

# **OS DIREITOS A PRESTAÇÕES MATERIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: A AUTO-REVERSIBILIDADE DO LEGISLADOR EM FACE DO EFEITO CLIQUET**

Américo Ribeiro MAGRO<sup>1</sup>  
Rodrigo Lemos ARTEIRO<sup>2</sup>

**RESUMO:** Pretende o presente artigo tecer análise sucinta acerca da relação entre os direitos sociais a prestações ou direitos a prestações materiais e o princípio da proibição do retrocesso social, especialmente sua dimensão na doutrina e na jurisprudência, pátria e alienígena, a questão de sua concretização e as conseqüências para a liberdade de conformação do legislador e sua auto-reversibilidade.

**Palavras-chave:** Direitos a prestações. Direitos a prestações materiais. Direitos sociais a prestações. Proibição do Retrocesso. Efeito Cliquet.

## **1 INTRODUÇÃO**

Intentou este breve estudo discorrer acerca dos direitos sociais a prestações (ou direitos a prestações materiais) e o princípio da proibição do retrocesso social, especialmente a relação de dependência do primeiro e a conseqüência deste liame para a liberdade de conformação do legislador e sua auto-reversibilidade.

A escolha de tal tema, que ainda há de ser mais explorado pela doutrina e pela jurisprudência, deu-se em razão da sempre polêmica questão das inépcia dos poderes e suas políticas públicas, que embora se prestem, em teoria, a concretizar os direitos sociais abstratamente previstos e preservar os direitos já implementados, restam por mover-se em, em casos pontuais (embora freqüentes),

---

<sup>1</sup> Discente do 3º ano do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Integrante voluntário do Grupo de Estudos para Iniciação Científica “Estado, Sociedade e Desenvolvimento”, sob a orientação do professor-doutor Sérgio Tibiriçá Amaral. E-mail: americomagro@hotmail.com.

<sup>2</sup> Docente do curso de Direito das Faculdades Integradas “Antonio Eufrásio de Toledo” de Presidente Prudente. Especialista em Direito pela mesma instituição. Mestrando em Ciências Jurídicas pela UENP – Universidade Estadual do Norte do Paraná. E-mail: rodrigoarteiro@unitoledo.br.

em compasso com questões ideológicas e políticas de maioria, mas, infelizmente, em descompasso com a programaticidade constitucional.

Em vista disso, buscou-se questionar de que modo o princípio da proibição do retrocesso social, como meio para preservar as prestações sociais já conquistadas pela comunidade política, poderia lastrear a atuação da jurisdição constitucional no sentido de frustrar políticas contrárias a um dado comando constitucional, ainda que, em o fazendo, acabe por limitar a auto-reversibilidade e a liberdade de conformação do legislador.

Para tanto, buscou-se, num primeiro momento, explicar a rubrica direitos a prestações, sua acepção social (ou material) e o objeto desta. Após, dissertou-se, sucintamente, acerca do princípio da proibição do retrocesso, sua estrutura e relação com os direitos sociais a prestações. Na parte final, deu-se a análise teórica da relação entre o mesmo princípio e a atividade legislativa e, após, a análise concreta desta relação, através da análise das decisões proferidas pelas cortes constitucionais a este respeito.

## **2 DOS DIREITOS SOCIAIS A PRESTAÇÕES OU DIREITOS A PRESTAÇÕES MATERIAIS**

### **2.1 Dos direitos a prestação (ou prestacionais) e dos direitos de defesa**

Os *direitos a prestação (ou prestacionais)* <sup>3</sup> são aqueles que exigem atuação direta do Estado para atenuar desigualdades, propiciando, em o fazendo, base sólida para o futuro da sociedade que o sustenta. Em outros termos, visam garantir aquilo que Norberto Bobbio define como o *progresso moral da humanidade* <sup>4</sup>, sob o prisma da (reduzida) realidade social vigente.

---

<sup>3</sup> Para fins didáticos e para justificar nossa adoção por tal termo, destaca-se o emprego, na doutrina germânica, da expressão *direitos de participação* ou *direitos de quota-parte (Teihaberechte)*, como sinônima do termo direitos prestacionais (*Leistungsrechte*). In Ingo Wolfgang Sarlet, p. 190.

<sup>4</sup> Norberto Bobbio. A Era dos Direitos, 4<sup>o</sup> Reimpressão, Tradução de Carlos Nelson Coutinho, Editora Campus, Rio de Janeiro, 1992.

Antes, contudo, de adentrar maior análise acerca dos direitos a prestação, cabe, preliminarmente, expor relevante distinção entre estes e os chamados *direitos de defesa*, o que resta por favorecer sua melhor compreensão.

Os direitos de defesa, assim definidos, são aqueles que “caracterizam-se por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência, de não intromissão no espaço da autodeterminação do indivíduo”<sup>5</sup>. Ou seja, visam limitar (senão evitar) a intromissão excessiva do Estado sobre os bens legalmente protegidos (v.g., liberdade, propriedade), sustentando, sobretudo, a eventual pretensão de reparo do cidadão consumadamente atingido pela ingerência estatal.

Na realidade jurídica pátria, tais direitos estão largamente previstos no art. 5º da Constituição Federal, podendo-se citar, a título de exemplo, a *liberdade de manifestação de pensamento* (inciso IV), a *liberdade de crença e culto* (inciso VI), a *proibição de penas de caráter perpétuo* (inciso XLVII, b), dentre muitos outros.

Pois bem. Enquanto os direitos de defesa objetivam a proteção do cidadão, individualmente considerado, contra uma ação (opressiva e imprópria) do Estado, os direitos a prestação, do outro extremo, exigem atuação estatal positiva para estabelecer “igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da comunidade política”<sup>6</sup>.

Pode-se dizer, portanto, que, enquanto os direitos de defesa impõem uma conduta negativa ao Estado, impedindo sua ingerência em face da esfera particular do cidadão, os direitos prestacionais, a seu turno, exigem uma atuação positiva do aparato estatal no sentido de libertar os indivíduos das necessidades<sup>7</sup>. Ou seja, enquanto os direitos de defesa asseguram as liberdades individuais,

---

<sup>5</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional. 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 334

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> A despeito de tal distinção, contudo, conforme leciona Ingo Wolfgang Sarlet, não se pode olvidar que também os direitos prestacionais apresentam uma dimensão negativa, porquanto a prestação, que constitui o seu objeto não pode ser imposta ao titular em potencial do direito, assim como os próprios direitos de defesa podem reclamar uma conduta positiva por parte do Estado, como ocorre com determinados direitos fundamentais de cunho procedimental, alguns direitos políticos e direitos que dependem de concretização legislativa, de tal sorte que se aponta corretamente para uma interpenetração entre ambos os grupos de direitos fundamentais também no que concerne ao seu objeto. *In* Ingo Wolfgang Sarlet, p. 261/262.

traduzindo-se em uma omissão do Estado, os direitos a prestação são indispensáveis ao livre exercício de tais liberdades, impondo ao Estado uma obrigação de fazer ou de dar <sup>8</sup>.

De fato, conforme destaca Paulo Gustavo Gonet Branco,

“A circunstância de os direitos a prestação traduzirem-se numa ação positiva do Estado confere-lhes peculiaridades estruturais, em termos de níveis de densidade normativa, que os distinguem dos direitos de defesa, não somente quanto à finalidade, mas igualmente, quanto ao seu modo de exercício e à eficácia” <sup>9</sup>.

Portanto, para fins de assentar referida diferenciação, pode-se dizer que, diferentemente dos direitos de defesa, mediante os quais cuida-se de preservar e proteger determinada posição existente, os direitos prestacionais pressupõem seja colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, “já que olvidaram a realização da igualdade material, no sentido de garantirem a participação do povo na distribuição pública de bens materiais e imateriais” <sup>10</sup>.

Na Constituição Federal vigente os direitos a prestação encontraram receptividade sem precedentes, o que resultou na abertura de um capítulo especialmente dedicado aos direitos sociais junto ao rol de direitos e garantias fundamentais <sup>11</sup>. Assim sendo, podem-se citar como exemplos o art. 5º, incisos XXXV e LXXIV, que tratam, respectivamente, do acesso à Justiça e da assistência jurídica integral e gratuita, bem como o art. 17, § 3º, que aborda os direitos dos partidos políticos a recursos do fundo partidário <sup>12</sup>.

Sob a expressão direitos a prestação podem distinguir-se diversos grupos específicos, a depender do modo de classificação empregado. Nesse jaez, *data venia*, nos interessa tão somente (para os fins do presente estudo) a

---

<sup>8</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 334

<sup>9</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 335.

<sup>10</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 261

<sup>11</sup> Não obstante, encontra-se em diversas outras partes do texto constitucional, inclusive fora do rol de direitos fundamentais, uma variada gama de direitos prestacionais.

<sup>12</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 190.

classificação dos direitos prestacionais segundo o seu objeto. Portanto, conforme o seu objeto, podem-se distinguir os direitos a prestação em: a) *direitos a prestação jurídica* (ou normativa) e b) *direitos a prestação material* (ou fática).

Não obstante a divisão acima traçada, faz-se necessário delinear, para fins de complementação, a diferenciação formulada pelo publicista alemão Robert Alexy, segundo o qual os direitos a prestações não se restringem aos direitos a prestações materiais (direitos sociais prestacionais), mas englobam também a categoria dos *direitos de proteção*, bem como os *direitos à participação na organização e procedimento*. Assim, segundo a formulação do jurista alemão, distinguem-se os *direitos a prestações em sentido amplo* (direitos de proteção e participação na organização e procedimento) e os *direitos a prestações em sentido estrito* (direitos a prestações materiais sociais) <sup>13</sup>.

Nesse jaez, enquanto os direitos a prestações em sentido amplo podem ser relacionados ao Estado de Direito, que deve garantir a liberdade e igualdade do indivíduo em sua esfera particular <sup>14</sup> (conduta negativa), os direitos prestacionais em sentido estrito reportam-se prioritariamente a função do Estado Social, ora garantidor (conduta positiva) <sup>15</sup>.

## **2.2 Dos direitos a prestação jurídica (direitos prestacionais em sentido amplo)**

Os direitos a prestação jurídica ou normativa (ou em sentido amplo) são aqueles direitos fundamentais cujo objeto se esgota na satisfação pelo Estado de uma prestação jurídica, que pode consistir na emissão de normas jurídicas penais

---

<sup>13</sup> Robert Alexy, *Theorie der Grundrechte*, 2º ed., Frankfurt a.M., Suhrkamp, 1994, p. 395 e ss. *in* Sarlet, p. 191 e ss.

<sup>14</sup> Aquilo que segundo a Teoria do Status, formulada por Georg Jellinek, denomina-se *status negativus* (*status libertatis*), que é o estado de liberdade natural individual onde é defesa a intervenção (ou intromissão) do Estado. Jellinek concebeu, ainda, a noção de *status subjectiones*, relacionado à situação de submissão dos indivíduos ao Estado, de *status positivus* ou *civitatis*, que se traduz na capacidade de exigir do Estado prestações positivas conforme o interesse individual e, por fim, o status de cidadania ativa, relativa à capacidade de votar leis, de integrar órgãos públicos e de participar na formação da vontade estatal. *In* <http://www.esmpu.gov.br/dicionario/tiki-index.php?page=Liberdade>.

<sup>15</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 192.

(direitos de proteção) ou de normas de organização ou procedimento (direito de participação na organização e procedimento). O objeto de tais direitos, portanto, será a normação de um dado bem jurídico tutelado como direito fundamental <sup>16</sup>.

Segundo Sarlet, os direitos a proteção, que se traduzem, no âmbito mais externo (e aparente), na emissão de normas jurídicas penais, podem ser conceituados como posições jurídicas fundamentais que outorgam ao indivíduo o direito de exigir do Estado que este o proteja contra a ingerência de terceiros em determinados bens pessoais <sup>17</sup>.

Desta feita, quanto à obrigação estatal, constitucionalmente imposta, de editar normas repressivas, que se traduzem, sob a divisão de Alexy, em direitos de proteção, podem-se citar como exemplo a obrigação de emissão de normas penais para coibir práticas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais (art. 5º, XLI), bem como de racismo (art. 5º, XLLII), tortura ou terrorismo (art. 5º, XLII) dentre outras encontradas em nosso Texto Maior.

Há de ressaltar-se, contudo, que são múltiplos os meios de efetivação dos direitos de proteção, não se restringindo à mera edição de normas penais, dando-se também através de normas procedimentais, de atos administrativos e até mesmo da atuação concreta dos poderes públicos <sup>18</sup>.

Por outro lado, o direito à organização e ao procedimento envolve não só a exigência de edição de normas que dêem vida aos direitos fundamentais, mas, sobretudo a previsão de que elas sejam também interpretadas de acordo com os direitos fundamentais que as justificam <sup>19</sup>.

Nessa toada, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, constata-se

---

<sup>16</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 335.

<sup>17</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 195.

<sup>18</sup> Idem.

<sup>19</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 197.

“[...] uma íntima ligação entre as noções de organização e procedimento e os direitos fundamentais. [...] Se os direitos fundamentais são, de certa forma, dependentes de organização da organização e do procedimento, sobre estes também exercem uma influência que, dentre outros aspectos, se manifesta na medida em que os direitos fundamentais podem ser considerados como parâmetro para a formatação das estruturas organizatórias e dos procedimentos, servindo, para além disso, como diretrizes para a aplicação e interpretação das normas procedimentais”<sup>20</sup>.

Desta forma, v.g., o direito de acesso à Justiça “não dispensa legislação que fixe a estrutura dos órgãos prestadores desse serviço e estabeleça normas processuais que viabilizem o pedido de solução de conflitos pelo Estado”<sup>21</sup>.

*Ex positis*, nota-se que há direitos que dependem de normas infraconstitucionais para ganhar pleno sentido. Há, por outro lado, direitos fundamentais que não dependem da criação, *ex vi legis*, de estruturas organizacionais para que se tornem efetivos. Não obstante, tais direitos podem requerer a adoção de medidas normativas que possibilitem aos indivíduos a participação efetiva na organização e procedimentos estabelecidos<sup>22</sup>.

### **2.3 Dos direitos a prestações materiais ou direitos sociais a prestações (direitos prestacionais em sentido estrito)**

Os chamados direitos a prestações materiais (direitos prestacionais em sentido estrito) são os direitos sociais por excelência; isto é, identificam-se com os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional. São, portanto, concebidos com a finalidade de atenuar desigualdades sociais, visando ensejar que a libertação das necessidades aproveite ao gozo da liberdade efetiva por um maior número de indivíduo<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 197

<sup>21</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 336.

<sup>22</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocência Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 337.

<sup>23</sup> Ibidem.

Significa dizer que os direitos fundamentais sociais a prestações, diferentemente dos direitos de defesa, visam assegurar, através da compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado, já que, conforme leciona Sarlet, “a igualdade material não se oferece simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada”<sup>24</sup>. Ademais, prossegue o mesmo autor,

“[...] os direitos fundamentais sociais almejam uma igualdade real para todos, atingível apenas por intermédio de uma eliminação das desigualdades, e não por meio de uma igualdade sem liberdade, podendo afirmar-se, neste contexto, que, em certa medida, a liberdade e a igualdade são efetivadas por meio dos direitos fundamentais sociais”<sup>25</sup>.

Historicamente, os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional têm sido considerados como resultado de um processo de desenvolvimento que radica já na Constituição Francesa de 1793 e que, não obstante, está intimamente vinculado à questão social do século XIX, durante o processo histórico de afirmação e reconhecimento dos direitos sociais<sup>26</sup>.

De fato, podem ser extraídos como exemplos de direitos a prestações materiais os direitos sociais elencados no art. 6º de nossa Lei Fundamental: o direito à educação, à saúde, ao lazer, à segurança, à previdência social, à proteção à maternidade, à infância e o direito dos desamparados à assistência.

Nesse jaez, imperioso destacar que, de acordo com a tradição do constitucionalismo brasileiro, desde 1934, também são denominadas como direitos fundamentais sociais as posições jurídicas diretamente vinculadas ao direito do trabalho, já que “nesta esfera o antagonismo entre a liberdade e a igualdade real e formal se manifesta de uma particularmente aguda, de modo especial em virtude das gritantes desigualdades econômicas e sociais registradas nesta seara”<sup>27</sup>. Ressalta-se, contudo, a distinção existente entre os direitos sociais dos trabalhadores e os direitos sociais em geral, já que os primeiros, *prima facie*, podem ser considerados

---

<sup>24</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 202

<sup>25</sup> Idem.

<sup>26</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 202. Nesse sentido, v. P. Vidal Neto, Estado de Direito – Direitos Individuais e Direitos Sociais, p. 148.

<sup>27</sup> Idem.



uma espécie destes, uma vez que sua titularidade restringe-se à classe dos obreiros – nota-se, assim, a heterogeneidade dos direitos fundamentais sociais na Constituição pátria, tal como ocorre no ordenamento lusitano.

Desta forma, o tocante aos direitos dos trabalhadores enumerados no art. 7º da Constituição, bem como aos aspectos do direito à assistência, conforme o comando expresso no art. 229 do Texto Maior <sup>28</sup>, também constituem direitos devidos pelo Estado, embora, nessa esfera dos direitos fundamentais, os particulares também estejam vinculados <sup>29</sup>.

A despeito da finalidade dos direitos sociais prestacionais (qual seja, a realização dos pressupostos materiais para efetivo gozo das liberdades individuais) o objeto dos direitos sociais a prestações (isto é, o conteúdo da prestação) dificilmente poderá ser definido de forma geral, demandando análise fincada nas circunstâncias específicas de cada direito fundamental *soi-disant* social prestacional. Isso porque, conforme explica Sarlet, “a multiplicidade de opções que se registra no âmbito da atividade prestacional social do Estado tendo a ser, em tese, ilimitada e constitui, por si só, instigante tema para uma reflexão mais aprofundada” <sup>30</sup>.

A despeito de tal dificuldade, contudo, destaca-se, no esteio de Sarlet, a proposta de sistematização do objeto dos direitos sociais a prestações formulada pelo publicista alemão Dietrich Murswiek, que dividiu as prestações estatais (objeto, *a priori*, dos direitos sociais) em 04 grupos <sup>31</sup>:

a) *prestações sociais em sentido estrito*, como a assistência social, aposentadoria, saúde, fomento da educação e do ensino, etc.;

b) *subvenções materiais em geral*, não previstas no grupo anterior;

---

<sup>28</sup> Art. 229. Os pais têm o dever de assistir, criar e educar os filhos menores, e os filhos maiores têm o dever de ajudar e amparar os pais na velhice, carência ou enfermidade.

<sup>29</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 336.

<sup>30</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 262.

<sup>31</sup> Dietrich Murswiek, “Grundrechte als Teilhaberechte, soziale Grundrechte” in J. Isensee-P. Kirchhof (Org). Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, vol. V, p. 253 in Sarlet, p. 262.

c) *prestações de cunho existencial (Daseinsvorsorge)*, como a utilização de bens públicos e instituições, além do fornecimento de água, luz, gás, etc.;

d) participação em bens comunitários que não se enquadram no grupo anterior, como, v.g., a participação, em quotas, em recursos naturais de domínio público.

Percebe-se, com a divisão supra, que os diversos direitos sociais prestacionais podem apresentar vínculo diferenciado em relação às modalidades de prestações estatais. De fato, não importa saber qual das espécies de prestações irá constituir o objeto do direitos sociais – o que dependerá de sua previsão no texto constitucional – até porque, conforme já advertido, a pluralidade de opções no âmbito da atividade prestacional social do Estado frustra qualquer sistematização hermética ou definitiva. Relevante, na verdade, é a constatação de que os direitos materiais prestacionais, diversamente dos direitos de defesa, não objetivam a preservação da liberdade e igualdade abstratas, mas, sim, “a melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como a criação de bens essenciais não disponíveis para todos que deles necessitem”<sup>32</sup>.

Finalmente, cabe dissertar acerca das características estruturais dos direitos sociais a prestações e o problema da dependência de sua concretização pelo legislador.

Deveras, no que tange à estrutura das normas que consagram os direitos sociais a prestações, deve-se observar que algumas normas constitucionais que veiculam tais direitos (prestacionais materiais) possuem, tal qual já salientado, alta densidade normativa, uma vez que são enunciadas de modo a dar a perceber o seu conteúdo com a nitidez necessária para que possam produzir os seus principais efeitos. Prescindem, portanto, de interposição do legislador para lograr aplicação sobre as relações jurídicas – tais normas, que permitem a imediata exigência pelo indivíduo da satisfação do que comandam, difundem os chamados *direitos*

---

<sup>32</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 263.

*originários a prestações* A maior parte dos direitos prestacionais, contudo, quer pelo modo como são veiculados pela Constituição Federal, quer pelas peculiaridades do seu objeto, demandam interposição do legislador para produzir efeitos plenos.<sup>33</sup>

Com efeito, a doutrina majoritária assenta-se no sentido de que os direitos a prestação material (direitos sociais prestacionais) se distinguem dos direitos de defesa, inclusive no tocante a sua estrutura jurídico-normativa: enquanto a maior parte dos direitos de defesa não têm sua plena eficácia e imediata aplicabilidade contestadas, os direitos sociais prestacionais necessitam de concretização legislativa, dependendo, além disso, das circunstâncias de natureza socioeconômica, razão pela qual, segundo Sarlet, “tendem a ser positivados de forma vaga e aberta, deixando ao legislador a indispensável liberdade de conformação na sua tarefa concretizadora”<sup>34</sup>.

Cristina M. M. Queiroz argumenta que a compreensão dos direitos sociais como direitos originários implica uma mudança de significado e compreensão destes direitos e pretensões, colocando com acuidade o problema de sua efetividade. Deveras, segundo a autora lusitana,

“se alguns dos direitos económicos, sociais e culturais se apresentam como direitos ‘directamente aplicáveis’, sem necessidade de interposição (e/ou intervenção) do legislador, outros, todavia, apresentam-se como ‘direitos a prestações’, dependentes essencialmente de uma actividade mediadora levada a cabo pelos poderes públicos. Exemplo do que se acaba de afirmar, quanto ao primeiro caso, será o ‘direito de propriedade’ [...] ou o ‘direito de iniciativa privada [...]’. Exemplo do segundo, será o do ‘direito à saúde’ [...], do ‘direito à habitação e urbanismo’ [...] ou do ‘direito ao ensino’ [...]”<sup>35</sup>.

Nesse mesmo sentido Paulo Gustavo Gonet Branco explica que

“os direitos a prestação material têm sua efetivação sujeita às condições, em cada momento, da riqueza nacional. Por isso mesmo, não seria factível que o constituinte dispusesse em minúcias, de uma só vez, sobre todos os seus aspectos. Por imposição da natureza do objeto dos direitos a prestação social, o assunto é entregue à conformação do legislador ordinário,

---

<sup>33</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 337.

<sup>34</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 266.

<sup>35</sup> Cristina M. M. Queiroz, p. 150.

confiando-se na sua sensibilidade às possibilidades de realização desses direitos em cada momento histórico”<sup>36</sup>.

Assim sendo, em vista dessa dimensão econômica, os direitos a prestação acabam por ficarem a mercê das conjeturas econômicas, dependentes das disponibilidades do momento, na forma prevista pelo legislador infraconstitucional. Por isso, em razão de os direitos prestacionais sociais prescindirem, *generaliter*, dessa concretização legislativa, a doutrina alienígena (a exemplo de Josef Isensee e Frans van der Ven) os qualifica como direitos relativos, já que submetidos uma *reserva do possível* (*Vorbehalt das Moglichen*); ou seja, “são traduzidos em medidas práticas tanto quanto permitam as disponibilidades materiais do Estado”<sup>37</sup>.

Nesse jaez, Cristina Queiroz resume que,

“é nessa questão da ‘efectividade’ dos direitos económicos, sociais e culturais que se tem vindo a falar na ‘reserva do possível’ (*Vorbehalt das Moglichen*), querendo com isso acentuar a dependência desses direitos dos ‘recursos económicos’ existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental e financeira”<sup>38</sup>.

De todo modo, em virtude da dependência de uma *interpositio legislatoris* para adquirirem efetiva eficácia e aplicabilidade, os direitos sociais a prestações chegaram a ser denominados de “direitos na medida da lei” (*Massgabegrundrechte*) ou, até mesmo, de *leges impertectae*.

Em suma: os direitos sociais a prestações demandam de antemão, mais do que em qualquer direito fundamental tradicional, uma ação positiva do Estado que vise implementar o objeto do seu conteúdo, restando sua aplicação prática dependente do crivo legislador. Por isso, não chegam a justificar pretensões dos cidadãos invocáveis judicialmente de forma direta<sup>39</sup>. Não é por menos que J. J.

---

<sup>36</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 337.

<sup>37</sup> Idem.

<sup>38</sup> Cristina M. M. Queiroz. Direitos Fundamentais (Teoria Geral). Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 150.

<sup>39</sup> Gilmar Ferreira Mendes; Inocêncio Mártires Coelho; Paulo Gustavo Gonet Branco. Curso de direito constitucional, op. cit., p. 338.

Gomes Canotilho acaba por concluir que “os direitos sociais só existem quando as leis e as políticas sociais os garantirem”<sup>40</sup>.

Assim sendo, apresentadas as devidas (embora limitadas) considerações acerca dos direitos prestacionais sob a rubrica dos direitos sociais (acepção material), cabe tecer a relação destes com o princípio da proibição do retrocesso social, objeto do presente estudo.

### 3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

#### 3.1 Conceito e estrutura

Segundo o publicista lusitano J. J. Gomes Canotilho, a idéia contida no princípio da proibição (ou vedação) do retrocesso social, também denominado proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”, é a de que os direitos sociais (e econômicos), uma vez obtidos em determinado grau de realização, passam a constituir, concomitantemente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*<sup>41</sup>.

Desta forma, o reconhecimento desta proteção aos direitos prestacionais, subjetivamente adquiridos, acaba por constituir um limite jurídico ao legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de persecução de uma política compatível com os direitos concretos e as expectativas subjetivamente alicerçadas

---

<sup>40</sup> J. J. Gomes Canotilho. Direito constitucional e teoria da constituição. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002, p. 438.

<sup>41</sup> Cabe aqui destacar o “esquema de direitos”, conforme terminologia cunhada por J.J. Gomes Canotilho, formulada por Robert Alexy, donde extrai-se a seguinte divisão tripartite: a) *direitos “stricto sensu”*, correspondendo uns ao chamado *status positivus* e outros ao *status activus* (conforme a Teoria do Status, de Jellinek), isto é, direitos inerentes ao homem como indivíduo ou como participante na vida pública; b) *liberdades*, que correspondem ao *status negativus*, apontando por isso para a defesa da esfera dos cidadãos perante os poderes públicos; c) *garantias*, que recobrem, sensitivamente, o chamado *status activus processualis*, traduzindo-se, em suma, na ordenação dos meios processuais adequados para a defesa desses direitos e liberdades no seu conjunto. In Cristina M. M. Queiroz, p. 338.

<sup>42</sup>. Assim, segundo esta lógica, “a violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada ‘justiça social’” <sup>43</sup>.

Nota-se, portanto, partindo do magistério de tal conceituado jurista, que a liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois que estará sempre sujeita ao princípio da proibição de discriminações sociais e de políticas anti-sociais, impondo que as eventuais modificações destas leis observem os princípios do Estado de direito que vinculam a atividade legislativa e o *núcleo essencial* dos direitos sociais <sup>44</sup>.

Segundo Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos o princípio da proibição do retrocesso é uma derivação da *eficácia negativa*, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais, que pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais <sup>45</sup>.

Isto posto, pode-se dizer, a partir da lapidar definição da J. J. Gomes Canotilho, que o princípio da proibição do retrocesso social, corolário do princípio da democracia econômica e social, exprime-se na idéia de que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve ser considerado constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial <sup>46</sup>.

---

<sup>42</sup> J. J. Gomes Canotilho. Direito constitucional e teoria da constituição. op. cit., p. 338.

<sup>43</sup> Idem

<sup>44</sup> J. J. Gomes Canotilho. Direito constitucional e teoria da constituição. op. cit., p. 338.

<sup>45</sup> Ana Paula de Barcellos; Luís Roberto Barroso. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Disponível na Internet: <[www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2011.

<sup>46</sup> Idem.

Em suma: os direitos fundamentais sociais, após sua concretização em nível infraconstitucional assumem o *status* de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de garantia institucional, de sorte que, por isso, não mais se encontram na esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que não podem mais ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de infringir o princípio da proteção da confiança (corolário do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, “implica a inconstitucionalidade de todas as medidas que inequivocadamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado” <sup>47</sup>.

Significa dizer que, uma vez consagradas as “prestações sociais”, o legislador não pode depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Melhor dizendo, na verdade o princípio da proibição do retrocesso representa a consagração da inversão da lógica o legislador “cria” os direitos sociais, o legislador “dispõe dos direitos sociais. Por isso, temos aí na vedação ao retrocesso verdadeira limitação do poder legislativo de auto-reversibilidade que, *concessa venia*, não pode, segundo a linha por nós defendida, ser reputado como abstrato – há vozes dissidentes, contudo, a exemplo de Manoel Afonso Vaz, que critica a tese da irreversibilidade e defende que a reserva da Constituição pressupõe a autonomia do legislador em matérias que a Constituição não reservou nem pode reservar o conteúdo material <sup>48</sup>.

### **3.2 O princípio da proibição do retrocesso social como lastro para atuação da jurisdição constitucional**

Conforme lecionam com propriedade Luis Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos,

“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

---

<sup>47</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A eficácia dos direitos fundamentais, op. cit., p. 374.

<sup>48</sup> Manuel Afonso Vaz. Lei e reserva da lei: a causa da lei na constituição portuguesa de 1976. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996, p. 383 e ss.

acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente”<sup>49</sup>.

Nesta ordem de considerações, a tese da “irreversibilidade” dos direitos sociais (bem como econômicos e culturais) consagrados constitucionalmente acaba por assumir a função de “guarda de flanco” desses direitos e pretensões, garantindo, com isso, o grau de concretização já obtida. Transforma-se, por assim dizer, numa espécie de “densificação” dos direitos fundamentais<sup>50</sup>.

De fato, é cediço que a problemática da concretização dos direitos sociais (prestacionais) reside justamente na dependência da *interpositio legislatoris*, tendo em vista tais direitos restam a mercê da atividade do legislador, que deve tomar uma conduta positiva para implementá-las e, concomitantemente, uma conduta negativa no sentido de que não reduzir as prestações já concretizadas, isto é, já implementadas.

No contexto pátrio, contudo, testemunha-se uma infeliz ausência de cumprimento da Constituição, mediante a omissão dos poderes públicos, que não realizam as devidas políticas públicas determinadas pelo constituinte e das quais dependem, conforme visto, os direitos sociais. Nesse cenário, como saída, ocorre aquilo que Lenio Streck define como um deslocamento do centro de decisões do Legislativo e do Executivo para o plano da justiça constitucional, uma vez que “a via judiciária se apresenta como a via possível para a realização dos direitos que estão previstos nas leis e na constituição”<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> Ana Paula de Barcellos; Luís Roberto Barroso. O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro. Disponível na Internet: <[www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2011.

<sup>50</sup> Cristina M. M. Queiroz. Direitos Fundamentais (Teoria Geral), op. cit., p. 152.

<sup>51</sup> Lenio Luiz Streck. Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 52.



Tem-se aí, no cerne do problema, a crise do Estado Social e o favorecimento do Estado Democrático de Direito, uma vez que a primazia do Executivo - antes, o único protagonista na realização das políticas públicas, dotado de papel fortemente interventor – é substituída pela possibilidade de recurso ao Judiciário, para onde o foco de tensão se volta, em vista da inércia do Executivo e, também, da falta de atuação do Legislativo (*legislativo negativo*), que são supridas pela novel jurisdição constitucional.

Assim sendo, no esteio das preciosas lições de Streck, naquilo que se entende por Estado Democrático de Direito, o Judiciário, através do controle de constitucionalidade das leis, “pode servir como via de resistência às investidas dos Poderes Executivo e Legislativo, que representem retrocesso social ou a ineficácia dos direitos individuais ou sociais”<sup>52</sup>. Com efeito, sustentado pela lógica da função contra-majoritária da jurisdição, sentencia o nobre o autor que

“[...] a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente, a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por majorias políticas eventuais, que, legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade”<sup>53</sup>.

De todo modo, em face do apresentado, poder-se-ia alegar, conforme sustenta com propriedade Ingo Wolfgang Sarlet – um dos maiores defensores, e conhecedores, do princípio da proibição do retrocesso social na doutrina pátria – que, no âmbito da proibição do retrocesso social, os direitos fundamentais sociais prestacionais legislativamente concretizados assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa, uma vez que justificam o recurso à tutela jurisdicional contra os atos dos poderes públicos que visem sua redução ou mesmo sua proteção.

### **3.3 Aplicação do princípio da proibição do retrocesso social nas decisões das cortes constitucionais**

---

<sup>52</sup> Lenio Luiz Streck. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*, op. cit., p. 53.

<sup>53</sup> *Idem*.

De fato, tal concepção encontrou guarida na jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal, que já acolheu a teses da inconstitucionalidade de atos normativos por violação ao princípio da proibição do retrocesso social. *Ad argumentandum*, destacamos duas decisões: os acórdãos nº 39, de 1984 e nº 509, de 2002, assentadas sobre este mesmo entendimento.

No primeiro caso (Acórdão nº 39, de 1984), a Corte lusitana declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogada boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que, com esta revogação, estaria o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (ora expresso no art. 64 da Constituição da República Portuguesa <sup>54</sup>), ainda mais em se considerando que este deveria ser realizado justamente através de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (*ex vi* do art. 64/2 da CRP). De fato, segundo a Corte,

“[...] os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. **Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) num obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para**

---

<sup>54</sup> Art. 64. 1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado: a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito; b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado: a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação; b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde; c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos; d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade; e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico; f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.

4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

**dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social” (grifou-se)<sup>55</sup>.**

No segundo caso (Acórdão nº 509, de 2002), o Tribunal Constitucional de Portugal decidiu pela inconstitucionalidade, também por violação ao princípio da proibição do retrocesso social, do Decreto da Assembléia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluiu da fruição do benefício pessoas com idade entre 18 e 25 anos. A decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, relativa ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes, incluídos os jovens entre 18 e 25 anos, de modo que a novel legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social semelhante, estaria retrocedendo no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito, já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia<sup>56</sup>.

*In casu*, Ingo Wolfanf Sarlet explica que a Corte lusitana baseou-se, ainda que não expressamente, na premissa de que no âmbito da indispensável ponderação (ou hierarquização) a ser procedida em cada hipótese concreta em que estiver em causa uma medida retrocessiva – já que, segundo o autor, no esteio de Juarez de Freitas, “igualmente na seara da aplicação da proibição do retrocesso não há como escapar de uma interpretação tópico-sistemática” – importa optar sempre pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana<sup>57</sup>.

Não obstante, cabe destacar que o Presidente da República Portuguesa, na gozo de suas atribuições, ao requerer a apreciação da constitucionalidade da norma *in quaestio* alegou que, sem perda do poder de conformação autônomo reconhecido ao legislador em Estado de direito democrático,

---

<sup>55</sup> TC – Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 39/1984, Processo nº 6/1983 – Rel. Cons.º Vital Moreira – DJU 19.12.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 21 de jul. 2011.

<sup>56</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 de jul. 2011.

<sup>57</sup> Idem.

a partir e à medida que, de acordo com as suas disponibilidades financeiras, o Estado vai realizando esses direitos sociais e dando cumprimento às imposições constitucionais e deveres de prestação que deles decorrem, deixa de dispor livre e arbitrariamente do grau e medida entretanto realizados desses direitos <sup>58</sup>. Outrossim, sustentou que

“[...] na medida em que se lida com direitos fundamentais – e, enquanto tal, furtados à disponibilidade do poder político –, quando pretende *retroceder* no grau de realização entretanto atingido, e porque de verdadeiras restrições a direitos fundamentais se trata, o **Estado não pode bastar-se, para fundamentar a afectação ou restrição do conteúdo dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados**, com razões ou preconceitos de natureza ideológica não constitucionalmente sustentados ou com justificações meramente apoiadas em diferenças de opinião política próprias da variação conjuntural das maiorias de governo e, mesmo quando se sustente numa justificação objectivamente comprovável e de base constitucional, **o Estado não pode afectar ou suprimir prestações existentes de uma forma arbitrária, discriminatória, com eventual violação de princípios constitucionalmente consagrados**” (grifou-se) <sup>59</sup>.

Não obstante, destaca-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização dos direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, “podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, *sob pressuposto de que, em qualquer caso a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos*” <sup>60</sup>.

Cabe destacar que o princípio da proibição ao retrocesso tem semelhante receptividade junto à jurisprudência do Conselho Constitucional da França – o tribunal, contudo, optou pela rubrica “efeito cliquet” (*effet cliquet*) para designar a mesma idéia. De todo modo, a Corte francesa reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (ou efeito cliquet) se aplica em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que é defeso a revogação total de uma lei que protege as

---

<sup>58</sup> Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002 – Rel. Cons.º Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 21 de jul. 2011.

<sup>59</sup> Idem.

<sup>60</sup> Ingo Wolfgang Sarlet. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 de jul. 2011.

liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente <sup>61</sup>.

Com efeito, conforme destaca o então Conselheiro Luís Manoel César Nunes de Almeida, do Tribunal Constitucional de Portugal,

[...] o Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet* precisamente no domínio das liberdades fundamentais, na sua decisão DC 83-165, de 20 de Janeiro de 1984, considerando que não é possível a revogação total de uma lei, em tais matérias, sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente [...]. E só bastante mais tarde veio, num caso (DC 90-287, de 16 de Janeiro de 1991, in Louis Favoreu, *Recueil de jurisprudence constitutionnelle 1959-1993*, págs. 432 e segs.) a admitir que o referido *effet cliquet* pudesse ainda operar no âmbito dos *direitos económicos e sociais*, não sem que a doutrina se tenha interrogado sobre essa extensão [...]" <sup>62</sup>.

Ainda, imperioso assinalar que também a jurisprudência do Supremo Tribunal tem acolhido, ainda que de forma reservada, o princípio da vedação ao retrocesso, tal qual se vê da Ação Direta de Inconstitucionalidade 3.105-8 do Distrito Federal, que julgou inconstitucionais as expressões “cinquenta por cento do” e “sessenta por cento do”, contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, que trata da contribuição previdenciária dos servidores inativos e os pensionistas da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, de cuja decisão destaca-se o voto do Ministro Celso de Mello <sup>63</sup>.

Segundo o Ministro, o princípio da proibição do retrocesso que em tema de direitos fundamentais de carácter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação em que ele vive <sup>64</sup>. Ainda, segundo o Ministro,

---

<sup>61</sup> George Marmelstein. Curso de direitos fundamentais. São Paulo: Atlas, 2008.

<sup>62</sup> Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002 – Rel. Cons.º Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 21 de jul. 2011.

<sup>63</sup> STF – ADI 3.105-DF – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 18.08.2004 – Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 21 de jul. 2011.

<sup>64</sup> Idem.

“[...] 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, por conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo incorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais”<sup>65</sup>

## 4 CONCLUSÃO

À guisa da conclusão, pelo quadro que se apresentou infere-se que os direitos sociais prestacionais, em vista de sua carência concretizadora, vez que dependentes das políticas públicas ditadas pela Constituição, e igualmente vulneráveis, após sua implementação, às investidas dos poderes públicos, maliciosamente intencionados em simplesmente reduzi-los (senão aniquilá-los) sem criar outros esquemas compensatórios, encontram-se amparados pelo princípio da proibição do retrocesso social, que, fundados na idéia de preservação do núcleo essencial de tais direitos, os retiram da esfera de livre disposição do legislador, limitando, portanto, sua liberdade de conformação e sua inerente auto-reversibilidade – que, *permissa venia* aos posicionamentos contrários, não são abstratas e tão pouco plenas de exercício.

Nesse cenário, temos que, com tal relevante vetor, os titulares dos direitos sociais a prestações encontram-se estribados para socorrer-se dos meios jurisdicionais (constitucionais), visando conter alterações políticas fincadas em conteúdo ideológico ou maioria política eventual em prol da manutenção da segurança jurídica e do *status libertatis* individual – o que resta por favorecer a comunidade política em geral, pois, como já pregava Friedrich Nietzsche “a missão do Estado não é a de permitir ao maior número possível de homens que nele possam viver bem e de acordo com a moral – o número não importa –, mas a de permitir à própria vida ser suficientemente boa e bela para fomentar a base de uma cultura”.

---

<sup>65</sup> STF – ADI 3.105-DF – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 18.08.2004 – Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 21 de jul. 2011.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O Começo da História. A Nova Interpretação Constitucional e o Papel dos Princípios no Direito Brasileiro.** Disponível na Internet: <[www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti\\_histdirbras.pdf](http://www.camara.rj.gov.br/setores/proc/revistaproc/revproc2003/arti_histdirbras.pdf)>. Acesso em: 21 jul. 2011.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional.** 19. ed., atual. São Paulo: Malheiros, 2006. 808 p.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília: Senado, 1988.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição.** 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. 1506 p.

FACULDADES INTEGRADAS “ANTONIO EUFRÁSIO DE TOLEDO”. **Normalização de apresentação de monografias e trabalhos de conclusão de curso.** 2007 – Presidente Prudente, 2007, 110 p.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** São Paulo: Atlas, 2008. 551 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional.** 5. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2010. 1616 p.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional.** 27. ed., rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2011. 944 p.

PORTUGAL. Constituição (1976). **Constituição da República Portuguesa.** Lisboa: Assembléia da República, 1976.

QUEIROZ, Cristina M. M.. **Direitos Fundamentais (Teoria Geral).** Coimbra: Coimbra Editora, 2002. 349 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 2. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 392 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 21 de jul. 2011.

STF – ADI 3.105-DF – Rel. Min. Cezar Peluso – DJU 18.08.2004 – Disponível em: [www.stf.gov.br](http://www.stf.gov.br). Acesso em: 21 de jul. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do direito**. 8. ed., rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. 388 p.

TC – Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 39/1984, Processo nº 6/1983 – Rel. Cons.º Vital Moreira – DJU 19.12.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 21 de jul. 2011.

TC – Tribunal Constitucional de Portugal – Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002 – Rel. Cons.º Luís Nunes de Almeida – DJU 19.12.2002. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 21 de jul. 2011.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei: a causa da lei na constituição portuguesa de 1976**. Porto: Universitas Catholica Lusitana, 1996. 549 p.