolução Alemã [1918-1923]*. São Paulo: Editora UNESP, 2005.

MASSONETTO, Luís Fernando; BERCOVICI, Gilberto. A Constituição Dirigente Invertida: A Blindagem da Constituição Financeira e a Agonia da Constituição Econômica, in: *Separata do Boletim de Ciências Econômicas da Universidade de Coimbra*, XLIX, 2006.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: O que é e como Perder o Medo, in: *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. Direitos Fundamentais. 4.^a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

NETTO, Luísa. *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos Sociais*. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais. Coimbra: Wolters Kluwer/Coimbra Editora, 2010.

———. Constituição e Serviço Nacional de Saúde, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 4, n.º 11, abr./jun. 2010.

———. *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora, 2003.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa de. A Direção da Constituição Dirigente e Outras Direções, in: COUTINHO, Aldacy; GRAU, Eros; SCAFF, Fernando; AMARAL, Francisco; COUTINHO, Jacinto; STRECK, Lenio; ARAÚJO, Luiz David; FACHIM; Luís Edson; LOBO, Paulo Neto. (Org.). *LIBER AMICORUM* – Homenagem ao Prof. Doutor António José Avelãs Nunes. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Grundrechte – Staatsrecht II*. 21.º ed. Heidelberg: CF Müller, 2005.

QUEIROZ, Cristina. *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*. Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

ROCHA, Carmen Lucia Antunes. O Mínimo Existencial e o Princípio da Reserva do possível, in: *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, vol. 5, jan/jun de 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz*. Frankfurt am Main: Peter Lang, 1997.

———. Posibilidades y Desafíos de un Derecho Constitucional Común Latinoamericano. Un planteamiento a la luz del ejemplo de la llamada prohibición de retroceso social, in: *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, ano 6, n.º 11, enero-junio de 2009.

———. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente Possível, in: *Constituição e Democracia*. Estudos em Homenagem ao Prof. J.J. Gomes Canotilho. São Paulo: Malheiros Editores, 2006.

———. A Lei Fundamental da Alemanha nos seus 60 Anos e o Direito Constitucional Brasileiro: Algumas Aproximações, in: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça*, ano 3, n.º 7, abr/jun de 2009.

———. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6.ºed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008.

———. O Estado Social de Direito, Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade, in: *Revista de Direito Social*, n.º 3/28, Porto Alegre, 2001.

SCHLENKER, Rolf-Ulrich. *Soziales Rückschrittsverbot und Grundgesetz*. Aspekte verfassungsrechtlicher Einwirkung auf die Stabilität sozialer Rechtslagen. Dunker & Humblot: Berlin, 1986.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7.^a ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.

SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de Legislar e Protecção Jurisdicional contra Omissões Legislativas*. Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

TOMANDL, Theodor. Gedanken zum Vertrauensschutz im Sozialrecht, in: *Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht*. 35 Jahrgang, Heft n.º 5, September, 2000.

TORRES, Ricardo Lobo. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VAZ, Miguel Afonso. *Lei e Reserva de Lei*. A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976. Porto, 1992.

WALLERATH, Maximilian. Zur Dogmatik eines Rechts auf Sicherung des Existenzminimums. Ein Beitrag zur Schutzdimension des Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG, in: *Juristen Zeitung* 4, 63 Jahrgang, 15. Februar 2008.

