

## Proibição do retrocesso em direitos sociais: uma proposta de redefinição de sua estrutura normativa

### *Non-retrogression in social rights: a proposal to redefine its normative structure*

**Frederico Menezes Breyner\***

Faculdade de Direito Milton Campos (Brasil)  
fredericobreyner@gmail.com

**Recebido/Received:** 03.05.2018 / May, 3<sup>rd</sup>, 2018  
**Aprovado/Approved:** 12.05.2019 / May, 12<sup>th</sup>, 2019

**Resumo:** A adoção de reformas legislativas e constitucionais que visam reduzir os gastos relativos à garantia dos direitos sociais é comum em tempos de crise financeira e queda da atividade econômica. Trata-se das chamadas medidas retrocessivas, cuja implementação sofre resistência por meio da norma que se convencionou chamar de “princípio” da proibição de retrocesso. O artigo aponta a atualidade do tema, pois referido princípio tem servido de fundamento para decisões judiciais que invalidam medidas retrocessivas, e debate os fundamentos da construção da proibição do retrocesso, propondo uma nova categorização como metanorma baseada no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, distinta das regras e princípios, com o que pretende contribuir com uma maior clareza em sua operacionalidade e força normativa na interpretação e aplicação das normas de direitos fundamentais sociais.

**Palavras-chave:** direitos sociais; medidas retrocessivas; proibição do retrocesso; estrutura normativa; metanorma.

**Abstract:** The adoption of legislative and constitutional reforms aimed at reducing expenses related to the guarantee of social rights is common in times of financial crisis and economic downturn. These are the so-called retrogressive measures, which suffers legal resistance through the “principle” of non-retrogression. The article points to the current relevance of the topic, since this principle has served as a basis for judicial decisions that invalidated retrogressive measures. The article follows to discuss

---

Como citar este artigo/*How to cite this article:* BREYNER, Frederico Menezes. Proibição do retrocesso em direitos sociais: uma proposta de redefinição de sua estrutura normativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 83-104, jan./mar. 2019. DOI: 10.21056/aec.v20i75.974.

\* Professor de Direito Tributário da Faculdade de Direito Milton Campos (Nova Lima–MG, Brasil). Doutor, Mestre e Bacharel em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFMG). *E-mail:* fredericobreyner@gmail.com.

the grounds for constructing the non-retrogression as a meta-norm based on the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, distinct from rules and principles, with which it intends to contribute with greater clarity in its operability and normative force in the interpretation and application of the social rights norms.

**Keywords:** social rights; retrogressive measures; non-retrogression; normative structure; meta-norm.

**Sumário:** 1 Introdução – 2 Os direitos fundamentais sociais entre regras e princípios – 3 Proibição do retrocesso como regra e como princípio: críticas – 4 A construção da proibição de retrocesso com base no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais – 5 As justificativas admitidas pelo PIDESC para embasar medidas retrocessivas – 6 Conclusão – Referências

## 1 Introdução

Em momentos de crise financeira tanto o setor público quanto o setor privado sofrem com o agravamento da escassez de recursos. No âmbito do setor público o financiamento de programas destinados a satisfazer direitos e interesses da população é abalado, restringido e até mesmo eliminado. Já no âmbito privado, cresce a pressão pela redução de tributos e encargos sociais incidentes sobre as atividades empresariais.

Nesse contexto os direitos sociais são sempre alvos mirados, pois sua garantia se dá tanto por programas públicos financiados por recursos públicos quanto por encargos tributários e sociais destinados a garantir melhores condições ao trabalhador.

Esse movimento de redução e restrição de programas públicos e encargos sociais é conhecido como “ação erosiva do legislador”<sup>1</sup> ou como reforma constitucional erosiva. São alterações no ordenamento jurídico em direção oposta aos direitos sociais antes garantidos pelos programas e encargos afetados. Ambas situações se enquadram naquilo que se reconhece como medidas retrocessivas.<sup>2</sup>

Em termos jurídicos, a questão geralmente colocada é a existência e extensão do chamado “princípio da proibição do retrocesso”, que se apresentaria como

<sup>1</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 95.

<sup>2</sup> A expressão é assim empregada por Sarlet: “na esteira do que tem sido reconhecido na seara do direito constitucional alienígena e, de modo particular, em face do que tem sido experimentado no âmbito da prática normativa (muito embora não exclusivamente nesta esfera), cada vez mais se constata a existência de medidas inequivocamente retrocessivas que não chegam a ter caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular, ou que, de modo geral, não atingem situações anteriores” (SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador. nº 15, set./out./nov. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 04 set. 2009, p. 9).

norma jurídica garantidora dos direitos fundamentais sociais ao impedir a adoção de medidas retrocessivas.

Recentemente o tema ganhou importância prática no Brasil, refletindo inclusive em decisões monocráticas proferidas por Ministros do Supremo Tribunal Federal.

O primeiro exemplo é a ADI 5.595, proposta para impugnar dispositivos da Emenda Constitucional nº 86/2015, acusados de reduzir o financiamento federal para as ações e serviços públicos de saúde mediante piso anual progressivo para custeio pela União, restringindo assim a realização do respectivo direito fundamental social. Em decisão monocrática que deferiu liminarmente a medida cautelar,<sup>3</sup> o Min. Relator Ricardo Lewandowski utilizou como um dos fundamentos para suspender a eficácia dos mencionados dispositivos a proibição do retrocesso social, que atuaria como garantia do direito à saúde ao impedir uma reforma constitucional que retroceda e agrave o quadro de subfinanciamento dos programas públicos de saúde.

Já na ADPF nº 489 foi impugnada a Portaria do Ministério do Trabalho no 1.129, de 13.10.2017, na qual se alegou que as novas definições de trabalho escravo e os novos procedimentos a serem empreendidos para combater essa prática traziam menor nível de proteção em comparação ao regime jurídico anterior, o que é vedado pelo princípio da proibição ao retrocesso. A Ministra Rosa Weber não recorreu expressamente ao mencionado princípio, mas o fio condutor da sua decisão<sup>4</sup> tem sua origem na afirmativa de que se trata de novo “quadro normativo de aparente retrocesso no campo da fiscalização e da sanção administrativa, como técnica de prevenção e promoção da erradicação do trabalho escravo, de modo a dificultar a política pública de combate ao trabalho escravo”.

O que podemos notar é que o chamado “princípio” da proibição do retrocesso vem sendo levantado como fundamento para a invalidação de normas que introduzem reformas em matéria de direitos sociais, e que já encontrou, ao menos nas duas oportunidades aqui mencionadas, acolhida em decisões monocráticas proferidas no Supremo Tribunal Federal.

O presente artigo se insere nesse contexto com o objetivo de contribuir para uma melhor compreensão da “proibição do retrocesso social”, analisando sua estrutura normativa e sua operacionalidade na solução de casos em que se discute a validade medidas retrocessivas empreendida por reformas no âmbito dos direitos sociais.

<sup>3</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática do Ministro Relator, ADI 5.595/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, decisão de 31/08/2017, publicação no *DJE* nº 198, divulgado em 01/09/2017.

<sup>4</sup> SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática da Ministra Relatora, ADPF 489/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, decisão de 23/10/2017, publicação no *DJE* nº 245, divulgado em 25/10/2017.

## 2 Os direitos fundamentais sociais entre regras e princípios

O caráter de anterioridade vinculante<sup>5</sup> dos direitos fundamentais para com os poderes constituídos não significa que eles sempre estejam prontos e acabados no plano constitucional. Isso depende da construção da norma que o consagra como uma regra ou como um princípio, distinção que aqui será traçada apenas para fundamentar as bases do desenvolvimento do tema.

Os princípios determinam condutas com base em argumentos de finalidade. Segundo Ávila, eles estabelecem um estado ideal de coisas cujo alcance é prescrito pela norma de caráter principiológico, sendo que todos os comportamentos necessários para atingir essa finalidade são devidos.<sup>6</sup>

Daí a noção de satisfação gradual dos princípios: na medida em que preservem todas as condutas para que se alcance sua satisfação otimizada, muitas delas podem enfrentar limites advindos das possibilidades fáticas e jurídicas de satisfação.<sup>7</sup> A não adoção dessas condutas (quer por uma permissão de não realização ou por uma proibição de realização) em virtude dessas possibilidades não significa que o princípio foi violado, mas sim, que foi encontrado, na situação, o grau máximo de sua satisfação, perdendo o princípio precedência em face de outros princípios. Em suma, princípios veiculam mandamentos *prima facie*, que podem ceder diante das possibilidades fáticas e jurídicas, estas determinadas por outros princípios também aplicáveis.

Já as regras são concebidas como normas que impõem um comportamento quando realizada sua hipótese de incidência. Diante dessa realização, é exigido exatamente o comportamento nela previsto, “nem mais nem menos”, contendo “determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível”.<sup>8</sup> As regras têm acentuado caráter descritivo, tanto do fato que gera o dever de se adotar determinado comportamento quanto do próprio comportamento a ser adotado. Por isso podem ser concebidas como “normas imediatamente descritivas, na medida em que estabelecem obrigações, permissões e proibições mediante a descrição da conduta”.<sup>9</sup>

<sup>5</sup> Não se trata de uma anterioridade cronológica ou no sentido de mera recepção do direito natural, mas sim, do “fato de o seu exercício não necessitar de justificação em face do Estado e de, pelo contrário, ser o Estado a ter de justificar a sua limitação dos direitos fundamentais” (PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Sousa e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*).

<sup>6</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 104.

<sup>7</sup> “É justamente essa ligação direta com fins e a sua possibilidade de realização gradual que fazem com que os princípios possam ser qualificados como definidores de um ‘dever ser ideal’” (BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 190).

<sup>8</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 91.

<sup>9</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 95.

Seguindo a escala de prioridades da argumentação jurídica,<sup>10</sup> o argumento literal é predominante na identificação da espécie de norma. É o texto do direito positivo o argumento que prevalece na caracterização de uma norma como regra ou princípio, não cabendo tal escolha ao juiz ou administrador.<sup>11</sup>

Se o dispositivo constitucional descreve elementos caracterizadores de uma conduta ou estabelece um âmbito de atuação, é necessário dele extrair uma regra (o que não significa que não possa haver indeterminação no significado dos termos nela empregados), excluindo assim a possibilidade de ponderação. Pelo contrário, se do dispositivo constitucional se extrai a determinação do alcance de finalidades com abstração da descrição de condutas, foi instituído um princípio, e não se pode negar o dever, ao menos *prima facie*, de se adotarem todas as condutas que possam promovê-lo, sob pena de negar sua normatividade.<sup>12</sup> Isso somente pode ocorrer caso o princípio encontre princípios que apontem em sentido contrário e, nesse caso, receba menor peso após o procedimento de ponderação devidamente justificado de acordo com os parâmetros fornecidos pela teoria da argumentação jurídica.

Em razão de sua vinculação ao ordenamento jurídico, ao intérprete e aplicador é proibido qualificar arbitrariamente a norma em desconsideração à sua formulação textual apenas para que lhe seja aberto caminho para a metodologia de aplicação que lhe facilite chegar a uma conclusão já prévia (e arbitrariamente) alcançada. Caso contrário, se determinada conduta lhe parece indesejada, bastaria qualificar a norma que a estabelece como um princípio para que ela pudesse ser sopesada com outras normas constitucionais e, ao fim, vencida por lhe ser atribuído um peso menor. Se determinado fim não lhe agrada, bastaria qualificar a norma como uma regra, e apenas aquilo nela prescrito seria devido, sendo o restante inexigível.

Os direitos fundamentais sociais podem, portanto, receber a dimensão de regras ou princípios, inclusive de forma conjunta. Cite-se, por exemplo, o direito à educação. É ele formulado em dimensão principiológica no art. 6º da Constituição, que não estabelece nenhuma conduta exigível do Estado, consagrando a finalidade de que seja garantida a educação aos cidadãos, a ser obtida por todas as condutas necessárias e possíveis. Mas posteriormente esse direito é institucionalizado

<sup>10</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 239 *et seq.*; ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), Salvador, v. I, n. 5, ago. 2001 e BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 140-152).

<sup>11</sup> BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoría do direito e decisão racional: temas de teoria de argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 125.

<sup>12</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoría dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 160.

em regras, a exemplo daquela que obriga o Estado a garantir a educação básica gratuita (art. 208, I), estabelecendo ainda que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (art. 208, §1º) e que “o não-oferecimento do ensino obrigatório pelo Poder Público, ou sua oferta irregular, importa responsabilidade da autoridade competente” (art. 208, §2º). A referência a condutas é inequívoca nessas regras, que determinam a oferta de ensino básico gratuito.<sup>13</sup>

Na sua dimensão principiológica, as disposições constitucionais sobre direitos fundamentais expressam normas diretamente estatuídas, portadoras de maior grau de generalidade, que expressa o significado prescritivo em sentido literal<sup>14</sup> que garantem uma tutela direta pelo poder judiciário dentro desse sentido.<sup>15</sup>

Contudo, o legislador a eles vinculado também tem o dever de legislar para desenvolver sua eficácia,<sup>16</sup> tornando-as mais concretas e viabilizando uma tutela judicial ampliada. Trata-se da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, que realça sua “eficácia vinculante, cada vez mais enérgica e extensa, com respeito aos três Poderes” e reconhece que a “abertura de conteúdos positivados” por meio de normas de direito fundamental demanda concretização e desenvolvimento.<sup>17</sup>

A dimensão objetiva dos direitos fundamentais impõe que “a legislação expresse o melhor possível os direitos fundamentais”. Os deveres objetivos trazem um mandado para que o legislador crie posições jurídicas<sup>18</sup> correspondentes a

<sup>13</sup> O que existe é uma indeterminação estrutural (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 110) no desempenho dessas condutas, ou seja, o Estado pode, por exemplo, optar por criar escolas públicas ou subsidiar integralmente a matrícula de alunos em escolas privadas. Essa escolha será pautada em outros critérios pertinentes ao que a comunidade política julga mais adequada: uma educação pública ou privada. Essa questão, porém, nos parece resolvida na própria Constituição, que estabelece que em ambas as situações haverá regulamentação do conteúdo a ser ministrado (art. 208, III e V e art. 209 da Constituição Brasileira).

<sup>14</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 115.

<sup>15</sup> Quando o legislador não desenvolve o direito fundamental, que permanece apenas em sua dimensão principiológica, a consequência é que “a omissão ou desatenção desta intervenção obrigatória do legislador fará emergir a eficácia direta da norma jusfundamental, ainda que em seu conteúdo mínimo ou essencial” (BASTIDA, Francisco J. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 116).

<sup>16</sup> Isso não é exclusividade dos direitos sociais, encontrando-se também no âmbito dos chamados direitos de liberdade. O direito de propriedade, por exemplo dificilmente teria a eficácia que se conhece sem a definição do que é propriedade e como protegê-la contra ações interventivas encontradas no âmbito infraconstitucional, a exemplo do Código Civil (Lei nº 10.406/2002), da Lei de Registros Públicos (Lei nº 6.015/73), da Lei de Propriedade Industrial (Lei nº 9.279/96) e do Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015). Nesse sentido: ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 486 e HIERRO, Liborio L. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 197.

<sup>17</sup> SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003, p. 92.

<sup>18</sup> As posições jurídicas são compreendidas como direitos fundamentais em sentido estrito, no sentido de que atribuem um dever ao destinatário de realizar uma conduta positiva ou omissiva (objeto) em favor de um titular

normas atribuídas de direito fundamental<sup>19</sup> que lhe integram o próprio conteúdo<sup>20</sup> que possam ser formuladas em termos de direitos subjetivos exigíveis judicialmente em toda a extensão de sua configuração, atingindo, assim, o grau máximo de eficácia dos direitos fundamentais.<sup>21</sup>

Em ambas as hipóteses, quais sejam, na formulação constitucional do direito social como regra e no desenvolvimento do direito social pelo legislador, o limite decorrente do caráter vinculante dos direitos fundamentais sociais se coloca diante das medidas retrocessivas, ou seja, diante de uma lei ou de uma emenda constitucional que subtraíam posições jurídicas ou piorem as condições de exercícios desses direitos.

Se o legislador ou o constituinte derivado puderem livremente desfazer a anterior garantia de exercício dos direitos fundamentais, não há outra conclusão senão a inadmissível negativa da própria presença da fundamentalidade. Se o regime de direitos fundamentais tem como característica irrenunciável a vinculação dos poderes constituídos, é necessário construir um método para controlar a atividade de restrição a direitos sociais anteriormente concretizados e desenvolvidos.

Um método amplamente desenvolvido internacionalmente, em razão da sua decorrência de dispositivos do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, é o fundado no mencionado “princípio” da proibição do retrocesso.

Para os defensores da existência e relevância jurídica da proibição do retrocesso, a sua utilização como parâmetro de controle das medidas retrocessivas se dá em razão da possibilidade de que este venha a “suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos”.<sup>22</sup>

---

do respectivo direito (PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 85).

<sup>19</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 117, 119 e 120.

<sup>20</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 73. Para Novais, quando o legislador altera uma lei que desenvolve um direito fundamental ele “não está só a mexer numa lei, está a mexer no direito fundamental, com todas as consequências dogmáticas que isso implica” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 164).

<sup>21</sup> Muitas vezes, portanto, o legislador institui regras que compõem o regime jurídico dos direitos fundamentais sociais. Nesse sentido, afirma Novais que “[...] a partir do momento em que o legislador ordinário fixa, com elevado grau de precisão e certeza – até por razões de igualdade e segurança jurídicas – o conteúdo do direito exigível do Estado, o direito social adquire na ordem jurídica um grau pleno de definitividade e densidade, de resto bastante superiores aos que apresenta, em geral, a conformação legal dos direitos de liberdade” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 152).

<sup>22</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 212 e seguintes.

Apesar da variedade na compreensão da estrutura normativa da proibição do retrocesso, é possível verificar uma certa prevalência de qualificá-la como um princípio jurídico nos termos da teoria formulada por Alexy.<sup>23</sup>

O presente trabalho parte para uma compreensão diversa, desalojando a “proibição do retrocesso” do âmbito dos princípios para inseri-lo no âmbito das metanormas, que determinam como as normas de direitos sociais devem ser interpretadas e aplicadas.

Esse movimento pode aparentemente levar a uma precipitada conclusão de que, deixando de ser compreendida como um princípio, a proibição do retrocesso perde sua força normativa para solucionar casos que envolvam restrições a direitos sociais anteriormente garantidos. Essa perda de força normativa não ocorre. O que se verifica é um ganho de clareza na percepção da potencialidade da proibição do retrocesso e um ganho de força normativa dos próprios direitos sociais portadores do caráter de princípios ou regras aptas a serem aplicados na resolução daqueles casos, servindo a proibição do retrocesso como um parâmetro para identificação da violação a esses direitos.

### 3 Proibição do retrocesso como regra e como princípio: críticas

Como conceituado acima, a proibição do retrocesso é norma que limita a atividade do legislador e do constituinte derivado de revogar ou restringir direitos sociais anteriormente concretizados por meio de desenvolvimento legislativo.

Boa parte das controvérsias acerca de sua existência e natureza jurídica refere-se à expressão “proibição” constante no *nomen juris* aqui analisado, embasadas na crença de que essa denominação seria o indicativo da sua dimensão normativa como regra.

A proibição do retrocesso como uma “regra”<sup>24</sup> teria como hipótese o desenvolvimento concretizador do direito social, e sua consequência jurídica seria a de um dever definitivo que proíbe a alteração do regramento que garante o direito em desfavor dos seus beneficiários.

Uma regra nesses termos compreendida nunca foi, porém, seriamente sustentada, e sequer talvez seja mesmo sustentável.

Mesmo a posição original de Canotilho pela inconstitucionalidade de “quaisquer medidas estaduais” correspondentes a uma “anulação, revogação ou aniquilação” do “núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de

<sup>23</sup> É o que se encontra, a título de exemplo, em duas das obras mais consultadas acerca do tema: SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012 e NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.

<sup>24</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 109.

medidas legislativas” admitia uma exceção consistente na admissão dessa revogação, desde que diante da “criação de esquemas alternativos ou compensatórios”.<sup>25</sup>

Uma vez que não se encontra na doutrina e jurisprudência uma sustentação de que a proibição de retrocesso seria em toda sua extensão uma regra a cristalizar determinado quadro normativo garantidor de direitos sociais, aqueles que se utilizam desse argumento para rejeitar sua relevância jurídica travam uma batalha sem inimigos.

O que se encontra na doutrina é a posição de que é possível sustentar uma regra de proibição de retrocesso, mas que não esgota toda a dimensão da norma. Tratar-se-ia apenas de uma das feições da proibição de retrocesso, que teria também um caráter de princípio.

É a posição de Netto, para quem da proibição de retrocesso pode ser extraída uma norma-regra quando a legislação concretiza o núcleo essencial dos direitos sociais. Nessa situação é vedado definitivamente o retrocesso sem uma medida compensatória, pois a autora parte da premissa de que existe um núcleo essencial dos direitos sociais que não é ponderável e impõe deveres definitivos de concretização ao legislador. Uma vez que este os cumpre, está impossibilitado de desconcretizá-los e retornar a uma situação de omissão inconstitucional.<sup>26</sup>

Logo, não se trata de afirmar que a proibição do retrocesso é uma regra, mas sim que dela se pode extrair uma regra nessa específica situação de concretização do núcleo essencial dos direitos sociais.

Na visão da autora, para além do núcleo essencial dos direitos sociais concretizados pelo legislador, a proibição de retrocesso apresenta caráter de princípio, impondo um dever *prima facie* de manutenção da garantia do direito. Na sua visão, esse dever poderá ser convertido em definitivo caso, diante de uma medida retrocessiva, princípios favoráveis ao retrocesso não assumam maior peso no procedimento de ponderação. Em conclusão, o retrocesso será admitido nessa hipótese quando a medida for “racionalmente fundada”.<sup>27</sup>

Existem duas objeções à proposta de estrutura normativa da proibição do retrocesso acima apresentada. A primeira é a noção de núcleo essencial dos direitos fundamentais, que a própria autora reconhece ser problemática. O desafio não parece ser apenas a “problemática” definição de um núcleo essencial, pois a

<sup>25</sup> CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 375.

<sup>26</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 172-191.

<sup>27</sup> A autora propõe oito requisitos a serem satisfeitos para que a medida possa ser “racionalmente fundada”, que estão descritos e justificados em NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 233.

dificuldade na definição de conteúdos é recorrente no direito. O desafio está em apontar motivos para excluir o legislador da definição do que constitui o conteúdo essencial.

Mesmo os defensores da existência de um conteúdo essencial dos direitos fundamentais aceitam a ideia de que esse conceito é mutável e passa por uma constante evolução, e não há razões para excluir o legislador como partícipe e promotor dessa evolução.<sup>28</sup> É, portanto, incompatível admitir também um conteúdo essencial decorrente da Constituição que somente poderia ser declarado, e não desenvolvido, pelo legislador.<sup>29</sup>

Rejeita-se, portanto, a separação entre uma regra de proibição de retrocesso vinculada ao núcleo essencial dos direitos sociais e um princípio de proibição de retrocesso para além desse núcleo.

Se uma norma pode ser qualificada como uma norma estatuída ou diretamente atribuída de direito fundamental social, ela faz parte do “direito fundamental completo”, que merece a proteção jusfundamental quanto a todo o seu conteúdo.<sup>30</sup> A metodologia da ponderação, tal como concebida por Alexy<sup>31</sup> e Pulido<sup>32</sup> sustenta que, quanto maior a restrição a esse direito, intensidade que aumenta na medida em que as posições jurídicas que revelam seu exercício forem sendo eliminadas, maior o peso que deve ser a ele atribuído na ponderação. Portanto, não há um caráter necessário de regra no âmbito do núcleo essencial caso a disposição não se refira a condutas. Adotada a formulação do princípio, há uma necessária argumentação por um maior peso ao direito social na medida em que posições jurídicas são deles subtraídas em direção ao seu núcleo essencial.

Uma outra objeção refere-se à própria tipologia normativa desenvolvida, segundo a qual “para além do conteúdo essencial do direito social”, a proibição do retrocesso assumiria um caráter de princípio, impondo um dever *prima facie*, que pode ser superado caso as normas desconcretizadoras sejam proporcionais e se fundamentem em outros princípios, como a igualdade e a reserva do possível.

<sup>28</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 177.

<sup>29</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 175-177.

<sup>30</sup> Diante de uma lei concretizadora do direito social, Novais sustenta que “[...] o direito que ela consagra não é *direito derivado a prestação* na livre disponibilidade do legislador; é direito fundamental social, está jusfundamentalmente protegido, não num *mínimo* mas no seu todo; o direito que ela consagra, tal como qualquer outro direito fundamental, mas com justificação suficiente e bastante, e só com base em *razões* capazes de fazer ceder um direito fundamental de valor constitucional” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 178).

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 517.

<sup>32</sup> PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 425.

Se a proporcionalidade tem por objeto balancear os direitos sociais afetados pela medida retrocessiva e os princípios que a justificam, parece que a proibição do retrocesso não se encontra em nenhum dos pratos da balança da ponderação. O sopesamento se verifica entre o direito social restringido e os princípios que justificam a restrição.

O retrocesso social seria a razão pela qual os referidos princípios são ponderados. Uma reforma legislativa ou constitucional que seja qualificada como um retrocesso social deve ser analisada tendo em seu desfavor o direito social por ela promovido e em seu favor os outros princípios justificadores.

Se o retrocesso social não é ele mesmo sopesado contra outros princípios, mas sim uma característica das novas normas retrocessivas cuja constitucionalidade se afere pelo sopesamento, não há como qualificá-lo como um princípio no âmbito da teoria de Alexy, que é a mesma teoria parcialmente adotada por Netto.

Daí a crítica de que a proibição do retrocesso em nada acrescenta à já desenvolvida teoria das restrições aos direitos fundamentais,<sup>33</sup> pois o retrocesso nada mais seria do que uma restrição ao direito fundamental já desenvolvido, e sua validade deveria passar pelo teste de ponderação.<sup>34</sup>

A inutilidade de se trabalhar com a noção de proibição de retrocesso é denunciada ainda por ser uma decorrência da importação de construção de origem alemã, em que o texto constitucional não contempla direitos sociais de forma expressa. Daí que os direitos sociais desenvolvidos pelo legislador são compreendidos como direitos “derivados”, e não direitos originariamente constitucionais. Não se encontrando no plano constitucional, esses direitos ganharam força vinculante e caráter de indisponibilidade por meio do desenvolvimento de outros parâmetros normativos, como a proibição do retrocesso.

Nada disso faria sentido em países nos quais o texto constitucional qualifica direitos sociais como direitos fundamentais (caso do Brasil), e sua força de resistência contra o legislador encontra amparo direto por meio da interpretação das próprias disposições de direitos fundamentais. Isso torna desnecessária a criação de meios paralelos, como a proibição de retrocesso, deduzida dos princípios do Estado social, da segurança jurídica, da garantia da propriedade e da proteção da confiança, para que essa força normativa seja alcançada.<sup>35</sup>

<sup>33</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 246.

<sup>34</sup> Nesse sentido afirma Novais que “uma vez que a norma ordinária se torna parte integrante da norma de direito fundamental, o legislador deixa de dispor livremente das possibilidades de alteração dessa norma, exatamente porque de direito fundamental se trata. Qualquer posterior alteração dessa norma em sentido restritivo, ou seja, desvantajoso ou negativo para os titulares do direito, é sujeita ao controlo de constitucionalidade exactamente porque se trata de restrição a direito fundamental” (NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 169).

<sup>35</sup> NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 247-251.

Essa crítica se faz sentir pela doutrina que trabalha a proibição de retrocesso. Sarlet, um dos principais defensores do reconhecimento da proibição de retrocesso no Brasil, após afirmar que referida norma é um princípio por não admitir “solução baseada na lógica do tudo ou nada”, reconhece a robustez da crítica<sup>36</sup> para, em seguida, negar uma autonomia da proibição do retrocesso e afirmar sua conexão “com outras categorias, como a segurança jurídica e a proporcionalidade”. Por não constituir seu objeto, o autor expressamente renuncia desenvolver as relações entre as mencionadas categorias.<sup>37</sup>

Não se extrai da obra de Sarlet uma categorização específica da proibição de retrocesso, a não ser a afirmativa excludente de que ela não se aplica como regra. A proibição de retrocesso é qualificada como princípio, para em seguida ser colocada ao lado de categorias que não se enquadram no conceito de princípio, como a proporcionalidade, a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente.

Segundo Ávila<sup>38</sup> essas categorias não se confundem com os princípios, e integram aquilo que ele chama de postulados, que são metanormas que estruturam a aplicação de outras normas.

Colocar a proibição de retrocesso ao lado de outras figuras como a proporcionalidade, a proibição de excesso e a proibição de proteção deficiente e continuar atribuindo-lhe o caráter de princípio obscurece sua autonomia e força normativa enquanto parâmetro para estruturar e viabilizar a aplicação das normas de direitos fundamentais sociais.

Faz-se necessário tratá-la dentro dessas categorias, trazendo à tona sua operacionalidade e utilidade para a aplicação das normas de direitos sociais e solução de muitas das controvérsias decorrentes da interpretação e aplicação dessas normas.

## 4 A construção da proibição de retrocesso com base no Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

O Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) foi adotado na XXI Sessão da Assembleia Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1966. No Brasil, foi aprovado pelo Congresso Nacional pelo Decreto

<sup>36</sup> “Se – como parece propor Jorge Reis Novais – a problemática da proibição de retrocesso social constitui, em verdade, apenas uma forma especial de designar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais sociais no âmbito mais amplo dos direitos fundamentais, aqui não será objeto de maior desenvolvimento, embora se trate de uma tese que merece ser levada a sério” (SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 358).

<sup>37</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 359.

<sup>38</sup> ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 164 et seq.

Legislativo nº 226, de 12 de dezembro de 1991 e promulgado por meio do Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992.

A disposição do PIDESC que mais interessa ao presente trabalho é a obrigação assumida pelos Estados signatários no art. 2º, 1, que tem a seguinte redação:

1. Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.

Do dispositivo emerge com fácil visualização a noção de proibição de retrocesso. Uma vez que existe um dever diretamente prescrito para que os direitos sociais sejam progressivamente realizados, é logicamente incompatível afirmar a existência de uma permissão de retroceder contra direitos já garantidos e concretizados.

O dispositivo tem uma grande importância por abordar uma das questões mais controversas quanto aos direitos sociais. Entre aqueles que afirmam que as normas de direitos sociais são meros programas e aqueles que afirmam que elas têm eficácia plena em todo o seu conteúdo, a disposição do PIDESC adota uma visão intermediária e bem mais factível: os direitos sociais demandam tempo e recursos para serem implementados (Comentário Geral nº 3 do CESCR<sup>39</sup>), mas mesmo assim são vinculantes, devendo ser realizados progressivamente.

Diante da disposição do PIDESC, a discussão em torno do caráter vinculante dos direitos sociais resta resolvida pelo direito positivo, e as disputas entre sua caracterização como normas programáticas ou integralmente vinculantes passa a ser uma discussão à margem do direito positivo, ou seja, de *lege ferenda*.

<sup>39</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 3: the nature of States parties' obligations* (art. 2, para. 1, of the Covenant). Document E/1991/23. 5th session, 14 December 1990. A propósito cabe aqui destacar a atuação do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, cuja sigla em língua inglesa é CESCR. O CESCR tem, dentre outras atribuições, a tarefa de elaborar "Comentários Gerais", por meio dos quais é divulgada sua interpretação das disposições do PIDESC. Segundo a doutrina, na medida em que os Estados assinaram o PIDESC, que conta com previsão da atribuição da tarefa de emitir os "Comentários Gerais", admitiram estes como um guia para interpretação e concretização de direitos contemplados no Pacto (ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 67). Materialmente o CESCR extrai sua legitimidade das seguintes características: seus membros são independentes e especializados na matéria; sua composição é diversificada e plural; seus pronunciamentos são contínuos, coerentes, dotados de previsibilidade e objetividade; busca sempre a operacionalidade de seus pronunciamentos, evitando pronunciamentos que esvaziem alternativas e opções a serem buscadas pelos próprios países signatários; e recebe grande apoio da ONU e da comunidade internacional ligada aos direitos humanos (SEPÚLVEDA, Magdalena. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen: Intersentia, 2003, p. 91-112).

A única discussão possível diante da redação do PIDESC somada ao caráter fundamental dos direitos sociais se dá quanto ao cumprimento dos deveres a eles associados, ou seja, consiste em saber se todos devem ser progressivamente implementados ou se alguns deles podem ser imediatamente exigíveis.

Como demonstra Costamagna, o CDESCR entende que o caráter progressivo da implementação se refere ao dever de realizar os direitos sociais.<sup>40</sup> O entendimento do CDESCR é que o PIDESC demanda que o Estado inicie imediatamente, ou em um curto espaço de tempo após a assinatura do Pacto, as ações necessárias para que, progressivamente, tais direitos sejam plenamente realizados<sup>41</sup> por meio de fornecimento de prestações positivas pelo Estado.

Por outro lado, resulta de forma clara do Comentário Geral nº 3 do CDESCR<sup>42</sup> que os deveres de abstenção são imediatamente exigíveis no âmbito dos direitos sociais.

O que não fica claro é a eficácia imediata dos deveres de proteção. Considerando-se que estes demandam a edição de legislação e a criação de órgãos de aplicação para garantir que indivíduos e grupos vulneráveis não sofram violações por parte de outros particulares, a eficácia imediata fica comprometida. O entendimento que melhor compactua é que, tal como nos deveres de realização, o Estado signatário deve imediatamente iniciar a criação da estrutura necessária para garantir e tutelar os direitos previstos no PIDESC, a exemplo de órgãos administrativos com essa competência.

Cite-se, por exemplo, o direito à saúde. Os deveres do Estado de não prejudicar a saúde dos cidadãos e de não impedir o acesso a tratamentos de saúde disponíveis aos cidadãos mediante emprego de seus próprios recursos são imediatamente exigíveis, pois demandam uma abstenção estatal. O dever de proteção deve ter seu cumprimento imediatamente iniciado, a exemplo da iniciativa de criação de órgãos sanitários e de defesa do consumidor para impedir que agentes econômicos ofereçam no mercado produtos que possam afetar a saúde do público. Já os deveres de realização devem ser progressivamente implementados, a exemplo do início de fornecimento de serviços públicos de saúde ou do financiamento de tratamento de saúde no âmbito privado a serem posteriormente ampliados para cobrir cada vez parcela maior da população e número maior de procedimentos preventivos e curativos.

<sup>40</sup> COSTAMAGNA, Francesco. Realizzazione progressiva dei diritti economici, sociali e culturali e migliori utilizzo delle risorse disponibili. *Rivista quadrimestrale di Diritti Umani e diritto internazionale*, Milano, v. 2, n. 1, p. 165-170, 2008, p. 167.

<sup>41</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 3: the nature of States parties' obligations* (art. 2, para. 1, of the Covenant). Document E/1991/23. 5th session, 14 December 1990, parágrafos 2 e 9.

<sup>42</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 3: the nature of States parties' obligations* (art. 2, para. 1, of the Covenant). Document E/1991/23. 5th session, 14 December 1990.

A determinação do PIDESC, portanto, é que os direitos nele previstos são vinculantes para o Estado, e apenas a medida da vinculação é que se diferencia segundo o dever por ele imposto. O CESCER rejeita expressamente a ideia de que os Estados podem se omitir ou agir contrariamente aos direitos sociais.

É nesse ponto que o CESCER extrai do dispositivo a obrigação de não empreender “medidas deliberadamente regressivas” que, uma vez adotadas, “requerem a mais cuidadosa consideração e precisam ser plenamente justificadas pela referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do máximo uso dos recursos disponíveis”.<sup>43</sup>

Trata-se do dever de respeitar direitos sociais já concretizados, motivo pelo qual seus efeitos são imediatos, de forma a tutelar com eficácia os direitos previstos no PIDESC.<sup>44</sup> Na linguagem do CESCER e pela conclusão dela extraída pela doutrina, esse dever apresenta um caráter *prima facie*,<sup>45</sup> pois o próprio CESCER admite justificativas para as medidas retrocessivas.

O desenvolvimento do entendimento do CESCER demonstra que o necessário é que exista um nexo “diretamente atribuível” entre o declínio das condições de exercício dos direitos sociais e a decisão legislativa,<sup>46</sup> ainda que isso constitua um efeito colateral<sup>47</sup> e, por definição, não desejado pelo país signatário.

O CESCER extrai disso duas importantes consequências para a análise de validade da medida retrocessiva.

A primeira é a de que essas medidas têm contra si uma presunção de inadmissibilidade. O Comitê se pronunciou no sentido de que “há uma forte presunção de inadmissibilidade de qualquer medida retrocessiva tomada em relação ao direito à educação, assim como em relação aos outros direitos enunciados no Pacto”.<sup>48</sup> Abramovich e Courtis afirmam que a proibição de retrocesso é uma modalidade de “análise da razoabilidade” das leis,<sup>49</sup> e que traz critérios para um controle “agravado” da validade substancial de leis que “piorem a situação dos direitos sociais”.<sup>50</sup>

<sup>43</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 3: the nature of States parties' obligations* (art. 2, para. 1, of the Covenant). Document E/1991/23. 5th session, 14 December 1990, parágrafo 9.

<sup>44</sup> O'CONNELL, Rory; NOLAN, Aoife; HARVEY, Colin; DUTSCHKE, Mira; ROONEY, Eoin. *Applying an international human rights framework to state budget allocations: rights and resources*. London: Routledge, 2014, p. 64.

<sup>45</sup> SEPÚLVEDA, Magdalena. *The nature of the obligations under the international covenant on economic, social and cultural rights*. Antwerpen: Intersentia, 2003, p. 328.

<sup>46</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 4: the right to adequate housing* (art. 11 (1) of the covenant). Document E/1992/23. 6th session, 1991.

<sup>47</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 13: the right to education* (article 13 of the Covenant). Document E/1992/23. 21th session, 1999, parágrafo 59.

<sup>48</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 13: the right to education* (article 13 of the Covenant). Document E/1992/23. 21th session, 1999, parágrafo 45.

<sup>49</sup> Como os autores esclarecem, a noção argentina de razoabilidade abrange todo o devido processo substantivo, incluindo a proporcionalidade e seus critérios.

<sup>50</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 96-97.

Como no Brasil os direitos sociais são direitos fundamentais previstos constitucionalmente, Gotti se apoia no caráter interpretativo dos pronunciamentos do Comitê para traduzi-los em uma “presunção de inconstitucionalidade”.<sup>51</sup>

No mesmo sentido, Sarlet acolhe a tese de que uma medida retrocessiva deve ser encarada como “suspeita e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte que sujeita a controle no que concerne à sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências”.<sup>52</sup>

A segunda consequência é o deslocamento do ônus argumentativo e probatório ao Estado signatário. Na visão do CDESCR, diante de uma medida retrocessiva “o Estado signatário tem o ônus de provar que a medida foi introduzida após a mais cuidadosa consideração de todas as alternativas”.<sup>53</sup> Logo em seguida o CDESCR, na linha do que já foi afirmado no Comentário Geral nº 3, ainda limita qual é o objeto dessa consideração, afirmando que a medida deve “estar plenamente justificada em referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto e no contexto do uso máximo dos recursos disponíveis”.

É possível vislumbrar essa consequência no âmbito da teoria da argumentação de Alexy<sup>54</sup> e a combinação de suas regras de racionalidade e de alteração de encargo de argumento.

Uma vez que um participante do discurso jurídico realiza uma afirmação embasada em plenas razões de que determinada medida é considerada restritiva de direitos sociais, está autorizado a concluir pela sua inconstitucionalidade. Outro participante (o país signatário) pode atacar essa afirmação, desde que apresente razões para tanto. Não é exigido, enquanto não satisfeita essa regra de alteração de encargo de argumento, que a demonstração de inconstitucionalidade seja novamente justificada, exigência que demanda a apresentação de argumentos em favor da sua constitucionalidade.<sup>55</sup>

## 5 As justificativas admitidas pelo PIDESC para embasar medidas retrocessivas

Do exposto no item anterior tem-se que a primeira conclusão que se extrai da interpretação dada ao PIDESC é que a justificativa para a medida retrocessiva

<sup>51</sup> GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012. *E-book*.

<sup>52</sup> SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 453.

<sup>53</sup> COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 13: the right to education* (article 13 of the Covenant). Document E/1992/23. 21th session, 1999, parágrafo 45.

<sup>54</sup> ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 186-194.

<sup>55</sup> No mesmo sentido: ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 105.

deve ser pertinente à totalidade dos direitos nele previstos. Netto afirma tratar-se do dever de “se conferir máxima eficácia ao sistema de direitos fundamentais”.<sup>56</sup>

Isso significa que a medida retrocessiva relativa a um direito social específico será mais justificada se for acompanhada de uma maior realização de outro direito social antes inviabilizada pelo anterior desenvolvimento obtido pelo direito agora restringido.

Se não é dado ao legislador o poder de simplesmente escolher quais direitos fundamentais devem ser realizados, por serem todos eles vinculantes, uma medida retrocessiva pontual em face de uma maior eficácia sistemática pode ser justificada.<sup>57</sup> Esse movimento só se legitima, contudo, se o direito a ser garantido a partir da restrição for relacionado aos membros e grupos mais pobres e vulneráveis da sociedade, preservando assim a missão a ser perseguida pelo Estado Social por meio dos direitos sociais consistente em garantir condições dignas de existência humana e em promover a igualdade substancial.<sup>58</sup>

Após uma análise de diversos pronunciamentos do CESCER, Sepúlveda conclui quanto a esse ponto que o entendimento prevalecente é que o Estado deve comprovadamente dedicar particular atenção aos grupos vulneráveis da sociedade, demonstrando, especialmente, que foram tomadas medidas para prevenir as consequências adversas que esses grupos possam sofrer.<sup>59</sup>

Mas a justificativa do retrocesso com base na melhoria da realização de outros direitos sociais, preservando seu conteúdo essencial e os grupos vulneráveis, só é admissível no contexto do uso máximo dos recursos disponíveis, como resulta do entendimento do CESCER.

Se um direito social é restringido em prol de outro ou mais direitos sociais com nível inferior de realização, o Estado deve mostrar que os recursos disponíveis não eram suficientes para manter o nível de realização do direito restringido e ainda assim realizar outros direitos.<sup>60</sup>

Nesse ponto, o contexto de efetividade dos direitos sociais também limita as possibilidades argumentativas do Estado. Não basta que o Estado indique qual a finalidade perseguida, devendo demonstrar uma efetiva necessidade da restrição para que o outro direito seja realizado.<sup>61</sup> E a demonstração da realização

<sup>56</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 148.

<sup>57</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 150.

<sup>58</sup> NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 151.

<sup>59</sup> SEPÚLVEDA, Magdalena. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen: Intersentia, 2003, p. 331.

<sup>60</sup> SEPÚLVEDA, Magdalena. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen: Intersentia, 2003, p. 331.

<sup>61</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 106.

desse outro direito também deve ser concreta e efetiva, sem recurso a alegações genéricas de política pública, equilíbrio fiscal ou finalidades econômico-financeiras, sendo seu ônus demonstrar quais direitos foram realmente favorecidos pela medida.<sup>62</sup>

Essa linha de raciocínio é circundada pelo dever de máxima utilização dos recursos disponíveis. Afinal, de acordo com a dicção do CESCR, a adoção de uma medida retrocessiva somente é válida nesse contexto, ou seja, quando o Estado demonstrar que está cumprindo o referido dever.

O uso máximo de recursos disponíveis aparece assim como o ponto inicial daquilo que se chama de reserva do possível. A partir do momento em que o Estado logra demonstrar aquela utilização máxima, é possível justificar a impossibilidade de se realizarem progressivamente os direitos sociais ou a necessidade de retroceder em relação a alguns direitos já realizados (respeitadas algumas limitações, como já visto).

Quanto aos critérios para avaliar a máxima utilização dos recursos, a doutrina<sup>63</sup> aponta como pioneiro o trabalho do Centro de Direitos Econômicos e Sociais<sup>64</sup> por meio da metodologia identificada por OPERA, assim resumido por Obenland:

O método OPERA, desenvolvido pelo Centro de Direitos Econômicos e Sociais tenta diminuir essa distância. Aqui também a abordagem empregada é a de não limitar as obrigações dos países a um reconhecimento verbal dos direitos humanos, mas examinar os esforços feitos para realizá-los progressivamente. Para tornar os esforços comparáveis entre os países, o Centro propõe uma análise em quatro níveis. Primeiro, os resultados (isto é, o grau de realização dos direitos econômicos e sociais) e depois os esforços políticos (esforços regulamentares e legislativos) são examinados, seguidos pela análise dos Recursos (os esforços econômicos e de política social). Finalmente, é feita uma análise do contexto político. A questão de quando o governo está empregando máximo de recursos disponíveis é examinada principalmente no passo três, relativo aos Recursos. Mas o passo 4 (Análise) leva em consideração se os governos não são completamente independentes ao tomar uma decisão.<sup>65</sup>

<sup>62</sup> ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002, p. 110.

<sup>63</sup> SAIZ, Ignacio. Resourcing rights: combating tax injustice from a human rights perspective. In: HARVEY, Colin; O'CONNELL, Rory; NOLAN, Aoife. *Human rights and public finance: budgets and the promotion of economic and social rights*. Oxford: Hart Publishing, 2013, p. 88; OBENLAND, Wolfgang. *Taxes and Human Rights*. Bonn/Berlin: GPF Europe and Tax Justice Network Germany, 2013. (Info Steuergerechtigkeit nº 08e).

<sup>64</sup> Organização não governamental internacional ativista dos direitos econômicos, sociais e culturais. Sua página na internet pode ser consultada em: <http://www.cesr.org>.

<sup>65</sup> OBENLAND, Wolfgang. *Taxes and Human Rights*. Bonn/Berlin: GPF Europe and Tax Justice Network Germany, 2013. (Info Steuergerechtigkeit nº 08e), p. 2.

A partir do método OPERA,<sup>66</sup> a doutrina conclui que os seguintes fatores nacionais<sup>67</sup> devem ser analisados para avaliar se o Estado cumpre o dever de máxima utilização dos recursos disponíveis por meio da tributação, ressaltando de forma não exaustiva os seguintes fatores:

- manutenção de incentivos tributários para atividades econômicas já estabelecidas ou cuja mobilidade é reduzida, sem uma base empírica fundada de que os incentivos sejam essenciais à competitividade nacional;
- a ausência de órgãos de fiscalização tributária eficientes, independentes e imunes à pressão e corrupção por parte dos contribuintes;
- a omissão da legislação, das autoridades tributárias, criminais e judiciais no combate à evasão fiscal ilícita;
- a deliberada omissão de fontes tributárias utilizadas por países que se encontram em similar situação econômica e estágio de desenvolvimento;
- a regressividade da tributação.

Já no plano das despesas públicas, a proposta é de avaliar o cumprimento dessa obrigação pela comparação entre o que é gasto com os direitos previstos no PIDESC e o que é gasto em outras áreas do governo, com o que é gasto em outros países de semelhante nível de desenvolvimento e as metas de implementação de direitos previstos em compromissos internacionais.<sup>68</sup> Além disso, a mobilização de recursos deve ser feita da forma mais habilidosa possível, os gastos devem ser eficientes e efetivos, não pode haver omissão deliberada no combate à corrupção, os recursos vinculados aos direitos previstos no PIDESC não podem ser desviados e devem ser integralmente gastos nesses objetivos.<sup>69</sup>

Apesar desses parâmetros não esgotarem o conteúdo da referida cláusula do PIDESC, dada a impossibilidade de se enclausurar em um conceito imutável de “máximo de recursos disponíveis”, os critérios formulados são de grande utilidade para limitar a discricionariedade dos Estados signatários ao argumentar que já se esgotaram os recursos. Servem assim para identificar situações de omissão na canalização de recursos disponíveis, o que é adequado ao caráter vinculante dos direitos sociais.

<sup>66</sup> Uma explicação detalhada da metodologia do OPERA pode ser encontrada em: <http://cesr.org/downloads/the.opera.framework.pdf>. Acesso em: 13 set. 2016.

<sup>67</sup> A doutrina também menciona fatores de ordem internacional e global de relevatíssima importância, mas cuja análise foge do escopo do presente trabalho.

<sup>68</sup> UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human development report*. New York: Oxford University Press, 1991.

<sup>69</sup> SEPÚLVEDA, Magdalena. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen: Intersentia, 2003, p. 253 e seguintes.

## 6 Conclusão

A proibição do retrocesso não é objeto de aplicação estruturada por uma metanorma. É ela própria uma metanorma que vincula a interpretação e o procedimento de aplicação das normas de direitos sociais. Ela está ao lado de outros métodos de aplicação de normas de direito fundamental, a exemplo da proporcionalidade, da razoabilidade, da proibição de proteção deficiente, da proibição de excesso entre outras.

A primeira consequência de sua existência e validade é projetar a uma situação de inconstitucionalidade *prima facie* o descumprimento dos deveres de abstenção associados aos direitos sociais, a omissão em iniciar a implementação progressiva dos deveres de realizar e proteger os direitos sociais ou a atuação para restringir ou suprimir direitos sociais anteriormente garantidos, ou seja, a adoção de medidas retrocessivas.

A segunda consequência é a de que, empreendida uma medida retrocessiva, há uma presunção de violação às normas consagradoras de direitos sociais, e uma determinação para que os órgãos responsáveis pela tutela desses direitos (administrativos ou judiciais, nacionais ou internacionais) somente deixem de reconhecer essa violação caso o Estado signatário apresente as justificativas admitidas pelo PIDESC para embasar a medida e se desincumba do ônus de provar sua existência e pertinência. Nesse ponto, o art. 2º, 1 do PIDESC limita quais princípios e argumentos que justificam a medida retrocessiva podem ser levantados para atacar a presunção de inconstitucionalidade.

O que pode se concluir dessa construção é que a proibição do retrocesso não é nem uma regra e nem um princípio, pois ela não é violada pela medida retrocessiva. A violação perpetrada pela medida retrocessiva se dirige contra os direitos sociais, pois significa o descumprimento dos deveres a ele associados.

A utilidade da proibição de retrocesso, portanto, é servir de metanorma que prescreve como consequência *prima facie* o dever de invalidação dessas medidas, que somente pode ser superada caso apresentadas e provadas as justificativas previstas no PIDESC.

## Referências

- ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta, 2002.
- ALEXY, Robert. *Teoría de la argumentación jurídica*. Tradução de Manuel Atienza e Isabel Espejo. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997, p. 239 *et seq.*
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 16. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

- ÁVILA, Humberto. Argumentação jurídica e a imunidade do livro eletrônico. *Revista Diálogo Jurídico*, Centro de Atualização Jurídica (CAJ), Salvador, v. 1, n. 5, ago. 2001.
- BASTIDA, Francisco J. ¿Son los derechos sociales derechos fundamentales? Por una concepción normativa de la fundamentalidad de los derechos. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Argumentação contra legem: a teoria do discurso e a justificação jurídica nos casos mais difíceis*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.
- BUSTAMANTE, Thomas da Rosa de. *Teoria do direito e decisão racional: temas de teoria de argumentação jurídica*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.
- COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 13: the right to education (article 13 of the Covenant)*. Document E/1992/23. 21th session, 1999.
- COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 3: the nature of States parties' obligations (art. 2, para. 1, of the Covenant)*. Document E/1991/23. 5th session, 14 December 1990.
- COMMITTEE ON ECONOMIC, SOCIAL AND CULTURAL RIGHTS (CESCR). *General comment n° 4: the right to adequate housing (art. 11 (1) of the covenant)*. Document E/1992/23. 6th session, 1991.
- COSTAMAGNA, Francesco. Realizzazione progressiva dei diritti economici, sociali e culturali e migliori utilizzo delle risorse disponibili. *Rivista trimestrale di Diritti Umani e diritto internazionale*, Milano, v. 2, n. 1, p. 165-170, 2008.
- GOTTI, Alessandra. *Direitos sociais: fundamentos, regime jurídico, implementação e aferição de resultados*. São Paulo: Saraiva, 2012.
- HIERRO, Liborio L. Los derechos económico-sociales y el principio de igualdad en la teoría de los derechos de Robert Alexy. In: ALEXY, Robert. *Derechos sociales y ponderación*. Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.
- OBENLAND, Wolfgang. *Taxes and Human Rights*. Bonn/Berlin: GPF Europe and Tax Justice Network Germany, 2013. (Info Steuergerechtigkeit n° 08e).
- O'CONNELL, Rory; NOLAN, Aoife; HARVEY, Colin; DUTSCHKE, Mira; ROONEY, Eoin. *Applying an international human rights framework to state budget allocations: rights and resources*. London: Routledge, 2014.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos fundamentais*. Tradução de António Francisco de Sousa e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- SAIZ, Ignacio. Resourcing rights: combating tax injustice from a human rights perspective. In: HARVEY, Colin; O'CONNELL Rory; NOLAN, Aoife. *Human rights and public finance: budgets and the promotion of economic and social rights*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- SAMPAIO, José Adércio Leite; WOLD, Chris; NARDY, Afrânio José Fonseca. *Princípios de direito ambiental*. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador. n. 15, set./out./nov. 2008. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>. Acesso em: 04 set. 2009.

SEPÚLVEDA, Magdalena. *The nature of the obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*. Antwerpen: Intersentia, 2003.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática da Ministra Relatora, ADPF 489/DF, Relatora Ministra Rosa Weber, decisão de 23/10/2017, publicação no *DJE* nº 245, divulgado em 25/10/2017.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. Decisão monocrática do Ministro Relator, ADI 5.595/DF, Relator Ministro Ricardo Lewandowski, decisão de 31/08/2017, publicação no *DJE* nº 198, divulgado em 01/09/2017.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME (UNDP). *Human development report*. New York: Oxford University Press, 1991.

---

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2018 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BREYNER, Frederico Menezes. Proibição do retrocesso em direitos sociais: uma proposta de redefinição de sua estrutura normativa. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 19, n. 75, p. 83-104, jan./mar. 2019.

---