

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

RODRIGO DE ARRAES QUEIROZ

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
SOCIAL

Fortaleza, Ceará.
Junho de 2009.

RODRIGO DE ARRAES QUEIROZ

**O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO
SOCIAL**

Monografia submetida à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Orientador: Fernando Basto Ferraz

Fortaleza, Ceará.

Junho de 2009.

RODRIGO DE ARRAES QUEIROZ

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Monografia submetida à Faculdade de
Direito da Universidade Federal do Ceará,
como requisito parcial para obtenção do
grau de Bacharel em Direito.

Apresenta em: 04/06/2009.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Fernando Basto Ferraz (Orientador)

Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Miguel Rocha Nasser Hissa

Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Daniel Gomes de Miranda

Universidade Federal do Ceará - UFC

Aos meus pais, Hermano Queiroz Júnior e Elizabete de Arraes Queiroz, por todos os ensinamentos e por tudo que representam na formação de minha personalidade.

AGRADECIMENTOS

Tentarei, ciente de que as palavras não conseguirão expressar o tamanho de minha gratidão, agradecer a todas as pessoas que foram diretamente responsáveis pela elaboração da presente monografia.

Em primeiro lugar, agradeço a Deus, por tudo o que Ele representa;

Aos meus pais e aos meus irmãos, Renan e Bia, que são a base de tudo, pelo amor e apoio dispensado de forma incondicional em todos os momentos de minha vida;

Às minhas avós, Marísia e Marlene, a meu avô, Hermano, a meu falecido avô Emmanoel e a meus queridos primos (que são verdadeiros amigos), por saber que esta minha vitória significará um grande orgulho para eles;

Aos grandes amigos, especialmente ao Urbano, Renan, Patrick, Felipe e Diego, pelos grandes momentos proporcionados por uma amizade verdadeira.

Aos grandes amigos da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Ceará, que foram fundamentais para que os anos vividos em nossa querida Salamanca se tornem indelévels em nossas memórias;

Ao Escritório Jurídico Alexandre Rodrigues de Albuquerque, mormente na figura de seus sócios, Alexandre Rodrigues de Albuquerque, Miguel Rocha Nasser Hissa, Rodrigo Macêdo de Carvalho e Rui Barros Leal Farias, pela oportunidade que me foi dada e pelos constantes ensinamentos vivenciados na prática da advocacia militante;

Ao Professor Fernando Basto Ferraz, por engrandecer a presente monografia com a sua presença como orientador, e pelos ensinamentos dados desde a cadeira de Teoria Geral do Estado.

Ao Professor Daniel Gomes de Miranda, por ter prontamente aceito o convite para participar da Banca examinadora do presente estudo, contribuindo com seu vasto conhecimento para o engrandecimento desta.

“A eficácia (jurídica e social) dos direitos fundamentais sociais deverá ser objeto de permanente otimização, na medida em que levar a sério os direitos (e princípios) fundamentais corresponde, em última análise, a ter como objetivo permanente a otimização do princípio da dignidade da pessoa humana, por uma vez, a mais sublime expressão da própria idéia de Justiça.”

Ingo Wolfgang Sarlet.

RESUMO

A presente monografia tem como objetivo desenvolver a tese da existência do princípio da proibição de retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro, a impedir que ocorra a supressão ou a redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros. Para que se atinja tal finalidade, alguns passos devem ser necessariamente percorridos. Primacialmente, é realizado um estudo sobre a temática do dirigismo constitucional, tentando-se demonstrar a intrínseca relação existente entre as chamadas normas constitucionais programáticas e o princípio da proibição de retrocesso social. Em segundo lugar, será estudada a teoria geral dos direitos fundamentais, a fim de que se compreenda de maneira adequada o objeto do princípio em comento, os direitos fundamentais sociais. Por fim, partindo de uma análise geral do princípio da proibição de retrocesso social, chega-se às hipóteses em que este poderá ser efetivamente utilizado a fim de evitar que o legislador retroceda na regulamentação dos direitos fundamentais previstos em nossa Constituição.

Palavras-Chave: direitos fundamentais sociais; normas programáticas; eficácia; princípio da proibição de retrocesso social.

ABSTRACT

This essay has as main objective to develop the thesis about the existence of the principle of prohibition of the social retrocession on Brazilian legal system, so it can avoid the suppression or reduction of Fundamental Social Rights in levels already accomplished and granted to Brazilians. In order to achieve this purpose some steps must be taken. First of all, a study on the constitutional dirigisme theme is done, trying to demonstrate the inherent relation between the so called constitutional programmatic rules and the principle of prohibition of the social retrocession. Second, the Fundamental Rights Theory will be studied in order to understand properly the topic in discussion, the Fundamental Social Rights. Finally, after a general analysis on the principle of prohibition of the social retrocession is made, it is reached the hypotheses on this principle being effectively used to prevent the retreat by the legislator of the regulation on Fundamental Rights granted in our Constitution.

Keywords: Fundamental Social Rights; constitutional programmatic rules; Efficacy; Principle of Prohibition of the Social Retrocession.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 DIRIGISMO CONSTITUCIONAL	14
2.1. Considerações introdutórias.....	14
2.2 Conceito	15
2.3 A nova fase de Canotilho.....	19
2.4 Relações entre as Constituições-dirigente e o princípio da proibição de retrocesso social.....	24
3 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	27
3.1 Conceito	27
3.2 Geração dos direitos fundamentais	31
3.2.1 Direitos fundamentais de primeira geração	31
3.2.2 Direitos fundamentais de segunda geração	32
3.2.3 Direitos fundamentais de terceira geração	34
3.2.4 Direitos fundamentais de quarta geração.....	34
3.3 Teoria do status de Jellinek	35
3.4 Eficácia dos direitos fundamentais sociais	40
4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL	43
4.1 A proibição de retrocesso: princípio ou modalidade de eficácia jurídica dos princípios constitucionais?	43
4.2 Sede material do princípio da proibição de retrocesso social.....	46
4.3 Da extensão do princípio da proibição de retrocesso social	48
4.4 Do conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social.....	51
5 CONCLUSÃO	58
REFERÊNCIAS.....	61

1 INTRODUÇÃO

O Brasil, por ser um país onde a desigualdade social encontra terreno fértil para desenvolver-se, sofre grandes impactos do processo de globalização econômica e dos ideais neoliberais, fazendo nascer no constitucionalismo contemporâneo a necessidade de encontrar meios para a efetivação e proteção dos direitos sociais, garantindo-se, desta maneira, o mínimo necessário a uma vida digna.

É que a globalização, conquanto atue imprimindo ações diretivas, finda por atingir o poder de gestão dos Estados, fazendo com que estes percam, muita vez, o controle de sua própria economia. Tais ações podem, contudo, favorecer ou não, a depender de seu talante, os direitos sociais, residindo neste campo o problema aqui enfrentado.

O que tem predominado, contudo, é uma tendência de retrocesso na proteção e efetividade destes direitos, em virtude de uma variedade de fatores, tais como a diminuição da máquina estatal e o enfraquecimento dos direitos trabalhistas, enfraquecimento este advindo da flexibilização deste ramo do direito.

Neste diapasão, o Direito, por ser uma ciência social aplicada, deve ultrapassar a mera dogmática e alcançar a realidade, atuando, demais de somente analisar um determinado problema, no sentido de propor soluções efetivas e de certa forma imediatas a estas celeumas.

Desta maneira, um dos maiores desafios do Estado brasileiro, dentro da ótica acima traçada de influência da globalização em nosso país, é a manutenção dos direitos fundamentais, protegendo-os das ingerências econômicas e sociais.

A despeito de a Constituição Federal de 1988 – consagradora de um estado social e de direito no Brasil – reconhecer aos direitos sociais o caráter de direitos fundamentais, sendo, portanto, intangíveis em face das denominadas cláusulas pétreas, vários desses direitos foram regulamentados por meio de legislação infraconstitucional, o que pode facilitar sua redução ou supressão mediante quorum

parlamentar reduzido, levando, em alguns casos, se assim ocorrer, ao esvaziamento do comando constitucional a eles referentes.

Desta maneira, avulta manifesta a importância de serem realizadas pesquisas de meios técnico-jurídicos que obstem a supressão ou a redução desses direitos, que os preserve do alvedrio das maiorias políticas eventuais.

Nesta senda, o presente trabalho visa, ainda que de maneira singela, pois, tratar acerca do ainda incipiente princípio da proibição de retrocesso social, implícito na Constituição brasileira de 1988, decorrente do sistema jurídico-constitucional pátrio, e que tem por escopo a vedação da supressão ou da redução de direitos fundamentais sociais, em níveis já alcançados e garantidos aos brasileiros, em virtude de ser imprescindível que os direitos sociais já assegurados aos indivíduos e à coletividade não lhes sejam retirados ao talante das correntes políticas que chegarem ao poder.

Neste contexto, então, é que se mostra importante a investigação da existência de um princípio da vedação ao retrocesso social em nossa Carta de Outubro.

A análise deste tema não será realizada, contudo, à mercê de temáticas de todo modo relevantes para que o aludido princípio seja compreendido de maneira a mais escorreita possível.

Destarte, é bom que se deixe, desde logo, assentado que o tema presentemente tratado possui como base o chamado dirigismo constitucional, não podendo a presente monografia furtar-se à análise desta tese, cunhada pelo constitucionalista português J.J Gomes Canotilho.

Ademais, por ter aplicação direta no campo dos direitos fundamentais sociais, serão tecidos comentários acerca da teoria geral dos direitos fundamentais, sendo abordados diversos aspectos destes direitos, como o conceito, as gerações, a eficácia dos direitos fundamentais.

Salientamos, por fim, que estamos cientes da impossibilidade de abordarmos o tema de forma completa, seja em razão de sua complexidade, seja porque os

contornos deste princípio ainda não estão bem delineados em decorrência de seu escasso estudo pela doutrina e jurisprudência pátrias.

2 O DIRIGISMO CONSTITUCIONAL

2.1 Considerações Introdutórias

Antes que se adentre no cerne mesmo do presente trabalho, estudando-se o princípio da proibição de retrocesso social em suas diversas nuances, é mister sejam tecidas algumas considerações iniciais, à guisa de introdução, a fim de que sejam firmadas as premissas para que se compreenda de maneira a mais satisfatória o tema objeto do presente trabalho.

De efeito, não se pode começar a desenvolver a presente monografia sem que sejam gastas algumas linhas abordando, ainda que de forma sucinta, os temas do dirigismo constitucional e da teoria geral dos direitos fundamentais. Neste diapasão, falar-se-á, neste capítulo inicial, acerca da tese do dirigismo constitucional e de sua intrínseca relação com o princípio da proibição de retrocesso social. Deixa-se, pois, para o capítulo seguinte, o não menos importante tema da teoria dos direitos fundamentais.

A temática presentemente tratada possui como arcabouço o já referido dirigismo constitucional, é dizer, foi com o surgimento das chamadas Constituições dirigentes que se criou terreno fértil para o aparecimento do princípio da proibição de retrocesso social. Procura-se, neste ponto, a partir de uma breve exposição das idéias desta corrente, evidenciar a sua importante contribuição para o florescimento e reconhecimento do aludido princípio no ordenamento jurídico brasileiro.

É bom que se ressalte, uma vez mais, que, em virtude da complexidade do tema e de suas diversas nuances, somente será abordado neste capítulo aquilo que for essencial para a exata compreensão do tema do presente trabalho monográfico, evitando-se, assim, refugir do propósito inicial desta monografia. Desculpamo-nos, pois, se deixarmos alguns questionamentos na mente do leitor, mas tal limitação é necessária em empreitadas deste jaez monográfico.

2.2 Conceito

A Constituição da República de 1988 foi, como cediço, muito influenciada pela tese do dirigismo constitucional, mormente na acepção dada por seu maior estudioso, J.J Gomes Canotilho, em sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*.

Para o mestre português¹, a Constituição dirigente possui como traço característico, que a distingue de modo absoluto das chamadas Constituições-garantia, a presença de um conteúdo programático-constitucional que, sobre exercer a função de distribuir a competência entre os órgãos estatais e proteger os direitos de liberdade, atribui ao Estado a consecução de determinadas tarefas e a realização de certos fins.

De efeito, para que uma Constituição seja caracterizada como dirigente deve haver planos mais ou menos precisos de modificação da ordem política, econômica e social, mormente da ordem econômica que, numa visão mais radicalista, é a infraestrutura determinadora da superestrutura política e social.

De acordo com esta tese, a Constituição não mais pode ser considerada um simples instrumento de governo, definidor de competências e procedimentos, mas deve, sim, aspirar e determinar um plano global de determinação de tarefas, estabelecendo programas, diretrizes e definindo fins para o Estado e sociedade.

Assim, tais Constituições não são apenas institutos que servem para proteger as relações existentes, mas se constituem como um tipo de Constituição de uma sociedade em devir. Surge, então, a problemática da realidade como tarefa e a idéia de conformação da sociedade, ou seja, aparece a celeuma do direito como antecipador das mudanças sociais, o que expressa uma ruptura com a função de direito-situação. O direito passa a ter uma função promocional, utilizando-se de técnicas de estímulo, encorajamento e impulso, apresentando-se como um legítimo instrumento de desenvolvimento econômico e social.

¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág 20-24.

Almeja a Constituição dirigente, pois, que o Estado Democrático de Direito, em virtude de possuir tais espécies de normas, seja deflagrador de uma mudança social, carregando em si o caráter revolucionário a fim de que se implemente de modo efetivo uma justiça social.

Reside exatamente neste aspecto, é bom que se ressalte, a grande diferença de legitimidade existente entre as Constituições-garantia e as Constituições dirigentes. É dizer, como estas possuem como escopo a mudança da realidade, a deflagração de uma mudança social, conforme explicitado acima, volta-se a Constituição dirigente, por óbvio, para a própria sociedade, a fim de perceber quais os reais anseios desta, para, a partir desta percepção, poder colocar em prática o seu caráter modificador.

Retira, portanto, a Constituição dirigente a sua legitimidade desta característica, deste seu anseio reformador, desta sua finalidade consubstanciada na implementação de justiça social. As Constituições-garantia, por não possuírem tal vezo revolucionário, transformador, carecem de legitimidade, preocupando-se somente em conter os avanços do Estado, sem atentar para as reais necessidades da sociedade.

O dirigismo constitucional reformula, pois, a própria finalidade das Constituições. A Constituição deixa de ser mero instrumento garantidor do *status quo*, concebida unicamente como norma jurídica formalmente superior e abstraída de qualquer conteúdo material. A Constituição Dirigente possui um fito a mais, qual seja a concretização das promessas não cumpridas.

Voltemos, depois desta breve explicação, à análise do conteúdo material das Constituições dirigente. Consoante já se afirmou linhas acima, a principal característica encontrada no texto destas constituições são normas que estabelecem tarefas a serem implementadas e fins a serem atingidos pelo Estado, as chamadas normas programáticas. Ao conjunto destas normas chama-se bloco constitucional dirigente.

Pode-se, desta maneira, conceituar o bloco constitucional dirigente como o conjunto de normas constitucionais que disciplinam a atribuição, pela Constituição, de fins e tarefas ao Estado, a fim de deflagrar uma mudança social.

Para os escopos do presente trabalho, qual seja o de evidenciar a relação existente entre o dirigismo constitucional e o princípio da proibição de retrocesso social, o aspecto mais relevante do bloco de constitucionalidade é a sua aptidão de vincular o legislador estatal, impondo a este o dever constitucional de se conduzir obrigatoriamente em conformidade com os preceitos hierarquicamente superiores da Constituição.

Canotilho reconhece², assim, o caráter cogente das regras constitucionais, às quais não se poderá opor a liberdade de conformação do legislador, ou seja, o legislador está, segundo dizer do próprio Canotilho, heteronomamente vinculado às normas constitucionais, pelo que não se concebe a Constituição sob reserva do legislador; ao contrário, é a atividade legiferante que se deve pautar pelos ditames constitucionais.

Percebe-se, ademais, que esta vinculação não se dá somente no plano negativo, mas igualmente ocorre no plano positivo. Ou seja, demais de não poder editar normas que infrinjam diretamente o texto constitucional, normas em absoluta desconformidade com aquilo que foi preceituado na constituição, o bloco constitucional dirigente, por atribuir tarefas e normas ao Estado, atua vinculando o legislador positivamente, obrigando-o, forçando-o a legislar, com o fito de dar concretude máxima a algumas normas constitucionais.

Não pode o legislador, assim, por estar editando normas em conformidade com o texto constitucional, querer que sua atuação seja considerada constitucional, já que a Constituição dirigente, por intermédio do bloco constitucional dirigente, exige, muita vez, que o legislador atue positivamente, criando normas para complementar a eficácia de alguns dispositivos constitucionais.

É traço característico das Constituições dirigentes, como facilmente perceptível, a vinculação do legislador às normas constitucionais. Tal vinculação, contudo, recebeu alguma crítica por parte da doutrina, afirmando-se que, com esta vinculação, o legislador ficaria tolhido, sem discricionariedade para agir na sua função legiferante.

² CANOTILHO, Constituição Dirigente..., pág. 62-63.

Ocorre que, como muito bem salientado por Felipe Derbli³, o próprio Canotilho tratou, ao expor suas idéias, de rechaçar tais críticas, asseverando, de forma enfática, que ainda sobraria grande espaço ao legislador, podendo, dentro deste espaço, agir com discricionariedade:

No entanto, a Constituição dirigente não reduz a lei à sua mera execução, antes deixando ao legislador margem de atuação política que, se não é completamente livre do ponto de vista jurídico, possui clara amplitude. É do domínio do legislador, no âmbito das normas constitucionais, a atividade criativa de ponderar os fins, realizar escolhas, tomar decisões sobre qual ou quais finalidades devem prevalecer no momento em que a lei é elaborada e, ainda, selecionar os meios que entende mais adequados (mediante um juízo de proporcionalidade) à consecução daqueles fins; é livre a seleção de determinantes autônomas de seu mister. A atividade legislativa, portanto, é juridicamente vinculada à Constituição, mas goza de liberdade para conformar os fins político-sociais plasmados no texto magno – o legislador tem plenas possibilidades de movimentação política, contanto que permaneça adstrito à norma constitucional.

Empós tão brilhante explanação, dúvidas não mais persistem de que esta vinculação do legislador às normas constitucionais, no âmbito do dirigismo constitucional, não retira a liberdade de atuação política deste, vez que ainda lhes resta amplo campo de atuação. Tal atuação, contudo, deve sempre respeitar as ordens emanadas do texto constitucional, as quais fixam o domínio que servem de fundamento material para a atuação política do legislador.

Tais ordens são conceituadas por Canotilho como imposições constitucionais, as quais possuem como finalidade precípua dar concretude aos dispositivos constitucionais dirigentes, ou seja, aos dispositivos que atribuem ao Estado a realização de tarefas e a consecução de fins, que precisam, na quase totalidade dos casos, de legislação infraconstitucional para atingirem a máxima efetividade.

As imposições constitucionais atribuem, portanto, verdadeiro dever jurídico ao legislador, que não poderá furtar-se de produzir uma norma que vise a dar concretude a uma norma constitucional, que vise a conferir efetividade máxima a tal norma. Tal dever jurídico não se esgota, contudo, em um único ato legislativo, mas

³ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, pág. 48-49.

encerra “imposições ou ordens permanentes, impositivas de um esforço de actualização legiferante permanente a fim de se obter uma concretização óptima da lei fundamental.”⁴

Não basta ao legislador, desta maneira, editar determinada norma para que se verifique como cumprido o já referido dever, devendo haver, em todo o momento, uma actualização legislativa, um processo que tenha como escopo conferir, consoante já afirmado, a máxima efetividade das normas constitucionais.

É com base nestas idéias que o eminente constitucionalista português defende que as omissões legislativas frente a ordens de legislar configuram-se tão graves quanto às agressões legislativas positivas a uma norma constitucional, mormente no que toca aos direitos fundamentais sociais a prestações do Estado, já que é no campo dos direitos sociais que a questão das imposições constitucionais se mostrará mais relevante, em virtude de tais direitos demandarem prestações positivas do legislador.

Feitas estas breves considerações acerca do dirigismo constitucional, as quais, repise-se, cingem-se à explicitação do tema do presente trabalho monográfico, passa-se a discorrer acerca da guinada ocorrida no pensamento de J.J Gomes Canotilho acerca da tese do Dirigismo constitucional.

2.3 A nova fase de Canotilho

A revolução portuguesa de 1974, de carácter socialista, impôs aos juristas e intelectuais portugueses um importante papel, na medida em que tiveram que construir a Constituição Portuguesa de 1976, objetivando dar legitimação e conformação às aspirações revolucionárias de seu povo.

A citada Constituição possuía, diante de tal situação, grande carga socialista e conteúdo eminentemente programático, sofrendo, justamente em virtude destas características, de uma grande reação conservadora dos constitucionalistas

⁴ CANOTILHO, Constituição Dirigente..., pág. 303-304.

tradicionais. Estes defendiam um viés teórico-ideológico, afirmando que o texto constitucional de 1976 era dúplice, possuindo em seu conteúdo duas Constituições: uma liberal/democrática e outra dirigente/autoritária.

Tal posicionamento continha, em boa verdade, um escopo implícito de manutenção do *status quo*, sob a escusa de que somente eram passíveis de aplicação as normas de conteúdo liberal/democrático, já que as normas dirigentes não eram capazes de conformar a liberdade do legislador infraconstitucional, bem como não possuíam aplicação direta, na medida em que eram apenas diretrizes ou instrumentos governamentais.

Foi exatamente nesta quadra histórica que Canotilho elaborou sua tese de doutoramento sobre o constitucionalismo dirigente. Almejava o eminente constitucionalista, pois, buscar a unidade substancial da Constituição, bem como seu valor normativo e, principalmente, o caráter vinculante desse conjunto normativo. Queria, ainda, evidenciar, com a construção de tal tese, que a Constituição Portuguesa devia atuar juridicamente, refutando as idéias de que as normas programáticas não eram dotadas de normatividade.

Ao elaborar a aludida teoria, Canotilho defendeu que as normas programáticas não eram simples programas, exortações morais, sentenças políticas, como a doutrina tradicional sempre afirmou. As normas programáticas possuíam valor jurídico constitucional idêntico às outras normas constitucionais. Vinculariam o legislador, na medida em que seriam uma imposição constitucional, servindo, outrossim, como diretivas materiais, vinculando todos os órgãos concretizadores.

Tal tese de doutoramento teve grande e decisiva influência na Constituição Brasileira de 1988, sendo a nossa Carta de Outubro considerada como um exemplo de Constituição dirigente. J.J Gomes Canotilho, porém, veio gradativamente revendo sua posição, chegando a afirmar no prefácio da 2ª edição do seu "*Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*", que a Constituição dirigente estaria morta⁵.

Com efeito, o autor, reformando a sua teoria, afirmou que o direito não seria mais capaz de regular sozinho a sociedade, de modo autoritário e intervencionista, olvidando-se de outras formas de intervenção, como, por exemplo, a política. A

⁵ CANOTILHO, *Constituição Dirigente...*, pág. XXIX.

Constituição, portanto, teria de, inexoravelmente, abrir espaços para novos modelos político-organizatórios, adequando-se a novos planos normativos, a novas associações abertas, oriundas de estados nacionais abertos.

Nessa linha, Canotilho passa a pregar a existência de um “constitucionalismo moralmente reflexivo”, o qual poderia ser compreendido como a substituição de um direito autoritariamente dirigente, porém destituído de eficácia, por fórmulas outras as quais permitiriam completar-se o chamado projeto da modernidade. A lei dirigente cederia diante da nova conformação política do mundo, dando espaço à transnacionalização e à globalização. O direito constitucional deixaria, desta maneira, de ser uma disciplina dirigente para transfigurar-se em uma disciplina dirigida.

Assim, embora passe a sustentar a existência de um constitucionalismo moralmente reflexivo, reconhece Canotilho a necessidade de manutenção de um conteúdo material mínimo que continuasse a vincular positivamente o legislador, considerando não ser prescindível a consagração de direitos econômicos, políticos e sociais no corpo de um texto constitucional.

Destarte, diante das inúmeras modificações ocorridas no mundo desde a criação da teoria do constitucionalismo dirigente, este não teria se dado conta da complexidade do mundo e das conseqüências das integrações entre as nações, fruto da globalização. Uma nova teoria da constituição seria, diante de tais circunstancia, necessária.

Não obstante isso, a revisão de Canotilho sobre o constitucionalismo dirigente, embora de todo modo adequada ao constitucionalismo de Portugal, não se compatibiliza perfeitamente com o constitucionalismo brasileiro, em virtude de o entendimento subjacente ao dirigismo constitucional português possuir um caráter revolucionário de instauração de uma nova ordem, de natureza socialista, o que ficou prejudicado pelas reformas que se seguiram e alteraram esta concepção programática, como explica o mestre⁶.

⁶ CANOTILHO, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 14.

Ademais, some-se a isto a transplantação do dirigismo constitucional para o direito comunitário e internacional, dimensão que também não apresenta pertinência com a situação constitucional brasileira⁷, pois não se pode comparar o elevado nível de globalização e integração alcançado na União Européia com o ainda incipiente a que estamos vinculados no MERCOSUL.

A tese inicial de Canotilho foi elaborada tendo-se em mente a Constituição portuguesa de 1976, Constituição esta que possuía visivelmente um caráter revolucionário, em virtude de prever expressamente a instauração gradativa do socialismo em Portugal e o exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras.

Tal não foi, todavia, a realidade da Constituição brasileira de 1988, tendo em vista ter quedado-se nosso Texto Magno deveras distante desse caráter revolucionário, outrora explícito na Constituição portuguesa, limitando-se apenas a consignar de modo expreso uma transformação para um Estado Democrático de Direito, voltado para a promoção da justiça social e para a redução das desigualdades.

A Constituição brasileira, portanto, não possui uma função normativo-revolucionária, tal qual prevista inicialmente na Constituição portuguesa.

Neste contexto, vale mencionar as palavras de Lênio Streck⁸, que assevera parecer clarividente que, ao tratar-se de Constituição dirigente, não está sendo sustentada a existência um normativismo constitucional revolucionário, hábil a, por si só, impor transformações emancipatórias. Constituição dirigente é, sim, a vinculação do legislador às imposições da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas negligenciadas. É dizer, a Constituição dirigente continua sendo o arcabouço normativo necessário para o desenvolvimento de um projeto de combate à pobreza.

⁷ Ob. cit., p. 15.

⁸ Apud DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, pág. 52.

Neste diapasão, enquanto encontrarmos, em países como o Brasil, um quadro de pobreza e exclusão social, o dirigismo constitucional ainda se mostra necessário, vez que nesses países o Estado continuará funcionando como o principal agente do desenvolvimento social. Não se pode, diante desta constatação, prescindir das normas pertencentes ao chamado bloco constitucional dirigente, pois são estas normas a principal ferramenta do Estado, por definirem tarefas a serem cumpridas pelo Poder Público, na condução de um projeto de justiça social.

Faz-se mister transcrever, comprovando o que acima foi dito, as palavras de Canotilho, o qual averba que⁹:

Em boa verdade, quando elas (as constituições dirigentes) surgiram, quando transportaram essas idéias, foram elas próprias factores de transformação social. Neste contexto, poderemos dizer também que elas devem existir enquanto forem úteis, enquanto forem historicamente necessárias. Elas foram historicamente necessárias em certo momento; podem ter cumprido parcialmente seu papel, mas podem não ter cumprido ainda todo o seu papel. Eu acredito que elas vão sobreviver. Quando os esquemas políticos, econômicos, sociais e culturais forem totalmente outros, quando as novas gerações não se identificarem com a Constituição, quando a Constituição deixar de ter força reflexiva, isto é, capacidade de conformação da própria realidade social, então ela caduca, ela será substituída, ela acabará por se dissolver nos próprios mecanismos sociais. Em suma: as constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias.

Percebe-se, assim, que a teoria do constitucionalismo dirigente pode ter, da maneira como foi criada originalmente, qual seja com espeque no constitucionalismo português, hoje inserido em tratados internacionais envolvendo os países europeus (União Européia), morrido. Não se pode, todavia, negar que a realidade brasileira é muito distante da realidade experimentada nos países do continente europeu, onde houve efetivamente a instituição de um Estado Social, e não sua utilização para exacerbar ainda mais as diferenças sociais, como ocorrido em nosso país.

O dirigismo constitucional continuaria a persistir nas suas dimensões básicas, dos direitos fundamentais de liberdade, na positividade estatal ínsita aos direitos

⁹ CANOTILHO, in COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.), *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, pág. 39-40. Grifou-se

sociais e econômicos¹⁰, necessários para uma vivência emancipatória e inclusiva, e nos serviços públicos. Se tais dimensões forem suprimidas de nosso ordenamento jurídico, teríamos um verdadeiro retrocesso à Constituição-garantia, o que é de todo modo indesejado, pois absolutamente inábil a promover qualquer tipo de mudança em nossa sociedade.

Exsurge clarividente, portanto, diante de tudo o quanto foi aqui explicitado, que o dirigismo constitucional, ao menos em relação ao direito brasileiro, não morreu, continuando vivo e em busca de seus escopos primaciais, qual seja a implementação da justiça social através da atribuição de fins e tarefas a serem cumpridas pelo Estado.

2.4 Relações entre as Constituições-dirigentes e o princípio da proibição de retrocesso social

Empós a realização da breve análise da Constituição dirigente, pode-se afirmar, com espeque nas próprias idéias de Canotilho, que o dirigismo constitucional ainda subsiste no Brasil, conquanto seja extremamente necessário, útil ao nosso desenvolvimento. A demonstração da existência da referida tese fez-se necessária em virtude da intrínseca ligação existente entre a tese do dirigismo constitucional e o princípio da proibição de retrocesso social, vinculação esta que se pretende demonstrar neste tópico.

De efeito, não se pode, consoante acima já declarado, prescindir do Estado como principal ator de um programa de desenvolvimento social em nosso país. E a melhor ferramenta para que isso efetivamente ocorra é mediante a atribuição ao Estado da consecução de certos fins e tarefas, por meio das normas programáticas. Tais normas programáticas, consoante facilmente perceptível, atuam, demais de vincularem negativamente o legislador, vinculando-o positivamente, obrigando-o a legislar, com o fito de dar concretude máxima a algumas normas constitucionais.

A Constituição impõe, destarte, através das normas programáticas, que o legislador edite normas, com o escopo de complementar a eficácia de algumas de

¹⁰ *Ibidem*, pág. 26-39.

seus dispositivos. A maioria destes dispositivos que necessitam de complementação, conforme já foi salientado, são normas que veiculam direitos fundamentais sociais, vez que, em grande parte, os direitos sociais demandam prestações positivas do Estado e, em especial, ação positiva do legislador, diferentemente dos direitos de liberdade, os quais se caracterizam como direitos de defesa e exigem somente uma abstenção do Poder Público.

Desta maneira, quando a Constituição Federal de 1998 cria para o legislador a obrigação de editar leis que concretizem os direitos fundamentais sociais, estabelece, por simples questão de lógica, que não se possam simplesmente revogar as leis que cuidam dessa concretização, sem que seja criada nenhuma regulamentação substitutiva. De igual modo, não se pode admitir que o legislador venha a reduzir, ao menos de forma arbitrária ou desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental.

Ademais, outro ponto fundamental de ligação existe entre as referidas teses. A Constituição dirigente, consoante sobejamente afirmado, possui como primacial objetivo a deflagração de uma mudança social, a implementação de justiça social no seio de uma sociedade, por intermédio da atribuição de fins e tarefas ao Estado, que vinculam o legislador.

O aludido mister, contudo, não estaria sendo efetivamente cumprido se ao legislador fosse permitido revogar as leis que tratam da efetivação de direitos sociais já existente no ordenamento jurídico. É dizer, o dirigismo constitucional obriga o legislador a elaborar normas que dêem concretude máxima aos direitos fundamentais sociais. O legislador, todavia, ao criar estas normas, tem de, inexoravelmente, respeitar o nível de regulamentação já existente no que tange à efetivação de direitos sociais. De nada adiantaria, pois, que a regra constitucional ordenasse fosse elaborada uma norma para complementar a eficácia de um direito fundamental se o legislador pudesse, sem qualquer impedimento, revogar o direito já existente acerca deste mesmo preceito fundamental.

Assim, ao criar as normas que complementem a eficácia dos direitos fundamentais sociais, o legislador tem de respeitar o nível de concretude já consagrada destes direitos fundamentais. Para que seja dado um passo no sentido

de deflagração de uma mudança social, há que ser respeitado o que já houver sido efetivado em nosso ordenamento.

É exatamente nestes aspectos que o princípio da proibição de retrocesso social relaciona-se com a tese do dirigismo contratual, tese esta que foi expressamente adotada pela Constituinte de 1988.

3 TEORIA GERAL DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

3.1 Conceito

Continuando com o propósito apresentado logo na introdução do presente trabalho, qual seja o de apresentar o tema do princípio da proibição de retrocesso social, mas não sem antes tecer alguns comentários acerca de assuntos imprescindíveis para o correto entendimento do referido princípio, passa-se, neste ensejo, a apresentação de alguns conceitos e idéias acerca da teoria geral dos direitos fundamentais.

Justifica-se a escolha do presente assunto em virtude de a vedação ao retrocesso social dizer respeito, na maior das vezes, aos direitos fundamentais sociais, ao tratamento relegado a estes direitos pelo legislador ordinário. Desta maneira, parece-nos de suma importância a explicitação, ainda que de maneira sumária, dos principais pontos referentes aos direitos fundamentais.

Destarte, trataremos, neste tópico, de conceituar direitos fundamentais, levando sempre em consideração a opinião de diversos estudiosos do tema. Depois de conceituados, apresentaremos as gerações dos direitos fundamentais e a teoria do *status* de Jellinek. Analisaremos, ainda, quais modalidades de eficácia podem ser atribuídas aos direitos fundamentais sociais.

Nesta toada, faz-se necessário reforçar a advertência feita no início do presente trabalho. É que a teoria geral dos direitos fundamentais, bem como o tópico abordado anteriormente, acerca do dirigismo constitucional, constitui premissa para o entendimento do princípio da proibição de retrocesso social. Dessa arte, em face de envolverem diversas nuances, sendo temas demasiado ricos e cheios de questionamentos, reforça-se que o presente trabalho monográfico não possui a intenção de esgotá-los, mas somente de apresentar idéias ligadas ao objeto principal desta monografia.

Superada estas pequenas observações preambulares, adentremos no mérito do tópico sob comento, que trata da conceituação de direitos fundamentais, questão

que, ao nosso sentir, a despeito da arduidade que encerra sua abordagem, necessariamente deve preceder ao estudo de qualquer aspecto dos direitos fundamentais, como sói acontecer com o os institutos jurídicos em geral.

Neste diapasão, vale afirmar que a doutrina, ao conceituar direitos fundamentais, distingue duas categorias: os direitos fundamentais em sentido formal e os direitos fundamentais em sentido material.

Quanto aos direitos fundamentais em sentido formal, afirma a doutrina, em linhas gerais, que são aqueles direitos positivados em um texto Constitucional. Ou seja, são aquelas posições jurídicas subjetivas protegidas pela Constituição formal por estarem nela inscritas, sendo denominados formais pelo simples fato de o Poder Constituinte ter escolhido tais direitos e lhes atribuído um *status* diferenciado, insculpindo-lhes na Constituição para terem um regime jurídico próprio. Não é outra a opinião de Sarlet¹¹, o qual afirma que:

De modo geral, os direitos fundamentais em sentido formal podem, na esteira de K. Hesse, ser definidos como aquelas posições jurídicas da pessoa - na sua dimensão individual, coletiva ou social - que, por decisão expressa do Legislador-Constituinte foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais (aqui considerados em sentido amplo).

Com efeito, observando-se nossa Carta de Outubro, é possível verificar um rol de direitos fundamentais que, só por estarem assim expressos pela própria Constituição, são definidos e identificados como direitos fundamentais formais. Existe, assim, no Título II da Constituição, um extenso catálogo de normas jurídicas definidoras de direitos e garantias fundamentais, sistematizados em cinco capítulos: I - Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos; II - Dos Direitos Sociais; III - Da Nacionalidade; IV - Dos Direitos Políticos e V - Dos Partidos Políticos. Tais direitos são, pois, considerados formalmente fundamentais.

¹¹ SARLET, Ivo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, pág 93.

Consoante facilmente perceptível, a análise do conceito formal de direitos fundamentais não encerra grandes discussões, sendo, portanto, tal conceito um consenso na maior parte da doutrina.

O conceito de direitos fundamentais em sentido material, por sua banda, não encontra tanta unanimidade quanto o acima referido, havendo grande dissenso entre os doutrinadores com relação a esta conceituação.

É que as Constituições, a par de deixarem expressamente consignados em seus textos que determinados direitos, pelas suas elevadas importâncias, são considerados fundamentais, abrem escanchas para que outros direitos, os quais não se encontram positivados no corpo constitucional, em virtude do conteúdo substancial normativo destes, sejam igualmente considerados fundamentais.

A grande celeuma gira em torno, portanto, da identificação do conteúdo normativo necessário para caracterizar um direito como fundamental, havendo profunda divergência entre os doutrinadores quanto a este conteúdo normativo definidor da jusfundamentalidade dos direitos não expressamente contido no texto de uma Constituição.

Vale ressaltar, em primeiro lugar, que, como bem observa Canotilho¹², a existência de um conceito material de direitos fundamentais é de importância deveras elevada, em virtude de possibilitar que outros direitos, também fundamentais, mas não constitucionalizados, possam ser como tais reconhecidos, sendo, portanto, beneficiados com o regime jurídico inerente à fundamentalidade formal.

Nesta toada, Jorge Miranda afirma que direitos fundamentais materiais são aqueles direitos que defluem da idéia de Constituição dominante, da idéia de direito e de sentimento jurídico coletivo¹³.

Sarlet, por sua banda, ao tratar sobre o tema aqui versado, afirma existirem duas grandes classes de direitos fundamentais, quais sejam os direitos

¹² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.p 354-355.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed.: Coimbra, 2000, Tomo IV, pág. 10.

expressamente positivados ou escritos e os direitos fundamentais não escritos.¹⁴ A presente análise restringir-se-á somente aos direitos fundamentais não escritos, por guardarem nítida relação com o conceito material de direitos fundamentais.

Destarte, estabelece o referido autor critérios para que direitos não positivados possam ser reconhecidos como fundamentais, afirmando, pois, que a importância e o conteúdo de um direito devem ser levados em consideração para que estes possam ser tidos como fundamentais.¹⁵ Somente os direitos dotados de importância e conteúdo próprios de direitos fundamentais podem, segundo tal tese, serem equiparados aos direitos fundamentais.

A grande questão a ser tratada neste ponto seria, então, delimitar quais os conteúdos podem ser considerados próprios de direitos fundamentais. É dizer, devem ser estabelecidos critérios para que o interprete possa, ao deparar-se com um direito fundamental não escrito, reconhecê-lo como tal. E é neste ponto, pois, que ousamos discordar de Sarlet, na esteira de pensamentos de outros grandes autores.

É que Sarlet, discordando de uma gama de constitucionalistas, a exemplo de Willis Santiago Guerra Filho¹⁶ e Jorge Miranda¹⁷, não considera o princípio da dignidade da pessoa humana como o elemento comum, o valor ou fundamento unificador de todos os direitos fundamentais¹⁸, chegando a afirmar, inclusive, que tal princípio, quando considerado em si mesmo, não poderia ser qualificado como um direito fundamental autônomo.

Não nos parece, todavia, que seja esta a melhor posição acerca da matéria. É que, em verdade, o núcleo essencial dos direitos fundamentais reside no princípio da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais seriam, portanto, a “densificação” ou concretização do supra citado princípio, de respeito à dignidade da pessoa humana.

¹⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, págs. 82 e seguintes.

¹⁵ *Ibidem*, pág. 97-98.

¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001, pág. 49-50.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed.: Coimbra, 2000, Tomo IV, pág. 180 e seguintes.

¹⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*., págs. 103.

Pode-se afirmar, desta maneira, que todos os direitos fundamentais podem ser reconduzidos ao princípio da dignidade da pessoa humana, sendo tal princípio, portanto, o conteúdo caracterizador de um direito como fundamental. Destarte, tanto os direitos fundamentais positivados quanto aqueles que não merecerem tal tratamento pelo Poder Constituinte possuem em seu conteúdo uma concretização da dignidade da pessoa humana, sendo este o traço caracterizador desta classe de direitos. Afirma-se, assim, que direitos fundamentais, tanto em sentido formal quanto em sentido material, são posições jurídicas essenciais que concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana.

3.2 Gerações dos direitos fundamentais

Neste tópico, serão tratadas as chamadas gerações dos direitos fundamentais, tema brilhantemente abordado por Paulo Bonavides em sua obra *Curso de Direito Constitucional*¹⁹.

Primacialmente, faz-se uma ressalva no que pertine à abordagem da aludida temática. É que será utilizado o termo "geração", ao invés de "dimensão", ao classificar os direitos fundamentais. A despeito da utilização desta terminologia, não há, contudo, a conotação que alguns constitucionalistas pretendem lhe dar, ou seja, não se quer passar a noção de que uma geração de direitos vem e substitui a outra, mas sim a convicta conclusão de que as categorias de direitos se complementam e se harmonizam.

Passa-se, pois, empós esta observação, ao trato do tema.

3.2.1 Dos direitos fundamentais de primeira geração

¹⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

Depois de toda a época revolucionária do século XVIII, mormente pelas idéias políticas francesas, marcadas pelo teor individualista (direitos de defesa, direitos do indivíduo frente ao Estado), externaram-se as características basilares de toda a finalidade essencial dos direitos fundamentais. Institucionalizaram-se, desta maneira, as três premissas gradativas, a saber: a liberdade, a igualdade e posteriormente a fraternidade.

Os direitos fundamentais chamados de primeira geração podem, desta maneira, ser considerados como direitos de resistência ou de oposição perante o Estado, tendo por titular o indivíduo. Diante disto, os direitos fundamentais de primeira geração, segundo Bonavides²⁰, são os direitos de liberdade, ou seja, os direitos civis e políticos, sendo os primeiros direitos a constarem do instrumento normativo constitucional.

Isto posto, pode-se perceber que os direitos fundamentais de primeira geração estão presentes em todas as Constituições das sociedades civis democráticas, não obstante seu caráter de *status negativus*. Este paradigma dos direitos fundamentais perdurou até o início do século XX, posto que, a partir deste século, foram ingressados novos direitos fundamentais aos ordenamentos jurídicos de todo o mundo.

3.2.2 Dos direitos fundamentais de segunda geração

Assim como o século XIX foi caracterizado pelo surgimento dos direitos da primeira geração (direitos civis e políticos), o século XX foi caracterizado pela instauração de uma nova ordem social. Esta nova ordem social cria uma nova estruturação dos direitos fundamentais, ordem esta não mais sedimentada no individualismo puro do modelo anterior.

Com efeito, os direitos fundamentais clássicos eram satisfeitos por meio de uma mera omissão do Estado. Com o desenvolvimento da sociedade, entretanto, tal conceito não mais bastou para o cumprimento das exigências supervenientes.

²⁰ *Idem*, pág 517.

Surgiram direitos que passaram a exigir uma atitude positiva por parte do Estado, o que atribui aos titulares de direitos fundamentais dois tipos de prerrogativas: liberdade e poder.

Os direitos da segunda geração são os direitos sociais, culturais e econômicos. Derivados do princípio da igualdade, surgiram com o Estado social e são vistos como direitos da coletividade. São direitos que exigem determinadas prestações por parte do Estado, fato este que gerou certa celeuma no que pertine à sua aplicabilidade imediata, em virtude do fato de nem sempre o organismo estatal possuir meios suficientes para cumpri-los. Tal questionamento, entretanto, foi sanado nas mais recentes Constituições, tal como a brasileira, que prevê, em seu art. 5º, § 1º, a auto-aplicabilidade das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Tratam-se, como cediço, dos direitos sociais.

Desta maneira, é facilmente perceptível que os direitos fundamentais de segunda geração estão ligados intimamente a direitos prestacionais sociais do Estado perante o indivíduo, como, por exemplo, a assistência social, a educação, a saúde, a cultura, o trabalho. Tais direitos passam, destarte, a exercer uma liberdade social, criando uma ponte de ligação entre as liberdades formais abstratas e as liberdades materiais concretas.

Destarte, no campo dos direitos fundamentais da segunda geração, inicia-se uma nova fase dos direitos fundamentais, não só em virtude de estes terem o escopo positivo, mas, outrossim, por exercerem uma função prestacional estatal para com o indivíduo, absolutamente distinta da função exercida pelos direitos fundamentais de primeira geração, como sabido.

Na nossa Constituição Federal de 1988, os direitos de segunda geração estão expressos no ordenamento a partir do art. 6º e, neste aspecto, cabe citarmos como exemplo que o referido artigo reconhece o direito à saúde como um direito social. Logo, a saúde é, também, um direito de segunda geração, eis que passa a ser um direito que exige do Estado prestações positivas, para deste modo poder tornar-se efetivo.

3.2.3 Dos direitos fundamentais de terceira geração

Os direitos fundamentais de terceira geração surgem com espeque na fraternidade, visando à proteção do ser humano, e não apenas do indivíduo ou do Estado em nome da coletividade. Nas palavras de Sarlet ²¹, “trazem como nota distintiva o fato de se desprenderem, em princípio, da figura do homem-indivíduo como seu titular, destinando-se à proteção de grupos humanos.”

Com o aparecimento desta nova geração de direitos fundamentais, surge uma finalidade que pode ser atribuída a estes direitos, somando-se àquelas finalidades versadas nos direitos de liberdade e igualdade. Os direitos da terceira geração são, portanto, precipuamente, direitos de titularidade coletiva ou difusa.

A princípio, são identificados cinco direitos como sendo da terceira geração: o direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, o direito de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade e o direito de comunicação. Podem, entretanto, surgir outros direitos de terceira geração, à medida que o processo universalista for se desenvolvendo. Tais direitos, é bom que se ressalte, ainda não se encontram completamente positivados nas Constituições, sendo em sua maior parte encontrados em Tratados e em outros documentos transnacionais.

3.2.4 Dos direitos fundamentais de quarta geração

Hodiernamente, vivemos em uma época em que se nota de modo constante as mudanças provocadas pela globalização, pela política neoliberal praticada na maior parte dos países.

Esta globalização do modelo neoliberalista, marcada pela globalização econômica advinda precipuamente sob a égide da política imperialista dos Estados Unidos imposta aos países de terceiro mundo por seus entes financeiros, vem a causar enorme impacto nos direitos fundamentais, criando-se uma quarta geração destes direitos.

²¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*, págs. 50.

Paulo Bonavides ²² entende, desta maneira, que os direitos fundamentais de quarta geração surgiram como uma contraposição à globalização política neo-liberal. A globalização política, desta maneira, interferindo na normatividade jurídica, introduz nos ordenamentos jurídicos os direitos de quarta geração, os quais corresponderiam à derradeira fase de institucionalização do Estado Social.

Importante destacar, por fim, que, mesmo com o surgimento dos direitos de quarta geração, os direitos de primeira geração (direitos individuais), os de segunda (direitos sociais) e os de terceira (direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente e à fraternidade) permanecem plenamente eficazes e presentes nas Constituições modernas.

3.3 Teoria do status de Jellinek

Os direitos fundamentais podem ser vistos sob dois enfoques distintos: um enfoque subjetivo, o qual indica a posição jurídica conferida por este direito ao indivíduo frente ao Estado, e um enfoque objetivo, que diz respeito à produção de seus efeitos sobre toda a sociedade.

Neste ponto do trabalho, será analisada a ótica subjetiva dos direitos fundamentais, a qual se funda em uma teoria elaborada por Georg Jellinek, a chamada teoria do *status*. Na elaboração desta teoria, Jellinek aponta a existência de quatro *status*, quais sejam o *status passivo* ou *subjectionis*; o *status libertatis* ou *negativus*; o *status positivus civitatis* e o *status activae civitatis* ²³.

No primeiro destes, o indivíduo possui sua personalidade de todo modo limitada e relativizada, em virtude da exclusão da autodeterminação individual. Destarte, neste *status*, o indivíduo não seria titular de qualquer direito e estaria inteiramente subordinado ao poder estatal.

À medida, todavia, que a personalidade do indivíduo for sendo mais respeitada, o grau de limitação da atuação do Estado sofre grande incremento,

²² *Ibidem*, pág. 525.

²³ *Apud*, JÚNIOR, Hermano Queiroz. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTR, 2006, pág. 61.

passando o indivíduo a possuir uma esfera de liberdade inalcançável pelo Estado, sendo este o *status libertatis* ou *negativus*.

O terceiro *status*, o chamado *status positivus civitatis*, caracteriza-se pela possibilidade conferida ao indivíduo de usufruir de certas instituições estatais e de exigir certas prestações positivas do Estado. Por último, tem-se o *status activae civitatis*, no qual há a autorização para o indivíduo exercer seus direitos políticos na formação da vontade estatal, como acontece com o direito de voto.

Malgrado a grande importância da elaboração desta teoria para o estudo dos direitos fundamentais, veio ela a sofrer grandes críticas por diversos autores, afirmando estes não ser mais esta teoria capaz de atender as diversas funções que hoje são atribuídas aos direitos fundamentais.

A despeito de tais críticas, não se deve abandonar, de modo algum, os ensinamentos de Jellinek. É que, passados tantos anos de sua elaboração, tem ela servido de base para as diversas propostas de classificação de direitos fundamentais que têm sido lançadas pela doutrina. Impende, pois, que sejam tecidos breves comentários acerca da releitura que tem a doutrina feito acerca da teoria do *status* de Jellinek ²⁴.

A primeira das reformulações diz respeito ao *status negativus*. Afirma a doutrina que se enquadram neste *status* os direitos de liberdade, ou seja, aqueles direitos que protegem os cidadãos das ingerências estatais. Ocorre que tais direitos, ao contrário do que possa parecer em um primeiro plano, não atribuem ao Estado somente o dever de abstenção, mas, outrossim, o dever de praticar determinadas ações.

Tome-se como exemplo a segurança pública. Parece óbvio que a segurança pública existe para proteger os direitos de liberdade dos cidadãos, como o direito à propriedade, o direito a ir e vir. Avulta igualmente manifesto que a atuação da segurança pública é prestada através da polícia, prestação esta que é exercida mediante condutas comissivas do Estado.

²⁴ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, pág. 86 e seguintes.

Dessarte, tal categoria de direitos fundamentais, como a segurança pública e a educação, são consideradas como pertencentes ao *status positivus libertatis*, em virtude de demandarem prestações mínimas do Estado que possam garantir o pleno exercício das liberdades por todos os indivíduos. Vale frisar, ainda, que é com relação a esta espécie de direitos fundamentais que repousa a idéia de mínimo existencial.

Outra importante categoria de direitos fundamentais surgida após a releitura da teoria aqui tratada é o *status positivus socialis*, que pertine àquelas prestações estatais não essenciais, ou seja, dependentes da aplicação ao caso concreto do princípio da reserva do possível para a sua plena efetivação. É preciso esclarecer, neste ponto, que, a despeito de necessitarem, sim, de interposição legislativa para gerar direitos subjetivos aos indivíduos, vez que a simples disposição constitucional não é hábil a produzir tal efeito, não se pode retirar o caráter de jusfundamentalidade destes direitos, em virtude do fato de até as liberdades fundamentais, muita vez, necessitarem de edição de lei para a sua fruição.

Por fim, faz-se mister seja mencionado o *status activus processualis*, expressão criada por Peter Häberle, que se faz presente na dimensão organizatória e procedimental dos direitos fundamentais, vale dizer, foi a partir dessa construção jurídica - a Teoria dos Status - que Häberle elaborou a figura do *status activus processualis*, pretendendo posicionar o indivíduo quanto ao exercício daqueles direitos fundamentais relativos à organização e ao procedimento, direitos estes com a finalidade justamente de realizar e garantir a efetivação dos próprios direitos fundamentais.²⁵

Ainda neste diapasão, de teorias que apresentam uma releitura das idéias apresentadas por Jellinek, é de extrema importância que seja ao menos citada, ainda que de forma bastante lacônica, a classificação de Ingo Wolfgang Sarlet dos direitos fundamentais, criada com esboço nas lições de Robert Alexy.

De efeito, Sarlet afirma existirem duas classes de direitos fundamentais: direitos de defesa e direitos a prestações em sentido amplo ²⁶. Esta segunda classe subdivide-se em outras três, quais sejam direitos à proteção; direitos à participação

²⁵ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988.*, pág. 93.

²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*, págs. 175 e seguintes.

na organização e no procedimento; direitos a prestações em sentido estrito. Em atenção ao que afirmamos desde o início do presente trabalho, com o escopo de não desbordar dos lindes a que nos propomos tratar nesta monografia, serão tecidos apenas breves comentários a estas categorias, dando especial relevo aos direitos a prestações em sentido estrito.

Destarte, os direitos fundamentais de defesa representam os direitos do cidadão em face das investidas ou ingerências do Estado, em sua liberdade pessoal e propriedade, implicando a este um dever de abstenção, de não intromissão, de resguardo de um espaço de autodeterminação individual, somente penetrável em determinadas hipóteses e sob certas condições, correspondendo, destarte, aos denominados direitos fundamentais de primeira geração. São exemplos destes direitos o direito à locomoção, à manifestação de pensamento.

Os direitos à participação na organização e no procedimento podem ser reconduzidos à dimensão procedimental dos direitos fundamentais, no sentido de que se destinam a assegurar a realização de procedimentos e organizações e a participação do indivíduo em procedimentos ou estruturas organizacionais já existentes, com vistas à manutenção de um devido processo dos direitos fundamentais.

Os direitos à proteção, por seu turno, devem ser entendidos como aqueles que seus titulares detêm frente ao Estado, para deste exigir a proteção contra a ingerência de terceiros, inclusive de agressões vindas de outros Estados, em relação a determinados bens pessoais.

Tem-se, ainda, os direitos a prestações em sentido estrito. Tais espécies de direitos são, ao contrário dos direitos de defesa, direitos que o indivíduo possui de exigir do Estado que este pratique certas prestações materiais visando ao implemento de justiça social. Tais prestações materiais, as quais serão fornecidas aos indivíduos, se dão no campo da moradia, da saúde, do trabalho, da segurança, da seguridade social e etc. Consoante facilmente perceptível do conceito acima explicitado, os direitos fundamentais sociais enquadram-se nesta categoria.

Pelas características do conteúdo das prestações materiais que podem ser exigidas perante o Estado pelo indivíduo, percebe-se claramente que a plena

efetivação destes direitos é de todo modo dependente das condições econômicas do Estado. Ou seja, o Estado, para fornecer as prestações materiais vindicadas pelos indivíduos, necessita, em primeiro lugar, da existência de recursos para esta efetivação. Tal situação, a necessidade de existência de recursos para o Estado fornecer prestações materiais concernentes aos direitos sociais fundamentais, costuma ser designada pela doutrina de “reserva do possível.”

Tal teoria, a despeito de muita vez ser afastada pelos nossos Tribunais a fim de determinar que o Estado cumpra o dever que lhe é atribuído constitucionalmente, possui certa pertinência com o tema aqui tratado.

É que não se pode negar, em verdade, que, em determinadas situações, o Estado, para cumprir com as determinações constitucionais e dar efetividade aos direitos à segurança, à saúde, à educação, por exemplo, necessita da existência de recursos, pois sem estes não pode construir escolas, comprar medicamentos que combatam determinada enfermidade e contar com um bom efetivo policial para garantir a paz e a segurança de todos os cidadãos.

Esta característica, a de dependência dos direitos sociais fundamentais com as circunstâncias econômicas reinantes em um determinado Estado, em um determinado momento, foi que forçou o legislador a exigir a interposição legislativa para que estes direitos atinjam suas máximas concretudes ²⁷.

Destarte, em virtude de o legislador constituinte originário não ter condições de divisar quais as reais situações econômicas do Estado no momento da efetivação de um direito social, traçou ele somente as linhas gerais acerca de como aquele direito deveria ser assegurado aos cidadãos, deixando ao legislador infraconstitucional a tarefa de dar efetivação a estes direitos, levando-se em consideração as circunstâncias econômico-sociais mais relevantes em determinado momento histórico.

Cuidamos, pois, ser em virtude da dependência acima esposada que os direitos fundamentais sociais são veiculados em normas de eficácia limitada,

²⁷ JÚNIOR, Hermano Queiroz. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTR, 2006, pág. 77.

segundo a clássica divisão de José Afonso da Silva ²⁸, ou seja, normas constitucionais que necessitam de interposição legislativa para serem efetivados. Resta averiguar se, por serem normas de eficácia limitada, os direitos fundamentais possuem algum grau de eficácia, e em que intensidade seria este grau. É o que será analisado no item subsequente.

3.4 Da eficácia dos direitos fundamentais sociais

Conforme restou acima assentado, os direitos fundamentais sociais, dentro da clássica divisão dos direitos fundamentais no que pertine à eficácia, encontram-se enquadrados na categoria de normas constitucionais de eficácia limitada, diante do fato de necessitarem de interposição legislativa para que possam ser efetivados.

Diante desta necessidade, indaga-se, pois, se estes direitos seriam revestidos de alguma eficácia ou se, ao revés, por ser imprescindível norma infraconstitucional para lhes dar concretude, não possuem estes qualquer tipo de eficácia.

Cumpre, de pronto, afirmar-se que todos os direitos fundamentais, sem qualquer exceção, possuem certo grau de eficácia. É dizer, inexistente em nosso ordenamento jurídico um direito fundamental que não possua certo grau de eficácia.

Neste ponto, faz-se mister alertar que, a despeito de todos os direitos fundamentais possuírem determinado grau de eficácia, este grau irá, por certo, variar. Tal variação pode se dar em virtude de diversos aspectos, tais como a maneira como os direitos fundamentais foram positivados em nosso ordenamento jurídico, se mediante regras ou princípios, ou a classificação dos direitos fundamentais em direitos de defesa ou direitos a prestações. De efeito, cada um destes direitos fundamentais, apesar de possuírem eficácia jurídica, apresentam modalidades diferenciadas desta.

Vale relembrar, uma vez mais, que, em respeito ao tema aqui comentado, e evitando sempre desbordar dos estritos lindes do presente trabalho monográfico,

²⁸ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 6ª edição. São Paulo: Malheiros, 2002, pág. 82.

será comentada unicamente a eficácia dos direitos fundamentais sociais, mormente aqueles que veiculam normas programáticas.

Nesta senda, cumpre observar, primacialmente, a norma veiculada no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988, o qual reza que “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”.

Deflui da interpretação literal do aludido dispositivo, desta maneira, que todas as normas de direitos fundamentais, sem qualquer ressalva, possuem aplicação imediata, até mesmo aquelas que necessitem de interposição legislativa para serem aplicadas.

Ocorre que, por óbvio, nesse caso não poderá ser adotada a interpretação literal, sob pena de, caso adotada tal regra hermenêutica, sejam as normas constitucionais que dependam de norma infraconstitucional consideradas plenamente aplicáveis desde a sua edição, podendo gerar todos os seus efeitos independentemente de uma maior concretização por parte do legislador infraconstitucional. Tal interpretação, como não poderia deixar de ser, configura-se de todo modo inadequada para o caso em análise.

Dessarte, forte na doutrina de Ingo Wolfgang Sarlet²⁹, deveremos considerar como premissa a natureza principiológica da norma contida no art. 5º, § 1º, da Constituição Federal de 1988. Desta maneira, o retro citado dispositivo deve ser interpretado como uma ordem para que aos direitos fundamentais seja dada a maior eficácia possível em cada caso concreto. Ou seja, na aplicação em um determinado caso concreto, de cada direito fundamental deve ser retirada a maior eficácia jurídica possível, respeitada a sua natureza.

Realizada esta observação primeira, deve-se considerar que os direitos fundamentais sociais, a despeito da necessidade de interposição legislativa para que seja efetuada a sua concreção, possuem algumas das modalidades de eficácia jurídica.

²⁹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais.*, págs. 249-252.

Pode-se reconhecer, primeiramente, a eficácia derogatória destes direitos ³⁰, já que, ao entrarem em vigor, geram como consequência automática a derrogação de todos os atos normativos anteriores e contrários ao direito fundamental que veicula. Tal eficácia derogatória é que possibilita os direitos fundamentais sociais serem utilizados como norma constitucional parâmetro no controle de constitucionalidade.

Há que se destacar, outrossim, a eficácia interpretativa desta espécie de direitos fundamentais, vez que poderão servir de parâmetro de interpretação, aplicação e integração de todas as normas constitucionais e infraconstitucionais.³¹ Outra modalidade digna de nota é a eficácia negativa dos direitos fundamentais sociais, a qual gera para o Estado o dever de se abster de atuar de forma contrária ao conteúdo essencial da norma que veicula o direito fundamental programático.³²

Exsurge clarividente, desta maneira, que, a despeito de necessitarem de interposição legislativa para produzirem plenamente seus efeitos, os direitos fundamentais sociais possuem certas modalidades de eficácia jurídica, podendo ser, portanto, aplicáveis a um determinado caso concreto, antes mesmo da edição de sua norma regulamentadora.

Empós realizada a análise da eficácia dos direitos fundamentais sociais, encerra-se, na presente monografia, o trato das questões preliminares ao entendimento do tema mesmo deste trabalho. Esperamos que estas breves explanações contribuam para o correto entendimento da temática principal do presente trabalho, qual seja o princípio da proibição de retrocesso social.

³⁰ JÚNIOR, Hermano Queiroz. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988*. pág. 79.

³¹ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, pág. 80.

³² SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. pág. 286.

4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

4.1 A proibição de retrocesso: princípio constitucional ou modalidade de eficácia jurídica dos princípios constitucionais?

Neste ponto, cabe averiguarmos qual a natureza jurídica da proibição de retrocesso social, ou seja, cabe investigar em qual categoria, dentro do direito, pode-se enquadrar a vedação ao retrocesso social. Neste ponto, diga-se desde logo, existem duas teorias principais, quais sejam, aquela que enquadra esta proibição como um princípio e a que o aloja como uma modalidade de eficácia jurídica dos princípios constitucionais.

Primacialmente, será estudada a teoria que afirma ser a vedação ao retrocesso social uma modalidade de eficácia jurídica dos princípios constitucionais, teoria esta que é seguida por nomes como Ana Paula de Barcellos e Luís Roberto Barroso.

Segundo esta teoria, a proibição de retrocesso social não seria vista como um princípio autônomo existente em nosso ordenamento jurídico, mas como uma modalidade de eficácia jurídica ínsita aos princípios constitucionais, ligada à eficácia negativa destes princípios³³. A eficácia negativa, como cediço, implica que todos os atos normativos editados em desconformidade com o *telos* do princípio constitucional sejam considerados inconstitucionais.

Explicitando suas teorias, afirmam os citados autores que³⁴:

Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: freqüentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos

³³ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*, pág. 80.

³⁴ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acessado em 13 de maio de 2009, pág. 39.

por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.

Neste diapasão, percebe-se que os citados constitucionalistas vinculam a vedação ao retrocesso aos princípios constitucionais que necessitem de interposição legislativa para serem efetivamente concretizados, afirmando que tais princípios possuem uma eficácia jurídica particular, a qual obrigaria ao legislador infraconstitucional, quando fosse editar normas que visassem a dar efetividade aos princípios, a respeitar o nível de concretização já existente de um direito fundamental.

A teoria acima explicitada, a despeito de, materialmente, não possuir qualquer distinção com a teoria que vê o retrocesso social como um verdadeiro princípio, possui, com a devida vênia, um equívoco que impede seja esta por nós adotada.

É que, consoante observado por Felipe Derbli³⁵, a referida teoria, ao vincular a vedação ao retrocesso social somente aos princípios constitucionais, olvida-se que existem direitos fundamentais que foram consagrados na Constituição Federal através de regras, como o art. 7º, inciso XII, da Constituição Federal.

Desta maneira, como a proibição de retrocesso social somente seria aplicável caso se trate de princípio constitucional, aos direitos fundamentais consagrados mediante regras não poderia ser aplicável tal eficácia. Nesta senda, o legislador ordinário poderia, sem respeitar o patamar de concretização já existente de determinado direito fundamental, revogar ato normativo que regulamentasse tal direito, deixando um vácuo legislativo, retrocedendo na concretização dos direitos fundamentais sociais.

Tal situação, como é facilmente perceptível, não poderia subsistir, em virtude da discrepância do tratamento dispensado aos direitos fundamentais consagrados mediante regras e os que constam na Constituição através de princípios. Por este

³⁵ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988.*, pág. 203.

fato, portanto, é que cuidamos seja o retrocesso social visto como um verdadeiro princípio de nosso ordenamento jurídico.

De efeito, o princípio da proibição de retrocesso social enquadra-se em todas as características hodiernamente atribuídas aos princípios pela moderna doutrina constitucionalista através da chamada Teoria dos Princípios.

Nesta senda, pode-se afirmar que, quanto ao seu conteúdo, os princípios são normas de conteúdo finalístico, veiculando valores e finalidades a serem alcançadas.³⁶ Não se pode negar, desta maneira, que o princípio ora em debate veicula, sim, valores e finalidades.

Destarte, o valor veiculado por esta norma é o da justiça social, vez que a vedação ao retrocesso social, ao proibir uma retrocessão no campo da concretização dos direitos fundamentais e, por certo, ao impor que o legislador infraconstitucional busque sempre um grau ótimo de concretização destes direitos, está levando o Estado a cumprir o papel de deflagrador de uma mudança social, finalidade esta explicitamente contida em nossa Constituição Federal, a qual, como sobejamente afirmado acima, é uma Constituição dirigente.

O conteúdo finalístico do aludido princípio, por sua banda, restou acima também explicitado, qual seja a imposição ao legislador ordinário da máxima efetivação dos direitos fundamentais, sendo proibido, por óbvio, o retrocesso no que tange a esta concretização, devendo ser respeitado o grau de efetividade já obtido.

Afirma, ainda, a moderna teoria dos princípios que estes apresentam uma diferenciação quanto a sua estrutura normativa. É que os princípios, ao contrário das regras, as quais especificam minudentemente os atos a serem praticados pelos seus destinatários, não impõem, para o seu correto seguimento, uma determinada conduta a ser obedecida. Ao revés, os princípios somente indicam, como já afirmado, fins, estados ideais a serem alcançados.³⁷

³⁶ BARROSO, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de . *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf. Acessado em 13 de maio de 2009, pág. 13.

³⁷ *Idem*, pág. 13.

Tal estrutura normativa aplica-se, consoante percebido, ao princípio da proibição de retrocesso social. Com efeito, este princípio não afirma, de modo expresso, qual a conduta a ser seguida pelo legislador infraconstitucional para que não haja um retrocesso social, para que não seja desrespeitada a sua finalidade. O que existe é a proposição de uma finalidade, de um estado ideal de coisas a ser perseguido pelo legislador ordinário, consistente na imposição de existir sempre um avanço na concretização de direitos fundamentais, sendo ampliado, nunca restringido, o grau de efetivação destes direitos.

4.2 Sede material do princípio da proibição de retrocesso social

Identificada a vedação ao retrocesso social como um princípio autônomo de nosso ordenamento jurídico, e não como uma modalidade de eficácia jurídica comum a todos os princípios, passa-se, neste ensejo, a averiguar a sede material deste princípio, ou seja, onde este se encontra previsto no ordenamento jurídico brasileiro.

Há que se informar, primacialmente, que o princípio da proibição de retrocesso social, com esboço na doutrina tedesca, foi relacionado exclusivamente com a dignidade da pessoa humana. Ou seja, o aludido princípio servia unicamente para proteger o mínimo existencial, que pode ser entendido como um direito às condições mínimas de existência humana digna.

Esta primeira teoria, a nosso ver, não deve prevalecer. É que o princípio da proibição de retrocesso social não se aplica somente aos direitos fundamentais que dizem respeito diretamente à dignidade da pessoa humana, mas também àqueles que estão situados fora do chamado mínimo existencial. Destarte, caso haja um retrocesso na concretização de um direito fundamental que não se ligue exclusivamente à dignidade da pessoa humana, deverá ser aplicada a vedação ao retrocesso, o que não ocorreria se a teoria aqui explicitada fosse por nós adotada.

Outra teoria explicativa da sede material da proibição de retrocesso social foi a que a identificava com a segurança jurídica. A despeito de esta teoria ter

amealhado grandes defensores, vale lembrar, uma vez mais, as lições de Felipe Derbli, que nega a existência desta correlação ³⁸:

Observa-se, ademais, que o princípio da segurança jurídica não trata propriamente da idéia de retrocesso social, ao menos da forma que já se indicou em linhas gerais até aqui e se demonstrará no presente capítulo. (...) Demais disso, enquanto a segurança jurídica envolverá a defesa de direitos ou a permanência de relações ou situações jurídicas baseadas na lei em face da *lex nova*, em matérias nas quais o legislador tenha atuado dentro de sua liberdade de conformação, a proibição de retrocesso social será cabível apenas nos casos em que ao legislador se impunha o dever de concretização de uma norma constitucional. (...) Vale dizer, a questão de preservação da certeza e da previsibilidade do ordenamento jurídico não se confunde com o problema da manutenção do padrão de concretização dos direitos fundamentais sociais atingidos por obra do legislador.

Negada a identificação do princípio da proibição de retrocesso social com a dignidade da pessoa humana e com o princípio da segurança jurídica, vale considerar que a vedação ao retrocesso configura-se, portanto, como um princípio implícito de nosso ordenamento jurídico, ou seja, um princípio que, a despeito de não constar expressamente do texto constitucional, é dedutível do sistema.

Tal dedução é possível em virtude de a Constituição Federal de 1988 conter diversas normas no sentido de redução das desigualdades regionais e sociais (art. 3º, inciso I), ademais de normas que visam à construção de uma sociedade marcada pela justiça social (art. 3º, inciso III).

Há, ainda, o fato de nossa Carta de Outubro ser considerada uma Constituição dirigente, a qual possui, como visto no Capítulo próprio, a finalidade de deflagrar um processo de justiça social. Desta maneira, o princípio da proibição de retrocesso social atua como uma importante ferramenta para a concretização destas normas, na medida em que impõe ao legislador ordinário uma constante busca pela máxima concretização dos direitos fundamentais.

³⁸ *Ibidem*, págs. 215 e 216.

4.3 Da extensão do princípio da proibição de retrocesso social

Consoante diversas vezes explicitado ao longo do presente trabalho, o princípio da proibição de retrocesso social atua, como o próprio nome indica, vedando que o legislador infraconstitucional possa revogar as leis que cuidam da concretização de direitos fundamentais sem que seja criada nenhuma regulamentação substitutiva. De igual modo, existe a proibição de que o legislador venha a reduzir, ao menos de forma arbitrária ou desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental.

Desta maneira, percebe-se que este princípio aplica-se às normas constitucionais que veiculam direitos fundamentais que necessitam de interposição legislativa para que seja atingida a sua efetividade ideal. Ou seja, para aquelas normas que possuem eficácia imediata, não requestando lei para que possam ser efetivadas, não há que se falar em proibição de retrocesso social, já que a própria norma constitucional, ao ser criada, possui máxima efetividade.

Ocorre que, dentre as normas que necessitam de interposição legislativa, encontram-se as normas constitucionais definidoras de direitos sociais e as normas constitucionais programáticas.

As normas definidoras de direitos são aquelas que estabelecem os direitos fundamentais no plano civil, político e socioeconômico que a Constituição defere à população. Como cediço, a maior parte das normas definidoras dos direitos fundamentais de 2ª e 3ª gerações necessitam, para a concretização de sua efetividade, de uma atuação positiva do ente governamental.

As normas programáticas, por sua banda, são as disposições que indicam os fins sociais a serem atingidos pelo Estado com a melhoria das condições econômicas, sociais e políticas da população, tendo em vista a concretização e cumprimento dos objetivos fundamentais previstos na Constituição. São normas vagas, de grande densidade semântica, mas com baixa efetividade social e jurídica, não gerando direitos subjetivos públicos para a população.

Com efeito, pelo fato de estes dois tipos de normas constitucionais necessitarem de atuação do legislador para que sejam concretizados os seus mandamentos, há certa polêmica doutrinária quanto à aplicação do princípio ora tratado a estes dois tipos de normas constitucionais.

Neste ponto, filiamo-nos a doutrina esposada por Luís Roberto Barroso³⁹ e Ingo Wolfgang Sarlet⁴⁰, os quais afirmam que o princípio da proibição de retrocesso social aplica-se indistintamente às normas constitucionais definidoras de direito social e às normas constitucionais programáticas.

Discordamos, neste aspecto, de Felipe Derbli⁴¹, que afirma ser a vedação ao retrocesso somente aplicável às normas constitucionais definidoras de direitos sociais, vez que somente estas normas possuem uma imposição constitucional concreta para o legislador, ou seja, uma imposição legiferante, um dever permanente e inescusável do legislador de editar a lei concretizadora da disposição constitucional. As normas constitucionais programáticas, por seu turno, por possuírem somente imposições abstratas, deixando ao talante do legislador a escolha do tempo e dos meios para a concretização legal dos direitos fundamentais, não seriam destinatárias do aludido princípio.

Não nos parece correto, com a devida *vênia*, querer vincular a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social somente às normas constitucionais definidoras de direitos sociais pelo fato de estas normas conterem uma imposição legiferante concreta para o legislador. Não divisamos, portanto, qualquer correlação existente entre o tipo de imposição veiculada pela norma constitucional e a aplicabilidade do referido princípio a esta norma.

Neste ensejo, é importante que se destaque que alguns autores afirmam existir equivalência entre retrocesso social e omissão legislativa. Sucede que, embora correlatas, não há equivalência entre ambas, pois o retrocesso social pressupõe um ato comissivo, formal, do legislador, que venha de encontro aos preceitos constitucionais. Já a omissão, embora censurável do ponto de vista

³⁹ BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, pág. 158/159.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. pág. 275.

⁴¹ DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988.*, pág. 234/240.

jurídico-constitucional, não se trata de ato sujeito a refutação, sendo caracterizada pela inércia do legislador, e não por sua atuação.

Faz-se mister lembrar, ainda, que as normas programáticas são dotadas, sim, de eficácia, não sendo unicamente meras proclamações de cunho ideológico e político.⁴² Estas normas impõem, então, ao legislador a tarefa de concretizar os programas, fins e tarefas nelas contidas.

Para a compreensão do tema, passa-se à análise de um exemplo. Destarte, o art. 170, inciso VII, da Constituição Federal, elenca como um princípio da ordem econômica a redução das desigualdades regionais e sociais. Tal norma, como expressamente reconhecido por Felipe Derbli⁴³, é classificada como uma norma programática, por perseguir um estado ideal a ser alcançado.

Neste diapasão, se o legislador, ao regular este dispositivo, concretizar determinado direito fundamental visando reduzir a desigualdade social, o nível de concretização deste direito fundamental não poderá ser reduzido ou suprimido, deixando-se um vácuo legislativo no que concerne à concretização deste direito.

O que releva para a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, segundo doutrina de Luís Roberto Barroso⁴⁴, é o fato de a norma constitucional veicular um direito fundamental que seja concretizado através de normas infraconstitucionais, e não o fato de a norma veicular imposição legiferante concreta ou abstrata. Se não, veja-se:

Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.

Diante de tudo o quanto foi acima explicitado, avulta manifesto que a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social não poderá ser restringida às normas constitucionais definidoras de direitos sociais, mas deve também ser

⁴² Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. pág. 281.

⁴³ *Idem*, pág 234.

⁴⁴ *Ibidem*, pág. 158.

estendido às normas constitucionais programáticas, vez que estas espécies normativas veiculam igualmente direitos fundamentais que necessitam de interposição legislativa para atingirem sua máxima efetividade, devendo, então, o nível de concretização destes direitos ser protegido constitucionalmente.

4.4 Do conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social

Chega-se, pois, ao momento de definirmos o conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social. É dizer, deve-se averiguar, neste tópico da presente monografia, o modo de atuação do referido princípio, qual o conteúdo por ele veiculado, quais as conseqüências de sua aplicação.

De efeito, pode-se afirmar que o conteúdo do princípio da proibição de retrocesso social está centrado na possibilidade de reconhecimento de certo grau de vinculação do legislador às normas constitucionais relativas aos direitos fundamentais sociais, significando que, como já afirmado em páginas anteriores, uma vez alcançado determinado grau de concretização de uma norma constitucional definidora de direito social, fica o legislador proibido de suprimir ou reduzir essa concretização sem a criação de mecanismo equivalente ou substituto.

Em outras palavras, pode-se afirmar que os direitos fundamentais sociais, uma vez concretizados em sede legislativa, assumem o *status negativus* característicos dos direitos de defesa, além do *status positivus* próprios dos direitos prestacionais, assegurando aos seus titulares a garantia de socorrerem-se da tutela judicial toda vez que a atividade legislativa pretenda reduzir ou suprimir, seja através de pura e simples revogação da legislação concretizadora ou através da edição de ato normativo que venha a comprometer a concretização já alcançada, o conteúdo dos direitos por eles adquiridos, vez que já infraconstitucionalmente concretizados.

Faculta-se ao indivíduo, pois, recorrer à proteção, em esfera judicial, contra a atuação retrocedente do Poder Legislativo, a qual não respeite o nível de concretização já alcançado por um direito fundamental, em virtude de este

desrespeito significar um ataque à eficácia da norma constitucional, que foi alcançada a partir de sua regulamentação ⁴⁵.

Exemplifiquemos, pois, como o fito de facilitar a compreensão dos exatos termos do conteúdo material do princípio da proibição de retrocesso social. De efeito, o art. 7º, inciso XI, da Constituição Federal, assegura aos trabalhadores a participação nos lucros ou resultados da empresa e, excepcionalmente, participação na gestão da empresa, conforme definido em lei.

Concretizando tal direito fundamental dos trabalhadores, veio a Lei nº 10.101/2000, a qual tratou de regulamentar o direito social acima delineado. Destarte, caso o legislador viesse a revogar esta lei sem criar qualquer mecanismo substitutivo a ela, estaria havendo um malferimento do princípio em comento. Ademais, caso houvesse a edição de outra lei, a qual regulamentasse este direito, mas reduzindo a densidade normativa deste, estaria caracterizada, outrossim, a ofensa ao princípio da proibição de retrocesso social.

Cabe ressaltar que a jurisprudência pátria, aos poucos, vem enfrentando o tema da proibição de retrocesso social em seus julgados. De efeito, encontramos acórdãos de diversos Tribunais que trouxeram expressamente a vedação ao retrocesso social como motivação de suas decisões. Transcreve-se, primacialmente, excerto do voto do Ministro Celso de Mello, proferido em sede da ADI nº 3.105-DF, na qual se discutia a inconstitucionalidade do art. 4º, *caput* e parágrafo único, da EC nº 41/2003:

Refiro-me, neste passo, ao princípio da proibição de retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC nº. 41/2003, aos inativos e pensionistas), impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive (...).

Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em conseqüência,

⁴⁵ Cf. BARROSO, Luís Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*, pág. 158/159.

que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos (...).⁴⁶

Percebe-se que o eminente Ministro utilizou como fundamento de seu voto, de modo expresso, o princípio da proibição de retrocesso social. A despeito de este voto não ter sido utilizado para a relatoria do acórdão, a importância de o referido princípio constar expressamente em um voto no Pretório Excelso é deveras elevada, vez que começa a ser efetivamente utilizado por nossas Cortes. É importante que se frise, ainda, que encontramos, nos demais Tribunais, referências episódicas ao princípio em comento, como se vê das decisões a seguir colacionadas:

Ementa: TRIBUTÁRIO. ENTIDADE DE ENSINO SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE DO ART. 195, § 7º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE DA LEI 9732/98. - Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de sentença que concedeu a segurança, determinando que a autoridade indigitada coatora se abstenha de impor à Impetrante, entidade de assistência social, a cobrança da contribuição previdenciária com base nas alterações perpetradas pela Lei 9732/98. - O art. 195, §7º, da Constituição Federal, traz uma vedação à tributação que tem natureza jurídica de imunidade, sendo ainda norma de eficácia contida, que tem a normatividade necessária a sua imediata aplicação, podendo, contudo, ser condicionada por lei. - Ocorre que as limitações constitucionais ao poder de tributar, por força do art. 146, II, da Constituição Federal, devem ser regulamentadas por lei complementar, e não por lei ordinária. - Ainda que a Lei 9732/98 tivesse natureza jurídica de lei complementar, padeceria de vício de inconstitucionalidade material, já que está restringindo imunidade conferida pelo constituinte originário. - Em razão do princípio da proibição do retrocesso, somente é lícito ao legislador a regulamentação do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, para estabelecer condições para o gozo da imunidade, jamais no sentido de esvaziá-la. - A absoluta gratuidade das atividades das entidades filantrópicas não é e nem poderia ser requisito essencial à fruição do benefício em tela, a uma porque não está contido na Constituição, e a duas porque a lei complementar (art. 14, do Código Tributário Nacional) a ele não alude. - Sendo assim, afiguram-se ilegítimas as restrições previstas na Lei 9732/98, tendo a Impetrante direito líquido e certo a continuar imune ao pagamento da contribuição para a seguridade social, enquanto ostentar a qualidade de entidade beneficente de assistência social, nos termos da redação anterior do art. 55, da Lei 8212/91, que limita-se a repetir o previsto no art. 14, do Código Tributário Nacional, norma com eficácia passiva de lei complementar. - Recurso do Instituto Nacional do Seguro Social improvido e remessa necessária não conhecida.⁴⁷

⁴⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-DF. Relatora original Min. Ellen Grace. Relator para o acórdão Min, Cezar Peluso. Íntegra disponível em www.stf.jus.br. Consulta em 10.04.2009.

⁴⁷ Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Primeira Turma, Apelação em Mandado de Segurança nº 44.015, Julgado em 30.09.2002, disponível em URL: www.trf2.jus.br. Consulta em 10.04.2009.

EMENTA: CIVIL E CONSTITUCIONAL. ENSINO PARTICULAR. DESCONTO DA MENSALIDADE. SEGUNDO FILHO. APLICAÇÃO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO. 1. O art. 24 do DL 3.200/41 foi concebido para beneficiar famílias de prole numerosa, garantindo o acesso de todos ao ensino. Repasse do custo às mensalidades (art. 205 da CF). Aplicação do texto ao ensino universitário (arts. 208, V, e 209, I, da CF). 2. O dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi revogado ou derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior (art. 2º da LICC). Manteve-se íntegro no tempo, obediente ao princípio da proibição de retrocesso social defendido por J. J. Canotilho. (A.C. n.º 598193845). Apelo improvido.⁴⁸

Depois de demonstrada a importância que o referido princípio vem recebendo de nossa jurisprudência, uma ressalva, contudo, há de ser feita neste momento. É que muitos doutrinadores afirmam que, com a aplicação deste princípio, estariam sendo desrespeitadas as regras referentes à hierarquia das normas, vez que uma norma posterior não poderia revogar outra norma anterior, de igual hierarquia. A norma anterior iria se tornar, assim, de certa maneira imutável, em virtude de não poder ser alterada por uma lei posterior.

A solução deste suposto problema nós é fornecida por dois constitucionalistas portugueses, J. J. Gomes Canotilho⁴⁹ e José Carlos Vieira de Andrade⁵⁰. Com efeito, afirmam os citados constitucionalistas que a regulamentação legal de um direito fundamental pode, caso alcance um consenso básico e radique na consciência jurídica geral, ser considerada como uma extensão deste direito, uma complementação ou desenvolvimento deste. Destarte, sendo considerado como uma complementação do direito fundamental, a regulamentação usufruiria de sua força normativa, podendo, pois, prevalecer sobre outras de igual hierarquia.

Transcreve-se, com o escopo de esposar o entendimento acima explicitado, excerto da obra de Vieira de Andrade⁵¹:

⁴⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Quinta Turma Cível, Apelação Cível N° 70004480182, Rel. Des. Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 15/05/2003. Disponível em URL: www.tj.rs.jus.br. Consulta em 10.04.2009.

⁴⁹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pág 411/413.

⁵⁰ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2004, pág. 408/410.

⁵¹ Idem, pág.

Aquilo que se admite é algo bem diferente: é que certas normas, apesar de positivadas em preceitos de direito ordinário, prevaleçam sobre outras normas ordinárias, quando o seu conteúdo possa (deva) ser considerado materialmente constitucional. Só que este enfraquecimento do poder de disposição do legislador, que é expressão da relevância da realidade constitucional, não constitui a regra, mas antes a exceção: para a radicação na consciência jurídica geral da convicção da sua obrigatoriedade constitucional não basta a aceitação mais ou menos aparente e superficial da opinião pública dominante, é necessário um consenso profundo e alargado que demora o seu tempo a formar-se e que não se estende nunca a pormenores de regulamentação.

Percebe-se, então, que, para que a regulamentação de um direito fundamental seja protegida pelo princípio da proibição de retrocesso social, não basta somente que haja uma atuação retrocedente do legislador, mas que a regulamentação deste direito fundamental radique na consciência jurídica geral, sendo considerada uma extensão, um corolário básico do direito fundamental veiculado pela Constituição, sendo tal fato um consenso no seio da sociedade.

À guisa de exemplificação, tome-se o art. 7º, inciso XXI, da Constituição Federal, o qual trata do instituto do aviso prévio. Tal dispositivo, como cediço, é regulado pelos arts. 487 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho, que se encontram em vigência há bastante tempo e foram recepcionados pela nova ordem constitucional instaurada em 1988.

A regulamentação legal dada pela CLT, qual seja a de que o empregador deve avisar antecipadamente ao empregado que pretende rescindir o contrato de trabalho, para que este possa procurar emprego, reside na consciência jurídica geral. Ou seja, não se pensa no instituto do aviso prévio, em nossa sociedade, sem sua complementação legal, qual seja a de que o empregado pode optar entre ausentar-se do trabalho 2 horas por dia ou por 7 dias corridos, a fim de procurar um novo emprego.

Dessa arte, caso sobreviesse uma lei e revogasse tais dispositivos consolidados, fazendo com que o empregado tivesse de procurar emprego após o horário de trabalho, ou que as horas em que este se ausentasse do labor para procurar emprego fossem descontadas de sua remuneração, ocorreria um evidente retrocesso, devendo a novel legislação ser considerada inconstitucional por afronta ao princípio da proibição de retrocesso social. E isto em virtude do fato, repise-se, de

que a regulamentação legal do aviso prévio é vista como um complemento, uma extensão do direito fundamental insculpido da Constituição, não podendo ser revogado por norma ordinária.

Diante do acima esposado, é plenamente perceptível que, para que seja possível a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, sendo respeitada a regulamentação referente à hierarquia das normas em nosso ordenamento jurídico, é necessário que o ato normativo que concretize o direito fundamental contido na Constituição seja considerado, mediante consenso, como uma complementação lógica deste direito, não podendo deste ser dissociado sem que haja prejuízo aos cidadãos.

Feitas estas considerações, pode-se afirmar que princípio da proibição de retrocesso social se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, tendo como fito a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social. Lembrando, uma vez mais, que a regulamentação deste direito fundamental deve radicar na consciência jurídica geral como um corolário lógico do direito fundamental por ela regulado.

Há que se fazer referencia, por fim, ao caráter relativo do aludido princípio. É que o princípio da proibição de retrocesso social, como sói acontecer com todos os princípios existentes em nosso ordenamento jurídico, não é absoluto, podendo ser, portanto, objeto de ponderação na sua aplicação a um caso concreto.

É dizer, será admitida, em determinadas situações fáticas, que outros princípios venham a prevalecer sobre o princípio da proibição de retrocesso social, desde que observado o núcleo essencial deste, que veda ao legislador a supressão pura e simples da concretização de norma constitucional que permita a fruição, pelo indivíduo, de um direito fundamental social, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios.

Desta feita, ainda que haja certo espaço para a ponderação do princípio da proibição de retrocesso social, estará excluída do campo desta ponderação, em

regra, a possibilidade de integral supressão da regulamentação infraconstitucional de um direito social ou de uma garantia constitucional que esteja relacionada com a manutenção de um direito social. Para além desse núcleo essencial do princípio, contudo, pode-se admitir a alteração do grau de concretização legislativa da norma constitucional, isto é, a substituição da disciplina legal por outra, mantido, sempre, o núcleo essencial da norma.

5 CONCLUSÃO

Com o encerramento do presente trabalho, esperamos ter, de alguma forma, contribuído para o desenvolvimento do presente tema, o qual não vem, diga-se, merecendo o tratamento adequado por parte de nossa doutrina e jurisprudência, que poucas vezes debatem acerca do princípio da proibição de retrocesso social.

Com efeito, far-se-á na presente conclusão um breve apanhado das questões suscitadas nesta monografia, com o escopo de sintetizar tudo o quanto neste trabalho concluímos.

Destarte, primeiramente, após a explicitação da teoria de Canotilho acerca do dirigismo constitucional e da demonstração de sua guinada de posição, afirmou-se a necessidade da manutenção da tese acima citada em nosso ordenamento jurídico, em virtude de o Brasil ser um país marcado por um quadro alarmante de pobreza e exclusão social. Não poderia, assim, prescindir da tese do dirigismo constitucional como deflagrador de uma mudança social.

Ademais, ao final do primeiro capítulo, demonstrou-se a estreita relação existente entre as Constituições-dirigentes e o princípio da proibição de retrocesso social, consistente no fato de que, quando o constituinte impõe ao legislador que edite normas para atingir os fins previstos na Constituição, concretizando direitos fundamentais, impõe, outrossim, que sejam respeitados os níveis de regulamentação já existentes, não podendo, desta maneira, retroceder o legislador nesta seara.

Logo no início do segundo capítulo, tratamos acerca da problemática da conceituação material dos direitos fundamentais, a qual gera bastante divergência doutrinária, mormente no que concerne à busca de um denominador comum a todos os direitos fundamentais.

Neste aspecto, discordando de Sarlet, e na esteira do pensamento de doutrinadores como Willis Santiago Guerra Filho, afirmamos ser a dignidade da pessoa humana o conteúdo caracterizador de um direito como fundamental, podendo, assim, os direitos fundamentais ser classificados, tanto em sentido formal

quanto em sentido material, como posições jurídicas essenciais que concretizam o princípio da dignidade da pessoa humana.

Empós serem tratadas as questões referentes às gerações dos direitos fundamentais e à Teoria do *status* de Jellinek, foi enfrentado o tema da eficácia dos direitos fundamentais sociais. Neste tópico, concluiu-se que todos os direitos fundamentais possuíam eficácia, quer necessitem ou não de interposição legislativa. Com relação especificamente às modalidades de eficácia apresentadas pelos direitos fundamentais sociais, demonstrou-se existir, ao menos, as seguintes modalidades de eficácia jurídica: negativa, derogatória, interpretativa.

A análise da eficácia jurídica dos direitos fundamentais sociais encerrou os temas preliminares da presente monografia, passando-se à análise do princípio da proibição de retrocesso social. Primeiramente, fez-se a escolha de considerar a proibição de retrocesso como um princípio autônomo de nosso ordenamento jurídico, e não como uma modalidade de eficácia jurídica dos princípios constitucionais, consoante defendido por Ana Paula de Barcellos e Luis Roberto Barroso.

A defesa de tal posicionamento, contudo, não se fez à mercê de uma acurada análise acerca das principais características dos princípios, seguindo a moderna teoria dos princípios, evidenciando-se a presença destas características na vedação ao retrocesso social.

Outra conclusão a que se chegou no capítulo em comento foi sobre a sede material do princípio da proibição de retrocesso social. De efeito, rechaçando a identificação do retrocesso social com a segurança jurídica e com a dignidade da pessoa humana, concluiu-se que a vedação ao retrocesso configura-se como um princípio implícito de nosso ordenamento jurídico, sendo, por razões diversas, dedutível de nosso sistema.

Ainda com referência ao princípio da proibição de retrocesso social, agora no que pertine a sua extensão, defendemos, ao contrário de Felipe Derbli, que o princípio da proibição de retrocesso social aplica-se indistintamente às normas constitucionais definidoras de direito social e às normas constitucionais programáticas. É que este autor afirma ser a proibição de retrocesso aplicável

somente às normas constitucionais definidoras de direito social, posição que não nos parece, com a devida vênia, a mais adequada, vez que o importante, para que seja aplicada a vedação de retrocesso, é que a norma constitucional veicule um direito constitucional que dependa de regulamentação.

Por fim, quanto ao conteúdo material do aludido princípio, afirmou-se que este atua impedindo que o legislador infraconstitucional possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

Advertiu-se, ainda, que a regulamentação deste direito fundamental, para ser albergada pela proteção do referido princípio, precisa radicar na consciência jurídica geral como um corolário lógico do direito fundamental por ela regulado, sendo considerado como uma extensão deste princípio.

Era o que tínhamos para concluir, ciente de que deixamos muitas questões em aberto, cuja abordagem renunciamos, por desbordar dos objetivos inicialmente propostos, fiel que nos mantivemos, ao longo do presente trabalho, aos fins que fixamos para a presente monografia.

REFERÊNCIAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 5. edição. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____, Luís Roberto; BARCELLOS, Ana Paula de. *O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro*. Disponível na Internet via WWW. URL: http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas: Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira*. 5. edição. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*. 4. edição. Coimbra: Almedina, 1986.

_____, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 5. edição. Coimbra: Almedina, 2001.

_____, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas*. 2ª edição. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

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

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Processo Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2ª ed. São Paulo: Celso Bastos Editor, 2001.

JÚNIOR, Hermano Queiroz. *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores na Constituição de 1988*. São Paulo: LTR, 2006.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*. 2ª edição. São Paulo: Editora Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional*. 3ª ed.: Coimbra, 2000, Tomo IV.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro*. In ROCHA, Carmen Lúcia Antunes (org.). *Constituição e Segurança Jurídica: Direito Adquirido, Ato Jurídico Perfeito e Coisa Julgada*. Belo Horizonte: Fórum, 2004.

_____. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2. edição. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 6. edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

_____. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 21 edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2002.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª edição. Coimbra: Almedina, 2004.