

A (re)construção dos direitos sociais no século XXI

Entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso

GABRIEL PRADO LEAL

Resumo: O artigo tem por objetivo discutir a atualidade do chamado princípio da vedação do retrocesso social e o sentido da eficácia progressiva dos direitos sociais. Sustenta-se que tal eficácia está condicionada pela escassez, embora haja um mínimo existencial cuja implementação deva ser imediata. A progressividade, ademais, não pode ser lida como uma “marcha sempre em frente”, uma vez que é característica dos direitos sociais a sujeição às conjunturas fáticas. Nesse sentido, a petrificação de direitos sociais seria irreal e antidemocrática. A democracia, afinal, está ligada à pluralidade de visões de mundo e à revisibilidade das decisões políticas. Recusa-se, assim, o princípio da vedação do retrocesso social como princípio constitucional autônomo. Eventuais medidas que impliquem retrocessos, porém, precisam ser fundamentadas e proporcionais, além de respeitarem o “conteúdo essencial” de direitos concretizados vinculados ao mínimo existencial.

Palavras-chave: Direitos sociais. Escassez. Retrocesso. Mínimo existencial.

1. Apresentação e delimitação do tema

O problema do nosso tempo é que o futuro deixou de ser aquilo que era.
Paul Valéry

O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos Sociais e Culturais (PIDESC), do qual Portugal e Brasil são signatários, afirma que os Estados devem garantir o pleno exercício dos direitos nele previstos,

Recebido em 8/10/15
Aprovado em 18/5/16

progressivamente, até o *máximo* dos seus recursos disponíveis¹. Tal Pacto, é bom lembrar, foi elaborado em 1966, após anos de intensas discussões. Por um lado, o mundo vivia o auge da Guerra Fria – por isso, não raro os debates sobre a relação entre direitos individuais e direitos sociais acabavam “encobertos” por argumentos ideológicos. Por outro lado, o crescimento econômico nos chamados “anos dourados do capitalismo” (TRINTIN; ROSSONI, 1999) parecia anunciar um futuro promissor, fazendo com que muitos acreditassem que o *progresso* constituía uma curva ascendente e contínua. O progresso, para esses efeitos, era definido como cada vez “mais Estado”, “mais prestações sociais” e “melhores prestações sociais”.

Entretanto, segundo Goethe, em *Fausto*, “tudo o que nasce/deve perecer”. Ou, como dito na epígrafe deste artigo, “o futuro deixou de ser aquilo que era”. De fato, os anos 70 trouxeram a primeira crise do Estado Social (*Welfare State*), e, com ela, uma retomada de ideias e políticas neoliberais, a exemplo dos governos Thatcher (Inglaterra) e Reagan (EUA). No âmbito da filosofia, em 1979, o francês Jean-François Lyotard escreveu uma obra que se tornaria referência. Nela, anuncia-se a pós-modernidade como o período caracterizado pela morte das *metanarrativas*, isto é, dos discursos totalizantes que conferem à história um significado unívoco e predeterminado (LYOTARD, 2002). Como diz Bauman (1998, p. 21), “quase todas as fantasias modernas de um ‘mundo bom’ foram em tudo profundamente antimodernas,

visto que visualizaram o fim da história compreendida como um processo de mudança”.

Certa compreensão do *dirigismo constitucional* situa-se, precisamente, no quadro das metanarrativas que foram golpeadas (ou mortas) pelo advento da pós-modernidade, como, aliás, reconhece o próprio Canotilho, conforme veremos adiante. Essa morte, porém, pode vir a significar justamente uma sobrevida da Constituição como instrumento eficaz de ordenação do poder político e garantidor dos direitos fundamentais. Uma Constituição que deve assumir a sua importância sem supervalorizá-la, e que, se não renuncia à utopia como um ideal a ser perseguido, apresenta-se em condições de adaptar-se à realidade de um mundo complexo e mutável, onde a crise é, praticamente, a normalidade. Afinal, “em termos de futuro, a única certeza que dessa sociedade [pós-moderna] podemos ter é a sua crescente complexidade” (CARVALHO NETTO, 2004, p. 339).

Fundado nesses pressupostos, este ensaio pretende ser uma singela contribuição para o debate relativo aos direitos sociais neste (ainda) início de século. Escolhemos tratar do assunto tendo por foco um princípio que, embora seja aceito e defendido por boa parte da doutrina, foi posto em causa por motivos óbvios após a crise econômica iniciada em 2008: o princípio da vedação do retrocesso social. As perguntas feitas, basicamente, são as seguintes: faz sentido, hoje, falar em um princípio *jurídico* de não retrocesso de direitos? Se sim, em que termos? Se não, quais são as alternativas possíveis para a proteção de algum grau de concretização dos direitos sociais? O nosso breve percurso será feito com um olhar para *trás* e outro para *frente*, sem esquecer o *agora*.

Assim, começaremos o trabalho rememorando a luta pelos direitos sociais e a sua vinculação à dignidade da pessoa humana – valor

¹ PIDESC, Art. 2º: “Cada Estado-parte no presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacional, 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” (BRASIL, 1992, grifo nosso).

que, hoje, deve necessariamente fundar qualquer ordem jurídica que se pretenda legítima². Fixada a sua importância, enfrentaremos alguns problemas decorrentes da questão dos *custos* dos direitos, justamente o que torna a sua efetivação sempre tormentosa, sobretudo em tempos de crise econômica. Por fim, entraremos na questão da existência e da pertinência (ou não) do princípio da vedação do retrocesso social, nas suas formulações mais correntes.

O filósofo basco Daniel Innerarity (2011, p. 11) disse que “a principal tarefa da política democrática consiste em estabelecer a mediação entre a herança do passado, as prioridades do presente e os desafios do futuro”. Tal tarefa, diríamos, não pode prescindir do direito. Pelo contrário: o direito há de ter um papel essencial. E é por acreditar nesse papel que escrevemos.

2. A luta pela declaração e pela efetivação dos direitos sociais

É conhecida a lição de Bobbio (1992, p. 6) de que “os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou quando podem nascer”. Acrescentaríamos, com Ihering, que esse nascimento não prescinde das “vivas dores do parto”. E é assim porque os direitos – sobretudo os fundamentais – não são “dados” de presente, não constituem obra do acaso ou da providência divina; são, antes, duramente conquistados, em geral depois de intensa luta e, não raro, à custa de muitas vidas (IHERING, 2003, p. 53). Ihering também afirma que “basta um longo período de paz para que floresça

²Não faremos, neste trabalho, distinção entre as expressões “dignidade da pessoa humana” e “dignidade humana”, embora parte da doutrina entenda que a diferenciação seja relevante (BOTELHO, 2015, p. 69).

a crença na paz perpétua – até que o primeiro tiro de canhão espante o belo sonho”. Em seguida, diz ele: “o lugar da geração que gozou a paz sem o menor esforço é ocupado por outra que há de reconquistá-la através das labutas da guerra”. E, mais à frente, conclui: “a paz sem luta e o gozo sem trabalho pertencem aos tempos do paraíso; na história, esses benefícios só surgem como produto de um esforço persistente e exaustivo” (IHERING, 2003).

A luta, pois, é contínua, justamente porque a história não é linear. Não há paz perpétua, assim como não há prosperidade eterna. Uma geração pode enriquecer, a seguinte desfrutar da riqueza e a terceira acabar na pobreza. Esta, então, terá que se esforçar mais para reconquistar a riqueza perdida. O esforço, porém, não significa necessariamente começar do zero. Há conquistas que perduram e estão destinadas a atravessar décadas. A ideia dos direitos fundamentais como *limitação* e *controle* do poder é uma delas. A construção de uma teoria dos direitos fundamentais tendo por base a *dignidade humana* é outra. Os tópicos seguintes tratam desses dois pontos.

2.1. O caráter histórico dos direitos sociais e as gerações de direitos fundamentais

a) *A ascensão dos direitos sociais*

Não é exagero dizer que a história do constitucionalismo moderno é a história da luta pelo reconhecimento e afirmação dos direitos humanos. A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, marco histórico definitivo do movimento constitucionalista, já enunciava, em seu artigo 2º, que “a finalidade de toda associação política é a preservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem”. A importância era tamanha que os revolucionários franceses condicionaram o próprio conceito de Constituição ao estabelecimento

de um catálogo de direitos (art. 16^o da Declaração³). Assim, os direitos do homem (inatos, segundo a doutrina jusnaturalista), que serviram de inspiração à Revolução Francesa, foram positivados no texto constitucional e convertidos em direitos fundamentais⁴.

Os primeiros direitos fundamentais refletem o contexto de sua época. Traumatizados com o Absolutismo monárquico, que tudo podia (“*L’État c’est moi*”, dizia Luís XIV), os franceses trataram de estabelecer direitos *contra* o Estado. São os assim chamados direitos de defesa, que demandam um não agir estatal para proteger a esfera de liberdade dos indivíduos. Cuida-se de um traço do liberalismo, cuja ideologia que propugnava a existência de um Estado mínimo, não interventor em questões econômicas e sociais, enxuto na sua estrutura burocrática e apologista da auto-organização do mercado. Na lição de Vieira de Andrade (2012, p. 53): “liberdade, segurança e propriedade, eis a essência do lema da construção liberal da sociedade política”.

Contudo, não tardou para que o Estado Liberal, tal como originariamente concebido, fosse posto em causa. Em meados do século XIX, o mundo já não era o mesmo do século XVIII. O ideal de um Estado absentéista não servia aos propósitos de uma sociedade pro-

fundamente modificada pela industrialização e pela urbanização. Afinal, se o liberalismo oitocentista propiciou um rápido desenvolvimento da economia capitalista (FERREIRA FILHO, 2006, p. 9), o fato é que o acréscimo de riqueza ficou concentrado nas mãos de uma classe de empresários – a burguesia. A tão propalada liberdade contra o Estado, na qual se ancoravam a ampla autonomia da vontade e a liberdade contratual, terminou por conduzir a uma verdadeira servidão econômica (MOREIRA V., 1978, p. 78).

Não é de admirar, portanto, a enorme repercussão do *slogan* político com o qual Karl Marx e Friedrich Engels encerraram enfaticamente o “Manifesto Comunista”, de 1848: “trabalhadores de todo o mundo: uni-vos”⁵. De fato, em alguns casos o que houve foi uma ruptura revolucionária, como a ocorrida na Rússia, em 1917. Grande parte dos países, entretanto, seguiu caminhos reformistas, conservando a base da ordem capitalista, mas incorporando uma legislação que protegesse as classes menos favorecidas. Para Jorge Miranda (2009, p. 102), cuida-se de articular “direitos, liberdades e garantias [...] com direitos sociais”, de articular “a igualdade *jurídica* com igualdade *social*” (com destaques no original). Assim, não são mais direitos *contra* o Estado, mas *por meio* do Estado.

Surgida, pois, ainda no século XIX, no século XX a “questão social” entra em definitivo na agenda dos Estados e da sociedade internacional⁶. Para tanto, contribuíram decisivamente

³ Art. 16, DDHC: “A sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição” (FRANÇA, 1990).

⁴ Sobre as diferenças entre as expressões “direitos do homem”, “direitos humanos” e “direitos fundamentais”, ver Sarlet (2005, p. 36-41) e Luño (2010, p. 32-22). Em linhas gerais, pode-se dizer que a expressão “direitos do homem” remete aos direitos naturais não positivados da tradição jusnaturalista, ao passo que o termo “direitos humanos” guarda relação com os documentos de direito internacional, reservando-se a designação “direitos fundamentais” àqueles positivados na esfera do direito constitucional de determinado Estado. De nossa parte, não acreditamos ser essencial o preciosismo terminológico. Apenas evitaremos a expressão “direitos do Homem” por acreditarmos que ela acentua uma tradição individualista já superada. De resto, não manteremos preocupações especiais com o uso de um ou outro termo.

⁵ É relevante notar, também, o papel desempenhado pela Igreja Católica. Embora divergisse profundamente das soluções propostas pelo marxismo, também a Igreja passou a criticar o liberalismo exacerbado. Na Encíclica papal *Rerum Novarum* (1891), por exemplo, o papa Leão XIII faz uma exortação para que o Estado assumisse uma posição mais ativa no cenário socioeconômico, intervindo em favor dos mais pobres.

⁶ Segundo Paulo Bonavides (2000, p. 518), “os direitos de segunda geração [...] dominam o século XX do mesmo

te o intervencionismo estatal na economia de guerra (1914-1918 e 1939-1945), as políticas de recuperação após a Grande Depressão de 1929 e a reconstrução das economias nacionais ao fim da Segunda Guerra Mundial, tendo por base as propostas intervencionistas de John Maynard Keynes (MACHADO, 2013, p. 406-407). Sem esquecer, é claro, a necessidade de elaboração de uma nova axiologia que, em contraposição aos horrores do nazismo, conjugasse liberdade (real) e igualdade.

Assim é que, em 1945, durante a Conferência de São Francisco, cinquenta países fundam a Organização das Nações Unidas (ONU). Em 1948, a Assembleia Geral da ONU aprova a Declaração Universal dos Direitos Humanos (DUDH), na qual se reafirma a “fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana” (NAÇÕES UNIDAS, 1998). Mais à frente, em 1966, dois tratados internacionais, o Pacto dos Direitos Civis e Políticos (PIDCP) e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC), detalharam e conferiram força vinculante aos direitos previstos na DUDH. Esses instrumentos, ainda hoje, são os três principais elementos que dão suporte a toda a arquitetura internacional de normas e mecanismos de proteção aos direitos humanos (ALVES, 1997, p. 24).

b) A teoria geracional

Parte da doutrina, seguindo a famosa classificação proposta pelo professor tcheco-francês Karol Vasak⁷ (apud SERAU JÚNIOR, 2015, p. 160), agrupa do direito em “gerações”. Tal teoria procura refletir a evolução e o processo histórico de afirmação dos direitos humanos. Em apertada síntese, segundo Vasak, (apud SERAU JUNIOR, 2015), a *primeira geração*, surgida no final do século XVIII, compreende os direitos de liberdade, individuais ou negativos (que, como visto, demandam uma não atuação do Estado para a proteção da esfera de liberdade dos indivíduos); a *segunda geração*, desenvolvida a partir do último quarto do século XIX, abrange os direitos de igualdade ou positivos (que, ao contrário, demandam uma atuação do Estado para propiciar a justiça social); e a *terceira geração*, tendo como marco o pós-guerra, abarca os direitos de titularidade difusa ou coletiva (como o direito ao meio ambiente), concebidos não para a proteção do indivíduo isoladamente,

modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado, São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividades, introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado Social, depois que germinaram por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula”.

⁷Vasak (apud SERAU JUNIOR, 2015) apresentou a teoria geracional em 1979, no Instituto Internacional de Direitos do Homem, em Estrasburgo. Não era, porém, propriamente original. Como explica José Adércio Leite Sampaio (2010, p. 241), trinta anos antes T. H. Marshall já havia feito uma divisão semelhante.

mas de grupos ou coletividades. Atualmente, há autores que cogitam de uma quarta e até mesmo de uma quinta geração de direitos, sobre as quais, contudo, não há consenso⁸.

Essa classificação rapidamente ganhou ampla adesão doutrinária, embora não seja isenta de críticas. Há autores, por exemplo, que preferem uma classificação geracional um pouco distinta, posicionando as *liberdades individuais* na primeira, os *direitos políticos* na segunda e os *direitos sociais* na terceira geração⁹. Há, ainda, quem critique o termo “geração”, pois ele exprimiria um equívoco de linguagem, induzindo o intérprete a pensar erroneamente em uma sucessão cronológica estanque, com uma geração substituindo a outra. Nesse sentido, seria preferível a expressão “dimensões de direitos fundamentais”¹⁰.

Sem embargo da discussão terminológica, ou da definição acerca de “qual direito pertence a qual geração (ou dimensão)”, o mais importante é a visualização dos direitos fundamentais como uma construção histórica, como um produto cultural. Ademais, realmen-

te não há substituição de uma “geração” pela subsequente. Os direitos persistem, interagem e influenciam-se reciprocamente. Assim, são atualizados e adaptados às novas realidades.

Por outro lado, se é certo que as gerações não “caducam”, a compreensão “cumulativa”¹¹ das gerações de direitos fundamentais também deve ser vista sob uma perspectiva não exatamente linear. Do contrário, estaríamos negando a concepção de história defendida já no início deste trabalho, além de correr o risco de cairmos em armadilhas metanarrativas. Citando novamente Bobbio (1992, p. 5), diríamos que os direitos humanos, por mais fundamentais que sejam, “são direitos históricos, ou seja, nascidos em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes, e nascidos de modo gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas”. Essa lição deve ser conjugada com o que se afirmou no início do tópico: há conquistas que perduram (ainda que possam não ser eternas); o discurso dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana é uma delas. Com efeito, o percurso histórico mostra, sem dúvida, uma evolução desse discurso do ponto de vista *qualitativo*. Não acreditamos que tal fato deva ser ignorado ou abandonado. Pode, porém, ser redimensionado. Uma “melhor teoria dos direitos” não é necessariamente uma teoria de “quanto mais direitos, melhor”. Tal compreensão é fundamental para que seja possível analisar, de modo

⁸Sobre o assunto, ver Sampaio (2010, p. 278).

⁹Defendo essa classificação; ver Peces-Barba (1998, p. 28) e Botelho (2015, p. 69). Vieira de Andrade (2012, p. 51-61) refere-se a esses três momentos como “concessão liberal originária”, “o processo de democratização” e “os fenômenos de socialização”. A nosso juízo, faz sentido. Apesar de constar na Declaração de 1789 que todos os homens são “livres e iguais”, o sufrágio universal não foi imediatamente reconhecido – muito pelo contrário. A burguesia ascendente, conquanto defendesse o sistema representativo, ainda buscava impedir a excessiva influência das massas na política, com a implantação do voto censitário. Por essa razão, autores como Gilberto Bercovic (2008, p. 187) chegam a definir o sufrágio universal como a *grande* questão constitucional do século XIX. É possível dizer, aliás, que a implantação – após muita luta e sacrifício, frise-se – do sufrágio universal, somada ao direito de associação, constituiu um impulso essencial para a consolidação dos direitos sociais. Com efeito, como explica Peces-Barba (1998, p. 25), várias das batalhas pelo reconhecimento dos direitos políticos tiveram como pano de fundo a busca por metas sociais, pelo que se percebe a íntima conexão dos direitos sociais com a generalização dos direitos políticos.

¹⁰É a preferência, por exemplo, de Bonavides (2000, p. 520) e Sarlet (2005, p. 50).

¹¹“A visão dos direitos fundamentais em termos de gerações indica o caráter cumulativo da evolução desses direitos no tempo. Não se deve deixar de situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade. Cada direito de uma geração interage com as duas outras e, nesse processo, dá-se a compreensão” (MENDES; COELHO; BRANCO, 2008, p. 268). “A ideia da acumulação vale na medida em que cada momento histórico se formulam novos direitos, típicos do seu tempo, mas que se vêm a somar aos direitos antigos. [...] os direitos de cada geração subsistem a par dos da geração seguinte e até se acrescentam sob novos aspectos” (ANDRADE, 2012, p. 67-68).

crítico e construtivo, o mencionado princípio do “não retrocesso social”.

2.2. A dignidade humana e a interdependência entre os direitos fundamentais

Desde meados do século XX, seja no direito internacional, seja no direito interno dos Estados, a menção à dignidade da pessoa humana tem ganhado um merecido destaque, que reforça o seu caráter de *valor central* nos ordenamentos jurídicos. A título de ilustração, ela ocorre nos artigos que abrem a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948¹², na Constituição portuguesa de 1976¹³ e na Constituição brasileira de 1988¹⁴.

Na doutrina, já se definiu o princípio da dignidade da pessoa humana como: a “premissa antropológica do estado Constitucional” (SARLET, 2013, p. 50); o “denominador comum a todo o complexo normativo constitucional” (BOTELHO, 2015, p. 31); o “dogma de confluência da consciência jurídica universal” (OTERO, 2007, p. 561) – entre outras tantas definições que, igualmente, realçam a sua importância. Não se trata, pois, como adverte Vieira de Andrade (2012, p. 48), de uma mera abstração ou idealidade, mas sim de princípio jurídico que, nessa qualidade, vigora “através das normas positivas e realiza-se mediante o consenso social que suscita, projetando-se na consciência jurídica constituinte da comuni-

dade”. A esse princípio reconhecem-se pela menos três funções: (i) uma função *simbólica*; (ii) uma função *instrumental*, como parâmetro de interpretação e integração de normas; e (iii) uma função de *proteção*, seja como critério de último recurso, seja como fundamento de deveres de proteção e promoção (ALEXANDRINO, 2011, p. 67).

Portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana é indissociável do discurso dos direitos. Mais ainda, a noção de dignidade implica a compreensão das gerações/dimensões de direitos como categorias interligadas e interdependentes. De fato, a liberdade (real) não prescinde das condições materiais básicas de subsistência¹⁵. Não há liberdade na fome, na miséria e/ou na ignorância. Para que um indivíduo possa desenvolver a sua personalidade e exercer, autonomamente, os seus direitos civis e políticos, precisa ter acesso a direitos sociais – como saúde e educação¹⁶. Daí dizer Jónatas Machado (2013, p. 403) que ambos os direitos (individuais e sociais) “podem e devem ser vistos como decorrências universalmente válidas de uma mesma concepção da dignidade da pessoa humana, apontando para entendimento mais amplo da autonomia universal e dos princípios gerais, nela radicados, de liberdade, igualdade e solidariedade”¹⁷.

¹² Art. 1º, DUDH/1946: “Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e em direitos. Dotados de razão e de consciência, devem agir uns para com os outros em espírito de fraternidade” (NAÇÕES UNIDAS, 1998).

¹³ Art. 1º, CRP/1976: “Portugal é uma República soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular e empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária” (PORTUGAL, 1976).

¹⁴ Art. 1º, CRFB/1988: “A República Federativa do Brasil [...] constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III – a dignidade da pessoa humana” (BRASIL, 1988).

¹⁵ José Afonso da Silva (2005, p. 285-286) chega a afirmar que os direitos sociais valem como “pressupostos do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao aferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade”. Flávia Piovesan (2010, p. 700), por sua vez, prefere dizer que “a garantia dos direitos civis e políticos é condição para a observância dos direitos sociais, econômicos e culturais e vice-versa”.

¹⁶ Nesse sentido, Peces-Barba (1998, pp. 31-32). Jeff King (2012, p. 22), por sua vez, afirma que “the link between human dignity and adequate housing, health, social security, and education is too obvious to warrant any discussion – most of these items rank higher on any hierarchy of human needs than many cherished civil rights”.

¹⁷ No mesmo sentido, ver Piovesan (2010, p. 703), Young (2012, p. 4) e Eide (c1995, p. 22).

Nesse sentido, a incorporação de direitos sociais nas constituições, como feito em Portugal e no Brasil, atesta um compromisso estatal com a promoção da dignidade da pessoa humana. Tal compromisso, por óbvio, não pode ser letra morta. Por isso, os direitos sociais devem ser concretizados *progressivamente* ou, ao menos, concretizados no que (e quando) for *possível*. Procuraremos articular as duas ideias – progressividade e possibilidade – nos tópicos seguintes. Desde já, porém, é possível apontar uma consequência básica e imediata da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: ninguém pode ser privado, seja por ação ou omissão do Poder Público, do *mínimo* necessário para uma sobrevivência *digna*. Compreende-se, assim, que existe, nos direitos em geral e nos direitos sociais especificamente, um “conteúdo nuclear” que tem uma força jurídica especial, pela sua referência imediata à dignidade (ANDRADE, 2012, p. 357). Há autores que chegam mesmo a dizer que o princípio da dignidade da pessoa humana apresenta um núcleo, representado pelo *mínimo existencial*¹⁸. Resgataremos o conceito de mínimo existencial posteriormente. Sigamos.

2.3. Após a declaração, o “entretanto”: os custos dos direitos

a) *Todos os direitos têm custos, mas os direitos sociais têm mais*

Em uma citação muito reproduzida na doutrina, Bobbio (1992, p. 25) diz que o problema grave do nosso tempo, em relação aos direitos humanos, não é mais a natureza dos seus fundamentos (se *v.g.* são naturais ou históricos, absolutos ou relativos), mas qual o melhor modo de garanti-los, isto é, de impedir a sua contínua violação, a despeito das declarações solenes. Não concordamos inteiramente com o filósofo italiano; a questão da “fundamentação” dos direitos humanos ainda é debatida por muitos autores no contexto da afirmação da sua *legitimidade* – e consideramos este um ponto relevante. Não obstante, a afirmação de Bobbio chama a atenção para um aspecto (muito) delicado: o da *efetividade* dos direitos. E se para a generalidade dos direitos a “efetividade” é um assunto problemático, para os direitos sociais o é ainda mais, pois estes, como lembra Ana Maria Guerra Martins (2006, p. 175), são frequentemente tidos como os “parentes pobres” dos direitos humanos. Mas quais seriam as razões para isso?

Vimos que é comum a divisão dos direitos em gerações/dimensões. Os direitos individuais (liberdades públicas ou direitos *negativos*) são

¹⁸ Segundo Luís Roberto Barroso (2004, p. 381), “partindo da premissa [...] de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial”.

tidos como direitos de defesa do indivíduo contra o Estado. Em tese, portanto, bastaria que o Estado nada fizesse para que esses direitos fossem protegidos, pelo que a sua realização não geraria *custos* ao erário. Ao contrário, os direitos sociais, em sua maioria, seriam “prestacionais” (direitos *positivos*), estando associados a uma atuação/intervenção (custosa) do Estado. Esse é o sentido de dizer que os direitos sociais, “de um modo geral são difíceis de concretizar na prática, na medida em que dependem, em grande parte, do poder econômico de cada Estado” (MARTINS, 2006, p. 175).

Quanto aos custos dos direitos sociais, não há dúvida. Por outro lado, a afirmação de que os direitos individuais “não possuem custos” precisa ser relativizada – como, aliás, aponta o multicitado estudo de Stephen Holmes e Cass Sunstein (HOLMES; SUNSTEIN, c1999)¹⁹. Segundo os autores, do ponto de vista do suporte financeiro, *todos* os direitos fundamentais têm custos, demandando, em maior ou menor grau, algum tipo de prestação pública para serem efetivados. Por exemplo, todos os direitos precisam de uma estrutura básica que possibilite a sua fiscalização e implementação, como um aparato policial e uma organização judiciária. Outro exemplo óbvio é o direito ao voto e os elevados custos relacionados com a realização de eleições periódicas (o *custo financeiro* da democracia). Daí dizer Casalta Nabais (2007, p. 177) que os direitos negativos são, na verdade, tão positivos quanto os ditos positivos, pois “a menos que tais direitos e liberdades não passem de promessas piedosas, a sua realização e proteção pelas autoridades públicas exigem avultados recursos financeiros”.

Mas se é verdade que todos os direitos têm custos, por que a taxa de efetividade dos direitos sociais é significativamente mais baixa? Para o professor Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 241), a resposta é uma só: porque a “criação das condições de exercício dos direitos sociais é, pura e simplesmente, mais cara”. Segundo ele, as diferenças entre as normas que distinguem ambos os tipos de direitos (individuais e sociais) são, realmente, menores do que se imagina. Contudo, boa parte das condições fáticas, institucionais e legais para uma produção satisfatória ou (quase) plena dos efeitos dos direitos individuais já existe. Esse é o motivo pelo qual as prestações positivas das liberdades públicas tendem a ser “naturalizadas”²⁰. Por exemplo: já existem tribunais eleitorais, polícia, órgãos públicos etc., ou seja, toda uma organização e procedimentos que estão “internalizados” na sociedade e “assimilados” às funções do

¹⁹ Os autores alertam que ignorar os custos dos clássicos direitos de liberdade é deixar dolorosas escolhas disjuntivas (*tradeoffs*) fora do debate, uma decisão de modo algum politicamente inocente (HOLMES; SUNSTEIN, c1999).

²⁰ A expressão é empregada por Victor Abramovich e Christian Courtis (2011, p. 33).

Estado, tornando os custos menos visíveis. Além disso, toda essa estrutura, ainda que utilizada para a promoção e proteção dos direitos individuais, também é, em boa medida, aproveitada globalmente para a realização de todos os direitos. No caso dos direitos sociais, ao contrário, normalmente os custos costumam ser específicos para um tipo de direito, e as reais condições para o seu exercício têm que ser criadas. E tudo isso custa, *custa muito*²¹. A conclusão de Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 243) é a seguinte: “O *cerne* das liberdades públicas é, portanto, de fato, a exigência de uma abstenção estatal. Enquanto direitos sociais exigem *sobretudo* prestações estatais” (com destaques no original).

b) A eficácia progressiva e a reserva do possível

A questão dos custos ajuda a compreender o correto sentido da “progressividade” dos direitos sociais. A eficácia progressiva traduz a necessidade de o Poder Público ter como absoluta prioridade atender às demandas sociais existentes na comunidade (saúde, educação, habitação etc.). Assim, as normas consagradoras de direitos sociais não são normas programáticas *se* associarmos tal conceito a simples “aspirações” ou “ideais”, isto é, à ausência de *qualquer* eficácia no plano prático. Como observa Canotilho (2003, p. 478), existe uma “verdadeira *imposição constitucional legitimadora*, entre outras coisas, de transformações econômicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos”.

Todavia, a progressividade não pode ser dissociada dos custos dos direitos. Afinal, o Estado não é um “milagreiro” e, de resto, “direitos não nascem em árvores” (GALDINO, 2005) – ou, conforme Holmes e Sunstein (c1999, p. 94): “taking rights seriously means taking scarcity seriously”. Por essa razão, a progressividade é condicionada e limitada pela expressão “na medida no possível”, ou, simplesmente, pela “reserva do possível” (*Vorbehalt des Möglichen*), tal como foi denominada pela doutrina alemã algumas décadas atrás. Parte-se, pois, da constatação de que os direitos sociais têm um custo muito alto e sujeitam-se à capacidade financeira do Estado, uma vez que o direito não pode prescrever o impossível²².

Toda a problemática, então, pode ser resumida em uma palavra: *escassez*. Existem, afinal, recursos escassos e necessidades humanas ili-

²¹ Ana Paula de Barcellos (2002, p. 238) diz, então, que a diferença entre os direitos individuais e os direitos sociais é menos de natureza e mais de *grau*; os direitos sociais são mais custosos.

²² Não entraremos aqui em maiores digressões teóricas acerca da “reserva do possível”. Ficaremos com a noção básica que, para além de ser praticamente intuitiva, resume bem, em nossa opinião, a problemática decorrente da relação custo/escassez/efetividade/escolhas alocativas. Para uma apreciação crítica dos conceitos de escassez e da reserva do possível, (SGARBOSSA, 2010).

mitadas. Consequentemente, sempre existirá a obrigação de serem feitas escolhas alocativas (as *tragic choices* de que fala a análise econômica do direito). Essas escolhas (trágicas) normalmente serão (ou deverão ser) orientadas: (i) por *critérios técnicos*, isto é, a partir de estudos científicos e de avaliações empíricas que indiquem quais as políticas públicas mais eficientes para maximizar o gasto social; e (ii) por critérios *democráticos*, já que, se não há dinheiro para tudo, nada mais natural que a maioria (ou o poder eleito) escolha onde ele será empregado prioritariamente. No mais, convém frisar: se a escassez e as consequentes escolhas alocativas fazem parte da vida cotidiana de qualquer sociedade, em tempos de *crise* a “dramaticidade” das escolhas pode aumentar significativamente.

Dito isso, percebe-se a razão pela qual o Poder Judiciário não é, na maior parte dos casos, o local mais adequado para discussões relativas à implementação dos direitos sociais. Não obstante, também para eles é preciso existir algum grau de eficácia *imediata*. Do contrário, tendo afirmado a relação intrínseca de tais direitos com a dignidade da pessoa humana, estaríamos admitindo a violação desta mesma dignidade. É nesse contexto que surge a noção de *mínimo existencial* como parâmetro que, vinculado à dignidade humana, permite a apreciação e, se preciso, a concretização judicial²³. Na lição de Jorge Miranda (2008, p. 430), “há um conteúdo essencial também das tarefas e das incumbências que o intérprete deve desvendar e o aplicador da Constituição pre-

servar, uma reserva de dignidade da pessoa”. Além disso, continua o professor, “é o contraditório político – marcado por diferentes opções em contraste e por conjunturas variáveis – que imprime os ritmos, os graus e os modos de realização”²⁴.

Evidentemente, há a dificuldade de se estabelecer o conceito de “mínimo existencial”. A doutrina, em geral, inclui no mínimo existencial: renda mínima, saúde básica e educação fundamental (BARROSO, 2009, p. 253). Mas não se pode dizer que haja consenso. Há, por exemplo, autores que defendem uma teoria absoluta do mínimo existencial, sustentando que ele tem conteúdo fixo, independentemente das circunstâncias. Outros propõem uma teoria relativa, que leva em consideração o contexto relacional e circunstancial, ponderando necessidades individuais e coletivas e disponibilidades financeiras²⁵. Em verdade, a teoria relativa, que nos parece mais adequada, apenas reafirma o princípio da reserva do possível, enunciando um núcleo essencial dos direitos sociais (sujeito à apreciação judicial) variável de acordo com a conjuntura da sociedade (ANDRADE, 2004, p. 29).

3. Os direitos sociais: entre o progresso e o retrocesso, a segurança possível

Chegamos até aqui tentando ressaltar, de um lado, a importância e a fundamentalidade dos direitos sociais como conquistas históricas da humanidade, e, de outro, a dificuldade prática da sua (plena) efetivação, em vista das limitações causadas pelo custo e pela escas-

²³ De acordo com Robert Alexy (2012, p. 512): “Mesmo os direitos fundamentais sociais mínimos têm, especialmente quando são muitos os que dele necessitam, enormes efeitos financeiros. Mas isso, isoladamente considerado, não justifica uma conclusão contrária à sua existência. A força do princípio da competência orçamentária do legislador não é ilimitada. Ele não é um princípio absoluto”.

²⁴ No mesmo sentido, ver Andrade (2012, p. 372).

²⁵ Ver, a esse respeito, a didática (e crítica) exposição de Jorge Reis Novais (2010, p. 201).

sez. O propósito, a partir de agora, é debater o princípio da vedação do retrocesso social em si. Para isso: (i) contextualizaremos a sua concepção no quadro de uma teoria constitucional “dirigente”; (ii) destacaremos a própria dificuldade em definir o “progresso”, e, conseqüentemente, a sua antítese, o “regresso”; (iii) examinaremos as principais formulações do princípio do não retrocesso; e, finalmente, (iv) concluiremos em que medida os direitos sociais podem ter alguma proteção contra medidas ditas “retrocessivas”.

3.1. A “morte” da Constituição dirigente

O “dirigismo constitucional” está situado em certa etapa da evolução da Teoria da Constituição. Ocorre que, até meados do século passado, muitos ainda viam a Constituição como um documento meramente político, orientador da atividade do legislador ordinário, mas sem eficácia direta a ponto de gerar direitos subjetivos²⁶. O constitucionalismo desenvolvido no pós-guerra – que alguns chamam de *neoconstitucionalismo*²⁷ – pretendeu alterar esse paradigma. Assim é que, inicialmente na Alemanha, depois na Itália, e mais à frente em Portugal e na Espanha, passou-se a falar em *força normativa* da Constituição (HESSE, 1991), cuja proteção passou a caber ao Poder Judiciário. Houve, ainda, uma tendência de constitucionalização abrangente, com a inserção, em textos constitucionais, de inúmeras matérias que antes eram deixadas para a legislação ordinária. Em alguns casos, essa constitucionalização abrangente significou a incorporação expressa, na Constitui-

ção, de inúmeros direitos sociais, a exemplo do que aconteceu em Portugal, em 1976, e no Brasil, em 1988. E mesmo na Alemanha, onde a Constituição (a Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, de 1949) não foi pródiga na previsão de direitos sociais, a jurisprudência constitucional exerceu um papel essencial, deduzindo tais direitos a partir da interpretação da cláusula do Estado Social, do princípio da dignidade da pessoa humana e do direito ao livre desenvolvimento da personalidade (SARLET, 2005, p. 536).

O século XX, portanto, assistiu ao fenômeno da *constitucionalização* do Estado Social. A esse respeito, as atuais Constituições portuguesa e brasileira realmente são emblemáticas – basta ver que dois juristas israelenses, após compararem as constituições de sessenta e oito países, indicaram Portugal, em primeiro lugar, e Brasil, no segundo lugar, como os que *mais* previam direitos sociais em seus respectivos textos constitucionais (BEN-ASST; DAHAN, 2003 apud ZENKNER, 2012, p. 221). Ou seja, as Constituições de 1976 e 1988 são ambiciosas, incorporam direitos “prestacionais” e princípios programáticos, que *condicionam* e *vinculam* a atividade estatal, conforme diz boa parte da doutrina. São, na lição de Canotilho, Constituições *dirigentes*, isto é, caracterizadas pela presença de um conteúdo programático-constitucional que impõe ao Estado a realização de tarefas na busca pela justiça social. Em outras palavras, tais Constituições dirigem (comandam) a ação do Estado e obrigam os órgãos competentes a buscarem a concretização das metas programáticas nelas estabelecidas (CANOTILHO, 2001).

Pelo exposto, não é difícil estabelecer a relação entre o dirigismo constitucional e o princípio do não retrocesso. Ora, se a constituição é “ambiciosa”, impõe-se o dever de buscar a justiça social – e, mais do que isso, se quer ela

²⁶ Ver Barroso (2009, p. 62), Souza Neto e Sarmento (2013, p. 22-24).

²⁷ Caso Barroso (2009), Moreira, E. (2008) e Carbonell (2009). Para uma apreciação extremamente crítica (e negativa) do neoconstitucionalismo, ver Ramos (2010).

mesma ser o “fio condutor” dessa transformação –, uma conclusão possível é a de que essa direção se daria em uma via de mão única, que ligaria o mundo “ruim” ao mundo “bom”, considerando-se bom um mundo onde todas as pessoas têm acesso ao máximo possível de direitos sociais.

O grande problema, como reconheceu o próprio Canotilho, é que uma série de fatores (v.g. a globalização, a crise do Estado Social, a influência do direito comunitário e do direito internacional, o advento de uma filosofia pós-moderna descrente em projetos ambiciosos de transformação social por meio do Direito) contribuiu para enfraquecer as premissas do constitucionalismo dirigente. Tanto que, no prefácio à edição mais recente de sua famosa tese, acabou por relativizá-la, dizendo que, *em certo sentido*, a Constituição dirigente “está morta”²⁸.

Tal morte, porém, não mata a Constituição, mas apenas algo que parte da doutrina acreditasse que ela fosse, ou queria que ela fosse. E não foi apenas *esse* tipo de dirigismo constitucional que morreu. As mesmas condições que mataram a Constituição dirigente também o fizeram quanto a uma determinada noção de progresso. Mas ainda há vida após a(s) morte(s), como veremos.

3.2. Há “vida” após a “morte”: o futuro depois do progresso

O título deste tópico é inspirado numa passagem do livro de Daniel Innerarity, na qual o autor reflete acerca do “futuro depois do progresso”. Para ele, umas das características essenciais do nosso tempo é o esgotamento da ideia moderna de progresso. Tal ideia, que alimentou o imaginário político durante os dois últimos séculos, “esvaziou-se dos seus principais atributos e está hoje reduzida a uma palavra oca que soa bem nos discursos políticos e econômicos” (2011, p. 142). Bem colocadas as coisas, não queremos dizer, com essa citação, que não há *progresso* no futuro. Afirmamos, porém, que o *futuro* do progresso passa pela sua reformulação não como um discurso de via única, mas como um horizonte de possibilidades, ainda que mediado pelo Direito. Desse modo, a noção de progresso fica sem um sentido predeterminado. Assume-se abertamente como um reflexo de posições políticas e/ou ideológicas, devendo, por isso mesmo, ser continuamente debatida e submetida ao

²⁸ Expressamente: “a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais” (CANOTILHO, 2001). Ver também Canotilho (2008, p. 101-129), sendo especialmente relevante o texto “Rever ou romper com a Constituição Dirigente? Defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo”.

escrutínio público. Em um mundo plural e diversificado, o progresso é ele mesmo uma pluralidade. Não pode ser apropriado por uma única visão de como é ou deveria ser o mundo.

Se a noção de progresso é equívoca, o seu reverso – o retrocesso – também o é. Alguns exemplos podem ajudar a compreender o nosso ponto de vista. Vejamos: (i) a supressão de direitos de servidores públicos é um retrocesso na visão da categoria, mas pode representar um tratamento menos desigual em relação aos trabalhadores da iniciativa privada – lembramos que, em muitos países, servidores públicos constituem um grupo privilegiado, com uma série de vantagens e um bom salário em termos comparativos; (ii) a diminuição de benefícios sociais ou a adoção de regras mais rígidas para a sua concessão, em um contexto de escassez crescente, pode significar a transferência de prestações sociais de quem menos precisa para os verdadeiramente necessitados; (iii) a instituição de cobrança por serviços públicos que anteriormente eram gratuitos (ou o aumento da taxa cobrada por alguns que já não são) é ruim para o usuário individualmente considerado, mas pode ser um avanço em termos de fonte de custeio; (iv) a flexibilização de regras trabalhistas é certamente um dos temas mais polêmicos dentro desse assunto; por um lado, é um retrocesso para quem está empregado; por outro, pode ser um progresso para uma massa de desempregados e jovens que buscam o primeiro emprego, se as medidas flexibilizadoras acarretarem maior competitividade e dinamismo da economia.

Esses são apenas alguns exemplos. Inúmeros outros poderiam ser dados, ainda mais se pensarmos nas ideias de eficiência, sustentabilidade (econômica, financeira, ambiental etc.) e justiça intergeracional (o retrocesso para uma geração pode ser um progresso para a subsequente). Às vezes, para dar dois passos, é preciso recuar um. Outras vezes, é necessário recuar um passo apenas para permanecer em pé. A história não é linear, mas feita de sobressaltos, de idas e vindas, de altos e baixos, de bonança e carestia, de crescimento e recessão. Na sociedade *técnica*, na sociedade *globalizada*, na sociedade de *risco*, a certeza é a incerteza e o futuro não é previsível. Ainda que não se renuncie à segurança, a segurança possível – inclusive a jurídica – precisa equilibrar a estabilidade que queremos com a flexibilidade necessária.

Voltando aos exemplos dados, note-se que sequer entramos no mérito sobre qual seria, em nosso juízo, a melhor solução para cada caso. A intenção, de fato, foi apenas acentuar a falta de sentido em atribuir um significado único à palavra “progresso”. Dissemos, também, que em um mundo plural, o progresso é uma pluralidade. Nesse contexto, uma Constituição que queira *constituir* precisa ser suficientemente aberta para abarcar mais de uma visão de mundo ou de possibilidades, o que

não significa *qualquer* visão ou *qualquer* possibilidade. A Constituição continua – ou esperamos que continue – a ser um mecanismo essencial de limitação e racionalização do poder. Permanece como o “estatuto jurídico do político” (Castanheira Neves). Não é, porém, um projeto político específico e nem um programa de governo²⁹. Ela medeia e, por certo, limita as escolhas políticas (a política é “domesticada” pela Constituição, mas não é por ela dominada); porém, o seu núcleo intangível e seu compromisso fundamental são com a pluralidade e com a dignidade da pessoa humana.

Enfim, como dissemos no final do tópico anterior, ainda há vida após a(s) morte(s), seja a da Constituição dirigente (ou da sua versão mais “ambiciosa”), seja a do progresso como discurso único, seja a das demais metanarrativas que falharam na modernidade. Do ponto de vista da teoria constitucional, pode significar, entre outras coisas, o resgate de uma dimensão democrática que foi negligenciada na construção neoconstitucionalista, com a sua fé inabalável nos juizes, nos direitos adquiridos e na absolutização constitucional.

3.3. O princípio da vedação do retrocesso social: formulações *forte* e *intermediária*

Como visto, o princípio da vedação do retrocesso social parte da premissa de que as normas consagradas de direitos sociais impõem o dever de legislar – uma “imposição

²⁹ Conforme Vieira de Andrade (2012, p. 380-381), “a Constituição é um *quadro normativo aberto* que implica e exprime uma *unidade de sentido cultural* e não pode ser *nem tornar-se* um programa de governo, regulando de forma exaustiva as situações e os factos políticos. Por isso, os preceitos relativos aos direitos sociais, que estabelecem opções de valor fundamentais de transformação da sociedade, não poderão ser constitucionalmente determinados e não deixar sempre um espaço vasto para as escolhas democráticas e as alternativas”.

constitucional legitimadora”, de acordo com Canotilho (2001) –, ainda que *gradativo* ou na medida em que permitirem as possibilidades fáticas e econômicas de cada Estado. Segundo parte da doutrina, seria uma consequência lógica da eficácia *progressiva* dos direitos sociais (PIOVESAN, 2010, p. 712), tal como previsto no art. 2º do Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. De forma detalhada, Ingo Sarlet (2005, p. 447-448) afirma que o princípio da vedação do retrocesso social decorre: (i) do princípio do Estado democrático e social de direito; (ii) do princípio da dignidade da pessoa humana; (iii) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; (iv) do princípio da proteção da confiança; (v) da vinculação dos órgãos estatais em relação a atos anteriores; (vi) da vinculação de todos os poderes estatais aos direitos fundamentais; e (vii) da implementação progressiva da proteção internacional no âmbito internacional.

É possível distinguir pelo menos duas concepções desse princípio, que chamaremos de formulações *forte* e *intermédia*. Ambas constroem uma dimensão *negativa* dos direitos de caráter “prestacional”, no sentido de impedir a redução do nível de concretização desses direitos, mas com uma sensível diferença de *grau*. Vejamos:

a) *Formulação forte* (absoluta): segundo essa formulação, adquirindo os direitos sociais um grau de densidade normativo adequado, não poderia mais haver supressão por via legislativa (por lei ou mesmo por revisão/alteração constitucional), sem que fossem previstas alternativas ou compensações. O princípio da vedação do retrocesso social funcionaria, assim, como uma espécie de “guarda de flanco” (QUEIROZ, 2006b, p. 68) – fala-se, na doutrina francesa, em *effet cliquet* –, garantindo o *exato* grau de concretização já obtido. Tal for-

mulação traduz, em termos precisos, a ideia do “caminhar sempre em frente”.

b) *Formulação intermédia* (relativa): nessa versão, são admitidas medidas “retrocessivas”, desde que fundamentadas e que não ponham em risco o “núcleo essencial” do direito social que tenha sido legislativamente concretizado. Tal posição é bem refletida na mudança de orientação de Canotilho. Comparando escritos seus de diferentes épocas, Canotilho assinalou que, em um momento anterior, defendera que o carácter dirigente da Constituição portuguesa, se não significava otimização direta e imediata dos direitos sociais, mas sim a gradualidade da sua realização, também não significava a possibilidade de reversão social. Todavia, reconheceu que o problema dessa posição “é que ela foi rapidamente ultrapassada pela chamada ‘crise do Estado Social’ e pelo triunfo esmagador do globalismo neoliberal. Em causa está não apenas a gradualidade, mas também a reversibilidade das posições sociais”. Mais a frente, concluiu: “os tribunais não podem neutralizar a liberdade de conformação do legislador, mesmo num sentido regressivo, em épocas de escassez e de austeridade financeira. Isto significa que a chamada tese da ‘irreversibilidade dos direitos adquiridos’ se deve entender com razoabilidade e com racionalidade, pois poderá ser necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social” (CANOTILHO, 2008, p. 245-246).

Na jurisprudência constitucional portuguesa, o que se nota é uma aplicação cada vez mais atenuada do princípio. No famoso Acórdão nº 39/1984 (“Serviço Nacional de Saúde”), por exemplo, foi dito que, a partir do momento em que são cumpridas tarefas constitucionalmente impostas, “o Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao

direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social”. Quase duas décadas depois, no Acórdão nº 509/2002 (“Rendimento Social de Inserção”), o Tribunal Constitucional fez uma leitura bem mais restritiva, assentando que o apelo à vedação do retrocesso social “apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática [...] inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais”³⁰.

Efetivamente, no mundo de hoje, a aludida formulação forte não tem muito abrigo. Basta ver que o “congelamento” puro e simples do nível de concretização dos direitos sociais levaria à declaração de inconstitucionalidade de diversas propostas ou medidas legislativas (arriscamos dizer que a maioria) adotadas por países europeus no contexto da austeridade (BOTELHO, 2015, p. 407). Daí a afirmação de José Melo Alexandrino (2011, p. 159) de que a pergunta – se o legislador estaria ou não vinculado por um princípio da vedação do retrocesso social – pode parecer, hoje, sarcástica.

Com efeito, parece-nos uma tese anti-histórica, anticultural e, mais ainda, irreal. Por trás da sua aparente “bondade”³¹, está a

³⁰ Dizendo que a jurisprudência constitucional portuguesa acabou por matizar a sua posição, e ressaltando o fato de o Acórdão nº 39/1984 estar “completamente defasado dos nossos dias e da atual conjuntura económica e financeira” (BOTELHO, 2015, p. 415). Falando que, na verdade, apenas por uma vez, justamente no Acórdão nº 39/1984, o Tribunal Constitucional demonstrou que aderiria ao princípio da proibição do retrocesso (ALEXANDRINO, 2011, p. 150).

³¹ Subscrevemos a lição de Suzana Tavares da Silva (2014, p. 195): “Não se trata de discutir novamente se ao analisar os direitos sociais estamos presentes perante normas programáticas ou dotadas de eficácia jurídica plena. Sabemos hoje que são normas jurídicas que vinculam o Estado, mas sabemos também que o Estado não é um milagreiro e que a petrificação dos direitos sociais (*princípio da proibição do retrocesso social*) ou outras teorias aparentemente mais garantísticas dos direitos subjectivos

crença num discurso metanarrativo, determinista, que pode pôr em causa a sobrevivência da própria Constituição e da sua pretensão de *normatizar* a realidade. Veja-se que Konrad Hesse, que combatia a concepção lassalliana de que a Constituição *real* era ditada pelos “fatores reais de poder”³², não ignorava (pelo contrário) que a Constituição jurídica é condicionada pela realidade histórica, ao afirmar que a *pretensão de eficácia* da norma constitucional não pode ser separada das *condições históricas* de sua realização (HESSE, 1991, p. 43). Ora, a “petrificação” normativa, a inflexibilidade, não tem outra consequência senão o abandono da Constituição nas primeiras adversidades. Por isso, sem esquecer a força normativa da Constituição, é preciso, na lição de João Loureiro (2010, p. 61), “tomar a sério a articulação entre texto e contexto, recusar leituras de costas voltadas para a realidade”³³.

A formulação intermédia, por sua vez, é menos problemática em termos práticos, mas não deixa de estar sujeita a críticas no plano jurídico. Quer-nos parecer que o seu apelo (o “não retrocesso”) é mais uma bandeira de luta

dos indivíduos podem constituir um fenómeno de injustiça social ainda maior que a revogação pura e simples de alguns direitos consagrados em lei, na medida em que alguém terá de suportar a despesa. Atenemos, por exemplo, dos resultados preocupantes do desempenho económico e financeiro dos Estados, que não conseguem sustentar as suas necessidades financeiras e recorrem ao endividamento externo, instituindo facturas pesadas para as novas gerações”.

³² Ferdinand Lassalle (2010, p. 47), como se sabe, apresenta uma concepção *sociológica* de Constituição. Para ele, “os problemas constitucionais não são problemas de *direito*, mas do *poder*; a *verdadeira* Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não têm valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis os critérios fundamentais que devemos lembrar”.

³³ Ademais, como diz Virgílio Afonso da Silva (2010, p. 239-240), “[...] as condições fáticas, sociais e institucionais para a produção dos efeitos de uma norma jurídica são parte do fenómeno jurídico. Mais que isso: fazem parte do estudo da *dogmática jurídica* – sobretudo em sua dimensão empírica”.

política que um princípio *juridicizado*. Outras designações³⁴ (v.g. “princípio da contrarrevolução social” e “proibição da evolução reacionária”) acentuam a “politização” que julgamos ser inerente ao princípio. Assim, a não ser que façamos concessões a um constitucionalismo dirigente “morto”, não vemos onde encontrá-lo autonomamente na Constituição portuguesa (ou na brasileira). Acompanhamos, pois, a corrente doutrinária que *recusa* à proibição do retrocesso social a condição de princípio constitucional autónomo³⁵.

3.4. Por uma (re)compreensão constitucionalmente adequada: a questão da segurança jurídica e do mínimo existencial; ou: “nem tanto ao mar, nem tanto à terra”

A Constituição é, pois, um quadro aberto, no qual cabem vários projetos políticos. O próprio texto constitucional, aliás, pode ser alterado, desde que observados os requisitos formais e materiais – a impossibilidade de alteração textual é a exceção. Portanto, faz parte do processo democrático a revisibilidade das decisões políticas (que, na sequência, se transformam em normas jurídicas), pelo que a *reformatio in pejus* não só é possível, como natural e até *imprescindível* em determinadas circunstâncias. Eventual “petrificação” seria um golpe à democracia, à pluralidade e, certamente, às gerações subsequentes, que deixariam de poder fazer as suas próprias escolhas (“os mortos não devem governar os vivos”³⁶).

³⁴ Dizendo que a expressão “proibição do retrocesso social” não é “feliz”, embora admita que é operativa (QUEIROZ, 2006a, p. 105).

³⁵ Nesse sentido, recusando essa condição de princípio autónomo, ver Alexandrino (2011, p. 159), Botelho (2015, p. 416), Andrade (2012, p. 379) e Vaz (2013, p. 386).

³⁶ Trata-se de uma referência a Thomas Jefferson, que, durante os debates anteriores à promulgação da Constituição norte-americana, sugeriu a realização de uma con-

Por outro lado, embora *a regra* seja a revisibilidade, também ela apresenta seus limites, que decorrem não só de valores consagrados na Constituição, mas da própria concepção de Estado de Direito. De fato, a segurança jurídica era uma das ideias angulares do Estado (liberal) de Direito construído a partir do final do século XVIII. A estabilidade do direito era considerada condição indispensável para a prosperidade econômica – a da burguesia, à época. Hoje, vários estudos confirmam que um ambiente juridicamente estável favorece e atrai investimentos. Mas a segurança jurídica não tem apenas essa dimensão econômica. Ela é, também, associada a uma questão de justiça social. Afinal, as pessoas fazem planos e constroem as suas vidas a partir de um horizonte de calculabilidade e previsibilidade. Como afirma Canotilho (2003, p. 256), “o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsabilmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideraram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito”.

Portanto, mesmo num mundo onde o futuro é cada vez mais mutável, instável e incerto, a segurança jurídica (e a proteção da confiança, que dela decorre) funciona como uma garantia da estabilidade *possível* e de uma mudança *controlável*. Assim, mesmo que as circunstâncias fáticas indiquem a necessidade de alterações (constitucionais, legais, procedimentais, organizacionais etc.), profundas ou não, urgentes ou não, tais alterações não podem ser feitas de *qualquer* forma e em *qualquer* coisa. Em outras palavras: a segurança jurídica proíbe o arbítrio e veda o excesso; impõe uma mudança controlada, sujeita à exigência da fundamentação, bem como ao teste da proporcionalidade e de princípios conexos, especialmente a igualdade proporcional. Por exemplo: reduções ou cortes (temporários ou definitivos) em pensões e benefícios de seguridade social podem ou não ensejar uma violação constitucional – a validade ou invalidade das medidas que acarretem modificações para *pior* da situação de pensionistas e beneficiários deverá ser analisada sob o ângulo da segurança jurídica em todas as suas dimensões. Ou seja, tais medidas serão avaliadas a partir da sua fundamentação e da proporcionalidade. Todavia, não serão consideradas *a priori* inconstitucionais, como aconteceria caso se aplicasse a formulação *forte* do “princípio” da vedação do retrocesso social³⁷.

venção constituinte a cada 19 anos, a fim de evitar o “governo dos mortos sobre os vivos” (SOUZA NETO; SARMENTO, 2013, p. 24).

³⁷ A questão da redutibilidade de pensões foi abordada recentemente pelo Acórdão nº 353/2012 do Tribunal Constitucional (TC), que integra a chamada “jurisprudência da crise”. No caso, a medida foi julgada inconstitucional por violação ao princípio da igualdade proporcional, uma vez que as reduções foram previstas apenas para pensionistas do setor público. Parte da doutrina vê nesse acórdão o momento da passagem de um controle

Por fim, ligado à segurança jurídica e, mais nitidamente, à dignidade da pessoa humana, há ainda o *mínimo existencial*. Concretizações legislativas que digam respeito ao mínimo existencial não podem ser puramente eliminadas sem a previsão de esquemas alternativos ou compensatórios³⁸. Há aqui uma estabilidade-limite, dentro de um conceito que é para ser utilizado em situações-limite.

Poder-se-ia dizer que, no fundo, essa compreensão se assemelha à formulação *intermédia* do “princípio” da vedação do retrocesso social. Não negamos a semelhança, mas a vemos por outra perspectiva. Quer-nos significar que, para além de tudo, ainda que em sua versão palatável³⁹, o referido princípio é, na teoria, *redundante* e, na prática, *dispensável*.

4. Conclusões

Em face do que expusemos, concluímos que:

a) A evolução do constitucionalismo e do discurso dos direitos humanos aponta para a fundamentalidade dos direitos sociais como parte indissociável da dignidade da pessoa humana. Existe, assim, uma *unidade* entre os direitos fundamentais – compreendendo-se unidade como interligação e interdependência, a partir (e dentro) de um complexo único que busca a promoção dos valores que dão sentido à dignidade da pessoa humana, designadamente a liberdade, a igualdade e a solidariedade.

b) Porém, o reconhecimento da unidade dos direitos fundamentais não significa ad-

“fraco” para um controle “forte” por parte do TC dentro da jurisprudência da crise. Para uma apreciação crítica dessa decisão, ver Medeiros (2015, p. 70).

³⁸ Com a mesma posição, ver Andrade (2012, p. 381).

³⁹ A formulação *forte*, a bem da verdade, já descartamos de início, pela falta de *qualquer* sentido no mundo atual.

mitir que todos os direitos são submetidos ao mesmo regime e têm a mesma eficácia jurídica. Há direitos (especialmente os sociais prestacionais) cuja implementação acarreta altos custos financeiros. Portanto, a eficácia “progressiva” dos direitos sociais está condicionada pela escassez; ou, em outras palavras, pela “medida do possível”. Não obstante, existe um conteúdo mínimo, diretamente vinculado à dignidade da pessoa humana, cuja implementação deve ser imediata. Esse *mínimo existencial*, acaso desrespeitado, enseja controle judicial.

c) Ademais, a “progressividade” dos direitos sociais não pode ser lida como uma “marcha sempre em frente” na base do “quanto mais direitos, melhor”. É característica dos direitos sociais a sujeição às conjunturas fáticas, mormente à realidade econômica. O argumento econômico, ao passo que integra o contexto de realização da norma, faz parte do fenômeno jurídico e, uma vez filtrado pelo Direito, não pode ser negligenciado. É natural que, em circunstâncias favoráveis, haja uma inflação de prestações sociais, do mesmo modo que é natural que, em cenários desfavoráveis, haja um decréscimo – que pode mesmo significar a pura e simples revogação de direitos. Nesse sentido, uma pretensa petrificação de direitos sociais seria irreal. Além disso, a inflexibilidade é antidemocrática. A democracia está ligada à pluralidade de visões de mundo e à revisibilidade das decisões políticas. A Constituição é um quadro aberto, não um projeto político determinado.

d) O “princípio” da vedação do retrocesso social, em sua formulação forte, foi superado pela realidade e “sepultado” junto com um tipo idealizado de dirigismo constitucional. Tal princípio “sobrevive”, atualmente, em sua versão relativizada. Ainda assim, é redundante e dispensável, quer na teoria, quer na prática,

razão pela qual a ele recusamos a condição de princípio constitucional autônomo.

e) Por outro lado, revisibilidade não significa rever qualquer coisa, de qualquer modo, a qualquer tempo. Um horizonte de previsibilidade e calculabilidade é necessário para o ser humano, para o Direito e para as relações jurídicas em geral. Não está descartada, como dissemos, a revogação pura e simples de direitos sociais. Porém, tal revogação, assim como outras medidas ditas retrocessivas, precisam ser fundamentadas e proporcionais, além de não atingirem o “conteúdo essencial” de direitos concretizados vinculados ao mínimo existencial. São exigências decorrentes do princípio da segurança jurídica em sentido lato, que, se não torna absoluta a estabilidade, fornece parâmetros de controle para as mudanças.

Sobre o autor

Gabriel Prado Leal é doutorando em Direito Público pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal; procurador federal, Advocacia-Geral da União, Brasília, DF, Brasil. E-mail: gabriel.leal@agu.gov.br

Título, resumo e palavras-chave em inglês⁴⁰

THE RECONSTRUCTION OF SOCIAL RIGHTS IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: BETWEEN PROGRESSIVENESS, STABILITY AND RETROGRESSION.

ABSTRACT: The article aims to discuss the relevance of the principle of prohibition of social regression and the meaning of the progressive effectiveness of social rights. It is argued that such effectiveness is conditioned by scarcity, although there is an existential minimum whose implementation should be immediate. The progressivity, moreover, cannot be read as a “march always straight ahead”, considering that is characteristic of social rights the subjection to the factual circumstances. In this sense, the petrification of social rights would be unrealistic and undemocratic. Democracy, after all, is connected to the plurality of worldviews and reversibility of political decisions. So, the article refuses the principle of prohibition of social regression as an independent constitutional principle. However, any regressive measures need to be justified and proportionate. Besides that, must respect the “essential core” of implemented rights linked to the existential minimum.

KEYWORDS: SOCIAL RIGHTS. SCARCITY. REGRESSION. EXISTENTIAL MINIMUM

⁴⁰ Sem revisão do editor.

Como citar este artigo

(ABNT)

LEAL, Gabriel Prado. A (re)construção dos direitos sociais no século XXI: entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso. *Revista de informação legislativa: RIL*, v. 53, n. 211, p. 143-166, jul./set. 2016. Disponível em: <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p143>.

(APA)

Leal, Gabriel Prado. (2016). A (re)construção dos direitos sociais no século XXI: entre a progressividade, a estabilidade e o retrocesso. *Revista de informação legislativa: RIL*, 53(211), 143-166. <http://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/53/211/ril_v53_n211_p143>.

Referências

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Direitos sociais são exigíveis*. Porto Alegre: Dom Quixote, 2011.

ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos fundamentais: introdução geral*. 2. ed. Cascais: Principia, 2011.

ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. 2. tir. São Paulo, Malheiros, 2012.

ALVES, José Augusto Lindgren. *A arquitetura internacional dos direitos humanos*. São Paulo: FTD, 1997.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. O direito ao mínimo de existência condigna como direito fundamental a prestações estaduais positivas: uma decisão singular do tribunal constitucional. *Jurisprudência Constitucional*, n. 1, p. 4-27, jan./mar. 2004.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora*. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BAUMAN, Zygmunt. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.

BERCOVIC, Gilberto. *Soberania e constituição: para uma crítica do constitucionalismo*. São Paulo: Quartier Latin, 2008.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 1992.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 10. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2000.

BOTELHO, Catarina Santos. *Os direitos sociais em tempos de crise: ou revisitar as normas programáticas*. 2015. Tese (Doutorado em Direito)–Universidade Católica Portuguesa. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 1988.

_____. Decreto nº 591, de 6 de julho de 1992. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Promulgação. *Diário Oficial da União*, 7 jul. 1992.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed., 17. reimpr. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. “Brançosos” e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional. 2. ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CARBONELL, Miguel (Ed.). *Neoconstitucionalismo(s)*. 4. ed. Madrid: Trotta, 2009.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Reflexões sobre a relação entre constituição, povo e estado a partir da discussão de uma constituição para a Europa. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Belo Horizonte, n. 2, p. 339-351, jan./dez. 2004.

EIDE, Asbjørn (Ed.). *Economic, social, and cultural rights: a textbook*. Dordrecht; Boston: M. Nijhoff Publishers; Norwell, MA, U.S.A.: Sold and distributed in the U.S.A. and Canada by Kluwer Academic Publishers, c1995.

FRANÇA. A Constituição do ano I, 1793: declaração dos direitos do homem e do cidadão. In: *Textos históricos do direito constitucional*. Lisboa: Imprensa Nacional; Casa da Moeda, 1990. p. 75-91.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. 8. ed., rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

GALDINO, Flávio. *Introdução à teoria dos custos dos direitos: direitos não nascem em árvores*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 1991.

HOLMES, Stephen; SUNSTEIN, Cass R. *The cost of rights: why liberty depends on taxes*. New York: W.W. Norton, c1999.

IHERING, Rudolf von. *A luta pelo direito*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

INNERARITY, Daniel. *O Futuro e os seus inimigos: uma defesa da esperança política*. Alfragide: Teorema, 2011.

KING, Jeff. *Judging social rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

LASSALE, Ferdinand. *A essência da constituição*. 9. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

LOUREIRO, João Carlos. *Adeus ao Estado social?: a segurança social entre o crocodilo da economia e a medusa da ideologia dos “direitos adquiridos”*. Portugal: Woters Kluwer, Coimbra Ed., 2010.

LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 10. ed. Madrid: Tecnos, 2010.

LYOTARD, Jean-François. *A condição pós-moderna*. 7. ed. Rio de Janeiro: J. Olympio, 2002.

MACHADO, Jónatas. *Direito internacional: do paradigma clássico ao pós-11 de setembro*. 4. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

MARTINS, Ana Maria Guerra. *Direito internacional dos direitos humanos*. Coimbra: Almedina, 2006.

MEDEIROS, Rui. *A constituição portuguesa num contexto global*. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 4. ed., rev. e atual. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

_____. *Manual de direito constitucional*. 8. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. 3. ed. Coimbra: Centelha, 1978.

NABAIS, José Casalta. *Por uma liberdade com responsabilidade: estudos sobre direitos e deveres fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

NAÇÕES UNIDAS. *Declaração universal dos direitos humanos*: adotada e proclamada pela resolução 217 A (III) da assembleia geral das nações unidas em 10 de dezembro de 1948. Brasília: UNESCO, 1998. Disponível em: <<http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>>. Acesso em: 2 jun. 2016.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Woters Kluwer, Coimbra Ed., 2010.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Coimbra: Almedina, 2007.

PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio. Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto. *Derechos y Libertades*. v. 3, n. 6, p. 15-34, fev. 1998.

PIOVESAN, Flávia. Planos global, regional e local. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. 2. tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 697-720.

PORTUGAL. *Constituição da república portuguesa*. 2 abr. 1976. Disponível em: <<http://www.parlamento.pt/parlamento/documents/crp1976.pdf>>. Acesso em: 6 jun. 2016.

QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006a.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006b.

RAMOS, Elival da Silva. *Ativismo judicial: parâmetros dogmáticos*. São Paulo: Saraiva, 2010.

SAMPAIO, José Adércio Leite. *Direitos fundamentais: retórica e historicidade*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 5. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. *Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito de Lisboa (RIDB)*, v. 2, n. 1, p. 769-820, 2013.

SERAU JUNIOR, Marco Aurélio. Catalogação dos direitos fundamentais no direito internacional. *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, UNLP, p. 153-166, 2015.

SGARBOSSA, Luís Fernando. *Crítica à teoria dos custos dos direitos*. Porto Alegre: S.A. Fabris, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 25. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, Suzana Tavares da. *Direitos fundamentais na arena global*. 2. ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2014.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direitos fundamentais: conteúdo essencial, restrições e eficácia*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SAMENTO, Daniel. *Direito constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

TRINTIN, Jaime Graciano; ROSSONI, Sandra dos Reis M. Os anos dourados do capitalismo: breve abordagem sobre o crescimento capitalista. *Akrópolis – Revista de Ciências Humanas da UNIPAR*, v. 7, n. 27, p. 49-60, 1999.

VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei*. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

YOUNG, Katharine G. *Constituting economic and social rights*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

ZENKNER, Marcelo. A tutela dos direitos fundamentais sociais pelo tribunal constitucional português e pelo Supremo Tribunal brasileiro: uma análise comparativa. *Themis*, n. 22/23, p. 219-259, 2012.