UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU*

CARLOS ROMEU SALLES CORRÊA

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

Salvador – BA

2012

CARLOS ROMEU SALLES CORRÊA

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

Dissertação apresentada como requisito parcial para a obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Linha "Relações de Trabalho na Contemporaneidade", Grupo "Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais", da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador – BA

2012

C824p Corrêa, Carlos Romeu Salles.
O princípio da proibição do retrocesso social no direito do trabalho / Carlos Romeu Salles Corrêa; Orientador: Prof. Dr. Edilton Meireles. – Salvador: Faculdade de Direito da UFBA, 2012.
138 f.

Dissertação (mestrado) – Universidade Federal da Bahia, 2012.

1. Direito do trabalho. 2. Direitos fundamentais. 3. Direitos humanos. I. Título.

CDU 349.2
CDD 342.601

FOLHA DE APROVAÇÃO

CARLOS ROMEU SALLES CORRÊA

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO DO TRABALHO

Dissertação aprovada pelos examinadores infrafirmados, como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito, no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu*, Linha "Relações de Trabalho na Contemporaneidade", Grupo "Direitos Fundamentais e Reflexos nas Relações Sociais", da Faculdade de Direito da Universidade Federal da Bahia.

Salvador, ___/___/_____.

Prof. Dr. Edilton Meireles
Universidade Federal da Bahia
Orientador

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior
Universidade Federal da Bahia
Examinador

AGRADECIMENTOS

Agradeço àqueles que contribuíram, de maneira direta ou indireta, para que este trabalho se concretizasse.

À família, especialmente minha mãe, Prof.ª Dr.ª Nara Salles, e minha tia, Prof.ª Dr.ª Alessandra Santos, que me fizeram seguir o caminho da academia.

À querida Lorena Peixoto Martinez e sua acolhedora família.

Ao Prof. Dr. Edilton Meireles, pelo intenso e constante incentivo.

À Prof.ª Dr.ª Marília Muricy, pelas lições de direito e de vida.

Ao Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet, por difundir no Brasil o tema abordado nesta dissertação.

Aos amigos, apoio de todas as horas, em especial Adriana Wyzykowski, Annette Jakobsen, Andréa e Renato Fusazaki, Antônio Freitas, Bárbara Costa dos Santos, Christoffer Hofs, M.e Daniel Albuquerque, Edna e Prof. Ricardo Caldas, Glauce e Antônio Gonçalves, Guillermo Etkin, Isaac Paiva, Jean Charles Bulinckx, Prof.ª Dr.ª Kim Beauchesne, Leonardo Vinicius Santos de Souza, Lucas Calado Jofilsan, Marco Goersch, Mirian Kuskowski, M.e Nicolau Calado Jofilsan, Rodolfo Leite, Prof. M.e Sidarta Rodrigues e Tadeu Vilasboas Magalhães.

Aos queridos colegas da Universidade Federal da Bahia e do Tribunal Regional do Trabalho da 5ª Região.

Na verdade,
eu mando e não peço:
Eu sou o progresso
Na bandeira nacional.

Gilberto Gil

RESUMO

Este trabalho sustenta a existência de um princípio da proibição do retrocesso social e descreve seu papel como elemento necessário do sistema garantista da dignidade da pessoa humana, dos direitos humanos, sociais e dos trabalhadores, que caracteriza o modelo de Estado Democrático de Direito atualmente adotado pelo Brasil e por muitos outros países. Pretende preencher uma lacuna existente na doutrina jurídica, que corresponde a uma emergência, devido à importância do tema para a sociedade. Mostra que o princípio da proibição do retrocesso social é admitido por, no mínimo, sete dos onze Ministros do Supremo Tribunal Federal, a corte hierarquicamente mais alta do Judiciário brasileiro. Descreve brevemente o desenvolvimento das ideias de direitos humanos e de progresso social na história do pensamento, e também o desenvolvimento da doutrina e jurisprudência, do Brasil e de outros países, relacionadas ao princípio analisado. Apresenta um esboço da história da ideia de dignidade da pessoa humana e a define como o direito do ser humano ao maior conjunto de direitos de um dado ordenamento jurídico. Define a proibição do retrocesso social como a irredutibilidade dos direitos fundamentais ou concretizadores de direitos fundamentais e mostra algumas consequências da aplicação desse princípio às relações de trabalho da contemporaneidade.

Palavras-chave: Princípio da proibição do retrocesso social. Princípio da dignidade da pessoa humana. Direitos humanos. Direitos sociais. Direito do trabalho.

ABSTRACT

This work claims the existence of a principle of prohibition of social regression and describes its role as a necessary element of the system ensuring human dignity, and human, social and labor rights, that characterizes the model of Democratic Rule-of-Law State presently adopted by Brazil and by many other countries. Intends to fill a gap in the legal doctrine, which corresponds to an emergency, due to the importance of the issue for society. Shows that the principle of prohibition of social regression is admitted by, at least, seven of the eleven Ministers of the Supreme Federal Court, hierarchically the highest tribunal of the Brazilian Judiciary. Briefly describes the development of ideas of human rights and social progress in the history of thought, and also the development of doctrine and jurisprudence, of Brazil and other countries, related to the principle discussed. Presents a sketch of the story of the human dignity and defines it as the right of the human being to the larger set of rights in a given legal system. Defines the prohibition of social regression as the irreducibility of the fundamental rights and of rights concretizing fundamental rights and shows some consequences of the application of this principle to the contemporary labour relationships.

Keywords: Principle of prohibition of social regression. Principle of human dignity. Human rights. Social rights. Labour law.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO 9
2 DIREITOS HUMANOS, SOCIAIS E DO TRABALHADOR 15
2.1 Considerações iniciais 15
2.2 Desenvolvimento dos direitos humanos. 15
2.3 Fundamentação dos direitos humanos. 20
2.3.1 Jusnaturalismo 20
2.3.2 Positivismo jurídico 25
2.3.2.1 Origens, denominação e essência 25
2.3.2.2 Desenvolvimento kelseniano 28
3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO ESSENCIAL 34
3.1 Considerações iniciais 34
3.2 Breve histórico 35
3.3 Definição 48
3.3.1 Atual inexistência de definição satisfatória 48
3.3.2 Definição ad hoc 50
3.3.2.1 Necessidade de uma definição *ad hoc* 50
3.3.2.2 Fundamentação para uma definição *ad hoc* 51
3.4 Papel no ordenamento jurídico 56
4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL 58
4.1 Considerações iniciais 58
4.2 Surgimento, definição e nomenclatura 58
4.2.1 A ideia de progresso nas sociedades contemporâneas 59
4.2.2 Doutrina e jurisprudência no direito comparado e no brasileiro 63
4.2.2.1 Alemanha e Suíça 64
4.2.2.2 França 70
4.2.2.3 Portugal 74
4.2.2.4 Brasil 85
4.2.3 Definição do princípio da proibição do retrocesso social 95
4.3 Refutação das principais objeções 101
4.3.1 “Reserva do possível” 101
4.3.2 Inconstitucionalidade por omissão 102
4.3.3 Constitucionalização de normas infraconstitucionais 103

4.3.4 Princípio democrático 104
5 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO 106
5.1 Considerações iniciais 106
5.2 A proibição do retrocesso no direito constitucional do trabalho 107
5.2.1 Fundamento constitucional 107
5.2.2 Emendas constitucionais violadoras da proibição do retrocesso 109
5.3 A proibição do retrocesso no direito laboral infraconstitucional 111
5.4 Proibição do retrocesso na jurisprudência do TST 114
6 CONSIDERAÇÕES FINAIS 119
REFERÊNCIAS 124

1 INTRODUÇÃO

A proibição do retrocesso social vem se afirmando, em escala crescente, como princípio de direito constitucional, reflexo da diretriz de proteção à dignidade da pessoa humana, inclusive no que diz respeito à regulamentação das relações de trabalho da contemporaneidade. Embora ainda não reconhecida pela totalidade da doutrina jurídica, paulatinamente vem sendo adotada por mais e mais estudiosos, em especial aqueles mais dedicados ao tema dos direitos fundamentais.

A proibição do retrocesso social pode ser sucintamente definida como a impossibilidade de que nova regulação jurídica venha a suprimir, sem equivalente compensação, direitos fundamentais gerais, aqui inclusos os direitos sociais, ou direitos específicos concretizadores desses direitos fundamentais gerais, *v. g.*, aqueles contidos na legislação ordinária.

O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, em última instância, é que oferece suporte para os direitos fundamentais, existindo estes em função do primeiro. Por isso, aqui se assume a perspectiva de que a dignidade humana é o fundamento essencial do imperativo de coibição de medidas retrocessivas. Mais ainda, se pretende demonstrar que a proibição da perda de direitos anteriormente conquistados pelo homem é, a um só tempo, corolário e garantia da sua dignidade, ou seja, consequência necessária da existência dessa dignidade e poderosa ferramenta de manutenção desta.

A escolha do princípio da proibição do retrocesso social, sob a perspectiva trabalhista, como objeto desta dissertação, deve-se ao fato de que o mesmo, no papel de garantidor da dignidade da pessoa humana, é de crucial importância para a compreensão das relações de trabalho dos tempos atuais. Não se pode pensar nas normas que presentemente regem tais relações, a não ser como fruto de um aperfeiçoamento constante e irreversível da sociedade.

A pesquisa aqui delineada encontra plena justificativa no fato de que o princípio da proibição do retrocesso social ainda é “Pouco difundido no Brasil, em especial na seara trabalhista”,[1] e de que “o debate sério e qualificado sobre o

[1] MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. A intangibilidade dos direitos trabalhistas. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 82.

assunto é atual e relevante, devendo ser urgentemente ampliado e difundido".[2] Acrescenta-se, a propósito:

> atentando especialmente para os gritantes níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança social ora vigentes entre nós, é possível afirmar – com ênfase – que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática ora sumariamente versada [o princípio da proibição do retrocesso social], assume caráter emergencial.[3]

O trabalho proposto visa fazer parte do socorro referente a essa emergência social e doutrinária, e seu recorte temático corresponde à descrição do papel do princípio da proibição do retrocesso social no sistema garantista de direitos fundamentais do trabalhador, dentro do atual paradigma do Estado Democrático de Direito.

A carência de pesquisa sobre o princípio da proibição do retrocesso social permite a abordagem de aspectos inexplorados dessa matéria. Nesta dissertação, adota-se um enfoque inovador do tema,[4] especialmente em quatro pontos.

A primeira inovação é que o imperativo de proibição do retrocesso, no que diz respeito às normas específicas concretizadoras de direitos fundamentais gerais, passa a ser visto como o resultado da ideia de que a efetivação deve ocorrer, tanto pela ação do Estado como pela de particulares, sempre que isso for economicamente possível. E isso aliado à ideia de que é prova suficiente da possibilidade econômica o simples fato de existir uma norma jurídica, socialmente eficaz, estabelecendo direitos específicos concretizadores de uma prerrogativa fundamental.

O segundo ponto inédito está em enunciar claramente a ideia de que, em havendo crise econômica de grandes proporções, que comprometa a concretização de direitos fundamentais gerais, não deixam de existir as normas jurídicas instituidoras de direitos específicos concretizadores de direitos fundamentais gerais, mas apenas têm sua eficácia suspensa até o término dessa crise.

---

[2] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 446.

[3] Ibidem, p. 457.

[4] Enfoque esse inteiramente relacionado à doutrina preexistente sobre o tema, uma vez que "A história das idéias – e pois a história do pensamento jurídico – pode ser representada por uma sucessão de camadas de tradição superpostas umas às outras", não havendo, a rigor, "nada de novo sob o sol". (BORGES, José Souto Maior. O Contraditório no Processo Judicial. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 09-11, apud DIDIER, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo, p. 257. In: DIDIER, Fredie (Org.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 257-263).

A terceira novidade, que pode ser de especial utilidade prática na rotina forense brasileira, provendo reforço na fundamentação de decisões dos julgadores e de pedidos das partes, é a demonstração, por meio de pesquisa jurisprudencial, de que o princípio da proibição do retrocesso social passou, no ano de 2011, a ser acolhido por, pelo menos, sete dos onze ministros do nosso Supremo Tribunal Federal.

A quarta inovação consiste em se apresentar, dentro de um trabalho sobre o princípio da proibição do retrocesso social, um breve estudo da história da ideia de progresso social em si, sem a qual esse princípio simplesmente não existiria. As obras que tratam do tema geralmente cuidam do desenvolvimento jurisprudencial e doutrinário desse princípio e discorrem acerca do contexto histórico-social que o gerou. No entanto, pouco tratam, de maneira direta, da ideia de progresso.

A falta de definição sobre qual é a direção do progresso pode esvaziar o princípio, uma vez que permite que cada legislador direcione toda a sociedade de acordo com suas convicções próprias. Assim, ao mesmo tempo em que um socialista, *e. g.*, legislará talvez no sentido de ampliar os direitos mínimos dos trabalhadores, também um neoliberal poderá editar leis restringindo tais direitos, por entender que tal medida faz evoluir a sociedade, ao tornar mais livres as relações de trabalho. Tal lacuna será preenchida por meio de uma descrição sumária do processo de consolidação da ideia de evolução.

Observada tal delimitação epistemológica, a obra toma por base a identificação do contexto jurídico, histórico, econômico, político e social, que propiciou a gênese e o desenvolvimento do princípio abordado, no papel de mecanismo garantidor dos direitos dos trabalhadores, dentro do atual paradigma de Estado. Para a pesquisa acerca de um instituto jurídico, é imprescindível discorrer, embora brevemente, sobre a estrutura social que o gerou, evitando-se o estudo puramente formal, uma vez que o conhecimento deriva “não apenas da natureza do intelecto, mas também da natureza das coisas”.[5]

Foi discutida e justificada a definição aqui proposta para o referido princípio, e descrito o surgimento deste, seu embasamento na ideia de evolução, a diferença em relação a outros princípios e suas consequências práticas na regulamentação das

[5] BACON, Sir Francis. *Novum organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza, 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 230.

atuais relações de trabalho, buscando sempre a criação de ferramentas teóricas aptas a proporcionar condições de decidibilidade de conflitos concretos.

Para que esses fins fossem atingidos, abordou-se a doutrina e jurisprudência, do Brasil e do estrangeiro, atinentes ao princípio analisado.

Buscou-se desvendar a função estrutural do princípio da proibição do retrocesso social, desse modo, tendo em vista o papel dos princípios nos ordenamentos jurídicos e o desenvolvimento dos direitos humanos, sociais e do trabalhador.

Por meio desse roteiro, se pretendeu demonstrar "domínio do tema, capacidade de sistematização e metodologia adequada".[6]

A hipótese de estudo é a de que o princípio da proibição do retrocesso social é inerente ao sistema garantista de direitos do homem e do trabalhador, constituindo um princípio do nosso direito constitucional geral e do trabalho.

Comprová-la acarreta admitir que a tutela oferecida pelo Estado Democrático de Direito em prol da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais, inclusive os sociais, deve ser entendida também, necessariamente, como limitadora de retrocessos.

Como o atual direito constitucional brasileiro adota o sistema garantista, a comprovação dessa hipótese corresponde ao reconhecimento de que a proibição do retrocesso social constitui um princípio do nosso direito constitucional geral e do trabalho.

O objetivo geral da investigação, assim, é demonstrar a aplicabilidade às relações juslaborativas do princípio da proibição do retrocesso social, levando em conta o processo histórico-social de consolidação desse princípio como medida de proteção dos direitos fundamentais, inclusive trabalhistas.

São objetivos específicos do estudo a identificação dos fundamentos jurídicos e histórico-sociais do princípio da proibição do retrocesso, à luz dos direitos humanos, sociais e do trabalhador; a descrição do papel desse princípio, bem como do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhe oferece suporte, nos ordenamentos jurídicos em geral e na regulamentação trabalhista especificamente; e

---

[6] Necessidade prevista pelo Manual de Orientação do Aluno do Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia. (UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Manual de Orientação do Aluno – Mestrado em Direito. 2009, p. 13. Disponível em: <WWW.ppgd.ufba.br/Arquivos/manual_de_orientaca o_aluno_2009_1.doc>. Acesso em: 27 jan. 2012.

a demonstração das consequências práticas da aplicação do referido princípio no campo juslaboral, com orientação à decidibilidade de conflitos sociais.

A metodologia empregada buscou atingir o máximo de clareza[7] e concisão na abordagem do tema, de maneira a produzir um discurso logicamente concatenado em sua integralidade, seguindo a máxima que diz que "vale mais nunca pensar em procurar a verdade de alguma coisa que fazê-lo sem método".[8]

Procurou-se dar aos resultados obtidos uma tratativa o mais imparcial possível, uma vez que, em se tratando da produção de conhecimento, "É preciso descartar sistematicamente todas as prenoções".[9]

Pretendeu-se evitar, também, o excesso de categorias, sendo cada ideia apresentada em sua forma mais simples, acompanhando a antiga lição de que "Quando uma proposição é verdadeira quanto à realidade, se uma coisa basta para torná-la verdadeira, é supérfluo postular duas".[10]

Por força dessa diretriz, serão evitados aqueles verdadeiros labirintos teóricos estéreis, bem conhecidos pela comunidade jurídica, formados por infindáveis conjuntos de classificações e conceitos que pouco ou nada revelam sobre a natureza do objeto sob exame, e que talvez tenham por principal finalidade servir como atestado de sagacidade e esforço dos autores das obras em que se encontram, bem como afirmar os nomes destes como criadores de uma eventual nova nomenclatura.

A pesquisa, que é qualitativa, seguiu o método hipotético-dedutivo de abordagem, tendo por marcos teóricos obras de direito constitucional, direitos

---

[7] A "retificação dos nomes" já na China antiga era apontada como prioridade para o administrador do estado, porque quando este "nomeia algo, o nome com certeza terá uma função em seu discurso, e, quando ele disser algo, com certeza será algo passível de colocar em prática", mas "Quando os nomes não são corretos, o que é dito não soará razoável" (CONFÚCIO. Os analectos. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2006, p. 123). Assim, aclarar o discurso sobre os direitos fundamentais equivale a transpor uma significativa barreira para a sua efetivação.

[8] DESCARTES, René. Regras para a direção do espírito. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 1989, p. 06.

[9] DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p. 32.

[10] OCKHAM, William of. Opera Theologica, IX, 707. In: KENNY, Sir Anthony John Patrick. Uma nova história da filosofia ocidental, 1. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008, v. 2, p. 240. O trecho resume o espírito do instrumento metodológico conhecido como "navalha de Ockham", detalhado em: RUSSELL, Bertrand. A história do pensamento ocidental. 1. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004, p. 254-258; e mais ainda em: SPADE, Paul Vincent. Ockham's nominalist metaphysics: some main themes. In: SPADE, Paul Vincent (Org.). The Cambridge companion to Ockham. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 100-117.

humanos, direito do trabalho, e também, quando isso se fez necessário, de outros ramos do conhecimento.[11]

Foram consultados livros, artigos, legislação e jurisprudência, com foco no papel do princípio estudado e no processo histórico que levou à sua consolidação. Desse modo, predominou a pesquisa indireta, bibliográfica e documental.

[11] Ao propor um esforço em prol da interdisciplinariedade nos sistemas educacionais, comenta Edgar Morin: "Efetuaram-se progressos gigantescos nos conhecimentos no âmbito das especializações disciplinares, durante o século XX. Porém, estes progressos estão dispersos, desunidos, devido justamente à especialização que muitas vezes fragmenta os contextos, as globalidades e as complexidades. Por isso, enormes obstáculos somam-se para impedir o exercício do conhecimento pertinente no próprio seio de nossos sistemas de ensino. Estes sistemas provocam a disjunção entre as humanidades e as ciências, assim como a separação das ciências em disciplinas hiperespecializadas, fechadas em si mesmas". (MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2000, p. 40).

2 DIREITOS HUMANOS, SOCIAIS E DO TRABALHADOR

2.1 Considerações iniciais

Buscando a aproximação do objeto de estudo, este trabalho segue um encadeamento de ideias no sentido do mais geral para o mais particular. Assim, antes da abordagem direta da proibição do retrocesso social como princípio de direito constitucional do trabalho, é apresentada uma análise concisa do contexto jurídico em que esse objeto se insere, ou seja, o contexto dos direitos humanos, mais gerais em relação aos direitos sociais, dentre os quais estão, por sua vez, os direitos fundamentais trabalhistas.

2.2 Desenvolvimento dos direitos humanos

A ideia dos direitos humanos, ou seja, a ideia de que determinados direitos integram o patrimônio jurídico individual de cada uma das pessoas naturais, está intimamente relacionada ao constitucionalismo moderno. Conforme Dirley da Cunha Júnior:

> No constitucionalismo antigo, a noção de Constituição é extremamente restrita, uma vez que era concebida como um texto não escrito, que visava tão só à organização política de velhos Estados e a limitar alguns órgãos do poder estatal (Executivo e Judiciário) com o reconhecimento de certos direitos fundamentais, cuja garantia se cingia no esperado respeito espontâneo do governante, uma vez que inexistia sanção contra o príncipe que desrespeitasse os direitos de seus súditos. [...] O constitucionalismo moderno, contudo, surge vinculado à idéia de Constituição escrita, chegando a seu ápice político com as Constituições escritas e rígidas dos Estados Unidos da América, de 1787, e da França, de 1791, revestindo-se de duas características marcantes: organização do Estado e limitação do poder estatal, por meio de uma declaração de direitos e garantias fundamentais. Já no constitucionalismo moderno, a noção de Constituição envolve uma força capaz de limitar e vincular todos os órgãos do poder político.[12]

É a visão liberal, de proteção do indivíduo contra o Estado, que inicialmente inspira a teoria dos direitos humanos. Segundo Ana Cristina Costa Meireles:

> Sob várias perspectivas, os direitos humanos podem ser vislumbrados e, a partir do ponto de vista histórico, pode-se dizer que a sua afirmação coincide com a transformação da concepção

[12] CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011, p. 36.

> orgânica da sociedade em individualista, segundo a qual, para compreendê-la, deve-se partir dos indivíduos que a compõem, sendo este, verdadeiramente, o ponto de referência para qualquer outra consideração que se faça.[13]

A Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pela França, em 1789, como resultado da Revolução, além de fixar, em seu artigo 1º, o princípio da igualdade jurídica entre os homens,[14] também estabelece, no art. 17º, evidenciando seu caráter privatista, que "Como a propriedade é um direito inviolável e sagrado, ninguém dela pode ser privado, a não ser quando a necessidade pública legalmente comprovada o exigir e sob condição de justa e prévia indenização".[15]

Após sua adoção pelo ordenamento jurídico francês, a teoria dos direitos humanos se difundiu progressivamente pelo mundo, até se tornar dominante. Acabou sendo, também, bastante deturpada em alguns momentos históricos, até porque, considerada a sua influência, mais valia a pena desfigurá-la que atacá-la abertamente. Informa José Damião de Lima Trindade:

> Desde que os revolucionários franceses, a partir de 1789, passaram a proclamar aos quatro ventos sua Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, a idéia de "direitos humanos", malgrado contramarchas, só ganhou respeitabilidade, a ponto de hoje desfrutar de quase unanimidade mundial – o que, com certeza, nada nos informa quanto ao modo como, em cada canto deste vasto mundo, essa teoria faz seu salto para a prática, ou mesmo o que significa, na prática, esse salto. Talvez não tenha havido opressor nos últimos duzentos anos, ao menos no Ocidente, que não tivesse, em algum momento, lançado mão da linguagem dos direitos humanos. Hitler foi apenas mais um a adotar esse procedimento.[16]

O sanguinário ditador alemão que levou o mundo à Segunda Guerra, com efeito, se apresentava como defensor dos direitos humanos e adepto do jusnaturalismo, conforme suas próprias palavras:

> Os direitos humanos estão acima dos direitos do Estado. Se, porém, na luta pelos direitos humanos, uma raça é subjugada, significa isso que ela pesou muito pouco na balança do destino para ter a felicidade de continuar a existir neste mundo terrestre, pois quem não

---

[13] MEIRELES, Ana Cristina Costa. A eficácia dos direitos sociais: os direitos subjetivos em face das normas programáticas de direitos sociais. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2008, p. 29.

[14] Com a seguinte redação: "Os homens nascem e são livres e iguais em direitos. As distinções sociais só podem ter como fundamento a utilidade comum". (FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). 1. ed. Paris: Sénat, 2012. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 28 jan. 2012.).

[15] Ibidem.

[16] TRINDADE, José Damião de Lima. História social dos direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002, p. 15.

> é capaz de lutar pela vida tem o seu fim decretado pela providência. O mundo não foi feito para os povos covardes.[17]

Assim, a defesa teórica da doutrina dos direitos humanos será sempre insuficiente, se não estiver acompanhada de um esforço no sentido de delimitar claramente seu significado e de efetivar, na realidade concreta, esse conteúdo precisamente delimitado. Para isso, é necessário que a doutrina relacionada a esses direitos assuma uma linguagem cada vez mais clara e também uma orientação prática, voltada à solução dos problemas técnicos do cotidiano jurídico.

Colocando o enfoque no aspecto da efetividade, o italiano Norberto Bobbio defende: "O problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los, mas o de protegê-los. Trata-se de um problema não filosófico, mas político".[18] Tal posição parece correta, desde que não seja interpretada de maneira a elidir o estudo sobre os direitos humanos, uma vez que não é possível defender aquilo que não se conhece.

O diploma historicamente mais representativo, para os direitos humanos, é a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que foi proclamada pela ONU, em 1948, logo após a Segunda Guerra Mundial, como um dos esforços no sentido de evitar a repetição desse conflito. Consta do preâmbulo desse documento que:

> o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo [...] o desprezo e o desrespeito pelos direitos humanos resultaram em atos bárbaros que ultrajaram a consciência da Humanidade [...] os povos das Nações Unidas reafirmaram, na Carta, sua fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana e na igualdade de direitos dos homens e das mulheres, e que decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla [...] os Estados-Membros se comprometeram a desenvolver, em cooperação com as Nações Unidas, o respeito universal aos direitos humanos e liberdades fundamentais e a observância desses direitos e liberdades [...] uma compreensão comum desses direitos e liberdades é da mais alta importância para o pleno cumprimento desse compromisso.[19]

O conteúdo dos direitos humanos envolve diversas matérias. A mais conhecida forma de classificá-las utiliza como critério o momento histórico do surgimento de cada direito, sendo chamada de teoria das gerações (ou dimensões) dos direitos humanos.

---

[17] HITLER, Adolf. Minha luta. 1. ed. São Paulo: Centauro, 2001, p. 87.
[18] BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus: 1992, p. 24.
[19] ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 02 nov. 2011.

Bobbio defendeu essa doutrina em sua obra[20] e é provavelmente o maior responsável por sua difusão, mas seu criador foi Karel Vašák,[21] jurista nascido na antiga Tchecoslováquia, antigo diretor da Divisão de Direitos Humanos e Paz da UNESCO.[22] Uma exposição crítica da tese de Vašák é oferecida por Antônio Augusto Cançado Trindade, membro brasileiro da Corte Internacional de Justiça da ONU:

> Quem formulou a tese das gerações de direito foi o Karel Vasak, em conferência ministrada em 1979, no Instituto Internacional de Direitos Humanos, em Estrasburgo. Pela primeira vez, ele falou em gerações de direitos, inspirado na bandeira francesa: *liberté*, *egalité*, *fraternité*. A primeira geração, *liberté*: os direitos de liberdade e os direitos individuais. A segunda geração, *egalité*: os direitos de igualdade e econômico-sociais. A terceira geração diz respeito a *solidarité*: os direitos de solidariedade. [...] Sou isento para falar sobre o assunto. Sou amigo dele e não concordo com a tese que ele apresentou pela primeira vez em 1979, e que Norberto Bobbio copiou. [...] Para falar dos seguidores de Norberto Bobbio, aqui, neste País, como em todos os países da América Latina, temos a mania de copiar *ipsis literis*, como se fosse a última palavra, o que dizem os europeus. Eu não estou de acordo com essa tese de Norberto Bobbio e do meu querido amigo Karel Vasak. Por que razões? [...] Em primeiro lugar, essa tese das gerações de direitos não tem nenhum fundamento jurídico, nem na realidade. Essa teoria é fragmentadora, atomista e toma os direitos de maneira absolutamente dividida, o que não corresponde à realidade. Eu conversei com Karel Vasak e perguntei: “Por que você formulou essa tese em 1979?”. Ele respondeu: “Ah, eu não tinha tempo de preparar uma exposição, então me ocorreu fazer alguma reflexão, e eu me lembrei da bandeira francesa” – ele nasceu na velha Tchecoslováquia. Ele mesmo não levou essa tese muito a sério, mas, como tudo que é palavra “chavão”, pegou. Aí Norberto Bobbio começou a construir gerações de direitos etc. [...] Essa concepção tem causado grande dano à evolução dos direitos humanos. Por exemplo, por que razão a discriminação é combatida e criticada somente em relação aos direitos civis e políticos e é tolerada como inevitável em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais? Porque são supostamente de segunda geração e de realização progressiva. [...] Então, vemos uma condenação absoluta de qualquer tipo de discriminação quando se trata de direito individual ou mesmo de direitos políticos mas uma tolerância absoluta quando se trata de disparidades em matéria de salário, de renda, e assim por diante. Em vez de ajudar a combater essa visão atomizada, essa teoria de geração de direitos convalida esse tipo de disparidade. [...] Creio que o futuro, na proteção internacional dos

---

[20] BOBBIO, op. cit., p. 5-6.

[21] Segundo atestam Roberto González Álvarez (ÁLVAREZ, Roberto González. Aproximaciones a los derechos humanos de cuarta generación. [S. l.]: Sociedad Peruana de Ciencias Jurídicas, [20--]. Disponível em: <http://www.sopecj.org/lecturas.html>. Acesso em: 18 mar. 2011) e Dirley da Cunha Júnior (CUNHA JÚNIOR, op. cit., p. 596).

[22] United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization (Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura).

> direitos humanos passa pela indivisibilidade e pela inter-relação de todos os direitos, como tenho dito em meus livros. Estou absolutamente convencido disso também devido à experiência nos casos sobre os quais tenho sido chamado a me pronunciar.[23]

Dentre a posição de Vašák e Bobbio, de um lado, e a de Cançado Trindade, de outro, esta última, embora não seja a mais difundida no país, parece a melhor, porque a teoria das gerações dos direitos humanos se sustenta em uma divisão histórica arbitrária e inexata, já que os direitos econômico-sociais, por exemplo, muitas vezes se confundem com os de liberdade e individuais. É a segunda que parece oferecer uma maior possibilidade de efetivação dos direitos humanos não classificados como de liberdade e individuais, correspondendo ao anseio geral pela concretização desses direitos, partilhado em grande medida, inclusive, pelo próprio Bobbio.

É dado histórico relevante, especialmente para o campo laboral, o fato de que as "manifestações operárias ocorridas no século XIX", nas palavras de Fábio Rodrigues Gomes, "tornaram o direito ao trabalho o primeiro direito social historicamente reivindicado frente ao Estado",[24] desencadeando, em seguida, o processo que levou à conquista dos demais direitos sociais, de natureza trabalhista ou não.

E o direito ao trabalho visa, essencialmente, que o ser humano, com a respectiva renda, possa preservar seus direitos à vida e à dignidade, os quais são considerados individuais e de liberdade, o que mostra o quanto, na verdade, estão imbricados os direitos ditos de primeira e de segunda dimensão.

O objetivo desta dissertação, de qualquer maneira, não chega a ser afetado pela adoção de uma dessas duas teorias, em detrimento da outra, uma vez que nada impede o ajuste do princípio da proibição do retrocesso social a qualquer uma delas.

---

[23] TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos humanos das mulheres: a proteção internacional. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília. Anais eletrônicos... Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

[24] GOMES, Fábio Rodrigues. O direito fundamental ao trabalho. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70.

2.3 Fundamentação dos direitos humanos

Há historicamente, na doutrina jurídica, duas correntes principais que, cada qual a seu modo, oferecem uma fundamentação para a existência dos direitos humanos.

A mais antiga é o jusnaturalismo, a qual defende que os direitos humanos decorrem não apenas das normas jurídicas instituídas voluntariamente pelos homens, mas também da própria natureza como um todo, ou da natureza humana, constituindo, assim, direitos naturais.

A mais recente é o positivismo jurídico, que nega a existência dos direitos naturais e sustenta que os direitos humanos têm como única origem as normas jurídicas instituídas diretamente pelos homens, em decorrência do processo histórico.

A análise dessas duas teorias mostrará que ambas são compatíveis com a hipótese de estudo, de que a proibição do retrocesso social é inerente ao sistema garantista de direitos do homem e do trabalhador, constituindo um princípio do nosso direito constitucional geral e do trabalho.

Assim, tanto a adoção da perspectiva jusnatural, quanto o caminho do positivismo jurídico, levarão a uma mesma conclusão, no sentido do reconhecimento da diretriz de proibição de retrocesso social como princípio de direito constitucional do trabalho.

2.3.1 Jusnaturalismo

Um dos mais antigos autores jusnaturalistas foi Aristóteles (324-322 a. C.), cuja influência na história do conhecimento ocidental se faz sentir até os dias de hoje. Defendia o filósofo macedônio radicado em Atenas:

> Chamo lei tanto à que é particular como à que é comum. É lei particular a que foi definida por cada povo em relação a si mesmo, quer seja escrita ou não escrita; e comum, a que é segundo a natureza. Pois há na natureza um princípio comum do que é justo e injusto, que todos de algum modo adivinham mesmo que não haja entre si comunicação ou acordo; como, por exemplo, o mostra a Antígona de Sófocles ao dizer que, embora seja proibido, é justo enterrar Polinices, porque esse é um direito natural.[25]

[25] ARISTÓTELES. Retórica. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005, p. 144. Na versão oferecida por Sófocles da história mitológica, Antígona, colocando as leis naturais acima das

Os filósofos estóicos e os pensadores cristãos, desenvolvendo a tradição aristotélica, privilegiavam a razão como fonte das normas morais. Sustentavam que a racionalidade permitiria aos seres humanos discernir a finalidade da vida a partir da compreensão da ordem da natureza e do papel da vida humana dentro dessa ordem.

Marco Túlio Cícero, célebre político, orador e filósofo estóico romano, que viveu de 106 a 43 a. C.,[26] escreveu que:

> A razão reta, conforme à natureza, gravada em todos os corações, imutável, eterna, cuja voz ensina e prescreve o bem, afasta do mal que proíbe e, ora com seus mandatos, ora com suas proibições, jamais se dirige inutilmente aos bons, nem fica impotente ante os maus. Essa lei não pode ser contestada, nem derrogada em parte, nem anulada; não podemos ser isentos de seu cumprimento pelo povo nem pelo senado; não há que procurar para ela outro comentador nem intérprete; não é uma lei em Roma e outra em Atenas – uma antes e outra depois, mas una, sempiterna e imutável, entre todos os povos e em todos os tempos; uno será sempre o seu imperador e mestre, que é Deus, seu inventor, sancionador e publicador, não podendo o homem desconhecê-la sem renegar-se a si mesmo, sem despojar-se do seu caráter humano e sem atrair sobre si a mais cruel expiação, embora tenha conseguido evitar todos os outros suplícios.[27]

São Tomás de Aquino (1225-1274), teólogo escolástico que dominou a filosofia da Baixa Idade Média, pregava em sua mais importante obra, a *Summa Theologiae* (também chamada *Summa Theologica*), que "a lei natural não é outra coisa que a participação da lei eterna na criatura racional",[28] e que "Deus a implantou nas mentes dos homens para que assim a pudessem conhecer

---

humanas, pretende sepultar conforme os ritos sagrados o corpo do irmão, Polinices, mesmo contra um édito de Creonte (SÓFOCLES. Antígona. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007). A história se torna especialmente trágica pelo fato de que "A alma que não possuísse sua sepultura, não tinha morada, e permanecia errante. [...] Toda a antiguidade via-se persuadida de que, sem sepultura, a alma vivia desgraçada e que tão-só pelo seu enterramento adquiria a felicidade para todo o sempre" (COULANGES, Fustel de. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996, p. 12).

[26] Segundo o verbete "Marcus Tullius Cicero" da Enciclopédia Britânica (ENCYCLOPÆDIA Britannica. Chicago: Encyclopædia Britannica Inc., 2012. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/117565/Marcus-Tullius-Cicero>. Acesso em: 02 fev. 2012).

[27] CÍCERO, Marco Túlio. Da república. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985, p. 346. (Coleção Os Pensadores).

[28] AQUINO, São Tomás de. Suma de Teología. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001, v. 2, p. 711, tradução nossa. Na edição espanhola: "la ley natural no es otra cosa que la participación de la ley eterna en la criatura racional". Há algumas traduções para o português da *Summa*, como a publicada entre 2001 e 2006, pelas Edições Loyola, de São Paulo, a qual inclui o texto latino.

naturalmente",[29] mas que essa lei natural não se confundia com a lei eterna, porque "ao aplicar os princípios universais do direito aos casos particulares, sucede que o homem comete muitos erros".[30]

Ou seja, Aquino admitia a existência de um direito natural supraestatal, que poderia ser desvendado pela razão humana, mas o considerava hierarquicamente inferior à lei eterna divina. A consequência política dessa posição parece ser que os indivíduos, em nome do direito natural, poderiam excepcionalmente se rebelar contra os soberanos, mas nunca contra a Igreja, melhor conhecedora da eterna lei divina.

Hugo Grócio (1583-1645), jurista holandês que foi um dos principais precursores do direito internacional, rompendo com a tradição de Aquino, defendeu que:

> a Lei da Natureza é tão inalterável, que não pode ser mudada nem mesmo pelo próprio Deus. Pois, embora o poder de Deus seja infinito, há ainda algumas coisas, às quais ele não se estende. Porque as coisas assim expressas não teriam sentido verdadeiro, mas implicariam uma contradição. Assim como dois e dois são quatro, não sendo possível ser de outra forma; também não pode, repito, o que é realmente mau não ser mau.[31]

Conforme a posição adotada por Grócio, assim, haveria um direito natural acima do poder dos Estados e também da influência da Igreja, o qual depois veio a ser chamado de *jus inter gentes* ou direito internacional.

O argumento de Grócio para evitar a completa submissão desse direito natural aos ditames da lei eterna é o de que, como Deus não pode ser mau, a lei de Deus também não pode contrariar o direito natural, que é bom. Esse raciocínio, extremante habilidoso, era capaz de mitigar o poderio da Igreja, sem negar a Deus.

---

[29] Ibidem, v. 1, p. 708, tradução nossa. Na versão espanhola: "Dios la implantó en las mentes de los hombres para que así la pudieran conocer naturalmente".

[30] Ibidem, v. 1, p. 948, tradução nossa. Na versão em castelhano: "al aplicar los principios universales del derecho a los casos particulares, sucede que comete el hombre muchos errores".

[31] GROTIUS, Hugo. The rights of war and peace. 1. ed. London: M. Walter Dunne, 1901, p. 22, tradução nossa. Na edição inglesa: "the Law of Nature is so unalterable, that it cannot be changed even by God himself. For although the power of God is infinite, yet there are some things, to which it does not extend. Because the things so expressed would have no true meaning, but imply a contradiction. Thus two and two must make four, nor is it possible to be otherwise; nor, again, can what is really evil not be evil". Há uma tradução integral da obra para o português brasileiro, publicada em 2005 pela Editora Unijuí, da Universidade Regional de Ijuí, cidade catarinense.

John Locke (1632-1704), filósofo inglês liberal e empirista, contrariando tanto Aquino quanto Grócio, acreditava que nenhuma ideia nascia com o ser humano, decorrendo todas da experimentação sensorial. Escreveu ele:

> desde que nenhuma proposição pode ser inata, a menos que as idéias acerca das quais ela se constitui sejam inatas, isso leva a supor como inatas todas as idéias de cores, sons, gostos, figuras etc.; e não pode haver nada tão contrário à razão e à experiência. O assentimento universal e imediato baseado na audição e entendimento dos termos consiste, concordo, num sinal de algo evidente por si mesmo; mas evidente por si mesmo, não dependente de impressões inatas de alguma outra coisa, pertencente a várias proposições. Ninguém foi até agora tão extravagante a ponto de supô-las inatas.[32]

Assim, para Locke, a ideia de direito natural não era inata, imediatamente decorrente da razão por si só, embora fosse evidente por si mesma, com base na compreensão, pela reta razão, dos dados sensoriais comuns à maioria dos seres humanos, como se depreende do seguinte trecho:

> Para se poder bem entender o poder político, e derivá-lo da sua origem, devemos saber qual é o estado natural do homem, o qual é um estado de perfeita liberdade de dirigir as suas acções, e dispor dos seus bens e pessoas segundo lhe aprouver, observando simplesmente os limites da lei natural, sem pedir licença, ou depender da vontade de pessoa alguma. [...] Esta igualdade natural dos homens é considerada pelo judicioso Hooker tão evidente em si, e tão fora de toda a questão, que ele a reputa como fundamento da obrigação do amor natural entre todos os homens. [...] O estado natural tem uma lei natural para o governar, a qual obriga a todos: e a razão, que constitui essa lei, ensina a todos os homens, que a consultarem, que sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria ofender a outro na sua vida, propriedade, liberdade, e saúde. [...] é certo que existe uma tal lei, e essa tão inteligível e clara a qualquer criatura, ou entendedores de tal lei, como as leis positivas das repúblicas; ou antes, tanto mais clara, quanto a razão é mais fácil de se entender, do que as imaginações e intricados artifícios dos homens, seguindo contrários e ocultos interesses estabelecidos em palavras; e conforme a isto são na verdade uma grande parte das leis municipais dos países, as quais somente são justas, quando são fundadas na lei natural, segundo a qual elas devem ser reguladas e interpretadas. [...] todo o homem está, naturalmente naquele estado, e permanece nele, até que por seu próprio consentimento se faz membro de alguma sociedade política.[33]

A Revolução Francesa de 1791, inspirada pelo pensamento liberal partilhado por Locke, tinha por meta concretizar os ideais do direito natural, como se

---

[32] LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 42-43. (Coleção Os Pensadores).

[33] Idem. Ensaio sobre a verdadeira origem, extensão e fim do governo civil. Tradução de João Oliveira de Carvalho. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 1999, p. 34-40.

depreende do preâmbulo da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, maior expressão jurídica da ordem instaurada em consequência daquele movimento:

> Os representantes do povo francês, reunidos em Assembléia Nacional, considerando que a ignorância, o esquecimento ou o desprezo dos direitos do homem são as únicas causas dos males públicos e da corrupção dos governos, resolveram expor, em uma declaração solene, os direitos naturais, inalienáveis e sagrados do homem, a fim de que essa declaração, constantemente presente junto a todos os membros do corpo social, lembre-lhes permanentemente seus direitos e deveres [...].[34]

Em sua luta sem armas pela independência indiana, na primeira metade do século XX, Mahatma Gandhi, adotando expressamente a teoria jusnaturalista, escreveu:

> Um homem que tenha atingido a idade adulta, que teme apenas a Deus, não temerá ninguém mais. Leis humanas não necessariamente o vinculam. [...] Se o homem simplesmente compreende que não é próprio de um homem obedecer leis que são injustas, nenhuma tirania humana o escravizará.[35]

O jusnaturalismo não morreu com o advento do positivismo jurídico. Em um artigo escrito em 1946, logo após o término da Segunda Guerra Mundial e como meio de reação a seus horrores, propôs Gustav Radbruch, jurista alemão que fora positivista:

> o conflito entre justiça e certeza jurídica pode ser bem resolvido do seguinte modo: o direito positivo, assegurado pela legislação e pelo poder, tem prioridade mesmo quando o seu conteúdo é injusto e não beneficiar as pessoas, a menos que o conflito entre a lei e a justiça chegue a um grau intolerável em que a lei, como uma "lei defeituosa", deva clamar por justiça.[36]

A fundamentação para a existência de um direito natural, em Radbruch, deixa de ser a evidência, diretamente decorrente da reta razão, argumento que se tornou anacrônico, para passar a ser o clamor por justiça,[37] ponto de vista que coloca os

---

[34] FRANÇA, op. cit.

[35] GANDHI, Mohandas Karamchand. Non-violent resistance (Satyagraha). 1. ed. Nova Iorque: Schocken Books, 1969, p. 18, tradução nossa. No original: "A man who has realized his manhood, who fears only God, will fear no one else. Man-made laws are not necessarily binding on him. [...] If man will only realize that it is unmanly to obey laws that are unjust, no man's tyranny will enslave him".

[36] RADBRUCH, Gustav. Legal philosophy, *in*: E. W. Patterson (ed.), The legal philosophies of Lask, Radbruch, and Dabin. 1. ed. Harvard: Harvard University Press, p. 47-224, 1950, p. 119, apud BIX, Brian. Robert Alexy, a fórmula radbruchiana e a natureza da teoria do direito. Tradução de Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira. Revista Panóptica, Vitória, v. 1, n. 12, p. 70-79, mar. 2008. Disponível em: <http://www.panoptica.org/marjun08pdf/marjun08007.pdf>. Acesso em: 04 out. 2011.

[37] Karl Larenz apresenta um proveitoso resumo da discussão jusfilosófica relativa à justiça (LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 241-258).

valores essenciais comuns de uma sociedade ou da humanidade, até certa medida, acima do âmbito de atuação do Estado, cuja legitimidade é diretamente proporcional à sua observância a esses valores.

É com a formulação de Radbruch, ao que parece, que hoje se pode defender o jusnaturalismo de maneira aceitável.

2.3.2 Positivismo jurídico

O positivismo jurídico é, hoje, uma das correntes mais fortes da teoria geral do direito. Oferece uma fundamentação dos direitos humanos baseada na existência de normas estatais que os protegem.

Na perspectiva positivista, os direitos humanos existem não devido a razões místicas, metafísicas ou de direito natural, mas simplesmente porque os seres humanos decidiram e continuam decidindo nesse sentido, garantindo essa decisão por meio do Estado, o qual monopoliza em determinado território o poder coercitivo, ou seja, o poder de influir materialmente na esfera de interesses das pessoas, por meio de sanções que podem chegar a ser físicas (como, por exemplo, a privação de vida, saúde, liberdade ou propriedade).

2.3.2.1 Origens, denominação e essência

O doutrinador inglês John Austin, que viveu entre 1790 e 1859, é, segundo Norberto Bobbio, “considerado o fundador do positivismo jurídico propriamente dito”.[38]

Herbert Lionel Adolphus Hart, no ano de 1955, reconhece Austin como o mais influente jurista de todos os tempos em seu país. Segundo consta da Enciclopédia Stanford de Filosofia (verbete “John Austin”), “Hart pôde escrever que ‘a influência de Austin no desenvolvimento da [ciência do direito] da Inglaterra tinha sido maior que a de qualquer outro autor’”.[39]

---

[38] BOBBIO, Norberto. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. 1. ed. São Paulo: Ícone, 1995, p. 47.

[39] HART, Herbert L. A. Introdução a *The province of jurisprudence determined*, de John Austin. 1. ed. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1954, p. VII-XXI, apud ENCICLOPÉDIA Stanford de filosofia. Palo Alto: Universidade de Stanford, 2010, tradução nossa. Disponível em: <http://plato.stanford.edu/entries/austin-john/>. Acesso em: 04 nov. 2011. Consta do

Austin, em *The province of jurisprudence determined* (Determinação do campo da ciência do direito), cuja primeira edição remonta a 1832, relata que, em sua época:

> contrastado ao direito natural, ou ao direito da natureza (significando, por essas expressões, o direito de Deus), o agregado de regras, estabelecidas por superiores políticos, é frequentemente intitulado direito positivo, ou direito existente por posição [*by position*].[40]

O positivismo jurídico, assim, tem seu nome[41] e essência derivados da ideia de que o conhecimento jurídico diz respeito apenas ao direito em sentido estrito, que é aquele estabelecido pelo homem. Afirma o mesmo autor britânico que "O objeto da ciência do direito [*jurisprudence*] é o direito positivo [*positive law*]: direito, simples e estritamente assim chamado: ou direito estatuído pelos superiores políticos para os inferiores políticos".[42]

Pouca relação há, portanto, entre essa corrente e o positivismo de Auguste Comte, filósofo francês que, na mesma época, sustentava em seu *Cours de philosophie positive* (Curso de Filosofia Positiva) que "cada uma das nossas concepções principais [...] passa sucessivamente por três estados históricos diferentes: estado teológico ou fictício, estado metafísico ou abstrato, estado

---

original: "Hart could write that "Austin's influence on the development of England of [Jurisprudence] has been greater than that of any other writer". Na versão espanhola, "la influencia de Austin sobre el desarrollo de la disciplina en Inglaterra ha sido mayor que la de cualquier otro escritor" (HART, Herbet L. A. Introdução a *El objeto de la Jurisprudencia*, de John Austin. 1. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 13). E, mais adiante, "Sua obra permaneceu praticamente desconhecida no Continente até o final do século passado, e talvez devido a isso, a 'teoria pura' do direito de Kelsen, que tem muito em comum com a doutrina de Austin, teve um impacto tão grande nos juristas continentais" (ibidem, p. 15, tradução nossa. Em espanhol: "Su obra permaneció en el Continente casi desconocida hasta el final del siglo pasado, y quizá debido a esto, la 'teoría pura' del derecho de Kelsen, que tiene mucho en común con la doctrina de Austin, tuvo un impacto tan grande en los juristas continentales.").

[40] AUSTIN, JOHN. The province of jurisprudence determined. 2. ed. Londres: John Murray, 1906, p. 02, tradução nossa. No original: "as contradistinguished to natural law, or to the law of nature (meaning, by those expressions, the law of God), the aggregate of the rules, established by political superiors, is frequently styled positive law, or law existing *by position*". A palavra "posição" está aqui no sentido de "disposição". Esta edição em inglês não contém a introdução escrita por Hart, motivo pelo qual também foi consultada a tradução espanhola e a Enciclopédia Stanford, conforme a nota anterior.

[41] Derivado da expressão latina *jus positum* (direito posto), que, segundo o jurista italiano Mauro Capelletti, significa "uma lei 'positiva' e, ao menos na época moderna, usualmente escrita" (CAPELLETTI, Mauro. Giustizia. In: ENCICLOPEDIA delle Scienze Sociali. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994, tradução nossa. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/giustizia_(Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali)>. Acesso em: 28 jan. 2012. No original: "una legge 'positiva' e, almeno in epoche moderne, usualmente scritta").

[42] Ibidem, p. 01, tradução nossa. No original: "The matter of jurisprudence is positive law: law, simply and strictly so called: or law set by political superiors to political inferiors".

científico ou positivo".[43] A propósito, escreveu Bobbio, em obra primeiramente publicada em 1961:

> A expressão "positivismo jurídico" não deriva daquela de "positivismo" em sentido filosófico, embora no século passado tenha havido urna certa ligação entre os dois termos, posto que alguns positivistas jurídicos eram também positivistas em sentido filosófico: mas em suas origens (que se encontram no início do século XIX) nada tem a ver com o positivismo filosófico – tanto é verdade que, enquanto o primeiro surge na Alemanha, o segundo surge na França. A expressão "positivismo jurídico" deriva da locução direito positivo contraposta àquela de direito natural.[44]

A teoria austiniana estabelece uma rígida separação entre o que chama de direito em sentido estrito (o direito positivo) e as regras qualificadas como de mera opinião, que seriam desprovidas de coercibilidade, como aquelas referentes à honra (*hounor*), à moda (*fashion*) e até mesmo ao direito internacional (*International law*), as quais integram o que o autor chama de moralidade positiva.

Explica John Austin que "O nome moralidade as separa [as regras de mera opinião] do direito positivo, enquanto o epíteto positivo as aparta do direito de Deus".[45]

Essa perspectiva acentua a importância da sanção (*sanction*) e, segundo reconhece o próprio Austin, foi "fixada incidentalmente por Locke em seu Ensaio acerca do Entendimento Humano",[46] publicado em 1690, no qual este divide o direito em divino, civil e de opinião ou reputação.[47]

Para Locke, o poder (de coerção física, se esclareça) é essencial para garantir a existência do direito (*law*), enquanto a simples desaprovação dos membros de uma comunidade constitui força bastante para lastrear as regras de opinião ou reputação.[48]

---

[43] COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. 1. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 22.
[44] Ibidem, p. 15.
[45] Ibidem, p. 03, tradução nossa. No original: "The name morality severs them from positive law, while the ephitet positive disjois them from the law of God".
[46] Ibidem, p. 79, tradução nossa. Originalmente: "given incidentally by Locke in his Essay on Human Understanding".
[47] Ironicamente, a primeira centelha do positivismo jurídico propriamente dito surgiu na obra de Locke, um renomado jusnaturalista. O trecho foi apenas parcialmente vertido para o português (ibidem, p. 134-136), com base em uma versão abreviada da 5ª edição da obra, de modo que foi necessária a consulta à versão original inglesa (LOCKE, John. Essay concerning human understanding. 26. ed. Londres: Thomas Davison, 1828, p. 251-255). A tradução das partes faltantes, e, posteriormente, de toda a obra do filósofo empirista inglês, é parte do projeto John Locke, do Departamento de Filosofia da Universidade Estadual do Ceará.
[48] LOCKE, ibidem, p. 251-252.

O fato de que essa simples desaprovação, assim como o poder divino, tem natureza diferente daquela do poder humano, que afiança o direito em sentido estrito, levou Austin a acreditar que a ciência do direito não deveria se ocupar das regras de opinião ou reputação.

A extração da moral, por ele, do campo da jurisprudência, é frontalmente contrária à posição de seu mentor, Jeremy Bentham, filósofo e jurista utilitarista inglês, o qual acreditava que "a legislação tem o mesmíssimo centro que a Moral, mas de maneira alguma a mesma circunferência", uma vez que "há muitas ações nocivas que [a legislação] não deveria proibir, uma vez que a Moral pode muito bem fazê-lo".[49]

2.3.2.2 Desenvolvimento kelseniano

A doutrina do positivismo jurídico, nascida com Austin, tem como principal difusor e desenvolvedor o austríaco Hans Kelsen (1881-1973), que "influiu profundamente na história e no pensamento jurídico ocidental".[50] Ele é conhecido principalmente pela sua teoria pura do direito, a qual, segundo declara o próprio autor, "Como John Austin, no seu famoso *Lectures on Jurisprudence*[51] [...] procura obter os seus resultados exclusivamente por meio de uma análise do Direito positivo".[52]

Mas, diferentemente do autor inglês, que "compartilha a opinião tradicional, segundo a qual o Direito e o Estado são duas entidades diferentes", Kelsen vai mais a fundo e pretende demonstrar que "o Estado imaginado como ser pessoal é, na melhor das hipóteses, nada mais que a personificação da ordem

[49] BENTHAM, Jeremy. Principles of legislation. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 1914, p. 79, tradução nossa. No original: "Legislation has just the same centre as Morals, but it has by no means the same circumference" e "there are many hurtful actions which it ought not to forbid, although Morals may well do so".

[50] Segundo o Ministro Cezar Peluso, do nosso Supremo Tribunal Federal, no discurso proferido em 24/08/2011, no lançamento da autobiografia de Kelsen, feita nas dependências desse órgão (AUTOBIOGRAFIA do jurista Hans Kelsen é lançada no STF. Notícias STF, Brasília, 24 ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=187248>. Acesso em: 28 jan. 2012).

[51] Obra cujo título pode ser traduzido como "Aulas de Ciência do Direito".

[52] KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, prefácio, p. XXX.

jurídica, e, mais freqüentemente, uma mera hipostatização de certos postulados político-morais".[53]

A essência de sua teoria positivista se traduz na busca da purificação do direito, definido com base na natureza física da sanção, em relação a influências desprovidas desse caráter diretamente coercitivo, como as da política, moral e religião. Segundo ele:

> Como ordem coativa, o Direito distingue-se de outras ordens sociais. [...] a circunstância de que o ato estatuído pela ordem como conseqüência de uma situação de fato considerada socialmente prejudicial deve ser executado mesmo contra a vontade da pessoa atingida e – em caso de resistência – mediante o emprego da força física, é o critério decisivo.[54]

Escreveu Kelsen, em 1944, que, nesse tempo, "decididamente 'fora dos eixos', quando os fundamentos da vida social foram profundamente abalados por duas Guerras Mundiais",[55] não havia nenhuma influência que pudesse contrabalançar o interesse que os detentores do poder, e aspirantes a ele, tinham por uma teoria jurídica que satisfizesse a seus anseios, ou seja, por uma ideologia política.

Sua opção de adotar a coercibilidade monopolizada como critério de definição do direito é ainda mais nítida que em Austin, como se depreende do seguinte trecho: "O Direito é uma organização da força. Porque o Direito vincula certas condições para o uso da força nas relações entre os homens, autorizando o emprego da força apenas por certos indivíduos e sob certas circunstâncias".[56] Explica Kelsen:

> Quando a sanção é organizada socialmente, o mal aplicado ao violador da ordem consiste numa privação de posses – vida, saúde, liberdade ou propriedade. Como as posses lhe são tomadas contra a sua vontade, essa sanção tem o caráter de uma medida de coerção. Isso não significa que a força deva ser aplicada na execução da sanção. Onde a autoridade que aplica a sanção possui poder adequado, esse caso é apenas excepcional.[57]

---

[53] Ibidem, prefácio, p. XXXI.
[54] Idem. Teoria pura do direito. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009, p. 37.
[55] Idem. Teoria geral do direito e do estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000, prefácio, p. XXXIII.
[56] Ibidem, p. 30.
[57] Ibidem, p. 26. Kelsen provavelmente retirou esse rol de bens jurídicos ("vida, saúde, liberdade ou propriedade") do seguinte trecho de Locke: "O estado natural tem uma lei natural para o governar, a qual obriga a todos: e a razão, que constitui essa lei, ensina a todos os homens, que a consultarem, que sendo todos iguais e independentes, ninguém deveria ofender a outro na sua vida, propriedade, liberdade, e saúde." (LOCKE, op. cit., p. 35).

Traços marcantes de sua doutrina são a ênfase na distinção entre ser (mundo dos fatos) e dever ser (mundo das normas), herança de Immanuel Kant,[58] e o rigor formal[59] com que construiu o que depois foi chamado de pirâmide normativa, em que as normas superiores em hierarquia emprestam força às inferiores, havendo sobre todas elas uma norma fundamental.

Seria impróprio afirmar que Kelsen e os demais positivistas não reconhecem a importância dos valores para a sociedade, como se aconselhassem os operadores do direito a ignorar completamente a moral. Eles afirmam apenas, na verdade, que a moral e a política não devem ser estudadas no bojo de uma teoria geral do direito.

Também seria incorreto defender que a adoção do positivismo restringe as possibilidades de ação do aplicador do direito, enquanto a admissão do jusnaturalismo o amplia. Kelsen, por exemplo, confere ao aplicador uma margem de ação muito maior que aquela prevista por Kant, um dos grandes defensores do direito natural.

Sustenta o primeiro, ao tratar das "lacunas do Direito", as quais considerava uma "ficção":

> O legislador, ou seja, o órgão autorizado pela constituição a criar as normas jurídicas gerais, percebe a possibilidade de que as normas que decreta podem, em alguns casos, levar a resultados injustos ou iníquos, uma vez que o legislador não tem condição de prever todos os casos concretos que podem vir a ocorrer. Ele, portanto, autoriza o órgão aplicador de Direito, não a aplicar as normas gerais criadas pelo legislador, mas a criar uma nova norma, no caso de a aplicação das normas gerais criadas pelo legislador, ter um resultado insatisfatório. [...] A fórmula "o juiz está autorizado a atuar como legislador se a aplicação das normas gerais existentes lhe parecer injusta ou iníqua" dá muita liberdade ao arbítrio do juiz, já que este poderia julgar a aplicação da norma criada pelo legislador inadequada em muitos casos. Tal fórmula significa a abdicação do legislador em favor do juiz. Esse é o motivo (provavelmente inconsciente) pelo qual o legislador usa a ficção das 'lacunas do Direito', ou seja, a ficção de que o Direito válido pode ser logicamente inaplicável a um caso concreto. [...] Se o juiz está

---

[58] A distinção entre as leis naturais e as leis da liberdade ou morais é traçada detalhadamente pelo filósofo alemão (KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003, p. 63 e ss.).

[59] Segundo reporta Iain Stewart, Kelsen quando jovem sonhava obter graduação em filosofia, matemática e física, e apenas por motivos econômicos tornou-se professor secundário, entrando sem entusiasmo no curso de direito da Universidade de Viena. A simpatia pelos números talvez explique o rigor lógico de sua obra (STEWART, Iain. The Critical Legal Science of Hans Kelsen. Journal of law and Society, Cardiff, vol. 17, n. 3, p. 273-308, 1990).

> autorizado a atuar como legislador apenas sob a condição de existir uma "lacuna" no Direito, isto é, sob a condição de o Direito ser logicamente inaplicável ao caso concreto, fica oculta a verdadeira natureza da condição, que é de a aplicação do Direito – apesar de logicamente possível – parecer injusta ou iníqua ao juiz. O efeito disso pode ser o de que o juiz faça uso da autorização apenas naqueles casos razoavelmente raros em que lhe parece tão evidentemente injusto rejeitar a demanda do queixoso que ele se sinta compelido a crer que tal decisão é incompatível com as intenções do legislador. Então, ele chega à conclusão: se o legislador houvesse previsto esse caso, ele teria estipulado a obrigação do réu. Como a ordem jurídica ainda não contém essa norma, ela não é aplicável ao caso concreto, e como ele, o juiz, é obrigado a decidir o caso, é nesse caso que ele está autorizado a atuar como legislador. A teoria das lacunas no Direito, na verdade, é uma ficção, já que é sempre logicamente possível, apesar de ocasionalmente inadequado, aplicar a ordem jurídica existente no momento da decisão judicial. Mas o sancionamento dessa teoria fictícia pelo legislador tem o efeito desejado de restringir consideravelmente a autorização que o juiz tem de atuar como legislador, ou seja, de emitir uma norma individual com força retroativa nos casos em consideração.[60]

Assim, no sistema de Kelsen, a liberdade na aplicação do direito pode ser muito expressiva, podendo o aplicador até mesmo legislar substitutivamente quando a lei preexistente lhe parecer insatisfatória, desde que o legislador assim determine, por meio de uma teoria das lacunas ou de instituto similar.[61]

Kant, ao revés, defende de maneira enfática e absolutamente intransigente que a aplicação do direito deve se adstringir ao conteúdo determinado pela norma, como se depreende do seguinte trecho:

> O jurista erudito não busca as leis que garantem o meu e o teu (se, como deve, proceder como funcionário do governo) na sua razão, mas no código oficialmente promulgado e sancionado pela

---

[60] KELSEN, 2000, p. 214-215.

[61] É o caso do nosso ordenamento, já que a Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro (Decreto-Lei 4.657/42, antiga Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro) preceitua, em seu art. 4º, que "Quando a lei for omissa, o juiz decidirá o caso de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito." (BRASIL. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012). Há, ainda, previsão específica no mesmo sentido para a seara trabalhista, contida no *caput* do art. 8º da Consolidação das Leis do Trabalho, que fixa: "As autoridades administrativas e a Justiça do Trabalho, na falta de disposições legais ou contratuais, decidirão, conforme o caso, pela jurisprudência, por analogia, por eqüidade e outros princípios e normas gerais de direito, principalmente do direito do trabalho, e, ainda, de acordo com os usos e costumes, o direito comparado, mas sempre de maneira que nenhum interesse de classe ou particular prevaleça sobre o interesse público." (Idem. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. CLT Saraiva e Constituição Federal. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 54).

> autoridade suprema. Não pode justamente exigir-se dele a demonstração da sua verdade e legitimidade, nem a sua defesa contra a objecção antagónica da razão. De facto, os decretos é que primeiramente fazem que algo seja justo, e indagar se também os próprios decretos são justos é algo que os juristas têm de rejeitar como absurdo. Seria ridículo pretender subtrair-se à obediência perante uma vontade externa e suprema sob o pretexto de que esta não se harmoniza com a razão. Com efeito, o respeito devido ao governo consiste precisamente em que ele não permite aos súbditos a liberdade de julgar sobre o justo e o injusto, segundo os seus conceitos próprios, mas de acordo com a prescrição do poder legislativo.[62]

Como a adoção do positivismo kelseniano, por si só, não implica o abandono dos valores pelo aplicador do direito, nem a mitigação das possibilidades de ação deste, deve ser rejeitada uma posição maniqueísta que, por esses fundamentos, tenda a identificar tal corrente doutrinária com o mal, a tirania e o nazismo. Por isso, aqui se discorda, em relação a este ponto específico, do renomado constitucionalista Luís Roberto Barroso, que defende:

> Considerado metafísico e anti-científico, o direito natural foi empurrado para a margem da história pela ascensão do positivismo jurídico, no final do século XIX. Em busca de objetividade científica, o positivismo equiparou o Direito à lei, afastou-o da filosofia e de discussões como legitimidade e justiça e dominou o pensamento jurídico da primeira metade do século XX. Sua decadência é emblematicamente associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha, regimes que promoveram a barbárie sob a proteção da legalidade. Ao fim da 2ª Guerra, a ética e os valores começam a retornar ao Direito.[63]

Hitler se declarava jusnaturalista[64] e os pais de Kelsen eram judeus,[65] o que evidencia a estranheza desse entendimento.

O também constitucionalista e teórico dos direitos humanos Clèmerson Merlin Clève, embora não faça menção ao nazismo, relaciona o positivismo jurídico à ditadura da maioria, nos seguintes termos:

> O direito constitucional do homem, do cidadão, da dignidade da pessoa humana, dos direitos fundamentais, afasta-se daquele centrado, exclusivamente, na figura do Estado, dele dependente, criatura servindo o criador, instrumento de governo que dá satisfação aos interesses das maiorias conjunturais. O primeiro é o direito constitucional crítico, emancipatório, principiológico e repersonalizador. O

---

[62] KANT, Immanuel. O conflito das faculdades. 1. ed. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1993, p. 27-28.

[63] BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado, Salvador, ano 3, n. 9, p. 1-41, mar. 2007. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br/rere/edicao/09/>. Acesso em: 18 fev. 2012.

[64] HITLER, op. cit., p. 87.

[65] STEWART, op. cit., p. 274.

> segundo é o direito constitucional do *status quo*, dogmatista, positivista, cativo do princípio majoritário, mero instrumento da atuação estatal. O primeiro põe a dignidade da pessoa humana em lugar exterior ao debate político, tendo por acertado que a política haverá de servir a dignidade da pessoa humana. O segundo deixa a dignidade da pessoa humana à disposição do debate político e, portanto, à mercê dos humores políticos contingentes. São posturas distintas. Compõem histórias jurídicas apartadas. Cada qual é responsável pela sua opção metodológica.[66]

Os motivos que levam a rejeitar a posição de Clève, no particular, são os mesmos que impedem a adoção da opinião de Barroso acerca do tema.

Partilhando da ideia, aqui apresentada, de que o positivismo não acarreta, por si só, o abandono dos valores pelo aplicador do direito, nem restringe a ação deste, André Luiz Fernandes Fellet escreveu artigo no qual denuncia, de maneira mais detalhada, a "inconsistência fática da posição que defende que o positivismo jurídico foi o responsável, direta ou indiretamente, pela dominação nazista na Alemanha, cujas funestas consequências são conhecidas por todos".[67]

O positivismo jurídico, da mesma forma que o jusnaturalismo, fornece um caminho para a fundamentação da existência dos direitos humanos, do princípio da dignidade da pessoa humana e, por consequência, do princípio da proibição do retrocesso social.

---

[66] CLÈVE, Clèmerson Merlin. Introdução a *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, de Ingo Wolfgang Sarlet. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[67] FELLET, André Luiz Fernandes. A relação entre o nazismo e o positivismo jurídico revisitada. Revista Direito Público, Brasília, n. 30, p. 107-121, nov./dez. 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/796/665>. Acesso em: 27 mar. 2012.

3 A DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO PRINCÍPIO ESSENCIAL

3.1 Considerações iniciais

Se um valor pode ser escolhido como o principal, dentre os muitos que integram o sistema constitucional brasileiro de hoje, esse valor é o da dignidade da pessoa humana. Nas palavras de Thiago Luís Santos Sombra:

> Somado aos atributos inerentes à fundamentalidade, o princípio da dignidade da pessoa humana reforça a posição ocupada pelas normas jusfundamentais no centro de gravitação do ordenamento jurídico. O sistema de direitos fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro – e de grande parte dos Estados Sociais e Democráticos de Direito – retira seu fundamento de existência, validade e eficácia do princípio da dignidade da pessoa humana.[68]

Essa valorização do homem frente ao Estado e aos demais particulares ocorre devido a fortes motivos históricos: reflete a negação do absolutismo, herança da Revolução Francesa de 1791, e, principalmente, o repúdio ao nazifascismo, como consequência do desfecho da Segunda Guerra Mundial (1939-1945).[69]

Como o princípio da proibição do retrocesso social constitui parte do instrumental de proteção e de busca da máxima efetivação dos direitos fundamentais, pode-se dizer que ele funciona como uma ferramenta de defesa da dignidade da pessoa humana, já que esta se desdobra naqueles direitos.

E, ao mesmo tempo, como é da diretriz de proteção da dignidade do homem que nasce a necessidade de salvaguardar e efetivar ao máximo os direitos fundamentais, também se pode dizer que a razão essencial de existência do princípio da proibição do retrocesso social é a própria dignidade humana. Por isso, sem que se estude esta, é impossível compreender aquele.

---

[68] SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 42.

[69] O historiador israelense Yehoshua Arieli anota que, na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, “a invocação da dignidade e dos direitos do homem tem que ser vista como contratese e contra-ideologia do Mundo Livre às ideologias das Potências do Eixo e, em particular, ao nacional-socialismo” (ARIELI, Yehoshua. The emergence of doctrine of dignity of man, p. 3. In: KRETZMER, David (Ed.); KLEIN, Eckart (Ed.). The concept of human dignity in human rights discourse. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 1-18, tradução nossa. No original: “the invocation of the dignity and rights of man has to be seen as counter-thesis and counter-ideology of the Free World to the ideologies of the Axis Powers and in particular to National Socialism”.).

3.2 Breve histórico

O homem da antiguidade era enormemente vinculado ao Estado, pelas razões que Fustel de Coulanges expõe, ao tratar da Grécia e de Roma daqueles tempos:

> A palavra pátria, entre os antigos, teve o significado de terra dos pais, *terra patria*. A pátria de cada homem era a porção do solo que a religião doméstica, ou a nacional, havia santificado, a terra onde estavam depositados os ossos de seus antepassados e por suas almas ocupada. A pequena pátria era o círculo da família, com o seu túmulo e o seu fogo sagrado. A grande pátria era a cidade, com seu pritaneu[70] e seus heróis, com seu recinto sagrado e seu território demarcado pela religião. 'Terra sagrada da pátria' – diziam os gregos. Não era essa uma expressão vazia. Esse chão tornara-se verdadeiramente sagrado para o homem, porque os seus deuses o habitavam. Estado, Cidade e Pátria não eram conceitos abstratos, como entre os povos modernos; representavam, verdadeiramente, todo um conjunto de divindades locais, com um culto cotidiano, e crenças que tinham grande poder sobre as almas. [...] Uma pátria com tais características não é, para o homem, apenas seu domicílio. Transpondo suas santas muralhas, ultrapassando os limites sagrados do território, ele não terá nem religião, nem vínculo social de espécie alguma. Somente na sua pátria, ele tem dignidade de homem e seus deveres. O cidadão não pode ser homem em outro lugar. [71]

A atual polissemia da palavra "dignidade", que, dentre outras coisas, significa "qualidade de digno" ou "Cargo ou título de alta graduação",[72] é consentânea com as instituições dos tempos antigos, nos quais essa qualidade praticamente não existia desligada de um cargo estatal. Relata o historiador francês:

> se nos lembrarmos de que entre os gregos o Estado tinha poder absoluto, e que nem um só direito individual podia resistir-lhe, compreenderemos então o enorme interesse que havia para cada homem, mesmo para o mais humilde, em possuir direitos políticos, isto é, fazer parte do governo. Sendo tão onipotente o soberano coletivo, o homem só podia ser alguma coisa quando membro dessa soberania. Sua segurança e sua dignidade dependiam disso. Queria possuir direitos políticos, não para ter verdadeira liberdade, mas para possuir, pelo menos, o que a pudesse substituir. [73]

---

[70] Entre os gregos, edifício principal da cidade, onde ficava o altar dedicado à reverência coletiva dos deuses municipais (ibidem, p. 102), esta de tal importância que "Reconhecia-se como cidadão todo o homem que participava do culto da cidade, e dessa participação provinham todos os seus direitos civis e políticos. Renunciando ao culto, renunciava aos direitos" (ibidem, p. 135).

[71] Ibidem, p. 139.

[72] DIGNIDADE. In: DICIONÁRIO da língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2012. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=dignidade>. Acesso em: 3 fev. 2012.

[73] Ibidem, p. 223.

Descrevendo o surgimento da ideia das liberdades individuais, como uma parte do processo de substituição do modelo de Cidades-Estado pelo de grandes países, ensina Coulanges:

> A cidade antiga fora tão poderosa e tão tirânica que o homem fizera dela razão de todo o seu trabalho e de todas as suas virtudes; a cidade fora a regra do belo e do bem, e o homem só conhecera para ela o heroísmo. Mas eis que Zenão[74] ensina ao homem a existência de uma dignidade, não de cidadão, mas de homem; que, além dos seus deveres para com a lei, o homem os tem também para consigo próprio, estando o supremo mérito do homem, não em viver ou morrer pelo Estado, mas em ser virtuoso e agradar à divindade. Virtudes um tanto egoístas e que fizeram decair a independência nacional e a liberdade, mas por via das quais o indivíduo adquiriu importância. As virtudes públicas foram desaparecendo, mas as virtudes pessoais tomaram mais evidência e surgiram no mundo. Tiveram primeiro que lutar, quer contra a corrupção geral, quer contra o despotismo. Mas pouco a pouco enraizaram-se na humanidade, e, com o tempo, tornaram-se um poder com o qual todo o governo teve de contar, e tornou-se imprescindível modificar as regras da política para que lhes fosse dado lugar. Assim, pouco a pouco, transformaram-se as crenças; a religião municipal, fundamento da cidade, extinguiu-se; o regime municipal, tal como os antigos o conceberam, teve de soterrar-se nos escombros da cidade antiga. Insensivelmente os homens libertaram-se das regras rigorosas e das formas acanhadas de governo. Idéias mais elevadas conclamavam os homens a formar sociedades mais amplas. Os homens tenderam para a unidade; foi essa a aspiração geral dos dois séculos que precederam a era cristã.[75]

Defende Ingo Wolfgang Sarlet, em seu panorama histórico sobre a dignidade, aqui resumido e complementado, que “No pensamento filosófico e político da antiguidade clássica, verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo”,[76] porém Cícero teria desenvolvido “uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social”,[77] decorrente da qualidade ímpar de racional que tem o ser humano frente aos animais e outros seres.

---

[74] O fenício Zenão de Cítio (334-326 a. C.), após sofrer um naufrágio e ser obrigado a viver em Atenas, fundou o estoicismo, escola filosófica que exaltava diversas qualidades individuais, especialmente a tranquilidade ante as vicissitudes, a bondade e a virtude, como meios para atingir uma vida conformada à natureza das coisas. (ENCICLOPEDIA delle Scienze Sociali. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/zenone-di-cizio/>. Acesso em: 02 fev. 2012.

[75] Ibidem, p. 251.

[76] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 32.

[77] Ibidem, p. 33.

O seguinte trecho da obra *De oficiis* (Dos deveres), de Cícero, representa a posição do Cônsul romano sobre o assunto, revelando também a serenidade de sua filosofia estóica:

> É pertinente a todo questionamento sobre o dever sempre atentar para o quanto a natureza humana [*natura hominis*] excede a do gado e das demais bestas; eles nada pensam [*sentiunt*], a não ser na satisfação dos sentidos, à qual são arrastados com todo ímpeto; a mente humana, pelo contrário, se alimenta de aprender e cogitar, sempre investiga ou faz algo, sendo levada pelo deleite de ver e ouvir. [...] Disso se depreende que a satisfação dos sentidos corporais não é digna o bastante da superioridade humana [*non satis esse dignam hominis praestantia*], devendo ser desprezada e rejeitada [...] E também, se quisermos considerar o que é, em natureza, excelência e dignidade, entenderemos o quão torpe é a dissolução em luxúria e o viver delicado e mole, e quanto é honrado o viver parcimonioso, contido, severo, sóbrio.[78]

Com efeito, no modelo de Cícero, todo ser humano tem alguma dignidade. Ocorre, no entanto, que o pensador reconhece a existência de diversos "graus de dignidade [*dignitatis gradus*]",[79] decorrentes do cargo ou posição social, de maneira que ainda subsiste para ele, a rigor, uma vinculação entre dignidade e *status*. No mesmo sentido, o jurista alemão Joern Eckert, para quem:

> Em Roma, [...] a dignidade humana não tinha relevância jurídica. Cícero, por exemplo, não considerava a dignidade como uma dignidade humana universal, mas como uma dignidade específica, de acordo com a hierarquia. Ele explicitamente usou o conceito de dignidade para criticar a democracia por não respeitar as necessárias diferenciações de dignidade de acordo com a hierarquia. Mesmo quando o povo controla tudo – não importa quanta justiça e

[78] CÍCERO, Marco Túlio. De oficiis. Edição bilíngue latim-inglês. Tradução de Walter Miller. 1. ed. Londres: William Heinemann, 1928, p. 106-109, tradução nossa. Disponível em: <http://ia700302.us.archive.org/17/items/deofficiiswithen00ciceuoft/deofficiiswithen00ciceuoft.pdf>. Acesso em: 28 jan. 2012. Na versão em inglês: "But it is essential to every inquiry about duty that we keep before our eyes how far superior man is by nature to cattle and other beasts: they have no thought except for sensual pleasure and this they are impelled by every instinct to seek; but man's mind is nurtured by study and meditation; he is always either investigating or doing, and he is captivated by the pleasure of seeing and hearing. [...] From this we see that sensual pleasure is quite unworthy of the dignity of man and that we ought to despise it and cast it from us […] if we will only bear in mind the superiority and dignity of our nature, we shall realize how wrong it is to abandon ourselves to excess and to live in luxury and voluptuousness, and how right it is to live in thrift, self-denial, simplicity, and sobriety". No original: "Sed pertinet ad omnem officii quaestionem semper in promptu habere, quantum natura hominis pecudibus reliquisque beluis antecedat; illae nihil sentiunt nisi voluptatem ad eamque feruntur omni impetu, hominis autem mens discendo alitur et cogitando, semper aliquid aut anquirit aut agit videndique et audiendi delectatione ducitur. [...] Ex quo intellegitur corporis voluptatem non satis esse dignam hominis praestantia, eamque contemni et reici oportere [...] Atque etiam si considerare volemus quae sit in natura excellentia et dignitas, intellegemus, quam sit turpe diffluere luxuria et delicate ac molliter vivere quamque honestum parce, continenter, severe, sobrie".

[79] Ibidem, p. 238.

> moderação ele possa demonstrar – ainda assim a igualdade em si é iníqua por desconsiderar os graus de hierarquia (*aequabilitas est iniqua, cum habet nullos gradus dignitas*).[80]

Assim, quanto a este aspecto do pensamento ciceroniano, aqui se adota o ponto de vista de Sarlet com o temperamento de que o romano, na verdade, ainda não desvinculava inteiramente a dignidade do cargo ou posição social.

São Tomás de Aquino (1225-1274), no baixo medievo, defende em sua *Summa Theologiae* que "a dignidade é algo absoluto e pertence à essência"[81] e que "o corpo humano tem a máxima dignidade, uma vez que a forma que o aperfeiçoa, a alma racional, é a mais digna".[82] Mas, da mesma forma que o filósofo romano, Aquino admitia graus de dignidade, defendendo, *e. g.*, que "por natureza, a mulher é inferior ao homem em dignidade e poder".[83]

No período da Renascença, conforme Sarlet, também o "humanista italiano Pico della Mirandola, [...] partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano, advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino".[84]

Utilizando argumentos que, em parte, lembram os de Cícero, traça Mirandola (1463-1494), em sua obra *Oratio de hominis dignitate* (Discurso sobre a dignidade

---

[80] ECKERT, Joern. Legal roots of human dignity in german law, p. 43. In: KRETZMER, David (Ed.); KLEIN, Eckart (Ed.). The concept of human dignity in human rights discourse. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 41-54, tradução nossa. No original: "In Rome, […] human dignity had no legal relevance. Cicero, for instance, did not consider dignity as universal human dignity, but as a special dignity according to rank. He explicitly used the concept of dignity to criticize democracy for not respecting the necessary differentiations of dignity according to rank. Even when the people control everything – no matter how much justice and moderation they may display – still equality itself is inequitable when it has no regard to degrees of rank (*aequabilitas est iniqua, cum habet nullos gradus dignitas*)". A citação latina foi extraída da obra *De re publica*, I, XXVII (CÍCERO, Marco Túlio. *De re publica*. 1. ed. Paris: Hachette, 1874, p. 65. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/ciceroderepubli 00cicegoog#page /n74>. Acesso em: 28 jan. 2012.

[81] AQUINO, op. cit., p. 411, tradução nossa. Na edição espanhola: "la dignidad es algo absoluto y pertenece a la esencia". No original, citado na edição espanhola: "dignitas absolutum est, et ad essentiam pertinet". Aquino segue Aristóteles, uma forte influência em sua obra, ao utilizar o termo "essência" como sinônimo de algo sem o qual o ente não pode ser o que é, em contraposição a "acidente", que representa algo que pode pertencer ou não ao ser, mas cuja falta não compromete a existência deste (ARISTÓTELES. Metaphysics. 1. ed. Londres: George Bell and Sons, 1901, p. 92-93. Disponível em: <http://www.archive.org/ stream/metaphysicsaris00arisgoog#page/n195/mode/2up>. Acesso em: 28 jan. 2012).

[82] AQUINO, op. cit., p. 816, tradução nossa. Em castelhano: "el cuerpo humano posee la máxima dignidad, puesto que la forma que lo perfecciona, el alma racional, es la más digna".

[83] Ibidem, p. 823, tradução nossa. Na versão espanhola: "por naturaleza, la mujer es inferior al hombre en dignidad y en poder".

[84] SARLET, op. cit., p. 34.

do homem),[85] uma clara distinção entre o homem e os demais seres. Pregava o italiano:

> Ó suprema bondade de Deus Pai, suprema e admirável felicidade do homem! É-lhe dado ter aquilo que deseja, ser aquilo que quer. Os animais, no momento do seu nascimento, trazem consigo 'do ventre da sua mãe' (como diz Lucílio) o que eles possuirão. Os espíritos superiores foram de mediato, ou pouco depois, aquilo que eles estão eternamente destinados a ser. Mas, ao homem recém-nascido, o Pai deu sementes de toda a natureza e os germes de toda a espécie de vida. Aqueles que cada um tiver cultivado desenvolver-se-ão e frutificarão nele: vegetativos, eles o farão tornar-se plantas; sensíveis, farão dele um animal; racionais, eles o elevarão à categoria de ser celeste; intelectuais, eles farão dele um anjo e um filho de Deus. E se, insatisfeito com a sorte de cada criatura, ele se recolher no centro da sua unidade, formando com Deus um único espírito, na solitária treva do Pai que está erguido acima de todas as coisas, ele ultrapassará todas elas. Quem não admiraria este nosso camaleão?[86]

Mirandola fundamentava seus escritos na cabala (teoria mística judaica) e na magia não diabólica, defendendo que ambas apoiariam a fé cristã,[87] motivo pelo qual foi declarado herege pela Igreja Católica e, consequentemente, levado à prisão.[88]

Para o jurista alemão Samuel Pufendorf (1634-1694), segundo Sarlet, "a noção de dignidade não está fundada numa qualidade natural do homem e tampouco pode ser identificada com a sua condição e prestígio na esfera social",[89] tampouco representando uma concessão divina.

Aqui se defende, no particular, uma posição parcialmente oposta à do teórico gaúcho. Pufendorf, na verdade, considera a dignidade uma decorrência da natureza humana e, ao mesmo tempo, a maior das dádivas de Deus, como se depreende do seguinte excerto:

> A natural dignidade do homem [*humanae naturae dignitas*] e sua superioridade sobre os outros animais requerem que suas ações sejam ajustadas por normas; sem as quais nenhuma ordem, nenhum decoro, nenhuma beleza pode ser concebida. Portanto, a máxima dignidade do homem [*Maxima inde homine dignatio*] é ter obtido alma imortal, luz do intelecto, faculdade de julgamento e de escolha, e ser em muitas artes solertíssimo [...] foi sem dúvida intencional, que ele

---

[85] Título consagrado, posto pelo primeiro editor. O nome originalmente dado pelo autor à obra era *Oratio* (Discurso), simplesmente (MIRANDOLA, Giovanni Pico della. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução e análise de Maria Isabel Aguiar. 1. ed. Porto: Areal, 2005, p. 29).
[86] Ibidem, p. 70.
[87] Ibidem, p. 93-99.
[88] Ibidem, p. 25-26.
[89] SARLET, op. cit., p. 36.

> pudesse empregar os poderes que recebeu para manifestar a glória de seu Criador, e para promover sua própria felicidade.[90]

E, à maneira de Cícero, Pufendorf reconhece um mínimo de dignidade em todo ser humano, mas ainda admite a existência de níveis de dignidade, conforme se extrai das seguintes palavras suas:

> Uma vez que há diversos graus, por assim dizer, de servidão, então o poder dos senhores e a condição dos servos varia. Para um servo alugado por determinado tempo [...] a condição do mestre é a melhor, então tal servo deve também respeitar a seu mestre conforme sua dignidade; e se tiver feito seu trabalho enganosa ou negligentemente, está sujeito a punição por ele; desde que não vá tão longe quanto qualquer mutilação grave de seu corpo, e muito menos quanto o castigo da morte. Mas, quanto àquele servo que se oferece voluntariamente à servidão perpétua, o mestre é obrigado a dar sustento perpétuo e todas as coisas necessárias à sua vida [...] é não só sujeito aos castigos físicos do seu mestre por sua negligência, mas o mesmo pode corrigir suas maneiras, as quais devem ser ajustadas para preservar a ordem e a decência na família [...] se o crime for contra a mesma família, sendo ela independente, o chefe pode infligir até mesmo à punição capital [...] É também de praxe transmitir nossa propriedade sobre aqueles escravos que são capturados em guerra, ou comprados com nosso dinheiro, para quem desejamos, da mesma maneira que fazemos com nossos outros bens e mercadorias [...] E ainda assim a Humanidade nos manda não esquecer que aquele servo é um homem, seja como for, e portanto não deve ser tratado como fazemos com nossos móveis, usando-os ou deles abusando, ou os destruindo como desejamos. E, quando estamos inclinados a nos separarmos dele, não devemos entregá-lo nas mãos daquele que, como sabemos, abusará dele desumana e imerecidamente".[91]

---

[90] PUFENDORF, Samuel von. Of the law of nature and nations. 1. ed. Oxford: L. Lichfield, 1710, p. 78-79, tradução nossa. Disponível em: <http://books.google.com.br/books/download/Of_the_law_of_nature_and_nations.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2012. Na versão inglesa: "The Dignity of Man and his Excellency above all the other parts of the Animal World, made it requisite that his Actions should be squar'd by some Rule; without which no Order, no Decorum, no Beauty can be conceiv'd. Hence it is his greatest Honour that he has obtain'd an Immortal Soul, indu'd with the Light of Understanding, with the Faculties of judging and of chusing things, and with an admirable Capacity for Arts and Knowledge. [...] it was without doubt intended, that he should to employ the Powers he had receiv'd as to manifest the Glory of his Creator, and to promote his own true Interest and Happiness". Foi consultado também o original latino: PUFENDORF, Samuel von. De jure naturae et gentium. 1. ed. Frankfurt: Knoch, 1744, p. 144-145. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/dejurenaturaeetg01pufe#page/144/mode/2up>. Acesso em: 02 fev. 2012.

[91] Idem. The whole duty of men according to the law of nature. 1. ed. Londres: R. Gosling, 1735, p. 209-211, tradução nossa. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/wholedutymanacc00barbgoog#page/n260>. Acesso em: 02 fev. 2012. Na versão inglesa: "Now as there are several Degrees, as it were, of Servitude, so the Power of the Masters, and the Condition of the Servants do vary. To a Servant hired for a Time, the Duty of the Master is to pay him his Wages; the other making good on his Part the Work as agreed for: And because in this Contract the Condition of the Master is the better, therefore such Servant is also to pay Respect to his Master according to his Dignity; and if he have done his Business knavishly or negligently, he is liable to Punishment from him; provided it go not so far as any

Também afirma Pufendorf, revelando admitir a existência de diversos graus de dignidade, que "Nem deve cada um ser considerado na Igreja de acordo com o *status* ou a dignidade que tem na comunidade, mas, essas qualificações são, por assim dizer, postas de lado ali, e ele é apenas é considerado como um cristão",[92] que certos "Príncipes adicionaram aos seus antigos títulos o de Eleitor, e foram depois disso respeitados como pessoas em mais alta posição e dignidade que o resto"[93] e que um ofício é "esse *status* no qual, de uma pessoa, essencialmente por atividade intelectual, e em associação com um certo grau de dignidade, se espera que realize algo em favor de outrem".[94]

Em conhecido trecho de sua obra, Kant, considerado o principal filósofo do Iluminismo e um dos maiores de todos os tempos,[95] sustenta:

> o Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. [...] Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como

---

grievous Maiming of his Body, much less so far as Infliction of Death. But to such a Servant as voluntarily offers himself to perpetual Servitude, the Master is obliged to allow perpetual Maintenance, and all Necessaries for this Life [...] is not only subject to the Chastisement of his Master for his Negligence, but the same may correct his Manners, which ought to be accommodated to preserve Order and Decency in the Family [...] if the Crime be against the same Family, it being independent, the Head thereof may inflict even Capital Punishment [...] It is also the Practice to pass away our Property in such Slaves who are taken in War, or bought with our Money, to whom we please, after the same manner as we do our other Goods and Commodities [...] And yet here Humanity bids us not to forget that this Servant is a Man, however, and therefore ought not to be treated as we do our Moveables, use 'em or abuse 'em, or destroy 'em as we list. And when we are minded to part with him, we ought not to deliver him into the Hands of such, as we know will abuse him inhumanly and undeservedly".

[92] Idem. Of the nature and qualification of religion, in reference to civil society. 1. ed. Londres: A. Roper, 1698, p. 113, tradução nossa. Disponível em: <http://books.google.com.br/books/download/Of_the_nature_and_qualification_of_relig.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2012. Em inglês: "Neither is every one to be considered in the Church according to the Station or Dignity he bears in the Commonwealth, but, these Qualifications are, as it were, laid aside there, and he is only regarded as a Christian".

[93] Idem. The present state of Germany. 1. ed. Indianapolis: Liberty Found, 2007, p. 101, tradução nossa. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/1890/1367_Bk.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2012. Na versão inglesa: "Princes added to their former Titles that of Electors, and were ever after esteemed as persons set in an higher Station and Dignity than the rest".

[94] Idem. Two books of the elements of universal jurisprudence. 1. ed. Indianapolis: Liberty Found, 2009, p. 37, tradução nossa. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2220/Pufendorf_1495_LF eBk.pdf >. Acesso em: 02 fev. 2012. Na versão inglesa: "is that status in which a person, primarily by an intellectual effort, and accompanied with a certain degree of dignity, is expected to accomplish something for another's advantage".

[95] Conforme o verbete "Immanuel Kant" da Enciclopédia Britânica (ENCYCLOPÆDIA Britannica. Chicago: Encyclopædia Britannica Inc., 2011. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/3113 98/Immanuel-Kant>. Acesso em: 02 fev. 2011.

> meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).[96]

A compreensão desse ponto de vista, para não ser superficial, requer uma contextualização e uma breve exposição do modelo kantiano.

Platão extrai, da existência de semelhança entre coisas diversas, que haveria um mundo das idéias perfeitas, de cujas formas essas coisas se aproximavam.[97] Todas as coisas belas, por exemplo, apenas refletiriam "O Belo". O pensador grego, que apreciava a matemática, criou sua "Teoria das Idéias" como uma transposição da geometria, na qual há, *v. g.*, esferas perfeitas e cubos perfeitos, dos quais as esferas e cubos do mundo concreto apenas se aproximam.

Também Kant é idealista,[98] acreditando em "um mundo inteligível puro, como um conjunto de todas as inteligências, ao qual pertencemos nós mesmos como seres racionais (posto que, por outro lado, sejamos ao mesmo tempo membros do mundo sensível)".[99] Ao analisar os costumes, portanto, não pode se contentar com o relativismo, com o dever como "necessidade da acção partindo de um determinado interesse",[100] como, *e. g.*, o dever de estudar com o fim de aprender. Procura "alguma coisa cuja *existência em si mesma* tenha um valor absoluto e que, *como fim em si mesmo*, possa ser a base de leis determinadas".[101]

Kant, nessa busca, inicialmente declara que a única coisa ilimitadamente boa é a boa vontade, porque não pode se tornar má pelo uso que se pode fazer dela, ao contrário do que ocorre com o discernimento, a coragem, etc.[102] A boa vontade é boa em si mesma, independentemente do que consegue concretizar, sendo, no

---

[96] KANT, Immanuel. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 68.
[97] PLATÃO. Fédon. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1972, p. 112-120.
[98] Afirma ele, por exemplo, que o Estado concebido de acordo com o direito natural constitui "um ideal platónico [...], não é uma quimera vazia, mas a norma eterna para toda a constituição civil em geral" (KANT, 1993, p. 108).
[99] Idem, 2007, p. 116. O autor chamava os "conceitos da razão pura" de "idéias transcendentais" (KANT, Immanuel. Crítica da razão pura. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001, p. 334.)
[100] Idem, 2007, p. 75.
[101] Ibidem, p. 67.
[102] Ibidem, p. 21-22.

entanto, “claro que não se trata aqui de um simples desejo, mas sim do emprego de todos os meios de que as nossas forças disponham”.[103]

Com base nisso, chega à conclusão de que, dentre todas as coisas, apenas o ser racional existe como fim em si mesmo, porque é o único capaz de uma boa vontade, sendo esta a única coisa absolutamente boa. O fim absoluto, nas suas palavras:

> não pode ser outra coisa senão o sujeito de todos os fins possíveis, porque este é ao mesmo tempo o sujeito de uma possível vontade absolutamente boa; pois esta não pode sem contradição ser posposta a nenhum outro objecto.[104]

Assim, no respeito à “*dignidade* de um ser racional”,[105] Kant encontra aquilo que Platão chamaria “O Dever”, ou seja, o dever absoluto, que, por ser sempre o mesmo, vale para todos os seres racionais e é um estereótipo para todos os deveres legítimos, como, por exemplo, o de não fazer promessas com a intenção de descumpri-las.

Acrescenta que, uma vez que a natureza sempre acerta na repartição das faculdades e que o instinto satisfaria nossas necessidades melhor que a razão, o verdadeiro destino desta seria produzir uma vontade boa em si mesma, e não somente boa para atingir fins específicos.[106]

Retirando estes fins específicos da vontade, resta apenas, na boa vontade, a característica de valer para todos os seres racionais, a “conformidade a uma lei universal das acções em geral que possa servir de único princípio à vontade, isto é: devo proceder sempre de maneira que eu possa querer também que a minha

---

[103] Ibidem, p. 23.

[104] Ibidem, p. 81. A passagem, embora não prime pela concisão (como é regra nos escritos de Kant), encerra uma ideia muito simples: a de que seria contraditório uma boa vontade ir contra outra boa vontade, do que decorre que uma vontade verdadeiramente boa não pode ser tal, que prejudique um ser racional, já que ir contra este poderia afetar a boa vontade que nele exista ou venha a existir. O “sujeito de todos os fins possíveis” é sempre um ser racional, pois somente a partir da razão pode surgir um fim, não havendo fins no mundo irracional (das coisas inanimadas, etc.). Dizer que “o fim absoluto é o ser racional” significa dizer que a boa vontade deve sempre favorecer o ser racional, nunca prejudicá-lo. Declarar que o ser racional é “o sujeito de uma possível vontade absolutamente boa” é o mesmo que afirmar que o ser racional é o único que pode gerar uma boa vontade, porque, para haver vontade, é preciso haver razão (não existe vontade, boa ou não, no mundo irracional). A proposição de que “a boa vontade não pode sem contradição ser posposta a nenhum outro objeto” significa que, já que se partiu do pressuposto de que a boa vontade é o que há de mais elevado, nada pode (na verdade, nada *deve*) prejudicá-la. Assim, Kant defende, em suma, que “a razão de a boa vontade dever sempre favorecer o ser racional é que este pode gerar uma boa vontade, sendo que uma boa vontade não pode ir contra outra”.

[105] Ibidem, p. 77.

[106] Ibidem, p. 25.

máxima se torne uma lei universal".[107] Assim, por exemplo, não se deve nunca fazer uma promessa com a intenção de descumpri-la, porque esta não seria desejável como regra universal dos costumes. E não o seria porque, caso existisse, ninguém acreditaria em promessa alguma, o que destruiria o próprio instituto das promessas.[108]

Esse imperativo (agir sempre conforme máximas cuja validade para todos os seres racionais é desejável), que corresponde à boa vontade, é dito categórico, porque não está condicionado à busca de um fim específico e vale igualmente para todos os seres racionais.[109]

É com essa base que Kant afirma que "aquilo que [...] constitui a condição só graças à qual qualquer coisa pode ser um fim em si mesma, não tem somente um valor relativo, isto é, um preço, mas um valor íntimo, isto é, dignidade",[110] acrescentando que "a moralidade, e a humanidade enquanto capaz de moralidade, são as únicas coisas que têm dignidade",[111] ficando o preço reservado para as coisas.

Em Kant, finalmente, é suprimida, embora ainda não inteiramente, a ideia de dignidade vinculada ao cargo ou posição social. A dignidade deve ter sempre o mesmo grau, para quase todos aqueles considerados dignos, muito embora o autor ainda conceda ao Soberano o "esplendor de sua dignidade",[112] ou seja, uma dignidade em grau maior.

Para Kant, "Nenhum indivíduo no Estado pode realmente ser inteiramente sem Dignidade; pois tem ao menos a de ser um Cidadão, exceto quando tenha

---

[107] Ibidem, p. 33.
[108] Ibidem, p. 33-35.
[109] Schopenhauer (1788-1860) critica severamente essa posição, afirmando que "Kant imediatamente, sem qualquer investigação prévia, assume [...] que existem leis morais puras", sendo, por isso, "culpado de uma *petitio principii* [petição de princípio]". Para Schopenhauer, que, como Austin, foi confessadamente influenciado por Locke, "O que deveria ser feito é [...] necessariamente condicionado pela punição ou recompensa, consequentemente, para usar a linguagem de Kant, é essencial e inevitavelmente hipotético, e nunca, como ele sustenta, categórico" (SCHOPENHAUER, Arthur. The basis of morality. 2. ed. Londres: George Allen & Unwin, 1915, p. 29-33, tradução nossa. Na versão inglesa: "Kant straightway, without any previous investigation, assumes [...] that purely moral laws exist", "guilty of a *petitio principii*" e "What ought to be done is [...] necessarily conditioned by punishment or reward; consequently, to use Kant's language, it is essentially and inevitably hypothetical, and never, as he maintains, categorical").
[110] KANT, op. cit., p. 77.
[111] Ibidem, p. 77-78.
[112] Idem. The philosophy of law. 1. ed. Edinburgh: T. & T. Clark, 1887, p. 204, tradução nossa. Em inglês: "splendour of his dignity".

perdido sua Cidadania por [ter cometido] um Crime".[113] O filósofo defende a gradual extinção da nobreza hereditária, para cuja existência não vê nenhuma boa razão, de maneira que o Estado possa "passar da divisão tríplice em Soberano, Nobres e Povo, para a dúplice, e única natural, divisão entre Soberano e Povo".[114]

Além disso, mesmo reconhecendo a maior dignidade do Soberano, Kant é inteiramente contrário à monarquia absolutista. Critica esta e também a concessão de dignidades nobiliárquicas, no seguinte trecho:

> – Que é um monarca *absoluto*? – É aquele a cuja ordem, quando diz «Deve haver guerra», logo a guerra tem lugar. – Que é, pelo contrário, um monarca de poder limitado? Aquele que antes deve consultar o povo se deve ou não haver guerra; e se o povo diz «Não é necessária a guerra», então a guerra não ocorre. – Com efeito, a guerra é uma situação em que todas as forças do Estado estão à disposição do soberano. Ora o monarca da Grã-Bretanha levou a cabo muitas guerras sem para tal buscar aquele consentimento. Por isso, este rei é um monarca absoluto – o que decerto, segundo a constituição, não deveria ser; mas ele pode ir sempre além dela porque, graças justamente às forças do Estado, por ter em seu poder todas as funções e dignidades, pode estar seguro da aprovação dos representantes do povo. Mas este sistema de corrupção não deve, com certeza, ter publicidade, para ser bem sucedido. Permanece, pois, sob o véu muito transparente do segredo.[115]

A posição de Kant, com poucas alterações, constitui a essência da teoria da dignidade da pessoa humana, na forma adotada por numerosos ordenamentos jurídicos contemporâneos, em grande medida graças à "extraordinária amplitude e profundidade da influência de Kant em todo o curso da filosofia moderna".[116]

Mas é com a repulsa aos horrores da Segunda Guerra Mundial, na qual, segundo Eric Hobsbawn, morreram 54 milhões de pessoas,[117] que o princípio da dignidade da pessoa humana teve seu maior estímulo, sendo também, ironicamente, um fruto do nazifascismo.

---

[113] Ibidem, p. 193, tradução nossa. Na versão em inglês: "No individual in the State can indeed be entirely without Dignity; for he has at least that of being a Citizen, except when he has lost his Civil Status by a Crime".

[114] Ibidem, p. 192, tradução nossa. Na língua inglesa: "pass from the threefold division into Sovereign, Nobles, and People, to the twofold and only natural division into Sovereign and People".

[115] Idem, 1993, p. 108.

[116] GUYER, Paul. Prefácio a *The Cambridge companion to Kant and modern philosophy*. In: GUYER, Paul (Org.). The Cambridge companion to Kant and modern philosophy. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. VIII, tradução nossa. No original: "extraordinary breadth and depth of Kant's influence on the entire course of modern philosophy".

[117] HOBSBAWN, Eric. A era dos extremos: o breve século XX. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003, p. 56.

A propósito, ensina Alessandro Marques de Siqueira:

> A partir do segundo pós-guerra, ao menos no plano das leis, a concepção de que o respeito ao Ser Humano deve ocupar o centro de toda e qualquer atividade desenvolvida ganha força. Esta constatação rompe com as fronteiras do Estado Liberal para apresentar um modelo onde os valores essenciais ao Ser Humano são fundamentos da nova soberania. Desta forma os princípios informadores do Estado Democrático (Cidadania e Dignidade da Pessoa Humana) são trazidos para a realidade constitucional e passam a ser exigíveis no plano jurídico.[118]

A Organização das Nações Unidas, no ano de 1948, decide reforçar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão feita pela França em 1789, cujos artigos 1º e 6º, respectivamente estabelecem que "Os homens nascem iguais e são livres em direitos", e que "[...] Todos os cidadãos são [...] igualmente admissíveis a todas as *dignidades*, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos".[119]

Proclama a ONU, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe, em seu primeiro artigo: "Todos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade".[120]

Conforme a Declaração anterior, todos poderiam alcançar, segundo a sua capacidade, todas as dignidades, o que indica a adoção, ainda, da teoria da dignidade vinculada ao cargo ou posição social. Segundo a nova Declaração, adotada pelos atuais 193 Estados-Membros da ONU, todos já nascem iguais em dignidade, o que representa o abandono em definitivo dessa teoria.

A Alemanha, derrotada pelas armas na Segunda Guerra Mundial e pressionada politicamente pelas nações vitoriosas, promulgou em 1949 uma nova Lei Maior, cujo artigo 1º reza que "A dignidade humana é intangível. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público".[121] Tal disposição, a par de outras,

---

[118] SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2.642, 25 set. 2010. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/17485>. Acesso em: 08 nov. 2011.

[119] Segundo a tradução oficial para o português, disponível no *site* da Embaixada da França no Brasil (FRANÇA, op. cit., grifo nosso).

[120] Conforme a versão na língua portuguesa, disponível no *site* da Organização das Nações Unidas no Brasil.

[121] Tradução não-oficial para o português, encontrada no *site* da Embaixada da Alemanha no Brasil (ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949). 1. ed. Berlim: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012). Na tradução oficial em espanhol, da mesma fonte: "La dignidad humana es intangible.

significava uma espécie de garantia de que as histórias da Primeira e Segunda Guerras Mundiais não seriam repetidas.

Esse substrato histórico, certamente aliado à grande influência que, de longa data, a doutrina jurídica alemã exerce sobre o mundo, fez com que diversos países também adotassem expressamente em suas Constituições o princípio da dignidade da pessoa humana. Dentre esses países, aponta Sarlet:

> Espanha (preâmbulo e art. 10.1), Grécia (art. 2°, inc. I), Irlanda (preâmbulo) e Portugal (art. 1°), [...] Itália (art. 3°), [...] Bélgica [...] (art. 23), [...] Paraguai (Preâmbulo), [...] Cuba (art. 8º) [...] Venezuela (Preâmbulo) [...] Peru [...] (art. 4º) [...] Constituição Chilena (art. 1º) [...] Constituição da Rússia [...] art. 12-1 [...] Colômbia (art. 1º), Bulgária (preâmbulo), Hungria (art. 54), Lituânia (art. 21), Polônia (art. 30), China (art. 38), Namíbia (preâmbulo e art. 8º), Cabo Verde (art. 1º) e África do Sul (arts. 1°, 10º e 39º).[122]

Também preceitua o art. 1º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia: "A dignidade do ser humano é inviolável. Deve ser respeitada e protegida.".[123] Esse diploma tem efeito jurídico vinculativo, desde dezembro de 2009, para os Estados-Membros da União Europeia, valendo como um Tratado, por força do art. 1º do Tratado de Lisboa, segundo o qual:

> A União reconhece os direitos, as liberdades e os princípios enunciados na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, de 7 de Dezembro de 2000, com as adaptações que lhe foram introduzidas em 12 de Dezembro de 2007, em Estrasburgo, e que tem o mesmo valor jurídico que os Tratados.[124]

Adotam, portanto, o princípio da dignidade da pessoa humana, por força do Tratado de Lisboa (cumulativamente com a Declaração Universal dos Direitos Humanos e os dispositivos constitucionais específicos), todos os Estados-Membros da União Europeia: Alemanha, Áustria, Bélgica, Bulgária, Chipre, Dinamarca, Eslováquia, Eslovênia, Espanha, Estônia, Finlândia, França, Grécia, Hungria,

---

Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público". No original, encontrado no mesmo *site*: "Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt". A proteção à dignidade humana já havia sido anteriormente consagrada, naquele país, pela chamada Constituição de Weimar (1919-1933).

[122] Ibidem, p. 73-74.

[123] UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais (2000). 1. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2010, p. 392. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33501_pt.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

[124] Idem. Tratado de Lisboa (2007). 1. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2007, p. 306. Disponível em: <http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_pt.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

Irlanda, Itália, Letônia, Lituânia, Luxemburgo, Malta, Países Baixos, Polônia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Romênia e Suécia.

Abstraindo-se um período inicial de inexistência, a história geral da dignidade, para o direito, pode ser sintetizada nas seguintes fases sucessivas: 1) apenas o serviço ao Estado gera dignidade, de forma diretamente proporcional à posição hierárquica (sistema predominante até o final da Idade Antiga); 2) se reconhece uma dignidade mínima comum a todo ser humano, mas, acima disso, permanece o escalonamento (sistema de Cícero, Aquino e Pufendorf, adotado na Idade Média e na Moderna); 3) a dignidade propriamente dita é igual para todos os seres humanos (sistema adotado pela grande maioria dos ordenamentos jurídicos da Idade Contemporânea, inspirado no modelo de Kant).

Como resultado do desenvolvimento do conceito de dignidade na história do pensamento humano e também por influência do poderoso fluxo político internacional nesse sentido, é que nossa Assembléia Constituinte, imbuída do poder constituinte originário, gerou o célebre art. 1º, III, da Constituição da República Federativa do Brasil do ano de 1988:

> A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]".

Esse dispositivo constitucional é considerado, por grande parte da doutrina, o mais importante de todo o nosso ordenamento jurídico,[125] alicerce último dos direitos fundamentais, constituindo o fundamento maior e a razão de ser do princípio da proibição do retrocesso social, cuja presença necessária no sistema principiológico constitucional trabalhista, com consequente aplicação às relações laborais da contemporaneidade, se defende nesta dissertação.

3.3 Definição

3.3.1 Atual inexistência de definição satisfatória

Apesar de ter enorme importância para o direito atual, do Brasil e de outros países, e de ser citado em inúmeras obras, o princípio da dignidade da pessoa

[125] Uadi Lammêgo Bulos, *e. g.*, considera que ele constitui um *sobreprincípio* (BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 499).

humana ainda carece de uma conceituação jurídica verdadeiramente satisfatória. Krystian Complak retrata esse quadro, nos seguintes termos:

> No que tange à definição jurídica da dignidade humana, a maioria dos cultivadores deste campo do direito além de não formularem tal definição, alegam que é impossível elaborar uma explicação satisfatória sobre seu significado. Outros alegam que só se pode tratar de especificar os exemplos de sua violação dando uma espécie de definição negativa da dignidade da pessoa humana. Não é melhor a situação na jurisprudência. Os casos resolvidos exclusivamente com fundamento na dignidade humana são escassos e contraditórios.[126]

Sarlet, após mencionar a "questionável (e questionada) viabilidade de se alcançar algum conceito satisfatório do que, afinal de contas, é e significa a dignidade da pessoa humana hoje",[127] arrisca a tomada de uma posição própria:

> temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.[128]

Em que pese o fato de o doutrinador ser um dos maiores especialistas do país no assunto, não se pode deixar de observar que essa definição é circular, ou seja, é uma definição em que se assume o conhecimento prévio do objeto a ser definido.

Isso porque, no conceito ora analisado, a dignidade é a qualidade de determinados sujeitos que assegura que esses mesmos sujeitos não serão indignamente tratados, ou seja, tratados de maneira desumana e degradante. Isso equivale a dizer que a dignidade é a qualidade que assegura o tratamento contrário à dignidade.

Os termos "indigno", "desumano" e "degradante" são equivalentes, neste contexto, sendo descabido pretender estabelecer distinções artificiais entre eles, apenas para salvar o conceito. Assim, não há como não rejeitar a definição de

---

[126] COMPLAK, Crystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. Revista da ESMESC, Florianópolis, n. 21, p. 107-120, 2008.
[127] Ibidem, p. 47.
[128] Ibidem, p. 70.

dignidade da pessoa humana proposta por Sarlet, ante sua circularidade, que a torna estéril.

Robert Alexy, um dos mais influentes doutrinadores jurídicos em âmbito global, também propõe, incidentalmente, uma definição de dignidade da pessoa:

> O conceito de dignidade da pessoa pode ser explicitado – além de por meio de fórmulas gerais, como a que diz que a pessoa não pode ser convertida em um mero objeto – por um conjunto de condições mais concretas que devem ser dadas ou não devem ser dadas, se se há de garantir a dignidade da pessoa.[129]

Essa proposição é tão tautológica quanto a de Sarlet, e, por isso, igualmente inaceitável. Nela, a expressão a ser definida está incluída na própria definição: a dignidade da pessoa corresponde ao conjunto de condições que devem ser proporcionadas ou evitadas para garantir a dignidade da pessoa.

Assim sendo, não cabe acolher a definição de dignidade da pessoa humana incidentalmente proposta por Alexy, pelo mesmo motivo que se deve rejeitar a aquela sugerida por Sarlet.

3.3.2 Definição ad hoc

3.3.2.1 Necessidade de uma definição *ad hoc*

A inexistência, na doutrina jurídica, de um delineamento satisfatório do conceito de dignidade da pessoa humana, constitui um obstáculo à tentativa de comprovação da hipótese, proposta nesta dissertação, de que a proibição do retrocesso social é inerente ao sistema garantista de direitos do homem e do trabalhador, constituindo um princípio do nosso direito constitucional geral e do trabalho.

Isso porque aqui se propõe que o fundamento essencial para a existência do princípio da proibição do retrocesso social é o princípio da dignidade da pessoa humana.

---

[129] ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. 1. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 344-345, tradução nossa. Na versão espanhola: “El concepto de la dignidad de la persona puede ser explicitado – a más de a través de fórmulas generales como la que dice que la persona no puede ser convertida en mero objeto – por un haz de condiciones más concretas que tienen que darse o que no deben darse si ha de garantizarse”.

A completa falta de uma definição doutrinária, razoavelmente aceitável, da dignidade da pessoa humana, assim, poderia tornar o conteúdo da dissertação suscetível à crítica de que sua proposição principal careceria de rigor, porque fundada sobre o axioma da existência de um objeto incerto, porque desconhecido, que é a dignidade humana.

Como forma de transpor essa barreira, aqui se propõe uma definição *ad hoc* de dignidade da pessoa humana, que servirá como parte da fundamentação necessária para a comprovação da hipótese proposta nesta dissertação, enquanto não despontar na doutrina, em obra de maior fôlego, uma definição razoável que a possa substituir.

3.3.2.2 Fundamentação para uma definição *ad hoc*

Independentemente de qual das atuais concepções do direito se adote (positivismo, jusnaturalismo ou outra), é inquestionável, constituindo mesmo um truísmo, o fato de que os aplicadores do direito são humanos, de modo que se pode dizer figuradamente que um ordenamento jurídico conhece essas ou aquelas coisas, esses ou aqueles objetos, o que significa, apenas que um determinado aplicador, ou um conjunto de aplicadores, os conhece.

Dizer, à maneira de Kant, que um ser humano não pode ser considerado como uma coisa, um mero instrumento ou meio, porque constitui um fim em si mesmo,[130] significa apenas defender que o estatuto jurídico de um ser humano não pode ser o mesmo que o de objetos inanimados. Isso, evidentemente, não equivale a dizer que um ser humano não pode ser objeto do conhecimento.

O ser humano é, na verdade, o objeto de conhecimento por excelência das ciências humanas, para citar um exemplo irrefragável. Seres humanos, que são também “sujeitos[131] de direito”, nessa perspectiva, podem ser vistos como objetos, como ocorre amiúde, sempre que um ser humano é conhecido por outro, cientificamente ou não.

---

[130] Na concepção de Kant, exposta poucas páginas atrás, a dignidade do homem é um valor absoluto, o que atualmente não é aceito por significativa parte dos doutrinadores do direito, dentre os quais Alexy pode ser citado, representativamente (ALEXY, op. cit., p. 108-109).

[131] Simon Crithcley e Peter Dews, ao comentarem a concepção que Heidegger tinha das teorias de Aristóteles, oferecem uma breve história da definição de “sujeito” (CRITCHLEY, Simon; DEWS, Peter. Deconstrutive Subjectivities. 1. ed. Albany: State University of New York Press, 1996, p. 13.).

E o objeto de conhecimento por excelência dos ordenamentos jurídicos (*rectius*, do de seus aplicadores) é também o ser humano, uma vez que esses ordenamentos constituem conjuntos de normas jurídicas que visam, essencialmente, regular a vida humana.

Tudo isso, é claro, vale para nossos ordenamentos atuais e também para os antigos, como os da Grécia e de Roma, aos quais não convém deixar de chamar de ordenamentos, somente porque eram formados por instituições diferentes das nossas, tão diferentes que chegavam dar a alguns seres humanos o mesmo estatuto conferido a objetos inanimados, o que hoje só pode ser considerado cruel.

Seguir por um viés tal que implique não considerar os ordenamentos antigos, ou os ordenamentos atuais muito diferentes do nosso, como verdadeiros ordenamentos, significaria abdicar da pretensão de generalidade que caracteriza o conhecimento acadêmico,[132] além de revelar uma visão míope dos fenômenos jurídicos, porque etnocentrista.

Um ordenamento jurídico, por ser um sistema abstrato, só pode tratar de ideias, sejam elas diretamente relacionadas ou não ao mundo sensível. Do ponto de vista de um ordenamento jurídico genericamente considerado (*rectius*, do de seus aplicadores), *ab initio*, um ser humano, um animal, ou outra coisa, são ideias que podem ser vistas da mesma forma.

Os escravos, *e. g.*, para os gregos e romanos antigos, tinham o mesmo estatuto jurídico que coisas sem vida, por mais que isso ofenda nossos atuais sentimentos de justiça. O ser humano é digno, e não os automóveis ou os edifícios, nos ordenamentos jurídicos de hoje, porque condicionamentos históricos levaram a isso.[133]

O fato de a dignidade do homem advir de atos do próprio homem não é de maneira nenhuma vexaminoso. Pelo contrário, essa verdade valoriza a dignidade da pessoa humana como conquista e alerta para a necessidade de sua preservação e ampliação.

A dignidade já foi medida em função do cargo ou posição social. Havia pessoas mais dignas e menos dignas, dignitários maiores e menores. O significado

---

[132] Seria aqui despropositada uma digressão sobre se a teoria geral do direito se caracteriza ou não como científica. Basta que se acredite que essa teoria deva ser, de fato, geral, constitua ela parte de uma ciência ou não.

[133] Aqui não se adentrará no mérito da questão acerca de se esses condicionamentos históricos correspondem ou não a um ordenamento de direito natural.

disso, para o mundo jurídico, é simples: as pessoas consideradas mais dignas tinham mais e maiores direitos, mais e maiores privilégios jurídicos, que as pessoas consideradas menos dignas.

Com base nesses elementos, pode-se chegar a uma definição jurídica geral de dignidade de um objeto cognoscível, seja esse objeto humano ou não. Ela é a existência, em um ordenamento jurídico, de um conjunto de direitos em favor desse objeto, tal que supere os conjuntos de direitos de outros objetos individualmente considerados, quanto à quantidade e qualidade.

Hannah Arendt já ensaiava essa ideia, para o caso específico do ser humano, ao identificar a essência dos direitos humanos com o "direito a ter direitos".[134] Como a dignidade da pessoa humana é, na verdade, a essência dos direitos humanos, temos, por exclusão dos termos semelhantes, que a dignidade da pessoa humana equivale ao direito a ter direitos. Segundo a filósofa alemã, comovida pela deplorável situação dos apátridas gerados pela Segunda Guerra, "O homem pode perder todos os chamados Direitos do Homem sem perder a sua qualidade essencial de homem, sua dignidade humana. Só a perda da própria comunidade é que o expulsa da humanidade".[135] Essa visão relembra aquela de Coulanges, em relação ao expatriado da Cidade-Estado antiga, apresentada no ponto desta dissertação que aborda o histórico da ideia de dignidade.

Se o objeto é considerado o mais digno, na perspectiva aqui proposta, terá o maior conjunto de direitos. A dignidade de um monarca absolutista, *v. g.*, consiste na existência, no respectivo ordenamento jurídico, de direitos em favor desse monarca que são, em seu conjunto, superiores em quantidade e qualidade aos direitos de todos os demais objetos individualmente considerados, desde os príncipes até os objetos inanimados, passando por arquiduques, duques, marqueses, condes, viscondes, barões, cavaleiros, servos e animais.

Dentro desse exemplo, os animais e objetos inanimados não têm dignidade, porque a eles não se relaciona nenhum conjunto de direitos; os servos quase não têm dignidade, porque dispõem de pouquíssimos direitos; e os nobres têm mais ou

---

[134] ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 330.

[135] Ibidem, p. 331. Sob o ponto de vista de Arendt, a perda da comunidade, que gera os apátridas, priva estes, concretamente, do direito a ter direitos e, portanto, da sua dignidade humana.

menos dignidade, de maneira diretamente proporcional à sua posição na hierarquia nobiliárquica.[136]

A possibilidade de haver magnitudes diferentes para a dignidade, de maneira a permitir uma enumeração em escala, era predominante nos ordenamentos jurídicos mais antigos, nos quais ainda se adotava a idéia de dignidade vinculada à posição social do indivíduo.

A par da definição de dignidade já delineada, que é verdadeiramente genérica, porque abrange todas as épocas e todos os objetos que podem ser tidos como dignos, se faz necessária, por conveniência prática, também uma definição de dignidade humana adequada aos ordenamentos de hoje, como o brasileiro.

Atualmente, para grande parte desses ordenamentos, todos os seres humanos são iguais perante a lei, o que significa que todos eles têm o mesmo conjunto de direitos.[137] Pode-se dizer, então, que neles, juridicamente, a dignidade de cada ser humano é, de certo modo, comparável à de um monarca absolutista: é a mais superior do respectivo ordenamento. Figuradamente, cada ser humano é um rei.

Para o ordenamento jurídico do Brasil, bem como para todos aqueles que adotam o chamado princípio da dignidade da pessoa humana, se tem que este representa a existência, no ordenamento jurídico, de um conjunto de direitos em favor de cada ser humano, tal que supere os conjuntos de direitos de outros objetos individualmente considerados, quanto à quantidade e qualidade. Ou, concisamente, representa o *direito do ser humano ao maior conjunto de direitos*.

Convém mencionar que o objeto, ao qual esses ordenamentos jurídicos conferem um conjunto privilegiado de direitos, a rigor, é o ser humano, ser concreto, e não a pessoa[138] humana, ente abstrato. Mas a consagrada expressão “dignidade da pessoa humana” pode muito bem continuar a ser utilizada, desde que conhecida essa sutileza.

Os conjuntos de direitos que cabem a cada objeto, bem como os critérios de superioridade qualitativa e quantitativa, são específicos para cada ordenamento, se

---

[136] O clero foi omitido para simplificar o modelo.

[137] Direitos aqui, é claro, considerados de maneira genérica: o direito à propriedade, e não o direito a uma propriedade específica.

[138] Seja qual for a definição que se dê para “pessoa”, nenhuma, razoavelmente concebida, a tomará como entidade concreta.

adequando às peculiaridades das respectivas sociedades. Podem ser facilmente reconhecidos, em um dado ordenamento jurídico, por aqueles que o estudam.

O jurista Christoph Enders, professor de Direito Público da Universidade de Leipzig, mesmo sem citar Arendt, chegou, por caminho diverso, a um resultado que se assemelha ao ora apresentado e que, embora originalmente obtido com base no ordenamento alemão, pode ter sua aplicabilidade estendida a outros sistemas jurídicos.

Observando que "A Constituição Alemã declara, em sua primeira Emenda, que a dignidade humana é inviolável e declara a sua proteção como um dever do Estado", Enders busca explorar o "conceito de dignidade da pessoa humana como 'um direito a ter direitos' que pode ser derivado dessa passagem constitucional".[139] Segundo ele:

> A regra constitucional da dignidade humana não contém uma garantia legal, porque esta qualidade dos indivíduos é constitucional *a priori* e não pode ficar dependente de regulamentação legal. O indivíduo como tal – independentemente da organização governamental – é sujeito de direitos e deveres, e precisamente isso constitui a sua dignidade. Assim, o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana reconhece o indivíduo como pessoa moral e postula seu direito original a ter direitos.[140]

Assim, para Enders, o imperativo contido na Lei Fundamental alemã, no sentido de que o Estado proteja a dignidade do homem, tem eficácia imediata e significa que, de pronto, o ser humano tem direito àqueles direitos que garantirão essa dignidade.

O jurista professa a mesma ideia que Arendt, em relação aos apátridas da Segunda Grande Guerra, e Coulanges, quanto aos expatriados dos tempos antigos, mas abrange não apenas a situação em que inexiste Estado, mas também a

---

[139] ENDERS, Christoph. The right to have rights: the concept of human dignity in german Basic Law. West Bengal National University of Juridical Sciences Law Review, Calcutá, v. 3, n. 3, p. 253-264, jul. 2010, tradução nossa. Disponível em: <http://www.nujslawreview.org/law-review-vol3no3.html>. Acesso em: 29 mar. 2012. No original: "The German constitution declares in its first Amendment that human dignity is inviolable and declares its protection as a duty of the state" e "concept of human dignity as 'a right to have rights' that can be derived from this constitutional passage".

[140] Ibidem, p. 255, tradução nossa. Originalmente: "The constitutional rule of human dignity does not contain a legal guarantee, because this quality of individuals is a constitutional *a priori* and cannot be subject to legal regulation. The individual as such – irrespective of governmental organization – is subject of rights and duties, and precisely this constitutes his or her dignity. So, the constitutional principle of human dignity recognizes the individual as a moral person and postulates his or her original right to have rights".

hipótese em que o Estado existente não constitui um Estado de Direito (no qual se observa a Constituição e as leis). Para Enders:

> Se em uma determinada situação histórica e social, as exigências do Estado de Direito caírem no esquecimento, então mesmo o encantamento da dignidade humana e sua inviolabilidade é vazio.[141]

A posição do estudioso alemão, a rigor, não é a de que a dignidade do homem é o direito deste a ter direitos que garantam sua dignidade, o que seria uma definição circular. Segundo ele, a dignidade humana é, simplesmente, o direito a ter direitos.

Tal visão, no entanto, ainda não pode ser considerada completa, porque admite reduzir a dignidade do homem ao direito a ter qualquer conjunto de direitos, mesmo que esse conjunto seja ínfimo, e porque pode acolher um sistema em que, garantido um mínimo de direitos para todos, haja distinções vinculadas ao cargo ou posição social.

É por isso, bem como pelos fundamentos anteriormente expostos, que aqui não se adota inteiramente a teoria de Enders, mas sim a concepção de que a dignidade da pessoa humana corresponde ao *direito do ser humano ao maior conjunto de direitos*.

3.4 Papel no ordenamento jurídico

O princípio da dignidade da pessoa humana constitui o “núcleo essencial” do ordenamento jurídico, tendo reflexos em todas as áreas deste, inclusive no campo dos direitos sociais. Desse postulado decorre a proibição do retrocesso, que abrange o direito fundamental em abstrato, não se limitando apenas ao direito efetivamente adquirido.

Isso porque a dignidade do homem só pode materialmente existir se a ele forem garantidos patamares mínimos de vida, que devem ser constantemente ampliados, nunca reduzidos.

Os direitos fundamentais, assim, servem para garantir, efetivamente, um nível existencial concreto que permita ao ser humano se tornar verdadeiramente digno, ou

[141] Ibidem, p. 264, tradução nossa. No texto originário: “If in a certain historical and social situation, the requirements of the rule of law fall into oblivion, then even the incantation of human dignity and its inviolability is void”.

seja, viver de maneira digna, usufruindo efetivamente daqueles direitos de que dispõe, que são os maiores e mais numerosos do ordenamento jurídico.

A proteção ao núcleo axiológico essencial é a tarefa maior dos órgãos jurisdicionais de nosso país, de modo que, inclusive, conforme pontua Eduardo Appio, “cabe ao Judiciário garantir, por meio do ativismo, na forma de juízos de razoabilidade, quais os direitos são reputados como fundamentais e qual é o limite máximo para sua regulação estatal”.[142]

Diversos instrumentos jurídicos asseguram a máxima eficácia dos direitos fundamentais, visando proteger, assim, a dignidade da pessoa humana, não apenas formalmente, mas também de maneira concreta.

Dentre esses instrumentos, está o princípio da proibição do retrocesso social, que impede qualquer reforma da legislação feita de modo a excluir direitos fundamentais gerais ou direitos específicos, concretizadores de algum desses direitos fundamentais gerais.

Em nosso ordenamento, tal proibição foi consagrada na área laboralista pelo *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988, que confere aos trabalhadores os direitos arrolados nos incisos do mesmo artigo, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”,[143] questão que, mais adiante, será mais explorada.

Assim, do ponto de vista geral, o papel do princípio da dignidade da pessoa humana é o de fundamento último de todo o ordenamento jurídico, no direito brasileiro atual e no de grande parte dos outros países de hoje.

E, especificamente, o princípio da dignidade da pessoa humana assume também o papel de fundamento essencial para a existência de um princípio da proibição do retrocesso social.

---

[142] APPIO, Eduardo. Direito das minorias. 1. ed. São Paulo: RT, 2008, p. 193.
[143] BRASIL. Constituição (1988). CLT Saraiva e Constituição Federal. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 4.

4 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E SUA APLICAÇÃO ÀS RELAÇÕES DE TRABALHO

4.1 Considerações iniciais

A doutrina nacional e estrangeira sobre o princípio da proibição do retrocesso social praticamente não aborda, de maneira direta, a ideia de progresso em si, nascida nas ciências sociais.

A lacuna sobre qual é a direção do progresso pode esvaziar o princípio, por permitir que cada aplicador do direito defina esse rumo com base nas suas convicções próprias.

Do mesmo modo, por exemplo, que um socialista poderá legislar ou julgar no sentido de ampliar os direitos dos trabalhadores, um neoliberal poderá entender que a restrição de alguns desses direitos faz evoluir a sociedade, por tornar mais livres as relações de trabalho. Essa é a posição adotada pelo ganhador do Prêmio Nobel de Economia de 1976, Milton Friedman, que não vê razão para que o Estado, em nome do direito ao trabalho, torne ilegal exigir a filiação a um sindicato específico como condição para obtenção de um emprego.[144] Também pensa nesse sentido, quanto ao salário mínimo, Friedrich Hayek, agraciado com o mesmo prêmio em 1974.[145]

Este capítulo da dissertação, que constitui o seu cerne, inicia com a tentativa de preencher tal lacuna, por meio de uma breve descrição do processo de consolidação da ideia de evolução.

Apresenta-se, em seguida, um apanhado da jurisprudência, doutrina e legislação, do Brasil e do estrangeiro, de modo a demonstrar o gradativo reconhecimento, como instituto jurídico, do princípio da proibição do retrocesso social.

Com base nesses subsídios, uma definição é proposta para o princípio estudado e as principais objeções a ele são refutadas, o que permite, por fim, a análise de sua aplicação às relações laborais da contemporaneidade, com a indicação das consequências práticas dessa aplicação, na rotina forense trabalhista.

---

[144] FRIEDMAN, Milton. Capitalism and Freedom. 1. ed. Chicago: Universidade de Chicago, 1989, p. 115-117.
[145] HAYEK, Friedrich. O caminho da servidão. 1. ed. Porto Alegre: Globo, 1977, p. 211.

4.2 Surgimento, definição e nomenclatura

4.2.1 A ideia de progresso nas sociedades contemporâneas

A nossa sociedade, do Brasil do século XXI, reconhece o próprio dinamismo, e por isso a ideia de que suas instituições progridem talvez nos pareça muito natural. Mas não era assim na Idade Média, quando, sob influência da filosofia escolástica, "Supunha-se que o universo fosse estático e que, portanto, bastava explicar o significado e a finalidade das coisas, sem investigar-lhes a origem e evolução".[146]

A ideia de progresso se tornou predominante apenas no século XIX, agitado pelos efeitos daquilo que Eric Hobsbawn chamou de "dupla revolução",[147] composta pela Revolução Francesa de 1789 e pela Revolução Industrial Inglesa. Relata, a propósito, Stephen Jay Gould:

> O conceito de evolução transformou o pensamento humano durante o decorrer do século XIX. Quase todas as questões referentes às ciências da vida foram reformuladas à luz desse conceito. Até então, nenhuma idéia havia sido objeto de um uso, ou de um abuso, tão generalizado (por exemplo, o "darwinismo social", ou seja, o uso da teoria evolucionista para apresentar a pobreza como algo inevitável).[148]

Auguste Comte, um dos fundadores da sociologia, sustentava nessa época que "cada uma das nossas concepções principais [...] passa sucessivamente por três estados históricos diferentes: estado teológico ou fictício, estado metafísico ou abstrato, estado científico ou positivo".[149] Comte faleceu em 1857,[150] dois anos antes

---

[146] BURNS, Edward McNall. História da civilização ocidental. 44. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2007, v. 1, p. 255.

[147] A era das revoluções: 1789 – 1848. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 15.

[148] A falsa medida do homem. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999, p. 111.

[149] Curso de filosofia positiva. 1. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 22. A citação do mesmo trecho já havia sido feita anteriormente, nesta dissertação, com o propósito de diferenciar o positivismo jurídico do positivismo comteano. Vico, filósofo italiano do início do século XVIII, obscuro em sua época, havia anteriormente formulado teoria semelhante à de Comte, mas encontrando parca acolhida (CROCE, Benedetto. The philosophy of Gianbattista Vico. 1. ed. Londres: Howard Latimer, 1903, p. 103). Também no século XVIII, Condorcet já antecipara Comte, elucubrando a possibilidade de, à maneira das ciências naturais e com base em dados históricos, traçar o quadro do futuro da espécie humana, bem como descrever seus estágios evolutivos (CONDORCET, Marquês de. Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain. 1. ed. Paris : Biblioteca Nacional, 1878, v. 2, p. 58).

[150] Como consta do verbete "Auguste Comte" da Enciclopédia Britânica (ENCYCLOPÆDIA Britannica. Chicago: Encyclopædia Britannica Inc., 2012. Disponível em: <http://www.britannica.com/EBchecked/topic/130750/Auguste-Comte>. Acesso em: 02 fev. 2012).

da publicação de *A Origem das Espécies*, de Charles Darwin,[151] obra em que foi apresentada a teoria da evolução biológica pela seleção natural,[152] de modo que não se pode dizer que esta tenha influenciado a filosofia comteana.

Para Edward Tylor, criador do conceito de "cultura" e um dos maiores antropólogos oitocentistas, "O desenvolvimento da cultura, em grande medida, corresponde à transição da selvageria para a vida civilizada, passando pela barbárie".[153]

Herbert Spencer, filósofo inglês, positivista como Comte, fundou o chamado darwinismo social (ou evolucionismo social) e acreditava que "A evolução intelectual, como acontece na raça humana, [segue] juntamente com a evolução social, de que é ao mesmo tempo uma causa e uma consequência".[154]

Tais visões revelaram-se etnocêntricas, como hodiernamente denuncia Gould, ao mencionar o "preconceito" e a "insensatez do século XIX",[155] mas tiveram o mérito de introduzir nas ciências humanas a ideia de que as instituições são dinâmicas.

Bronislaw Malinowski, um dos maiores etnólogos da história, desconstituiu em grande parte o evolucionismo, no início do século XX, evidenciando o fato de que este apresenta os resultados antes mesmo da coleta de dados. Segundo o polonês:

> Se alguém empreende uma expedição, decidido a provar determinadas hipóteses, e é incapaz de mudar em qualquer momento seus pontos de vista e descartá-los de boa vontade sob o peso das evidências, não faz falta dizer que o seu trabalho não terá nenhum valor.[156]

---

[151] MAI, Larry L.; OWL, Marcus Young; KERSTING, M. Patricia. The Cambridge dictionary of human biology and evolution. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005, p. 132.

[152] Essa teoria foi simultaneamente desenvolvida, de maneira independente, por Alfred Russell Wallace, como descobriu Darwin, por meio de carta que, em 1858, recebeu do primeiro (ibidem, p. 558).

[153] TYLOR, Edward Burnett. Primitive culture. Londres: John Murray, 1903, p. 26, tradução nossa. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/primitiveculture1tylouoft#page/26>. Acesso em: 02 nov. 2011. No original: "Development of culture in great measure corresponds with transition from savage through barbaric to civilized life".

[154] SPENCER, Herbert. The principles of psychology. Nova Iorque: D. Appleton and Company, 1888, v. 2, p. 535, tradução nossa. No original: "Intellectual evolution, as it goes on in the human race along with social evolution, of which it is at once a cause and a consequence".

[155] Ibidem, p. 117.

[156] MALINOWSKI, Bronislaw. Los argonautas del pacifico occidental. 2. ed. Barcelona: Edições 62, 1975, p. 255, tradução nossa. Na versão espanhola: "Si alguien emprende una expedición, decidido a probar determinadas hipótesis, y es incapaz de cambiar en cualquier momento sus puntos de vista y de desecharlos de buena gana bajo el peso de las evidencias, no hace falta decir que su trabajo no tendrá ningún valor".

Malinowski, na interpretação de outros grupamentos humanos, buscava se distanciar o quanto fosse possível do modelo europeu, entendendo que "Cada cultura humana dá a seus membros uma visão concreta do mundo, um determinado sabor da vida".[157] Foi o pai do funcionalismo nas ciências sociais, corrente inspirada pela teoria do fato social de Émile Durkheim[158] e que propõe que toda instituição seria um instrumento coletivo para satisfazer as necessidades biológicas dos indivíduos.[159]

O evolucionismo social, ao menos em sua forma pura, já estava em franco declínio no século XX, quando Claude Lévi-Strauss, conhecido entre os brasileiros como um dos fundadores da Universidade de São Paulo, tornou-se um expoente do estruturalismo[160].

Lévi-Strauss, ainda mais que Malinowski, atacou aquilo que chamava de "falso evolucionismo",[161] ou seja, o evolucionismo aplicado às ciências sociais, observando que:

> A noção de evolução biológica corresponde a uma hipótese dotada de um dos mais altos coeficientes de probabilidade que é possível encontrar no domínio das ciências naturais, enquanto que a noção de evolução social ou cultural não constitui, quando muito, senão um processo sedutor, mas perigosamente cômodo, de apresentação dos fatos.[162]

O antropólogo francês rejeitou qualquer forma de etnocentrismo, preferindo entender, simplesmente, que as estruturas sociais se organizam de formas diferentes, não estando organizadas em uma cadeia evolutiva. Ensinava ele:

> A humanidade em progresso nunca se assemelha a uma pessoa que sobe uma escada, acrescentando para cada um dos seus

---

[157] Ibidem, p. 504, tradução nossa. Na versão espanhola: "Cada cultura humana da a sus miembros una visión concreta del mundo, un determinado sabor de la vida".

[158] DURKHEIM, op. cit., p. 1-13.

[159] MALINOWSKI, Bronislaw. The dynamics of culture change. 1. ed. New Haven: Universidade de Yale, 1945, p. 44.

[160] Poderosa corrente das ciências sociais, declaradamente inspirada nas idéias de Ferdinand de Saussure (LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropología estructural. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1995, p. 26). Para o linguista e filósofo suíço, a linguística constituiria apenas uma parte do estudo dos signos empregados pela sociedade, havendo outros signos por estudar, além dos da língua, como os "ritos simbólicos", as "formas de polidez" os "sinais militares" e assim por diante (SAUSSURE, Ferdinand. Curso de linguística geral. 22. ed. São Paulo: Cultrix, 2000, p. 24). A teoria saussuriana enfatizava não apenas a visão histórica, ou "diacrônica", dos signos (ibidem, p. 163), mas também a estrutural, ou "sincrônica" (ibidem, p. 117), que aborda a harmonia entre eles, em um dado momento, estaticamente considerado.

[161] LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropologia estrutural dois. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987, p. 25.

[162] Ibidem, p. 26.

> movimentos um novo degrau a todos aqueles já anteriormente conquistados, evoca antes o jogador cuja sorte é repartida por vários dados e que, de cada vez que os lança, os vê espalharem-se no tabuleiro, formando outras tantas somas diferentes. O que ganhamos num, arriscamo-nos a perdê-lo noutro e é só de tempos a tempos que a história é cumulativa, isto é, que as somas se adicionam para formar uma combinação favorável.[163]

Sob essa ótica, *v. g.*, não se pode considerar que uma sociedade indígena típica está em um grau evolutivo inferior ao de uma sociedade industrializada, nem que tenha necessariamente que se desenvolver no sentido de se tornar uma sociedade como esta.

Após uma longa série de embates teóricos, aqui resumida, admite-se atualmente que a direção do desenvolvimento de cada sociedade é relativa, e não sempre a mesma para todos os povos.

Defender o princípio jurídico da proibição do retrocesso social não significa acolher a teoria do evolucionismo social e nem adotar, por conseguinte, uma perspectiva etnocentrista. O progresso garantido por esse princípio não é algo fixo, estático, pensado à moda de Comte, Vico e Condorcet.

Desmistificada a ideia de progresso, torna-se fácil perceber que a direção em que anda a sociedade, não sendo definida por nenhum parâmetro metafísico ou jusnatural, também não está condicionada a um sistema positivo único de evolução. É balizada, na verdade, pela procura dos valores sociais fundamentais, forjados por meio do movimento histórico,[164] presentes na estrutura específica de cada sociedade.[165]

---

[163] Ibidem, p. 41.

[164] Especificamente neste ponto, adota-se a ideia partilhada por Karl Marx, de que "na produção social da própria existência, os homens entram em relações determinadas, necessárias, independentes de sua vontade; essas relações de produção correspondem a um grau determinado de desenvolvimento das suas forças produtivas materiais. A totalidade dessas relações de produção constitui a estrutura econômica da sociedade, a base real sobre a qual se eleva uma superestrutura jurídica e política e à qual correspondem formas sociais determinadas de consciência" (Contribuição à crítica da economia política. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 47). Nessa perspectiva, as grandes conturbações sócio-econômicas causadas pela Revolução Francesa iniciada em 1798 e pela Segunda Guerra Mundial (1939 – 1945) é que geraram, cada qual a seu tempo, as profundas alterações na superestrutura jurídica, consubstanciadas nas referidas declarações de direitos.

[165] E é com base nessa estrutura historicamente construída que deve ser interpretada a constituição de um povo. Nas palavras de Konrad Hesse, "a Constituição jurídica está condicionada pela realidade histórica. Ela não pode ser separada da realidade concreta de seu tempo. A pretensão de eficácia da Constituição somente pode ser realizada se se levar em conta essa realidade". Hesse, melhor que Marx, compreende que também a constituição "ordena e conforma a realidade política e social" (A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 24).

A sociedade brasileira contemporânea, bem como as sociedades que a ela se assemelham, acolhem como documentos representativos desses valores estruturais essenciais, além dos dispositivos jurídicos específicos de cada Estado, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, proclamada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em 1948, logo após a Segunda Guerra Mundial, bem como sua antecessora, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, fruto da Revolução Francesa.

O progresso a que se refere o princípio analisado, desse modo, deve ser visto como o progresso apontando para os valores consagrados pela grande maioria dos ordenamentos jurídicos pós-modernos, inclusive o nosso, como os direitos humanos e os valores sociais do trabalho, e, mais que tudo, a dignidade do homem.

O motivo pelo qual o princípio da dignidade da pessoa humana constitui o fundamento essencial para uma proibição de retrocesso corresponde justamente à necessidade de se concretizar cada vez mais essa dignidade, neutralizando-se ao máximo qualquer força em sentido contrário. E a dignidade é também, por isso, o norte que indica o rumo do progresso, impedindo o esvaziamento do imperativo de não-retrocesso.

Na perspectiva aqui adotada, portanto, em que a dignidade jurídica está relacionada ao conjunto de direitos em abstrato de cada ser humano, tem-se que o progresso equivale sempre à ampliação desse conjunto, nunca à sua diminuição.

Esse papel de garantidor da gradual efetivação daqueles direitos que são os mais caros para a maioria dos ordenamentos contemporâneos, aliado à sua pouca difusão na doutrina brasileira atual, evidencia a grande importância que tem, para a comunidade justrabalhista e a sociedade como um todo, o estudo do princípio da proibição do retrocesso social.

4.2.2 Doutrina e jurisprudência no direito comparado e no brasileiro

Para apresentar o estado da arte, no que diz respeito ao princípio da proibição do retrocesso social, é necessário analisar a doutrina, a jurisprudência e a lei a ele relacionadas, tanto do Brasil, quanto dos países estrangeiros em que há relevante material de estudo sobre o tema, de maneira a descrever o processo de consolidação desse princípio como mecanismo de garantia de concretização dos direitos fundamentais.

O roteiro aqui adotado, para melhor ilustrar o gradativo desenvolvimento dessa teoria, busca observar, sempre que possível, a ordem cronológica na apresentação das informações.

4.2.2.1 Alemanha e Suíça

As referências mais antigas, encontradas nesta pesquisa, à doutrina da proibição do retrocesso social, vêm da literatura jurídica de língua alemã,[166] na qual é conhecida como *Nichtumkehrbarkeitstheorie* (teoria da irreversibilidade) ou teoria do *Soziales Rückschrittsverbot* (proibição do retrocesso social).

Ao mencionar o consenso, existente no Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, acerca do entendimento de que a "garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública",[167] comenta Sarlet:

> Como ponto de partida para este desenvolvimento, costuma referir-se a doutrina de Martin Wolff, que, relativamente ao art. 153 da Constituição de Weimar, advogava o ponto de vista de que o conceito de propriedade abrange toda sorte de direitos subjetivos privados de natureza patrimonial [...].

Assim, embora Martin Wolff, jurista berlinense que viveu entre 1872 e 1953, não se referisse diretamente a um princípio da proibição do retrocesso social, sua antiga abordagem do direito de propriedade serviu como um dos principais fundamentos para que o Tribunal Federal Constitucional alemão reconhecesse tal princípio em seus julgados, ao analisar casos concretos, embora também sem utilizar as expressões *Nichtumkehrbarkeit*, *Soziales Rückschrittsverbot* ou outras semelhantes.

Na perspectiva adotada por Wolff, o direito a uma prestação do poder público, a partir do momento de sua eventual instituição pela legislação, incorporaria o patrimônio jurídico de cada beneficiado, sendo indevida, portanto, sua supressão, do mesmo modo que é indevida a subtração, sem compensação, de qualquer parcela da propriedade de uma pessoa. Em um momento inicial, portanto, o princípio da proibição de retrocesso diz respeito aos chamados direitos sociais, porque está

[166] SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 17, p. 111-132, 1999.
[167] Ibidem, p. 114.

relacionado à existência de um Estado do Bem-Estar Social,[168] o qual surgiu na senda do Estado Social criado por Otto von Bismarck (1815-1898), na Alemanha por ele unificada.[169]

O jusfilósofo, ensaísta e juiz do *Bundesverfassungsgericht* (Tribunal Federal Constitucional da Alemanha), Ernst-Wolfgang Böckenförde, em obra de 1981, ensinava:

> Frente a uma configuração já verificada, na qual devem encontrar o seu lugar e sua expressão as considerações e decisões políticas, de planejamento e financeiras, os direitos fundamentais sociais podem estabelecer certos limites elementares à transformação ou à supressão.[170]

Manuel Medina Guerrero resume a posição de Böckenförde quanto à máxima eficácia dos direitos fundamentais e a consequente proibição de retrocesso:

> Assumindo-se, em linha de princípio, que essa separação [entre a esfera legislativa e a judicial] impede que os direitos sociais possam fundamentar diretamente pretensões judicializáveis, Böckenförde pretende salvar ao máximo sua eficácia jurídica. Objetivo que, segundo o autor, pode ser alcançado concebendo-se esses direitos

---

[168] Em obra primeiramente publicada em 1958, comenta Gunnar Myrdal, Prêmio Nobel de Economia: "No último meio século, o Estado, em todos os países ricos do mundo ocidental, tornou-se um 'Estado do Bem-Estar Social' [Welfare State] democrático, com compromissos bastante explícitos para com os objetivos gerais de desenvolvimento econômico, pleno emprego, igualdade de oportunidade para os jovens, seguridade social e padrões [standards] mínimos protegidos no que diz respeito não apenas a renda, mas a nutrição, habitação, saúde e educação, para pessoas de todas as regiões e grupos sociais". (MYRDAL, Gunnar. Beyond the Welfare State. 1. ed. Londres: Methuen, 1965, p. 45, tradução nossa. No original: "In the last half-century, the State, in all the rich countries in the Western world, has become a democratic 'Welfare State', with fairly explicit commitments to the broad goals of economic development, full employment, equality of opportunity for the young, social security, and protected minimum standards as regards not only income, but nutrition, housing, health and education, for people of all regions and social groups."). Myrdal é um entusiasta do Estado-Providência, mas adverte que "a asserção de que um estado da sociedade, real ou imaginário, é politicamente preferível a outro não pode nunca ser inferida dos resultados do trabalho científico", porque "estabelecer quais deveriam ser os nossos temores e desejos situa-se fora do domínio da ciência" (Idem. Aspectos políticos da teoria econômica. 1. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1997, p. 25).

[169] Na qual cada cidadão trabalhador, ao atingir os setenta anos de idade, passava a receber uma pensão do Estado e a frequencia às escolas públicas era obrigatória (HEADLAM, James Wycliffe. Bismarck and the foundation of the German Empire. 1. ed. Londres: G. P. Putnam's Sons, 1899, p. 418. Disponível em: <http://archive.org/stream/bismarckandfoun00headgoog#page/n474>. Acesso em: 28 mar. 2012).

[170] BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés. 1. ed. Baden-Baden: Nomos, 1993, p. 76-78, apud DERBLI, Felipe. O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 138, tradução nossa. Na versão espanhola: "Frente a una configuración ya verificada, em la que deben encontrar su lugar y su expresión las consideraciones y decisiones políticas, de planeamiento y financieras, los derechos fundamentales sociales pueden establecer ciertos límites elementales a la transformación o a la supresión".

> sociais como mandatos constitucionais, o que permitiria manter uma vinculação jurídica projetada em três planos: 1) os órgãos políticos estão sujeitos ao fim ou programa por eles perseguidos; 2) mesmo tendo liberdade na escolha dos meios, é inadmissível sua inatividade ou uma manifesta desatenção no cumprimento desses programas; e 3) as decisões tomadas em um determinado momento, a fim de alcançar o fim, não podem ser suprimidas definitivamente ou desatendidas de um modo manifesto (p. 80-81).[171]

Também em 1981, Jörg Paul Müller, jurista, sociólogo e juiz do *Schweizerische Bundesgericht* (Tribunal Federal Suíço) defendia entendimento semelhante ao de Böckenförde, dando mais ênfase que este, porém, ao aspecto concretizador do imperativo de proibição de retrocesso, segundo informa Cristina Queiroz:

> Somos forçados a concordar com MÜLLER quando refere que a tese da "irreversibilidade" dos direitos fundamentais sociais constitucionalmente consagrados acaba por assumir a função de "guarda de flanco" desses direitos e pretensões no seu conjunto, garantindo o grau de concretização já obtido, transformando-se, por assim dizer, numa espécie de "densificação" de direitos fundamentais. Em termos breves, a ideia de que, ainda que os direitos de natureza prestacional não imponham uma obrigação de "avançar", estabelecem, contudo, uma proibição de "retroceder".[172]

Outro juiz do Tribunal Federal Constitucional da Alemanha, favorável ao reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social, é Konrad Hesse, que atuou nessa corte de 1975 a 1987 e se tornou conhecido por suas obras de direito constitucional[173].

---

[171] GUERRERO, Manuel Medina. Escritos sobre derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Madri, ano 14, n. 41, p. 323-331, mai. 1994, tradução nossa. No original: "Asumiendo en línea de principio que dicha separación impide que los derechos sociales puedan fundamentar directamente pretensiones reclamables judicialmente, Bockenfórde pretende salvar al máximo su eficacia jurídica. Objetivo que, según el autor, puede lograrse concibiendo a estos derechos sociales como mandatos constitucionales, lo que permitiría mantener una vinculación jurídica proyectada en tres planos: 1) los órganos políticos quedan sujetos al fin o al programa por ellos perseguidos; 2) aun teniendo libertad en la elección de los medios, no es admisible su inactividad o una manifiesta desatención en el cumplimiento de dichos programas; y 3) las decisiones adoptadas en un momento dado para la consecución del fin no pueden ser suprimidas definitivamente o desatendidas de un modo manifiesto (págs. 80-81)". O autor desta dissertação não domina a língua alemã, sendo essa a razão para haver citações de segunda mão de obras nessa língua não traduzidas para português, espanhol, inglês, italiano ou francês.

[172] QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais fundamentais. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 68. O título da obra de Müller, citada por Queiroz, em português poderia ser "Direitos fundamentais sociais na constituição?" (MÜLLER, Jörg Paul. Soziale Grundrechte in der Verfassung? 2. ed. Basileia: Helbing & Lichtenhahn, 1981).

[173] Das quais três, pelo menos, foram vertidas para o português: *Die normative Kraft der Verfassung* (A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991); *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland* (Elementos de Direito Constitucional da República Federal da

A respeito da posição de Konrad Hesse, e também da de Jörg Paul Müller, relata Lenio Luiz Streck:

> Paul Müller e Konrad Hesse defendem a tese de que, depois de atingido um grau de concretização fática dos direitos contidos na Constituição, por meio de medidas legislativas pelas quais são asseguradas prestações materiais aos cidadãos, não podem mais ser estas suprimidas ou reduzidas, ocasionando o retrocesso na área social atingida, seja na área da educação, saúde, previdência ou direitos trabalhistas (sociais e individuais). São as chamadas "cláusulas de proibição de evolução reacionária ou de proibição de retrocesso social", é dizer, consagradas legalmente prestações de assistência social, o legislador não pode mais eliminá-las "retornando sobre seus passos".[174]

A jurisprudência da Alemanha segue a doutrina desse país, no que diz respeito ao acolhimento do imperativo de proibição do retrocesso social como um princípio jurídico.

O fato de muitos juízes de tribunais alemães serem também respeitados doutrinadores contribui para a existência dessa harmonia entre a literatura jurídica e a prática forense, quanto à proibição de retrocesso, muito embora se deva registrar que, tendo em vista a abundante produção doutrinária e jurisprudencial alemã, em regra, poucos temas de direito encontram aceitação unânime e sem temperamentos nesse país.

Acerca da posição do *Bundesverfassungsgericht*, no que toca à proibição de retrocesso, informa Sarlet:

> a despeito da ausência de uma proteção expressa até mesmo dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre chancelaram a proteção (ainda que não ilimitada) tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos (em que pese com menor intensidade), dimensões que, como já demonstrado, integram uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Além disso, no âmbito de uma jurisprudência tida como referencial, especialmente no que concerne à criatividade da solução, o Tribunal Constitucional Federal reconheceu, em uma série de decisões, que a garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social legislativamente

---

Alemanha, A força normativa da constituição. Tradução de Luís Afonso Heck. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998); e *Verfassungsrecht und Privatrecht* (Direito Constitucional e Direito Privado. Tradução de Otavio Luiz Rodrigues Junior. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010).

[174] STRECK, Lenio Luiz. Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro. Porto Alegre: Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul, 1999. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html>. Acesso em: 11 nov. 2011.

> concretizados), existindo atualmente, a despeito de uma série de críticas, um determinado grau de consenso nesta esfera.[175]

Em 1986, Rolf-Ulrich Schlenker defendia a impossibilidade de retrocesso legislativo, no que diz respeito aos chamados direitos derivados a prestações, ou seja, aqueles direitos a prestações estatais, derivados de legislação infraconstitucional concretizadora de preceitos constitucionais, os quais se distinguem dos direitos originários a prestações, sendo estes dedutíveis diretamente das normas constitucionais que os consagram, sem necessidade de legislação infraconstitucional. Relata José Adércio Leite Sampaio:

> Na Alemanha [...] a doutrina da "Soziales Rückschrittsverbot" tem entendido que não pode haver um retrocesso absoluto na política estatal de satisfação dos direitos derivados de prestação (*derivative Teilhaberechte*), sob pena de violação da cláusula constitucional do Estado Social de Direito (arts. 20.1 e 28.1, LFB).[176]

A doutrina da proibição do retrocesso social continua em voga na Alemanha, sendo sustentada, em artigo publicado em 2003, por Heinrich Scholler, professor de política e direito público na Universidade Ludwig Maximilians de Munique[177]. Segundo ele:

> o princípio do Estado social apenas impede que o legislador revogue benefícios previdenciários imprescindíveis para sua implementação (do Estado social). Portanto, uma redução de benefícios previdenciários é admitida sempre que isso se revelar necessário para o bem-estar da coletividade ou de 'exigências prioritárias do Estado social'. A jurisprudência alemã, por sua vez, tem entendido pertinentemente que 'não é possível derivar da cláusula do Estado social [...] uma obrigação à preservação generalizada dos ativos sociais consubstanciados em direitos sociais'. Todavia, isto não significa que o legislador possa ser liberado integralmente de suas vinculações às regulamentações já consolidadas, no contexto, portanto, de uma proibição relativa de retrocesso, tal qual vem sendo admitida pela doutrina e jurisprudência constitucional alemãs.[178]

---

[175] SARLET, Ingo Wolfgang. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 441.

[176] SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito adquirido e expectativa de direito. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 160. Sampaio, nesse trecho, faz menção ao livro de Schlenker cujo título pode ser traduzido como "Proibição do Retrocesso Social e a Constituição" (SCHLENKER, Rolf-Ulrich. Soziales Rückschrittsverbot Und Grundgesetz. 1. ed. Berlim: Duncker & Humblot, 1986).

[177] *Ludwig-Maximilians-Universität München*.

[178] SCHOLLER, Heinrich. Constituição e Direito no Processo da Globalização: a transição do Estado Social e da economia planificada para uma economia de mercado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 100.

Bernd Schulte, pesquisador do Instituto Max Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional,[179] em 2003, defendia o princípio da proibição do retrocesso social, seguindo a senda aberta por Martin Wolff e argumentando que o direito à propriedade não protege apenas a propriedade no âmbito dos direitos reais, mas também:

> alcança uma função conservadora de direitos, no sentido de que ela igualmente tem por escopo oferecer ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos.[180]

O *Bundesverfassungsgericht*, em decisão do ano de 2002, confirmou seu entendimento em favor do princípio da proibição do retrocesso social, conforme relata Sarlet:

> O Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, em recente julgado, reiterou o seu já consagrado entendimento sufragando a idéia de que a segurança jurídica constitui um dos elementos nucleares do princípio do Estado de Direito, no sentido de que o particular encontra-se protegido contra leis retroativas que afetem os seus direitos adquiridos, evitando assim que venha a ter frustrada a sua confiança na ordem jurídica, já que segurança jurídica significa, em primeira linha, proteção de confiança, que, por sua vez, possui hierarquia constitucional.[181]

Assim, verifica-se a existência de abundantes fontes doutrinárias e jurisprudenciais germânicas que se manifestam favoravelmente ao princípio da proibição do retrocesso social, desde a segunda metade do século passado até os dias de hoje.

A grande influência que a doutrina jurídica escrita na língua alemã exerce sobre os estudiosos de outros países facilita sobremaneira o reconhecimento da existência desse princípio em outros ordenamentos jurídicos, inclusive no do Brasil.

---

[179] *Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht*.

[180] SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 301-332.

[181] SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.). Constituição & Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Canotilho. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 12.

4.2.2.2 França

O princípio da proibição do retrocesso social é conhecido na literatura jurídica francesa como *effet cliquet* (efeito catraca), em referência ao dispositivo utilizado pelos alpinistas em suas cordas para impedir a queda. Esclarece Grégory Mollion que "os termos 'effet cliquet' têm uma origem exclusivamente doutrinária e não são repetidos pelo Conselho Constitucional".[182]

Resume Véra Morales a posição do *Conseil Constitutionnel* (Conselho Constitucional), órgão máximo francês em matéria de interpretação da Lei Maior daquele país:

> A finalidade da jurisprudência da "catraca anti-retorno", como se sabe, é de evitar a reconsideração, por uma nova lei, de garantias concedidas pelas anteriores disposições legislativas. Em outras palavras, essa técnica, desenvolvida pelo juízo constitucional por meio de sua jurisprudência, desautoriza o legislador a regredir quanto às garantias anteriormente estabelecidas, a não ser para lhes reforçar ou conservar.[183]

A jurisprudência do Conselho Constitucional francês, reconhecendo o princípio da proibição do retrocesso social em suas decisões 83-165 e 90-287, primeiro quanto às liberdades fundamentais e depois também em relação aos direitos sociais, é referida pelo Tribunal Constitucional de Portugal, em seu acórdão 509/02:

> A questão da proibição do retrocesso não se colocará, em tese, apenas no que se refere aos direitos sociais. Pelo contrário, o Conselho Constitucional francês inaugurou a jurisprudência do denominado *effet cliquet* precisamente no domínio das liberdades fundamentais, na sua decisão DC 83-165, de 20 de Janeiro de 1984 [...] E só bastante mais tarde veio, num caso (DC 90-287 [...] a

---

[182] MOLLION, Gregory. Les garanties légales des exigences constitutionnelles. Revue française de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, n. 62, p. 264, 2005, tradução nossa. Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2005-2-page257.htm>. Acesso em: 13 nov. 2011. No original: "les termes « effet cliquet » ont une origine exclusivement doctrinale et ne sont pas repris par le Conseil constitutionnel".

[183] MORALES, Véra. La protection juridictionnelle des droits fondamentaux: révélation d'une entente conceptuelle. In: CONGRÈS FRANÇAIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL, 6., 2005, Montpellier. Anais eletrônicos... Montpellier: Association française de droit constitutionnel, 2005, tradução nossa. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/MORALES.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011. No original: "La finalité de la jurisprudence du « cliquet anti-retour », on le sait, est de conjurer la remise en cause, par une nouvelle loi, de garanties accordées par d'anciennes dispositions législatives. Autrement dit, ette technique développée par le juge constitutionnel au fil de sa jurisprudence n'autorise le législateur à revenir sur des garanties précédemment posées que pour les renforcer ou les maintenir en l'état".

> admitir que o referido *effet cliquet* pudesse ainda operar no âmbito dos direitos económicos e sociais.[184]

A Decisão 83-165 DC foi proferida pelo Conselho Constitucional, em sede de controle preventivo, em janeiro de 1984, declarando inconstitucionais dispositivos da futura lei 84-52, que entraria em vigor logo a seguir. Destaca-se, nesse julgado, a seguinte fundamentação:

> Sobre a alínea primeira do artigo 68 da lei que revoga a lei de 12 de novembro de 1968 sobre as diretrizes do ensino superior: 41. Considerando que o artigo 68, alínea primeira, da lei em análise pelo Conselho Constitucional é o seguinte: "Esta lei revoga a lei nº 68-978 de 12 de novembro de 1968 acerca das diretrizes do ensino superior, à exceção dos artigos 46 a 62, bem como todas as disposições que lhe são contrárias [à lei nova], ressalvadas as disposições regulamentares, que permanecerão em vigor até sua substituição pela aplicação dos parâmetros da presente lei". 42. Considerando que, se a revogação de dispositivos da antiga lei contrários às disposições da nova lei, bem como a manutenção em vigor das regras antigas até a sua substituição por uma nova regulamentação, não exige censuras do ponto de vista de sua conformidade à Constituição, por outro lado a revogação total da lei de diretrizes de 12 de novembro de 1968, em que certas disposições conferiam aos professores garantias conformes às exigências constitucionais, que não são substituídas na presente lei por garantias equivalentes, não é conforme a Constituição [...].[185]

O artigo 34 da lei 68-978, que estabelecia as diretrizes do ensino superior da França, fixava que "Os professores e os pesquisadores gozam de uma plena

---

[184] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509/02. Autor: Presidente da República Portuguesa. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Lisboa, 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos02/501-600/50902.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

[185] FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão nº 83-165. Autores: Jean Arthuis e Outros. Réu: Parlamento Francês. 20 de janeiro de 1984, tradução nossa. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1984/83-165-dc/decision-n-83-165-dc-du-20-janvier-1984.8111.html>. Acesso em: 02 nov. 2011. No original: "Sur l'alinéa 1er de l'article 68 de la loi abrogeant la loi du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur: 41. Considérant que l'article 68, alinéa 1er, de la loi soumise à l'examen du Conseil constitutionnel est ainsi conçu: "La présente loi abroge la loi n° 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur à l'exception des articles 46 à 62, ainsi que toutes les dispositions qui lui sont contraires, sous réserve des dispositions réglementaires qui restent en vigueur jusqu'à leur remplacement par les mesures d'application de la présente loi; 42. Considérant que, si l'abrogation des dispositions de la loi ancienne contraires aux dispositions de la loi nouvelle, ainsi que le maintien en vigueur de la réglementation ancienne jusqu'à son remplacement par une réglementation nouvelle n'appellent pas d'observations du point de vue de leur conformité à la Constitution, en revanche l'abrogation totale de la loi d'orientation du 12 novembre 1968 dont certaines dispositions donnaient aux enseignants des garanties conformes aux exigences constitutionnelles qui n'ont pas été remplacées dans la présente loi par des garanties équivalentes n'est pas conforme à la Constitution [...]".

independência e de uma inteira liberdade de expressão no exercício de suas funções de ensino e de suas atividades de pesquisa".[186]

A supressão, pela futura lei 84-52, dessas garantias específicas de independência e de liberdade de expressão, concretizadoras de direitos fundamentais, foi considerada desconforme à Constituição francesa, pelo *Conseil Constitutionnel*, na Decisão 83-165 DC, de modo a impedir a entrada em vigor dessa lei.

Assim, na jurisprudência francesa, a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social não se limita aos direitos a prestações estatais, decorrentes do Estado do Bem-Estar Social, nem aos direitos sociais, abrangendo também as chamadas liberdades fundamentais. Esse entendimento é o que se adequa à teoria, defendida na parte deste trabalho que aborda o desenvolvimento dos direitos humanos, de que a distinção entre as gerações de direitos fundamentais não é jurídica, mas somente didática e histórica.

Na Decisão 90-287 DC, proferida também em sede de controle preventivo, o Conselho Constitucional francês estendeu a aplicação da teoria do *effet cliquet* para o campo dos direitos sociais.

O julgado trata, dentre outras matérias, de novos critérios propostos para a homologação de tarifas a serem pagas pelo poder público, para o atendimento da população em instituições de saúde privadas. O Conselho considerou constitucionais os dispositivos que estabeleciam os novos critérios, com base nas seguintes razões:

> 20. Considerando que os autores dos recursos sustentam que essas disposições são contrárias à liberdade de empreender; que os deputados autores do primeiro recurso argumentam, também, que os critérios de homologação de tarifas convencionais são uma "privação arbitrária e abusiva do direito de propriedade"; que, segundo eles, a combinação de um regime de autorização administrativa para a criação e expansão de um estabelecimento de hospitalização privado e de um regime de homologação de tarifas limitando a atividade do estabelecimento "é equivalente a uma expropriação sem indenização"; que as disposições relativas aos critérios de homologação de tarifas conduziriam "implicitamente" à exclusão de

[186] FRANÇA. Loi nº 68-978, du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur. Journal Officiel de la Republique Française, Paris, 12 nov. 1968, p 10.583, tradução nossa. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19681113&pageDebut=10579&pageFin=&pageCourante=10583>. Acesso em: 14 nov. 2011. No original: "Les enseignants et les chercheurs jouissent d'une pleine indépendance et d'une entière liberté d'expression dans l'exercice de leurs fonctions d'enseignement et de leurs activités de recherche".

> numerosas clínicas privadas do regime de acordos com a Seguridade Social; que isso resultaria em uma privação do direito do enfermo à livre escolha de seu estabelecimento de cuidados, assim como uma violação da igualdade de acesso aos cuidados hospitalares; que esta dupla regressão seria ela mesma contrária ao princípio segundo o qual o legislador não poderia restringir as liberdades reconhecidas pela legislação anterior; [...] 24. Considerando, em quarto lugar, que a modificação do regime de homologação de tarifas convencionais não tem por efeito privar de garantias legais os princípios de valor constitucional; que, em particular, as mudanças e acréscimos feitos ao artigo L. 162-22 do Código da Seguridade Social não põe em causa o princípio da proteção da saúde pública proclamado pelo décimo primeiro parágrafo do preâmbulo da Constituição de 1946, ao qual se refere o preâmbulo da Constituição de 1958.[187]

O Conselho, analisando o argumento dos parlamentares recorrentes, de que o projeto de lei questionado, cujo conteúdo diz respeito a direitos sociais (saúde pública e previdência social), violaria o imperativo de proibição de retrocesso, entendeu que a violação inexistia, no caso concreto, mas apenas porque a alteração legislativa atacada não privaria de anteriores garantias legais os princípios constitucionais envolvidos.

Deixou a entender claramente, portanto, que, a alteração legislativa atacada seria inconstitucional, caso implicasse a privação de garantias legais preexistentes, realizadoras de princípios constitucionais.

---

[187] FRANÇA. Conselho constitucional. Decisão nº 90-287. Autores: M. Bernard Pons e Outros. Réu: Parlamento Francês. 16 de janeiro de 1991, tradução nossa. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1991/90-287-dc/decision-n-90-287-dc-du-16-janvier-1991.8756.html>. Acesso em: 14 nov. 2011. No original: “20. Considérant que les auteurs des saisines soutiennent que ces dispositions sont contraires à la liberté d’entreprendre ; que les députés auteurs de la première saisine font valoir, en outre, que les critères d’homologation des tarifs conventionnels portent une “atteinte arbitraire et abusive au droit de propriété” ; que, selon eux, la conjonction d’un régime d’autorisation administrative pour la création et l’extension d’un établissement d’hospitalisation privé et d’un régime d’homologation des tarifs limitant l’activité de l’établissement “équivaut à une dépossession sans indemnisation”; que les dispositions relatives aux critères d’homologation des tarifs conduiraient “implicitement” à l’exclusion de nombreuses cliniques privées du régime des conventions avec la sécurité sociale; qu’il en résulterait une atteinte au droit du malade au libre choix de son établissement de soins ainsi qu’une rupture de l’égalité d’accès aux soins hospitaliers ; que cette double régression serait elle-même contraire au principe selon lequel le législateur ne saurait restreindre des libertés reconnues par la législation antérieure; [...] 24. Considérant, en quatrième lieu, que la modification du régime d’homologation des tarifs conventionnels n’a pas pour effet de priver de garanties légales des principes de valeur constitutionnelle ; qu’en particulier, les modifications et adjonctions apportées à l’article L. 162-22 du code de la sécurité sociale ne mettent pas en cause le principe de protection de la santé publique proclamé par le onzième alinéa du préambule de la Constitution de 1946, auquel se réfère le préambule de la Constitution de 1958”.

A hipotética adoção, pelo Conselho, da tese de que o *effet cliquet* não se aplicaria aos direitos sociais, constituiria questão prejudicial à análise do mérito acerca de ser o novo dispositivo retrocessivo ou não.

O simples fato de haver análise desse mérito, por si só, demonstra que o *Conseil Constitutionnel* reconheceu a aplicabilidade, também aos direitos sociais, do princípio da proibição de retrocesso.

4.2.2.3 Portugal

O maior defensor do princípio estudado, em Portugal, é o constitucionalista Joaquim José Gomes Canotilho, cuja larga influência sobre o meio jurídico brasileiro é responsável, em grande medida, pela recepção desse princípio em nossas terras. Segundo o professor da Universidade de Coimbra:

> O princípio da democracia económica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A «proibição de retrocesso social» nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social». [...] A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da proibição de discriminações sociais e políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas («lei da segurança social», «lei do subsídio de

> desemprego», «lei do serviço de saúde») deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa «anulação», «revogação» ou «aniquilação» pura e simples desse núcleo essencial. [...] A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado.[188]

A posição de Canotilho e a jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal sobre o imperativo de proibição do retrocesso, na verdade, constituem o ponto de partida das concepções adotadas nesta dissertação, as quais foram produzidas com a intenção de constituir um dos possíveis desenvolvimentos desse corpo doutrinário.

Em 1984, o Tribunal Constitucional português declarou, pela primeira vez, sua adesão à teoria da proibição do retrocesso, no Acórdão 39/84, tomando expressamente por fundamento a doutrina de Canotilho e também a da Alemanha sobre o tema. Consta desse julgado:

> O Presidente da República requereu, em 25 de Outubro de 1982, ao Conselho da Revolução, a apreciação e declaração da inconstitucionalidade do artigo 17.º do Decreto-Lei n.º 254/82, de 29 de Junho — que, além do mais, revogou grande parte da Lei n.º 56/79, de 15 de Setembro (Serviço Nacional de Saúde). [...] a revogação dos mencionados preceitos da Lei n.º 56/79 equivale à «destruição ou inutilização do SNS», e sendo este uma forma de realização do direito à protecção da saúde constitucionalmente garantido no artigo 64.º da Constituição. [...] O direito à saúde é [...] um direito social propriamente dito, e o que o caracteriza essencialmente é o facto de ser um direito «positivo», ou seja, um direito às adequadas actividades e prestações do Estado. É, não um direito à abstenção do Estado, mas sim um direito a acções do Estado. [...] E a Lei do Serviço Nacional de Saúde, ao regular um dos aspectos mais importantes desse direito social, mantém-se claramente dentro desse quadro. [...] Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa — a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica —, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. [...] Se isto é assim em geral para as normas que impõem concretas e definidas tarefas constitucionais, por maioria de razão há-de valer quando se trate de direitos fundamentais. [...] Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um

[188] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 338-339.

> direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental. [...] Em grande medida, os direitos sociais traduzem-se para o Estado em obrigação de fazer, sobretudo de criar certas instituições públicas (sistema escolar, sistema de segurança social, etc.). Enquanto elas não forem criadas, a Constituição só pode fundamentar exigências para que se criem; mas após terem sido criadas, a Constituição passa a proteger a sua existência, como se já existissem à data da Constituição. As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados. [...] a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) num obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social. [...] À data em que o Governo extinguiu o Serviço Nacional de Saúde, estava obrigado a implementá-lo. A sua inércia era censurável, mas não havia meio jurídico-constitucional de o impedir de continuar a não realizar o Serviço Nacional de Saúde; todavia, ao extinguir o Serviço Nacional de Saúde, o Governo incorreu numa acção inconstitucional, cujo resultado pode e deve ser impedido em sede de fiscalização da constitucionalidade. A obrigação que impunha ao Estado a constituição do Serviço Nacional de Saúde transmuta-se em obrigação de o não extinguir. Ao fazê-lo, o Estado viola, por acção, essa obrigação constitucional. [...] Se uma lei, que veio dar execução a uma norma constitucional que a exigia, colmatando assim uma omissão inconstitucional, for revogada por outra, que, desse modo, repõe a anterior situação de inexecução da norma constitucional e de omissão inconstitucional, então a revogação ofende directamente a Constituição e consubstancia uma inconstitucionalidade por acção.[189]

A supressão do Serviço Nacional de Saúde foi considerada contrária à Constituição da República Portuguesa, pelo Tribunal Constitucional, assim, pelo motivo de que, como a criação desse Serviço concretizava um direito fundamental social, o direito à saúde, seria descabida, porque ofensiva a esse direito fundamental, a extinção prática do Serviço, sem a imediata instituição de medidas substitutivas.

---

[189] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/84. Autor: Presidente da República Portuguesa. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 27 mar. 2012.

Em seu Acórdão 509/02, mantendo o entendimento favorável à adoção do princípio da proibição de retrocesso social, o mesmo Tribunal decidiu declarar inconstitucional o artigo 4°, nº 1, do Decreto da Assembléia da República nº 18/IX, que revogava o “rendimento mínimo garantido”, previsto na Lei nº 19-A/96, e criava o “rendimento social de inserção”.

O fundamento para essa declaração de inconstitucionalidade reside na insuficiência dos dispositivos substitutivos do antigo sistema do “rendimento mínimo garantido”, o qual objetivava favorecer uma progressiva integração social e profissional de seus beneficiários.

Reconhece, porém, o Tribunal Constitucional, nessa decisão, que apenas em “casos-limite” aplica-se a proibição do retrocesso, de maneira que, ao mesmo tempo em que se assegure a concretização fática dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana, evite-se o engessamento da atividade legislativa. Consta do acórdão:

> Embora com importantes e significativos matizes, pode-se afirmar que a generalidade da doutrina converge na necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. [...] Aí, por exemplo, onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível «determinar, com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade» (cfr. Acórdão nº 474/02, ainda inédito), a margem de liberdade do legislador para retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão [...] Noutras circunstâncias, porém, a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais. [...] o diploma em que se insere a norma questionada não procede a uma pura e simples eliminação da prestação de segurança social destinada a assegurar o direito a um mínimo de existência condigna, mas apenas a uma reformulação do seu âmbito de aplicação. É bem verdade que um certo grupo de cidadãos foi dele excluído para o futuro; todavia, nessa perspectiva, só se poderia falar, em bom rigor, em violação da proibição do retrocesso social pressupondo-se, desde logo, que uma tal exclusão colidiria com o conteúdo mínimo desse direito. [...] Importa, porém, distinguir entre o reconhecimento de um direito a não ser privado do que se considera essencial à conservação de um rendimento indispensável a uma existência minimamente condigna, como aconteceu nos referidos arestos, e um direito a exigir do Estado esse mínimo de existência condigna, designadamente através de

> prestações, como resulta da doutrina e da jurisprudência alemãs. [...] o princípio do respeito da dignidade humana, proclamado logo no artigo 1º da Constituição e decorrente, igualmente, da ideia de Estado de direito democrático, consignado no seu artigo 2º, e ainda aflorado no artigo 63º, nºs 1 e 3, da mesma CRP, que garante a todos o direito à segurança social e comete ao sistema de segurança social a protecção dos cidadãos em todas as situações de falta ou diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho, implica o reconhecimento do direito ou da garantia a um mínimo de subsistência condigna. [...] Todavia, o legislador [...] goza de uma larga margem de liberdade conformadora [...] Essa é uma decorrência do princípio democrático, que supõe a possibilidade de escolhas e de opções que dê significado ao pluralismo e à alternância democrática, embora no quadro das balizas constitucionalmente fixadas, devendo aqui harmonizar-se os pilares em que, nos termos do artigo 1º da Constituição, se baseia a República Portuguesa: por um lado, a dignidade da pessoa humana e, por outro lado, a vontade popular expressa nas eleições. [...] Ora, os instrumentos jurídicos actualmente existentes destinados especificamente a promover a integração dos jovens na vida activa ou a sua formação profissional [...] não conferem qualquer direito em situação de carência, nem asseguram aos jovens a possibilidade de, potestativamente, recorrerem aos programas neles previstos [...] Pode, assim, afirmar-se com segurança que não existem hoje – contrariamente ao que se poderia entender suceder durante a vigência da Lei nº 50/88 – instrumentos alternativos ao rendimento social de inserção que possam garantir, em todos os casos, para os jovens entre os 18 e os 25 anos por ele não abrangidos, o direito a um mínimo de existência condigna, sendo certo que se tem vindo a assistir, nos últimos anos, a uma diminuição do emprego de jovens e a um aumento da sua taxa de desemprego relativamente aos adultos [...] Consequentemente, importa concluir que a norma em apreciação vem atingir o conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna, postulado, em primeira linha, pelo princípio do respeito pela dignidade humana.[190]

Também o Acórdão 590/04, do Tribunal Constitucional português, revela a adoção da teoria da proibição de retrocesso social, ao deixar de declarar inconstitucional a revogação de disposições facilitadoras da percepção de crédito habitacional, mas apenas porque considerou, no caso concreto, não afetado por essa revogação o conteúdo essencial do direito à habitação à proteção especial dos jovens no acesso à habitação.

O Conselheiro Relator desse aresto, Artur Maurício, após citar o trecho do Acórdão 39/84, do mesmo Tribunal, que diz que “O Estado, que estava obrigado a

[190] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509/02. Autor: Presidente da República Portuguesa. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Lisboa, 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos02/501-600/50902.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social", prossegue:

> Será na violação desse dever de abstenção que consistirá o retrocesso social constitucionalmente proibido. No caso ora em análise, o problema do retrocesso social reconduzir-se-ia, assim, à questão de saber se a medida legislativa constante do Decreto-Lei nº 305/2003 atentaria "contra a realização dada" aos direitos à habitação e à protecção especial dos jovens no acesso à habitação. [...] as normas constitucionais relativas ao direito à habitação e à protecção especial dos jovens no acesso à habitação não contêm uma ordem de legislar [...] Configura-se, assim, a segunda das situações enunciadas, ou seja aquela em que só existirá retrocesso social constitucionalmente proibido em casos-limite – quando se deixe de assegurar o núcleo essencial de um direito fundamental consagrado na Constituição. [...] não pode deixar de se concluir que o "retrocesso social" que advém da revogação do regime de crédito bonificado não afecta o conteúdo essencial dos referidos direitos à habitação e à protecção especial dos jovens no acesso à habitação.[191]

No ano de 2006, novamente o Tribunal Constitucional luso manifestou sua adesão à doutrina da proibição do retrocesso, no Acórdão 47/06, que trata de matéria trabalhista, o que mostra que, para esse Tribunal, também ao campo laboral é aplicável essa diretriz.

Nesse julgado, que contém menção expressa aos precedentes contidos nos referidos Acórdãos 39/84 e 509/02, o Tribunal, confirmando decisão do Supremo Tribunal de Justiça português, declarou inconstitucionais: 1) os dispositivos do Decreto-Lei nº 558/99 revogadores de artigos do Decreto-Lei nº 260/76, estes prevendo a participação dos trabalhadores nos órgãos sociais de empresas públicas em geral; 2) os dispositivos do Decreto-Lei nº 276/2000 que revogavam a regra, contida nos anteriores estatutos da empresa "A., S. A.", prevendo, especificamente, a participação dos trabalhadores nos órgãos sociais dessa empresa. Consta do Acórdão 47/06:

> A autora é o órgão representativo dos trabalhadores da A. e desde 1989 promoveu sucessivamente à eleição de representantes dos trabalhadores para o Conselho de Administração, designando também um representante para o Conselho Fiscal. [...] à A., sociedade de capitais públicos, aplica-se o Decreto-Lei nº 558/99 (artigos 5º e 7º). Este diploma, que estabelece o regime jurídico do sector público empresarial do Estado e das empresas públicas, não contempla qualquer norma sobre a participação dos trabalhadores

[191] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 590/04. Autor: Grupo de Deputados do Partido Socialista de Portugal. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Artur Maurício. Lisboa, 06 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040590.html>. Acesso em: 17 out. 2011.

> nos órgãos sociais deste tipo de empresas [...] os estatutos da A., aprovados pelo Decreto-Lei nº 276/2000, não prevêem qualquer disposição sobre aquela participação nos seus órgãos sociais (assembleia geral e conselho de administração) [...] Porém, anteriormente à entrada em vigor destes diplomas, o Decreto-Lei nº 260/76 [...], que estabelece as bases gerais das empresas públicas, previa a participação dos trabalhadores em órgãos sociais destas empresas: no conselho geral e na comissão de fiscalização (artigos 8º, nº 1, e 10º, nº 5), segundo a redacção primitiva do diploma; e no conselho de administração e na comissão de fiscalização (artigos 7º, 8º e 10º), por força das alterações introduzidas pelo Decreto-Lei nº 29/84 [...] Verifica-se, assim, que, no passado, a lei concretizava, relativamente às empresas públicas, o direito consagrado no artigo 54º, nº 5, alínea f), da CRP, regulando os órgãos sociais efectivamente abrangidos e qual o número de representantes dos trabalhadores a eleger [...], ao passo que, no presente, a lei é completamente omissa, no que diz respeito às mesmas empresas públicas. [...] o não cumprimento dos artigos 54º, nº 5, alínea f), e 89º da CRP se verifica não propriamente por haver omissão das medidas legislativas necessárias para tornar exequíveis estas normas constitucionais (artigo 283º da CRP), mas antes porque foram revogadas disposições legais que tornavam tais normas exequíveis. [...] Assim, na medida em que o novo regime jurídico das empresas públicas e os novos estatutos da empresa pública A., S. A. deixaram de prever a participação dos trabalhadores nos órgãos sociais deste tipo de empresas há que concluir pela violação dos artigos 54º, nº 5, alínea f), e 89º da CRP.[192]

O Tribunal Constitucional, em seu Acórdão 188/2009, julgou constitucionais novas regras para o cálculo das pensões por invalidez ou velhice, considerando que a redução nos respectivos valores, quando já são altos, não viola a diretriz de vedação do retrocesso, nos seguintes termos:

> o artigo 34º concretiza as regras de cálculo da designada P1, isto é, da parcela da pensão que é apurada com base nos 10 melhores anos dos últimos 15 da carreira contributiva. No entanto, a disposição transitória do artigo 101º introduz um limite superior às pensões calculadas nesses termos, fazendo-o corresponder a 12 vezes o Indexante dos Apoios Sociais (IAS), com as excepções que aí são consideradas. [...] É esta disposição transitória, interpretada conjugadamente com as normas dos artigos 33º e 34º, que vem arguida de inconstitucionalidade [...] as novas regras de cálculo para as pensões de invalidez e velhice foram definidas pelo Decreto-Lei n.º 35/2002 [...] o legislador dispõe de liberdade de conformação para modificar o sistema legal, designadamente em matéria de direitos sociais, e estabelecer aí diferenciações de regime (fora das situações limite em que se encontre condicionado pelo princípio da proibição do retrocesso social), a única questão que pode colocar-se, no estrito plano da igualdade é a possível violação da proibição do arbítrio. [...]

[192] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 47/06. Autora: Comissão de Trabalhadores da A., S. A. Réus: A., S. A. e Região Autónoma dos Açores. Relatora: Conselheira Maria João Antunes. Lisboa, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060047.html>. Acesso em: 18 out. 2011.

> a aplicação de um factor correctivo do limite da pensão só tem cabimento em relação àqueles que, por se encontrarem abrangidos pelo regime de transição, beneficiam ainda da aplicação parcial do regime de cálculo, mais favorável, do Decreto-Lei n.º 329/93, e que propiciava, especialmente em relação aos titulares de órgãos de pessoas colectivas (que estavam dispensados de qualquer limite contributivo), a obtenção de pensões muito elevadas.[193]

Recentemente, em 2010, a 3ª Secção do órgão de cúpula português em matéria constitucional reiterou a posição no sentido da aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social ao direito do trabalho, proferindo o Acórdão 187/2010, no qual se lê:

> A., S.A., impugnou judicialmente a decisão da Autoridade para as Condições de Trabalho que lhe aplicou uma coima[194] de €3.360,00, em processo de contra-ordenação, por violação do artigo 245.º, n.º 1, da Lei n.º 35/2004, de 29 de Julho, ao não realizar exame de saúde a uma trabalhadora ao seu serviço. [...] o Tribunal Judicial de Setúbal concedeu provimento parcial à impugnação. [...] O Ministério Público interpôs recurso desta decisão [...] Trata-se de direitos fundamentais dos trabalhadores que implicam deveres para a entidade empregadora e um sistema adequado de controlo e fiscalização por parte dos poderes públicos. [...] A norma constitucional (artigo 59.º, n.º 1, alínea c) da CRP) protege o trabalhador em três aspectos: segurança, higiene e saúde no trabalho. [...] A violação destes deveres constituía contra-ordenação grave (artigo 484.º, n.º 2 da mesma Lei). Esta qualificação foi "acidentalmente" revogada, deixando a infracção sem sanção repressiva. Considera a sentença recorrida que [...] o sistema regrediu relativamente ao grau de consagração anteriormente vigente. [...] a norma em causa não tem por efeito diminuir o âmbito dos deveres do empregador no que se refere à protecção da saúde do trabalhador. A protecção prescrita, os deveres da entidade patronal, não sofreu modificações. O que da norma em causa resulta é o enfraquecimento do nível prático de efectividade mediante a supressão da tutela sancionatória ou repressiva. Isto compromete a viabilidade ou, pelo menos, o interesse de consideração do problema à luz do princípio da proibição do retrocesso social.[195]

A 3ª Secção do Tribunal considerou, assim, no Acórdão 187/2010, que a revogação da norma que tipificava como contra-ordenação a falta de exame de

---

[193] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 188/2009. Autor: Provedor de Justiça. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 22 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090188.html>. Acesso em: 17 out. 2011.

[194] Coimas são sanções pecuniárias, aplicadas em caso de cometimento de contra-ordenações, conforme os artigos 1º e 17 do Decreto-Lei 433/82 (PORTUGAL. Decreto-Lei 433, de 27 de outubro de 1982. Diário da República, Lisboa, 27 out. 1982, p. 3552-3563. Disponível em: <http://dre.pt/pdfgratis/1982/10/24900.pdf>. Acesso em: 17 out. 2011).

[195] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 187/2010. Autor: A., S. A. Réu: Autoridade para as Condições de Trabalho. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Lisboa, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100187.html>. Acesso em: 19 out. 2011.

saúde admissional, não contrariava a concretização, efetuada pela norma revogada, do direito fundamental à saúde no trabalho, apenas por isso não aplicando ao caso concreto o princípio estudado.

Em maio de 2011, a 1ª Secção do Tribunal Constitucional, julgando caso semelhante ao do Acórdão 187/2010, com o mesmo resultado, confirmou a tradicional posição de acolhimento do princípio da proibição do retrocesso social, no Acórdão 222/2011, consignando que:

> A alteração redutora do conteúdo do direito social será ofensiva da Constituição se for concretizada com violação do princípio da igualdade, ou do da protecção da confiança, ou quando for atingido o conteúdo de um direito previsto na Constituição.[196]

Ainda mais recentemente, em setembro de 2011, o Tribunal Constitucional julgou o caso da polêmica redução salarial temporária dos funcionários públicos (inclusive dos próprios Conselheiros desse Tribunal), em valores entre 3,5 e 10% do total ilíquido mensal, ocorrida como forma de equilibrar o orçamento anual de Portugal, face à grande crise econômica enfrentada pelo país.

O julgamento, muito embora tenha como conclusão a declaração de constitucionalidade dos dispositivos da lei orçamentária 55-A/2010, que determinaram a redução salarial, revela a atual adoção, por esse pretório, do princípio da proibição do retrocesso social, nos seguintes termos, constantes do Acórdão 396/2011:

> A justificação apresentada para a medida no Relatório que acompanha o Orçamento de Estado é, aliás, clara em salientar que ela se insere num "contexto de excepcionalidade" não visando qualquer tipo de retrocesso social, mas sim o cumprimento das metas resultantes do Pacto de Estabilidade e Crescimento. [...] Aí se pode ler: «Uma medida como a da redução remuneratória só é adoptada quando estão em causa condições excepcionais e extremamente adversas para a manutenção e sustentabilidade do Estado Social. Não se pretende instituir qualquer tipo de padrão ou retrocesso social, mas sim assegurar a assumpção das responsabilidades e dos compromissos do Estado português, quer internamente, continuando a prestar um serviço público de qualidade, quer internacionalmente, desde logo na esfera da União Europeia, no quadro do Pacto de Estabilidade e Crescimento». [...] Estando estas medidas instrumentalmente vinculadas à consecução de fins de redução de despesa pública e de correcção de um excessivo desequilíbrio orçamental, de acordo com um programa temporalmente delimitado, é de atribuir-lhes idêntica natureza

[196] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 222/2011. Autor: A., S. A. Réu: Autoridade para as Condições de Trabalho. Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira. Lisboa, 03 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110222.html>. Acesso em: 20 out. 2011.

> temporária, nada autorizando, no presente, a considerar que elas se destinam a vigorar para sempre. Independentemente dos juízos e dos cálculos previsionais, do ponto de vista económico-financeiro, quanto à evolução das contas públicas e à possibilidade de contenção do défice orçamental nos limites e na data fixados – matéria de que é inarredável um forte grau de subjectividade – o certo é que não se visiona, no momento actual, qualquer base normativa que objectivamente permita dar por assente que as reduções remuneratórias perdurarão indefinidamente.[197]

A análise dessa importante e recente decisão permite amalgamar algumas das concepções anteriormente adotadas nesta dissertação.

Já previa Canotilho que a proibição de retrocesso social seria inócua contra as recessões e crises econômicas[198]. E não se pode pensar de maneira diferente, se se assume a perspectiva de que é o substrato material da sociedade, em especial o econômico, que modela as instituições, inclusive jurídicas, como acreditava Marx,[199] mesmo que esse substrato seja, em menor medida, mas consideravelmente, também conformado pelas instituições, como observou Konrad Hesse, de maneira mais específica, referindo-se apenas a esse considerável instituto que é a Constituição.[200]

Insistir em uma defesa inconsequente da proibição do retrocesso, mesmo à custa da economia de todo um país, ameaçando inclusive o próprio Estado Social, não é posição consentânea com o espírito desse princípio, de modo que parece irretocável o Acórdão 396/2011. A própria apresentação do imperativo de proibição do retrocesso social como um princípio já indica que esse imperativo não é absoluto, ficando sujeito à ponderação de valores.[201]

---

[197] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 396/2011. Autor: Grupo de Deputados do Partido Socialista de Portugal. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Lisboa, 21 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Acesso em: 20 out. 2011.

[198] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 338.

[199] MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008, p. 47.

[200] HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, p. 24.

[201] Alexy, com fundamento no estudo de decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, definiu a chamada *lei de ponderação* da seguinte maneira: “Quanto maior é o grau da não satisfação ou de afetação de um princípio, tanto maior deve ser a importância da satisfação do outro” (ALEXY, op. cit., p. 161, tradução nossa. Na versão espanhola: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro”).

Além das lições de Canotilho e da jurisprudência do Tribunal Constitucional, Portugal também conta, em favor do princípio da proibição do retrocesso social, com a manifestação de diversos outros doutrinadores.

Segundo Paulo Otero, "a garantia de efectivação do Estado de bem-estar encontra-se também em três princípios materiais resultantes da constituição e ordenadores do direito ordinário": o princípio da proporcionalidade, o da preferência pela interpretação que conduza à máxima eficácia dos direitos fundamentais, e também:

> O princípio da proibição de revogação simples (ou não substitutiva) de norma ordinária implementadora de preceito constitucional não exequível por si mesmo, impedindo-se, deste modo, que tal norma constitucional volte a deixar de ter implementação.[202]

Jorge Pereira da Silva, por sua vez, sustenta:

> [...] não há grandes dúvidas de que a revogação integral de uma lei constitucionalmente devida acarreta a inconstitucionalidade por acção da própria lei revogatória. É certo que esta lei só enferma de tal desvalor na medida em que, fazendo renascer uma situação de incumprimento de um dever específico de actuação legislativa, está na origem de uma inconstitucionalidade por omissão. Por outras palavras, embora tenha sido a lei revogatória a desencadear uma situação de vazio normativo constitucionalmente inadmissível, do ponto de vista dos valores jurídicos negativos tudo se passa em sentido inverso, assumindo a inconstitucionalidade da lei revogatória (inconstitucionalidade por acção) natureza consequente em relação à referida situação de vazio normativo (inconstitucionalidade por omissão).[203]

Para Jorge Miranda, "a revogação da lei que dê exequibilidade a certa norma constitucional, sem ser acompanhada de emissão de nova lei, determina inconstitucionalidade material do acto revogatório".[204]

Cristina Queiroz, nas conclusões de sua obra específica sobre a aplicação aos direitos sociais do princípio da proibição do retrocesso social, publicada em 2006, ensina:

> Concretamente, o princípio da "proibição do retrocesso social" determina, de um lado, que, uma vez consagradas legalmente as "prestações sociais", o legislador não poderá depois eliminá-las sem alternativas ou compensações. Uma vez dimanada pelo Estado a legislação concretizadora do direito fundamental social, que se apresenta face a esse direito como uma "lei de protecção", a acção

---

[202] OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do estado. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 21-22.

[203] SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. 1. ed. Lisboa: UCP, 2003, p. 245.

[204] MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 522.

> do Estado, que se consubstanciava num "dever de legislar", transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*.[205]

Assim, verifica-se que o princípio da proibição do retrocesso social está mais que consolidado em Portugal, país que, por historicamente ter feito nascer o Brasil como hoje conhecemos, tem uma das culturas mais próximas da nossa. Isso mostra, por analogia, que poucos, ou inexistentes, serão os efeitos negativos da importação desse instituto, já que em Portugal não há registro de problemas dessa natureza quanto à adoção da proibição de retrocesso, doutrina originalmente desenvolvida na cultura germânica.

4.2.2.4 Brasil

O primeiro reconhecimento na doutrina brasileira,[206] embora indireto, do princípio da proibição do retrocesso social, provavelmente está na citação feita em 1967 por José Afonso da Silva, professor de direito constitucional da Universidade de São Paulo e da Universidade Federal de Minas Gerais, do seguinte trecho, escrito pelo constitucionalista italiano Giorgio Balladore Pallieri, acerca das normas constitucionais programáticas:

> Prescrevem à legislação ordinária uma via a seguir; não conseguem constranger, juridicamente, o legislador a seguir aquela via, mas o compelem, quando nada, a não seguir outra diversa. Seria inconstitucional a lei que dispusesse de modo contrário a quanto a constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode voltar atrás.[207]

---

[205] QUEIROZ, op. cit., p. 116.

[206] Segundo Derbli, "mais uma vez, coube ao mestre José Afonso da Silva o pioneiro enfrentamento da questão na doutrina do Direito Constitucional brasileiro". Para Derbli, o professor mineiro "admite, inda que indiretamente, a proibição constitucional de retrocesso social: tratando das normas constitucionais programáticas (que, segundo o autor, compõem-se em grande parte de normas definidoras de direitos sociais), cita Balladore Pallieri para sustentar que as imposições constitucionais delas advindas dão ao legislador, se não o caminho a seguir, a indicação de qual caminho não seguir, de modo a que seja *inconstitucional* a lei que percorrer o caminho vedado pela Constituição e, o que ora nos interessa, a lei que voltar atrás depois na execução da norma constitucional" (DERBLI, op. cit., p. 166-168).

[207] PALLIERI, Giorgio Balladore. Diritto costituzionale. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1955, p. 322, apud SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 158.

O jurista mineiro radicado em São Paulo, conforme recente manifestação, do ano de 2011, mantém seu posicionamento, no particular.[208]

Tarso Fernando Herz Genro, em 1985, escreveu fragmento específico para o campo do direito laboral e que não abordava exatamente o princípio da proibição do retrocesso social, mas sim um "princípio do progresso social":

> a norma trabalhista deve ser interpretada a partir de um método dialético-teleológico que busque, de acordo com a finalidade protetora e tutelar do Direito do Trabalho, um movimento permanente de concretização do "princípio do progresso social", que é o mínimo a ser exigido nos marcos de produção capitalista.[209]

O papel que Canotilho ocupa em Portugal, de maior defensor do princípio da proibição do retrocesso social, em nosso país é desempenhado pelo doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet, professor de direito constitucional da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Na apresentação que faz de obra sobre o assunto, elaborada por Luísa Cristina Pinto e Netto,[210] Sarlet cita um escrito próprio como a "publicação do que possivelmente tenha sido o primeiro artigo especialmente dedicado ao tema entre nós, em 1999".[211]

Além de no artigo citado e em inúmeros outros, Sarlet defende a proibição do retrocesso em sua clássica obra "A eficácia dos direitos fundamentais",[212] que contribuiu, de maneira considerável, para que o princípio estudado começasse a se tornar conhecido no país. Pontua ele, nessa obra:

> Que – situando a questão no contexto da segurança jurídica – resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando

---

[208] SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 163.

[209] GENRO, Tarso Fernando Herz. Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica. 1. ed. São Paulo: LTr, 1985, p. 86. Em 1991, Genro publicou artigo do qual consta trecho semelhante, acrescido de referência ao art. 7º da Constituição de 1988: "a norma trabalhista deve ser interpretada a partir de um método dialético-teleológico, que busque, de acordo com a finalidade protetora e tutelar do Direito do Trabalho, um movimento permanente de concretização do princípio do progresso social, inscrito no art. 7º, da Constituição Federal, que é o mínimo a ser exigido nas marcas do modo de produção capitalista" (GENRO, Tarso Fernando. Natureza jurídica do direito do trabalho, p. 84. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; AGUIAR, Roberto Arnaldo Ramos de (Org.). Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. 1. ed. Brasília: UnB, 1991). Tarso Genro, além de doutrinador, é também um influente político, ocupando atualmente o cargo de Governador do Estado do Rio Grande do Sul.

[210] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio de proibição de retrocesso social. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 17.

[211] SARLET, Ingo Wolfgang. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 17, p. 111-132, 1999.

[212] SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 433-457.

> estiver em causa uma efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa – pelo menos é esta a tese que estaremos a sustentar – uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional [...], seja por uma reforma no plano legislativo, 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. Com isso, deparamo-nos com a noção que tem sido "batizada" pela doutrina – entre outros termos utilizados – como proibição (ou vedação) de retrocesso [...].[213]

Outros doutrinadores, representando múltiplos nós da rede de ensino jurídico do Brasil, abordam a proibição do retrocesso, incidentalmente ou em artigos especificamente sobre o tema.

Defendem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos, ambos professores de direito constitucional da Universidade do Estado do Rio de Janeiro:

> A vedação do retrocesso é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais (isto é: freqüentemente, os efeitos que pretendem produzir são especificados por meio da legislação ordinária) e que, com base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedam ou ampliem direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente.[214]

Flávia Piovesan, professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo que é conhecida por sua obra no campo dos direitos humanos, sustenta:

> [...] da obrigação da progressividade na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais decorre a chamada cláusula de proibição do retrocesso social, na medida em que é vedado aos Estados retrocederem no campo de implementação desses direitos. Vale dizer, a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais proíbe o retrocesso ou a redução de políticas públicas voltadas à garantia desses direitos.[215]

---

[213] Ibidem, p. 435.

[214] BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional. 3. ed. Brasília: Renovar, 2008, p. 370.

[215] PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 177.

Edilton Meireles, professor de direito do trabalho e de direito processual civil da Universidade Federal da Bahia, conclui da seguinte maneira seu artigo sobre a aplicação do princípio estudado às relações de trabalho:

> a) a Constituição brasileira adotou expressamente o princípio do não-retrocesso social em matéria de direito do trabalho, na parte final do caput do art. 7º, ao estabelecer que podem ser assegurados aos trabalhadores outros direitos que visem à melhoria de sua condição social; b) o princípio do não-retrocesso social veda qualquer medida legislativa, inclusive ao nível constitucional (emendas), que constitua, em si, um retrocesso na condição social do trabalhador; c) as normas trabalhistas somente serão constitucionais se visam a melhorar a condição social do trabalhador; d) a inconstitucionalidade da norma pode ser contornada se forem criados "outros esquemas alternativos ou compensatórios" ao direito social modificado ou suprimido.[216]

Fredie Didier Júnior, professor de direito processual civil da Universidade Federal da Bahia, e Hermes Zaneti Júnior, que leciona a mesma matéria na Universidade Federal do Espírito Santo, assentindo com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que é possível tutelar por meio do mandado de segurança também direitos difusos, e não somente direitos coletivos ou individuais homogêneos, mesmo na ausência de previsão expressa na legislação ordinária, opinam:

> Uma interpretação literal do art. 21 da Lei n. 12.016/2009 implicaria grave retrocesso social, com prejuízo a tutela constitucionalmente adequada (art. 5º, XXXV c/c art. 83 do CDC – princípio da atipicidade das ações coletivas). Cabe ao aplicador dar a interpretação conforme do texto normativo, para adequá-la ao microssistema da tutela coletiva e à Constituição Federal.[217]

Clèmerson Merlin Clève, professor de direito constitucional da Universidade Federal do Paraná, sustenta que "o Estado democrático de direito está comprometido com o avanço e não com o retrocesso social (vedação do retrocesso social)".[218]

Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, professora da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, defende:

> a proibição de retrocesso social representa um limite jurídico ao legislador, que se encontra submetido aos direitos sociais adquiridos.

---

[216] MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 15, n. 179, p. 56-60, 2004.

[217] DIDIER Júnior, Fredie; ZANETI Júnior, Hermes. Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos: Art. 21, par. ún., da Lei n. 12.016/2009: interpretação conforme a Constituição Federal. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=13> Acesso em: 19 nov. 2011.

[218] CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

> Faz transmutar para o Estado a obrigação antes positiva de concretizar o direito, em obrigação negativa, forçando-o a se abster de atentar contra a realização daquele direito fundamental social já estabelecido [...] objetiva a preservação da harmonia do sistema jurídico, ao resguardar a observância dos princípios da confiança e da segurança, identificadores de um Estado de Direito. Proporciona na comunidade um sentimento de certeza e tranqüilidade em relação a bens e posições jurídico-subjetivas já alcançadas.[219]

Lenio Luiz Streck, professor de direito constitucional da Universidade do Vale do Rio dos Sinos, de São Leopoldo, Rio Grande do Sul, ressalta, em artigo seu, que "no Estado Democrático o direito aponta para o futuro, bastando para tanto ver o acórdão 39/84, do Tribunal Constitucional de Portugal, que institucionaliza a cláusula de proibição de retrocesso social".[220]

Defende Juarez Freitas, professor de direito administrativo da Universidade Federal do Rio Grande do Sul e da Pontifícia Universidade Católica do mesmo Estado:

> os direitos fundamentais não devem ser apreendidos separada ou localizadamente, como se estivessem, todos, encartados no art. 5º da Constituição federal. Resta forçoso vê-los disseminados pelo ordenamento, reclamando uma crescente vitalização, notadamente tendo em vista os direitos de segunda, terceira gerações, peremptoriamente vedados os retrocessos. Com efeito, uma vez reconhecido um destes direitos fundamentais pelo legislador, sua ablação mostrar-se-á inconstitucional. Mais ainda: por força da cláusula trazida pela autêntica norma geral inclusiva, prevista no parágrafo segundo do art. 5º da Carta ("Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados"...), integrados estão, de modo implícito, ao nosso elenco de direitos fundamentais, todos aqueles consagrados pela Declaração Universal dos Direitos do Homem.[221]

Sustenta José Vicente dos Santos Mendonça, professor de direito regulatório da Universidade Gama Filho, do Rio de Janeiro, acerca da proibição de retrocesso social:

> Quanto ao princípio do Estado Social, [...] a vinculação é direta: o resguardo de determinados níveis de realização dos direitos sociais é-lhe inequívoco corolário. Quanto à proteção da confiança na seara do Estado de Direito, [...] a ligação também não tarda: o regime dos

---

[219] MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson (Coord.). A efetividade dos direitos sociais. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 402.

[220] STRECK, Lenio Luiz. A jurisdição constitucional e o "duplo juízo de admissibilidade" do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica. [S.l.]: Lenio Luiz Streck, 2008. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=74&Itemid=1>. Acesso em: 18 out. 2011.

[221] FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 34, n. 00, p. 59-76, 2000.

> direitos sociais não se poderia retroceder livre e plenamente sem importar quebra de confiança. Já os direitos a prestação possuem uma dimensão eficacial negativa, vale dizer, exigem do Estado uma postura que lhes não afronte: daí talvez se retirasse uma vedação relativa do retrocesso dos direitos sociais. Do mesmo modo, quando se apontou que uma das conseqüências da dimensão objetiva dos direitos fundamentais é um dever de proteção do Estado contra ameaças dos poderes públicos, de particulares ou de outros Estados, essa ameaça (estatal) poderia vir sob a forma do retrocesso.[222]

Cármen Lúcia Antunes Rocha, Ministra do Supremo Tribunal Federal, que foi professora da Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, adere enfaticamente à doutrina da proibição do retrocesso, nos seguintes termos:

> [...] prevalece, hoje, no direito constitucional, o princípio do não-retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combalidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares. Não se há cogitar de retroceder no que é afirmador do patrimônio jurídico e moral do homem havidos em conquistas de toda a humanidade, e não apenas de um governante ou de uma lei. Os direitos conquistados, especialmente aqueles que representam um avanço da humanidade no sentido do aperfeiçoamento da sociedade e que se revelam nos direitos sociais, não podem ser desprezados ou desconhecidos, devendo, antes, ser encarecidos e podendo ser ampliados.[223]

Além dessas manifestações favoráveis ao princípio da proibição do retrocesso social, incidentais ou em artigos específicos sobre ele, e de uma considerável quantidade de teses, dissertações e monografias sobre o tema, foram publicados no Brasil também alguns livros a ele dedicados, escritos por Felipe Derbli,[224] Carlos Alberto Molinaro,[225] Mário de Conto,[226] Narbal Antônio Mendonça Fileti,[227] Marcelene Carvalho da Silva Ramos,[228] Daniela Muradas Reis,[229] Luísa Cristina Pinto e Netto[230] e Pablo Castro Miozzo.[231]

---

[222] MENDONÇA, José Vicente dos Santos. A vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. Revista de direito da associação dos procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 12, n. 00, p. 212-219, 2003.

[223] ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 23-48, out. 1999.

[224] DERBLI, Felipe. O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

[225] MOLINARO, Carlos Alberto. Direito ambiental: proibição de retrocesso. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

[226] CONTO, Mário de. O princípio da proibição de retrocesso social. Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

[227] FILETI, Narbal Antônio Mendonça. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio de retrocesso social. 1. ed. São Paulo: Conceito, 2009.

[228] RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

Até o primeiro semestre do ano de 2011, havia, dos atuais ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro,[232] manifestações favoráveis à adoção do princípio da vedação do retrocesso em votos dos Ministros Celso de Mello (MS 24.875 e ADI 3.128), Carlos Ayres Britto (ADI 3.104 e RE 351.750) e Cármen Lúcia (ADI 3.104).

O Ministro Celso de Mello, em seu voto na ADI 3.128, proferido em 2004, já entendia que:

> a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inocorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.[233]

O acórdão referente ao julgamento do mandado de segurança 24.875, do ano de 2006, contém o seguinte pronunciamento, também do Ministro Celso de Mello, abertamente favorável à aplicação do princípio estudado:

> tenho igualmente presente, no exame desta controvérsia constitucional, o postulado da proibição de retrocesso social, cuja eficácia impede – considerada a sua própria razão de ser – sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão, que não pode ser despojado, por isso mesmo, em matéria de direitos sociais, no plano das liberdades reais, dos níveis positivos de concretização por ele já atingidos, consoante assinala (e adverte) autorizado magistério doutrinário. [...] Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza proporcional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos,

---

[229] REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2010

[230] NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio de proibição de retrocesso social. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

[231] MIOZZO, Pablo Castro. A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

[232] Derbli cita a manifestação, em 2004, do Ministro Sepúlveda Pertence, que não mais integra o Supremo, na ADI 2.065, no sentido de que o legislador “não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência de complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.” (ibidem, p. 188).

[233] BRASIL Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>. Acesso em: 02 nov. 2011, p. 738.

> venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inocorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais.[234]

A Ministra Cármen Lúcia, em 2007, no julgamento da ADI 3.104, a qual tratava de novas regras para pensões e aposentadorias de servidores públicos, confirmou seu posicionamento doutrinário favorável à diretriz de vedação de retrocesso, muito embora não tenha reconhecido sua aplicabilidade ao caso concreto então analisado, como se depreende do aditamento que fez, durante o transcorrer da sessão de julgamento, a seu voto de relatoria, anteriormente apresentado:

> registro apenas, em atenção ao que foi dito da tribuna pelos nobres advogados, quanto ao princípio da proibição do retrocesso social, que este seria o caso se houvesse negativa no sistema constitucional brasileiro de ser extinta a possibilidade de aposentadoria, já que a aposentadoria é um direito social que o constitucionalismo contemporâneo abriga, o que não aconteceu neste caso. Aqui aconteceu uma adaptação dos critérios de transição para o novo modelo previdenciário que veio a estabelecer.[235]

O Ministro Carlos Ayres Britto, ao analisar esse mesmo caso, divergiu da relatora, proferindo voto vencido no qual deixou a entender sua posição no sentido da aplicabilidade, à questão concreta então analisada, do princípio da proibição do retrocesso:

> não me parece nem razoável nem proporcional admitir que servidores públicos ingressem, por concurso público, debaixo de certas regras assecuratórias de uma dada aposentadoria ou pensão, e tudo isso fique inteiramente à disposição da entidade mantenedora do sistema de previdência. [...] Não me parece lógico, até porque um dos sentidos das cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. Esse o significado último de uma cláusula pétrea. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso.[236]

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, em 2009, no julgamento do RE 351.750, com votos vencedores dos Ministros Carlos Ayres Britto (relator), Marco

---

[234] Idem. Mandado de Segurança nº 24.875. Impetrantes: Djaci Alves Falcão e Outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de maio de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86203>. Acesso em: 02 nov. 2011, p. 380-381.

[235] Idem. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 26 de setembro de 2007, p. 155. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 02 nov. 2011, p. 155.

[236] Ibidem, p. 163.

Aurélio e Cezar Peluso, adotou como parte da ementa o seguinte texto, redigido pelo primeiro:

> Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor.[237]

Mas os votos dos Ministros Marco Aurélio e Cezar Peluso, nesse julgamento, embora não refutem o princípio da proibição do retrocesso social, também não evidenciam sua adoção.

Em acórdão publicado em setembro de 2011 (ARE 639.337), a Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal "por votação unânime, negou provimento ao recuso de agravo, nos termos do voto do Relator",[238] Ministro Celso de Mello, estando presentes os Ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski. O voto de relatoria, cujos termos foram acolhidos por todos os presentes, aborda extensamente, em cinco páginas,[239] o princípio da proibição do retrocesso social, adotado como fundamento para a decisão. Segue trecho desse voto:

> Para além de todas as considerações que venho de fazer, há, ainda, Senhores Ministros, um outro parâmetro constitucional que merece ser invocado. Refiro-me ao principio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, impede que sejam desconstituidas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive, consoante adverte autorizado magistério doutrinário.[240]

Consta da ementa do acórdão referente ao mesmo feito:

> A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v. g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais

---

[237] BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 351.750. Recorrente: Varig S/A. Recorrida: Ana Maria Costa Jardim. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 17 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>. Acesso em: 02 nov. 2011, p. 1081.

[238] Idem. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 639.337. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 02 nov. 2011. p. 172.

[239] Ibidem, p. 161-165.

[240] Ibidem, p. 161.

> prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. Em conseqüência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados.[241]

O Ministro Luiz Fux, em novembro de 2011, também se manifestou favoravelmente ao princípio estudado, em voto proferido para o julgamento conjunto da ADC 29, ADC 30 e ADI 4578, que tratam da constitucionalidade da Lei Complementar 135/10, conhecida como "Lei da Ficha Limpa". Conforme o Informativo 647 do Supremo Tribunal Federal, nesse voto o Ministro:

> [...] considerou que se conceber o art. 5º, LVII, da CF como impeditivo à imposição de inelegibilidade a indivíduos condenados criminalmente por decisões não transitadas em julgado esvaziaria o art. 14, § 9º, da CF, a frustrar o propósito do constituinte reformador de exigir idoneidade moral para o exercício de mandato eletivo. Afastou eventual invocação ao princípio da vedação do retrocesso, uma vez que inexistiria pressuposto indispensável à sua aplicação, qual seja, sedimentação na consciência jurídica geral a demonstrar que a presunção de inocência estender-se-ia para além da esfera criminal. Ademais, não haveria que se falar em arbitrariedade na restrição legislativa.[242]

O fundamento que o Ministro Luiz Fux apresentou para afastar a aplicação, ao caso concreto, do princípio estudado, foi a inexistência de pressuposto necessário para que essa aplicação ocorresse, o que revela que esse magistrado adota a teoria da vedação do retrocesso, de modo que aplicará o princípio, sempre que, em relação a determinado feito, estiverem presentes todos os respectivos requisitos.

A Ministra Rosa Weber igualmente expressou sua concordância com essa teoria, quando ainda ocupava o cargo de Ministra do Tribunal Superior do Trabalho, ao relatar os acórdãos referentes aos processos AIRR-0001237-76.2010.5.08.0000 e AGRR-3302300-72.2007.5.09.0005. Na primeira decisão, manteve despacho agravado, cujos próprios fundamentos foram "endossados" e considerados "integrantes das presentes razões de decidir", reconhecendo que o *caput* do art. 7º da Constituição Federal "consagra o princípio da vedação do retrocesso social, isto

---

[241] Ibidem, p. 128-129.

[242] Idem. Lei da "Ficha Limpa" e hipóteses de inelegibilidade. Informativo do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 1, n. 647, p. 3, nov. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/download/zip/informativo647.zip>. Acesso em: 20 nov. 2011.

é, todos os incisos deste artigo visam a melhoria da condição social dos trabalhadores".[243] Na segunda, manteve acórdão de Tribunal Regional do Trabalho que aplicava esse princípio, por entender que o *decisum* estava "em consonância com a jurisprudência atual desta Corte".[244]

Assim, dos onze Ministros da atual composição do Supremo, sete já manifestaram sua adesão à doutrina da vedação do retrocesso: Carlos Ayres Britto, Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia, Luiz Fux e Rosa Weber.

Essa segura maioria em favor do princípio estudado, conquistada no ano de 2011, na mais alta Corte do país e guardiã da Constituição Federal, facilita sobremaneira a aplicação do princípio nos demais órgãos de nosso Poder Judiciário.

4.2.3 Definição do princípio da proibição do retrocesso social

Uma conceituação clara e sucinta para o princípio da proibição do retrocesso social pode ser construída, por meio de breves reflexões, utilizando-se os fundamentos apresentados nas partes anteriores desta dissertação.

Seguindo uma ordem inversa, aqui primeiro se apresentará a definição, depois essas reflexões, que lhe dão sustento.

A proibição do retrocesso social é a impossibilidade de que nova regulação jurídica venha a suprimir, sem equivalente compensação, direitos fundamentais gerais, aqui inclusos os direitos sociais, ou direitos específicos concretizadores desses direitos fundamentais gerais, *v. g.*, aqueles contidos na legislação ordinária.

Dito de maneira menos extensa, buscando a diminuição à forma mais simples, a proibição do retrocesso social corresponde à *irredutibilidade dos direitos fundamentais ou concretizadores de direitos fundamentais*.

---

[243] BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0001237-76.2010.5.08.0000. Agravante: Fundação Petrobras De Seguridade Social – PETROS. Agravados: Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS e José Roberto Barbosa Correa e Outro. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 17 de novembro de 2010. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=169096&ano_int=2010>. Acesso em: 07 abr. 2012.

[244] Idem. Agravo em Recurso de Revista nº 3302300-72.2007.5.09.0005. Agravantes: Brasil Telecom S/A e Koerich Engenharia e Telecomunicações S/A. Agravado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Instalações Telefônicas do Estado do Paraná – SINTITEL. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 17 de agosto de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=199846&ano_int=2010>. Acesso em: 07 abr. 2012.

Conforme a perspectiva adotada nesta dissertação, a dignidade da pessoa humana corresponde ao *direito do ser humano ao maior conjunto de direitos*. Outro conceito de dignidade da pessoa humana, desde que não seja tautológico, pode substituir este, sem prejuízo para o que se pretende dizer, a seguir, em relação à proibição do retrocesso social.

É pacífico que o ordenamento jurídico brasileiro e seus assemelhados, ao delimitarem o conteúdo da dignidade da pessoa humana, chamando esse conteúdo de direitos fundamentais (ou seja, aqueles direitos que têm todos os seres humanos) estabeleceram marcos, diretrizes que não foram imediatamente alcançadas, nem poderiam ser, com a simples entrada em vigor das respectivas normas (que são, *v. g.*, aquelas presentes na Constituição Federal de 1988).

A partir do momento em que passaram a vigorar essas normas instituidoras de direitos fundamentais (imperativas, como todas as normas jurídicas), apenas um motivo ou pretexto poderia ser dado para que a sociedade (tanto o poder público quanto os particulares)[245] não implementassem de pronto medidas assecuratórias da integralidade desses direitos fundamentais: a insuficiência de recursos materiais, essencialmente econômicos,[246] insuficiência essa que representa, por assim dizer, uma força maior, irresistível. Caso esses recursos disponíveis existissem, seria, é claro, enormemente contraditório não aplicá-los na concretização daqueles que são, juridicamente, os maiores valores para a sociedade.

O positivismo jurídico ampara essa tese, porque estão presentes, no ordenamento jurídico brasileiro e nos seus assemelhados, normas positivas que estabelecem os direitos fundamentais. E ao mesmo resultado se chega pela via do jusnaturalismo hodierno, uma vez que os direitos humanos representam os mais

---

[245] Detalham a teoria da eficácia horizontal dos direitos fundamentais Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000) e Gabriel Menna Barreto von Gehlen (GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. A eficácia contra particulares dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) sob enfoque de seus deveres de proteção (*Schutzpflichten*). 1. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2006. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13171/000598363.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 nov. 2011).

[246] Mas que podem também ser de outra natureza, como ocorre com os recursos técnicos de que, por vezes, não se dispõe, por mais que haja abundância econômica, a exemplo do conhecimento necessário para a cura de uma doença grave, que concretizaria o direito fundamental à saúde.

caros valores da sociedade brasileira e das suas congêneres, sendo dever do Estado protegê-los, inclusive por uma questão de legitimidade.

O salário mínimo brasileiro, por exemplo, notoriamente não satisfaz por inteiro todas as necessidades que deveria satisfazer, conforme o imperativo constitucional. É econômico o único motivo ou pretexto que impede, em regra, um cidadão de ser vitorioso em uma demanda judicial, contra o Estado ou contra seu empregador, no sentido de perceber um salário mínimo que realmente satisfaça todas as necessidades arroladas pelo texto constitucional, concretizando integralmente esse seu direito fundamental. Esse mesmo cidadão necessariamente seria vitorioso, caso houvesse disponibilidade de recursos, já que as normas instituidoras de direitos fundamentais são imperativas, ou seja, devem ser cumpridas, com lastro no poder coercitivo estatal.

Essa motivação econômica é muitas vezes relacionada, no que toca às prestações que deveriam ser oferecidas pelo Estado, à doutrina da “reserva do possível”, segundo a qual a existência de recursos públicos disponíveis é condição para que o Estado ofereça essas prestações. Assim, longe de infirmar o princípio da proibição do retrocesso social, a doutrina da “reserva do possível” o confirma, porque deixa a entender que, quando presentes os recursos econômicos, deve o Estado oferecer tais prestações, apenas estabelecendo uma exceção, para o caso de faltarem esses recursos.

Ora, se uma norma jurídica concretizadora de um direito fundamental entra em vigor e é socialmente eficaz, ou seja, é efetivamente cumprida pela sociedade (pelo Estado e pelos particulares), isso prova de maneira cabal que existem recursos econômicos (e de outras naturezas, como técnicos) suficientes para que ocorra essa concretização. O motivo ou pretexto econômico é imediatamente afastado. Deixa de existir uma força maior, irresistível, que impede o cumprimento da norma imperativa estatal instituidora do direito fundamental, de maneira que esse cumprimento passa a ser exigível, e o descumprimento, punível.

É daí que surge o princípio da proibição do retrocesso social, quanto aos direitos específicos, estabelecidos pela legislação ordinária, concretizadores de direitos fundamentais gerais.

O nosso Sistema Único de Saúde, por exemplo, concretiza, até certa medida, o direito fundamental à saúde, por igual para cada cidadão. O fato de esse Sistema ter funcionado por certo tempo mostra que a sociedade brasileira de hoje dispõe de

recursos para concretizar, nessa medida, esse direito fundamental. Suprimir, sem substituição materialmente equivalente ou mais vantajosa, as normas jurídicas que instituem o Sistema Único de Saúde, portanto, implica descumprir o imperativo estatal que assegura o direito à saúde.

Só existirá, novamente, aquela força maior, irresistível, impedindo a concretização dos direitos fundamentais, com o advento de uma grave conturbação econômica. Já havia observado Canotilho que o princípio da proibição do retrocesso social nada pode fazer contra as crises econômicas.[247] Mas aqui se trata não de pequenas retrações, que compõem as flutuações econômicas ordinárias, mas sim de crise de grandes dimensões, como a Grande Depressão americana de 1929, a crise argentina que ocorreu de 1999 a 2002, ou a de Portugal, de 2011. Apenas a verdadeira falta de recursos poderá justificar um retrocesso no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais, e apenas enquanto perdurar essa falta de verbas. Ao fim de uma eventual crise de grandes proporções, portanto, o antigo nível de concretização necessariamente deverá ser restabelecido.

É por isso que, havendo crise econômica de grandes proporções, que comprometa a concretização de direitos fundamentais gerais, não deixam de existir as normas jurídicas instituidoras de direitos específicos concretizadores de direitos fundamentais gerais, mas apenas têm sua eficácia suspensa até o término da crise.

Esses são os argumentos que sustentam a *irredutibilidade dos direitos concretizadores de direitos fundamentais*.

Torna-se menos trabalhosa, após feitas essas considerações, a tarefa de demonstrar a *irredutibilidade dos direitos fundamentais em si mesmos considerados*.

No caso brasileiro específico, os direitos fundamentais atualmente fazem parte das chamadas “cláusulas pétreas”, em relação às quais a própria Constituição Federal de 1988 impede emenda restritiva. Segundo seu art. 60, § 4º, IV, “Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir (...) os direitos e garantias individuais”.[248] Parte-se aqui da premissa de que os direitos sociais se

---

[247] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 338. A conceituação aqui proposta pretende ser, na verdade, um desenvolvimento da doutrina do professor português sobre o princípio da vedação do retrocesso.

[248] BRASIL, 2012a, p. 19.

incluem entre esses “direitos e garantias individuais”,[249] como resultado de uma interpretação sistemática e teleológica do dispositivo, muito embora ainda haja posicionamentos em contrário na doutrina.[250]

Os direitos fundamentais em si mesmos considerados não podem retroceder porque nossa sociedade, do mesmo modo que outras semelhantes, tem como valor maior a dignidade da pessoa humana. E os direitos fundamentais são instrumentos intermediários de aproximação da concretização fática desse princípio da dignidade da pessoa humana. Ou seja, são meios para conferir efetividade aos direitos integrantes daquele conjunto de direitos abstratos em favor de cada ser humano, superior aos conjuntos de direitos de quaisquer outros objetos individualmente considerados, quanto à quantidade e qualidade, conforme a proposta aqui apresentada.

Como se explanou, é vedado alterar as normas infraconstitucionais para retroceder, sem motivação material (essencialmente econômica), na concretização de um direito fundamental, porque o retrocesso implicaria afronta a esse mesmo direito fundamental. Do mesmo modo e pelas mesmas razões, *mutatis mutandis*, é vedado suprimir um direito fundamental, porque todos os direitos fundamentais são concretizações intermediárias do princípio da dignidade da pessoa humana, de maneira que a supressão de algum desses direitos implica violação desse que é o mais importante princípio para o ordenamento jurídico brasileiro e para os ordenamentos a ele assemelhados.

Os argumentos expendidos são suficientes para embasar o conceito proposto, segundo o qual o princípio jurídico da proibição do retrocesso social é o princípio da *irredutibilidade dos direitos fundamentais ou concretizadores de direitos fundamentais*.

Cabe acrescentar algumas considerações, no entanto, a título de esclarecimento.

---

[249] Podem ser citadas representativamente, nesse sentido, as posições de Ana Cristina Costa Meireles e Edilton Meireles (MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. A intangibilidade dos direitos trabalhistas. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009, p. 57-61), bem como de Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. Interesse Público, Porto Alegre, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003).

[250] Aqui, mais uma vez, deve ser aplicada a compreensão de que não é jurídico, mas apenas histórico e didático o cisma entre as chamadas gerações de direitos fundamentais. Seguir por esse caminho facilita a proteção dos direitos fundamentais sociais, por diminuir a resistência em reconhecê-los como pétreos, no atual ordenamento brasileiro.

O princípio da dignidade da pessoa humana, na concepção moderna, traz embutido em si o princípio da igualdade, porque diz respeito não a uma dignidade de todos os objetos do mundo sensível, mas sim à dignidade de todos os seres humanos, em igual medida para cada indivíduo.

A vedação do retrocesso é estreitamente ligada ao princípio da igualdade, que ampara não uma igualdade entre todos os objetos do mundo sensível, mas sim a igualdade entre todos os seres humanos, ou seja, delimita igual patrimônio jurídico abstrato para todos os seres humanos. Assim, por exemplo, abstratamente todos os seres humanos têm direito à propriedade, muito embora concretamente as propriedades de todos não sejam nem as mesmas, nem de valores econômicos equivalentes, de indivíduo para indivíduo.

A proibição do retrocesso social equivale à assertiva de que não mais podem ser suprimidos aqueles direitos conquistados pelo ser humano genericamente considerado, ou seja, não por um ser humano, mas por todos os seres humanos, dentro de determinado ordenamento jurídico. Não se trata, assim, do patrimônio jurídico de um ser humano específico, mas sim do patrimônio jurídico necessário de cada um daqueles que são regidos por esse ordenamento e que, na verdade, sob a perspectiva sociológica, o sustentam.

Por isso, o princípio da proibição do retrocesso social não se confunde com o princípio da proteção do direito adquirido, nem com o princípio da condição mais benéfica do direito laboral, porque estes dizem respeito ao patrimônio concreto de um indivíduo específico, e não ao patrimônio jurídico abstrato necessário do ser humano, genericamente considerado.

Com base nessas reflexões (isentas, por certo, de pretensão de infalibilidade), pode-se dizer que está comprovada a hipótese de que o princípio da proibição do retrocesso social é inerente ao sistema garantista de direitos do homem e do trabalhador, constituindo um princípio do nosso direito constitucional geral e do trabalho.

Assim, a tutela oferecida pelo Estado Democrático de Direito em prol da dignidade da pessoa humana em geral e, especificamente, dos direitos sociais, deve ser entendida também, necessariamente, como limitadora de retrocessos.

4.3 Refutação das principais objeções

4.3.1 "Reserva do possível"

A objeção ao princípio da proibição do retrocesso social que pode parecer a mais natural é também a menos consistente. Corresponde à assertiva de que a teoria da "reserva do possível"[251] impediria o reconhecimento desse princípio. Roger Stiefelmann Leal, nessa senda, defende:

> Há de se ressaltar [...] que, ao se tratar de efetivação de direitos sociais, fala-se sempre na concretização dentro de uma reserva do possível a fim de recordar que tal efetivação depende de determinados fatores como a existência de recursos. Desse modo, deve-se ter presente que, se não for possível custear o serviço público da maneira exigida pela norma concretizadora de um direito social, faz-se imperativo a redução do grau de concretização adquirido ou até a sua total desconcretização. [...] A efetivação de direitos sociais é uma questão governamental que envolve outros fatores como a disponibilidade de recursos financeiros e a fixação de prioridades políticas.[252]

Ocorre que o imperativo de proibição do retrocesso, conforme a definição aqui apresentada, incide justamente nos casos em que a eficácia social da norma concretizadora de um direito fundamental é materialmente (inclusive economicamente) possível. E apenas quando inexiste essa possibilidade material é que se pode falar na aplicação da teoria da "reserva do possível".

Assim, a proibição do retrocesso e a "reserva do possível" são apenas, por assim dizer, faces de uma mesma moeda. Uma se afasta quando a outra se aplica, sempre com base no critério objetivo da prévia verificação da existência ou não de possibilidade material (especialmente econômica). Constituem partes de uma teoria única.

Cumpre notar, também, que a objeção da "reserva do possível" diz respeito a apenas às normas concretizadoras de direitos sociais que garantem direitos aos quais correspondem prestações estatais. Aqui se defende, no entanto, que o

---

[251] Segundo a qual a oferta de prestações pelo estado social depende da existência de recursos públicos disponíveis para tanto, como explanado na parte deste trabalho que trata da definição do princípio da proibição do retrocesso social.

[252] LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. Porto Alegre: UFRGS, 2012. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012. Derbli, cuja listagem das críticas à proibição do retrocesso serviu como ponto de partida para esta parte do trabalho, também cita o trecho (DERBLI, op. cit., p. 285-286).

princípio da proibição do retrocesso social (a despeito desse adjetivo, “social”) protege todos os direitos fundamentais, não apenas os sociais,[253] e que é apenas didática e histórica, mas não jurídica, a distinção entre as gerações de direitos fundamentais, como explanado quando se tratou do desenvolvimento dos direitos humanos. E se sustenta, também, que o princípio da proibição do retrocesso social não vale apenas contra o Estado, mas também nas relações entre particulares, dada a eficácia horizontal dos direitos fundamentais.[254]

4.3.2 Inconstitucionalidade por omissão

O Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão 39/84, como anteriormente foi detalhado, declarou a inconstitucionalidade da supressão, sem substitutivos, do Sistema Nacional de Saúde. O Conselheiro Joaquim Costa Arouso, no julgamento, entendeu que essa supressão importaria apenas “repristinação[255] da ‘pressuposta’ inconstitucionalidade por omissão anterior à lei do Serviço Nacional de Saúde”.[256]

A adoção desse entendimento tornaria desnecessário defender a existência de um princípio da proibição do retrocesso social, já que a declaração de inconstitucionalidade por omissão, nessa perspectiva, resolveria todos os casos em que tal princípio poderia incidir.[257]

Ocorre que é comissivo, e não omissivo, o ato que revoga norma concretizadora de direito fundamental. E seria contraditória a declaração de inconstitucionalidade, por omissão, de ato comissivo.

E nem se diga que haveria declaração de inconstitucionalidade apenas em relação à situação de vazio legislativo, que se reproduz após a revogação de norma

---

[253] Derbli, em contrário, restringe a aplicação da diretriz de vedação do retrocesso aos casos em que devem ser concretizados direitos sociais (ibidem, p. 242-243).

[254] A eficácia horizontal dos direitos fundamentais é reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, como se depreende do julgamento do Recurso Especial 201.819/RJ, em que se entendeu cabível a invocação do princípio constitucional da ampla defesa, mesmo na esfera de uma associação privada (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Sociedade civil de direito privado e ampla defesa. Informativo do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 1, n. 405, p. 6-11, out. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/download/zip/informativo405.zip>. Acesso em: 27 mar. 2012).

[255] Por “repristinação” o Conselheiro quis dizer “restauração”.

[256] PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/84. Autor: Presidente da República Portuguesa. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 27 mar. 2012.

[257] Como Derbli observa (DERBLI, op. cit., p. 265-268).

concretizadora de direito fundamental. Porque, se assim fosse, então o ato comissivo revogador não seria declarado desconforme à Constituição, o que geraria o também contraditório arranjo em que uma situação violadora da Lei Maior teria sido produzida por uma norma revogadora que não é tida como inconstitucional.

Melhor entender que ofende a Carta Magna todo ato comissivo que reduza a eficácia jurídica das disposições constitucionais, mormente aquelas que dizem respeito aos direitos fundamentais.

Assim, o ato revogador de lei que concretiza direito básico deve ser declarado contrário à Lei Fundamental, entendimento que se harmoniza com o acolhimento do princípio da proibição do retrocesso social.

4.3.3 Constitucionalização de normas infraconstitucionais

Outra objeção ao acolhimento do princípio aqui estudado é o argumento de que ele constitucionalizaria normas infraconstitucionais, ou seja, conferiria a estas a maior proteção de que, em regra, gozam os preceitos integrantes da Lei Maior. Anota Derbli que "é corrente a opinião, entre os opositores da existência do princípio da proibição de retrocesso social, que o mesmo representaria inaceitável constitucionalização do direito legal".[258] É o que defende Suzana de Toledo Barros, com as seguintes palavras:

> A admissão de um princípio da proibição de retrocesso social entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflitua com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum. Em conseqüência, muitos rejeitam-no, com o argumento de que não se pode converter o grau de realização legislativa de um direito social em dimensão constitucional material, contra a vontade do legislador. [259]

Essa constitucionalização, no entanto, não ocorre. Isso porque admitir a vedação do retrocesso não acarreta negar que as regras infraconstitucionais, concretizadoras de direitos fundamentais, possam ser alteradas à vontade pelo legislador, por meio do mesmo procedimento aplicável às demais normas infraconstitucionais. A mudança, nesses termos, é livre, desde que não haja

---

[258] Ibidem, p. 268.

[259] BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000, p. 163.

retrocesso, ou seja, desde que as novas normas não suprimam ou reduzam o grau de concretização antes alcançado.

Além disso, mesmo a eventual inexistência de determinação constitucional dos direitos sociais[260] nada diz quanto a haver ou não uma norma na Carta Magna no sentido de que, quando ocorrer alguma concretização infraconstitucional desses direitos fundamentais sociais, não seja possível a supressão da norma concretizadora.

Admitida a vedação do retrocesso, a autonomia do legislador é preservada, uma vez que este continua vinculado apenas aos preceitos constitucionais, sendo um deles essa vedação. Por isso, a objeção carece de lastro.

4.3.4 Princípio democrático

A diretriz de vedação do retrocesso é também atacada por meio do argumento de que ela seria contrária ao princípio democrático. Adotando esse ponto de vista, sustenta Leal:

> Outra hipótese a ser considerada na questão da eficácia proibitiva de retrocesso social é o caso de uma mudança de prioridades governamentais que venha a exigir o deslocamento de recursos de uma área para outra. Imagine-se, a título de exemplo, uma alternância no governo. O governo anterior tinha por prioridade a prestação de lazer, e, para isso, concretizou de modo muito pormenorizado a norma constitucional que consagra o direito ao lazer. O governo que assumiu, no entanto, tem outras prioridades como educação e assistência social. Ao que parece, seria inconcebível considerar inconstitucional a simples revogação da legislação sobre a promoção de lazer com recursos públicos de modo a transferir tais recursos para outras áreas como a educação e a assistência social. Evidentemente que, nessa hipótese, a supressão da legislação concretizadora do direito ao lazer há de ser feita, caso contrário, qualquer pessoa poderia pleitear o seu cumprimento por parte do poder público, inviabilizando a concretização de outros direitos sociais do modo pretendido pelo novo governo.[261]

Ora, como já foi dito nos comentários ao Acórdão 396/2011, do Tribunal Constitucional de Portugal, que integram este trabalho, apresentar a norma de vedação do retrocesso como um princípio acarreta admitir automaticamente que ela não é absoluta, ficando sujeita à ponderação valorativa. Assim, naqueles casos

---

[260] Aqui se defende que a vedação do retrocesso é aplicável às normas concretizadoras de todos os direitos fundamentais, não apenas os sociais.
[261] LEAL, ibidem. Derbli menciona o excerto (DERBLI, op. cit., p. 285).

extremos em que for necessária a proteção de valores jurídicos mais fortes, é perfeitamente possível a não aplicação ou a aplicação mitigada do imperativo de proibição do retrocesso. É o que poderia ocorrer, no exemplo oferecido por Leal. Mas isso em nada prejudica o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social.

Convém lembrar, ainda, que está a Administração vinculada à Carta Magna e às leis, sem que isso viole o princípio democrático. Consequentemente, sem prejuízo algum à democracia, a Administração está também vinculada à proibição do retrocesso, que é de sede constitucional.

5 A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NAS RELAÇÕES DE TRABALHO

5.1 Considerações iniciais

A constatação de que o princípio da proibição do retrocesso social, necessariamente, integra o sistema jurídico de um Estado Democrático, teria pouca utilidade, caso se restringisse ao campo teórico. A propósito da necessidade de a dogmática assumir uma orientação prática, Tércio Sampaio Ferraz Jr. ensina:

> Seja qual for o objeto que determinemos para a Ciência Dogmática do Direito, ele envolve a questão da decidibilidade. [...] Os enunciados da Ciência do Direito que compõem as teorias jurídicas têm, por assim dizer, natureza criptonormativa, deles decorrendo conseqüências programáticas de decisões, pois devem prever, em todo caso, que, com sua ajuda, uma problemática social determinada seja solucionável sem exceções perturbadoras. [...] As questões dogmáticas são tipicamente tecnológicas. Nesse sentido, elas têm uma função diretiva explicita, pois a situação nelas captada é configurada como dever-ser. Questões desse tipo visam possibilitar uma decisão e orientar a ação. De modo geral, as questões jurídicas são dogmáticas, sendo sempre restritivas (finitas) e, nesse sentido, positivistas (de positividade).[262]

Assim, esta dissertação foi produzida no sentido de poder constituir, também, uma ferramenta de auxílio às atividades forenses cotidianas, principalmente às decisões dos magistrados e postulações dos advogados, objetivando garantir, pelos meios processuais, a efetivação dos direitos fundamentais protegidos pelo princípio da proibição do retrocesso.

Diversos campos do direito são informados por esse princípio, mas aqui será abordada apenas a sua aplicação às relações de trabalho contemporâneas, ponto do ordenamento jurídico que é especialmente sensível, tendo em vista que, como observa Sigmund Freud:

> Nenhuma outra técnica para a conduta da vida prende o individuo tão firmemente à realidade quanto a ênfase concedida ao trabalho, pois este, pelo menos, fornece-lhe um lugar seguro numa parte da realidade, na comunidade humana.[263]

O trabalho, assim, mais que qualquer outra coisa, integra a maioria dos indivíduos à comunidade humana. E, conforme ensina Arendt, o aspecto jurídico dessa integração, ou seja, a participação em um ordenamento jurídico, que se traduz no “direito a ter direitos”, é essencial para a própria existência da dignidade

[262] FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010, p. 63-65.
[263] FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. 1. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1997, p. 29.

humana.[264] O trabalho integra e a integração dignifica. Por isso, o direito laboral, que garante e regula o trabalho, ocupa um papel central no nosso ordenamento, cujo mais importante princípio é o da dignidade da pessoa humana.

5.2 A proibição do retrocesso no direito constitucional do trabalho

5.2.1 Fundamento constitucional

A proibição do retrocesso, além de integrar nosso direito constitucional geral, também compõe, e de maneira ainda mais evidente, o direito constitucional do trabalho brasileiro, porque o *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988 confere aos trabalhadores urbanos e rurais uma série de direitos específicos, "além de outros que visem à melhoria de sua condição social".[265]

Seria incorreto interpretar esse dispositivo como se ele apenas facultasse a existência de outros direitos além dos que menciona especificamente, e não determinasse à sociedade buscar a melhoria da condição dos trabalhadores por meio da instituição de novas normas, conferindo a estes outros direitos.

Isso porque tal interpretação seria cega quanto ao fato de que o ordenamento jurídico brasileiro, ante a impossibilidade da imediata e integral concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, assume o compromisso de gradativamente implementá-la, tomando sua total satisfação como um marco, do qual deve a sociedade se aproximar o máximo possível, a cada momento histórico. A compreensão sistêmica[266] e teleológica da Constituição Federal de 1988 mostra que a melhoria da condição social do trabalhador é, na verdade, uma promessa do Estado, a ser cumprida, inclusive, por meio da instituição de outros direitos, além daqueles descritos especificamente no art. 7º.

Outro motivo para não se adotar aquela interpretação, caso o intérprete ainda tenha dúvida quanto ao tema, é que ela não é a mais favorável ao trabalhador, dentre as razoavelmente possíveis. Assim, deve-se entender que o *caput* do art. 7º

---

[264] ARENDT, Hannah. Origens do totalitarismo. Tradução de Roberto Raposo. 1. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 1998, p. 330-331.
[265] BRASIL, 2012a, p. 4.
[266] Lembra Humberto Ávila que "*Normas* não são textos nem o conjunto deles, mas os sentidos construídos a partir da interpretação sistemática de textos normativos" (ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 30).

da Constituição Federal proíbe o retrocesso e determina um progresso social, no sentido de melhorar as condições sociais dos trabalhadores, por simples aplicação do princípio *in dubio pro operario*, que "tem como pressuposto uma única norma, suscetível de interpretações diversas, suscitando dúvida, que deve ser dirimida em benefício do empregado".[267]

O imperativo de vedação ao retrocesso foi expressamente acolhido pela nossa Lei Maior também em seu art. 114, o qual trata da competência da Justiça do Trabalho. Preceitua o § 2º desse artigo:

> Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, *respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente*.[268]

Essa norma constitucional deve ser interpretada de maneira harmônica com o preceito do *caput* do art. 7º da Carta Magna, no sentido de que se deve buscar a melhoria da condição social dos trabalhadores. Nessa perspectiva, impede que as decisões judiciais, referentes aos dissídios coletivos de natureza econômica, sejam vetores de retrocesso social, quanto às disposições legais e convencionais de proteção ao trabalho.

Verifica-se, pois, que o princípio da proibição do retrocesso social integra o atual direito constitucional do trabalho brasileiro, servindo como instrumento de garantia do "patamar civilizatório mínimo" laboral, ao qual Mauricio Godinho Delgado se refere, mencionando suas respectivas parcelas, com as seguintes palavras:

> Tais parcelas são aquelas imantadas por uma tutela de interesse público, por constituírem um *patamar civilizatório mínimo* que a sociedade democrática não concebe ver reduzido em qualquer segmento econômico-profissional, sob pena de se afrontarem a própria dignidade da pessoa humana e a valorização mínima deferível ao trabalho (arts. 1º, III, e 170, *caput*, CF/88). Expressam, ilustrativamente, essas parcelas de indisponibilidade absoluta a anotação de CTPS, o pagamento do salário mínimo, as normas de medicina e segurança do trabalho.[269]

Os magistrados da Justiça do Trabalho, assim, na prática forense, devem observar esse princípio constitucional, afastando a aplicação de quaisquer

---

[267] SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999, p. 44.

[268] BRASIL, 2012a, p. 98, grifo nosso. A ideia de que, além do *caput* do art. 7º da Constituição Federal, também o § 2º do art. 114 dessa Carta consagra o princípio da proibição do retrocesso social, foi sugerida pelo Prof. Dr. Edilton Meireles, após análise preliminar deste trabalho.

[269] DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

dispositivos legais que venham a tolher, sem justificativa material (em regra, econômica) ou implementação de medidas compensatórias, um direito laboral anteriormente reconhecido por norma jurídica, socialmente eficaz, concretizadora de direitos fundamentais trabalhistas.

5.2.2 Emendas constitucionais violadoras da proibição do retrocesso

Embora o *caput* do art. 7º e o § 2º do art. 114, ambos da Constituição Federal, consagrem o princípio da proibição do retrocesso em matéria trabalhista, três Emendas Constitucionais, as de números 20/98, 28/00 e 53/06, violam essa diretriz, por reduzirem o grau de concretização de direitos laborais fundamentais anteriormente estabelecido por normas constitucionais que eram socialmente eficazes.

A EC 20/98 alterou o art. 7º, XXII, da Lei Maior, fixando como direito dos trabalhadores urbanos e rurais o "salário-família pago em razão do dependente do trabalhador de baixa renda nos termos da lei".[270] O texto anterior desse inciso estabelecia simplesmente o direito desses trabalhadores a "salário-família para os seus dependentes".[271] Ocorreu a supressão, portanto, do direito ao salário-família de todos os trabalhadores não considerados de baixa renda.

A EC 28/00, por sua vez, retirou do trabalhador rural o direito fundamental à ausência de prescrição parcial quanto a seus créditos laborais, alterando o art. 7º, XXIX, da Lei Maior, para fixar como direito da classe operária a "ação, quanto aos créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de cinco anos para os trabalhadores urbanos e rurais, até o limite de dois anos após a extinção do contrato de trabalho".[272]

---

[270] BRASIL. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras providências. Diário Oficial da União, 16 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 26 abr. 2012.

[271] Idem. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 7. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_04.06.1998/CON1988.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2012.

[272] Idem. Emenda Constitucional nº 28, de 25 de maio de 2000. Dá nova redação ao inciso XXIX do art. 7º e revoga o art. 233 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 26 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc28.htm>. Acesso em: 26 abr. 2012.

A anterior redação desse inciso não previa, para o rural, prescrição alguma além da bienal total, estabelecendo como direito fundamental dos trabalhadores urbanos e rurais:

> XXIX – ação, quanto a créditos resultantes das relações de trabalho, com prazo prescricional de:
> a) cinco anos para o trabalhador urbano, até o limite de dois anos após a extinção do contrato;
> b) até dois anos após a extinção do contrato, para o trabalhador rural;[273]

E a EC 53/06 alterou o art. 7º, XXV, da Carta de Outubro, para assentar como direito dos trabalhadores a "assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até 5 (cinco) anos de idade em creches e pré-escolas".[274] Anteriormente, esse inciso garantia a "assistência gratuita aos filhos e dependentes desde o nascimento até seis anos de idade em creches e pré-escolas".[275] Ocorreu, portanto, a diminuição, de seis para cinco anos desde o nascimento, da idade máxima dos filhos e dependentes de trabalhadores, a serem assistidos gratuitamente em creches e pré-escolas.

A redução do patamar de concretização dos direitos fundamentais laborais ao salário-família e ao acesso a creches e pré-escolas, bem como a supressão do direito fundamental à inexistência de prescrição parcial para o trabalhador rural, são medidas profundamente contraditórias à disposição constitucional que determina a melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Assim, nesses pontos, são inconstitucionais as Emendas 20/98, 28/00 e 53/06, já que deixaram de observar uma limitação material estabelecida pela Carta Magna ao poder constitucional reformador, que se traduz na proibição de retrocesso social.

---

[273] Idem. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 27 de 21 de março de 2000. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 7. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_21.03.2000/CON1988.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2012.

[274] Idem. Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da União, 9 mar. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm>. Acesso em: 27 abr. 2012.

[275] Idem. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 52 de 08 de março de 2006. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 7. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_08.03.2006/CON1988.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2012.

5.3 A proibição do retrocesso no direito laboral infraconstitucional

Edilton Meireles, citando trechos de Canotilho, oferece uma demonstração hipotética da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social no campo trabalhista:

> Assim, por exemplo, concretizando o direito fundamental assegurado no inciso XXIII do art. 7º ("adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei"), temos o § 1º do art. 193 da CLT que estabelece ser devido o percentual de 30% a título de adicional de periculosidade para quem trabalha em condições perigosas. Tal vantagem, portanto, faz parte do "núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas".[276] Logo, ter-se-á como inconstitucional qualquer lei "que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial".[277] Isto é, será inconstitucional, *v. g.*, nova lei que fixe o percentual de 20% devido a título de adicional de periculosidade ou mesmo que, simplesmente, revogue aquele dispositivo consolidado, pois em ambas hipóteses estaríamos diante de uma situação na qual não há uma "melhoria" na condição social do trabalhador, mas sim um retrocesso social. Ressalte-se, porém, que a inconstitucionalidade pode ser contornada se forem criados "outros esquemas alternativos ou compensatórios" ao direito social objeto de modificação ou supressão.[278]

Violariam também o princípio da proibição do retrocesso social quaisquer normas concretizadoras dos direitos fundamentais trabalhistas que viessem a reduzir os patamares de realização provisoriamente fixados no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que acompanha a nossa Constituição Federal de 1988.[279] Preceitua o art. 7º, I e XIX, da Carta Magna:

> São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social:
> I – relação de emprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, *nos termos de lei complementar*, que preverá indenização compensatória, dentre outros direitos; [...]
> XIX – licença-paternidade, *nos termos fixados em lei*; [...].[280]

Essas leis a serem elaboradas, para que não contrariem o princípio da vedação do retrocesso social, deverão prescrever um nível de concretização dos

---

[276] CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p. 339.
[277] Ibidem, p. 339.
[278] MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 15, n. 179, p. 56-60, 2004.
[279] A ideia, aqui desenvolvida, de que não pode ser reduzido o grau de concretização de direitos trabalhistas fundamentais já estabelecido pelo ADCT, foi sugerida pelo Prof. Dirley da Cunha Júnior, em análise preliminar desta dissertação.
[280] BRASIL, 2012a, p. 4-5, grifo nosso.

direitos fundamentais à licença-paternidade e à proteção do emprego que seja, pelo menos, igual àquele provisionalmente estabelecido pelo art. 10 do ADCT, segundo o qual:

> Até que seja promulgada a lei complementar a que se refere o art. 7º, I, da Constituição:
> I - fica limitada a proteção nele referida ao aumento, para quatro vezes, da porcentagem prevista no art. 6º, "caput" e § 1º, da Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966;
> II - fica vedada a dispensa arbitrária ou sem justa causa:
> a) do empregado eleito para cargo de direção de comissões internas de prevenção de acidentes, desde o registro de sua candidatura até um ano após o final de seu mandato;
> b) da empregada gestante, desde a confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.
> § 1º - Até que a lei venha a disciplinar o disposto no art. 7º, XIX, da Constituição, o prazo da licença-paternidade a que se refere o inciso é de cinco dias. [...].[281]

O art. 6º, *caput* e § 1º, da antiga Lei 5.107/66, fixava multa a ser calculada sobre o total dos valores, corrigidos e com juros, a serem depositados no Fundo de Garantia por Tempo de Serviço – FGTS, em relação a todo o vínculo trabalhista, à razão de 10% em caso de despedida por justa causa e 5% em caso de despedida por culpa recíproca ou força maior.

Essa multa, portanto, não pode, em regra, ser suprimida ou ter reduzidas suas alíquotas (40 e 20%, respectivamente, conforme o art. 10, I, do ADCT) por legislação posterior, uma vez que os dispositivos que a instituem estão sob a proteção do princípio da proibição do retrocesso.[282] Revogando a Lei 5.107/66, a Lei 7.839/89 manteve essas alíquotas, em seu art. 16, parágrafos 1º e 2º.[283] E também as conservou, em seu art. 18, 1º e 2º parágrafos, a Lei 8.036/90,[284] atual norma reguladora do FGTS, a qual revogou, por sua vez, a Lei 7.839/89. O retrocesso social, nesse caso, foi evitado pela legislação superveniente, mas o mesmo não se poderia dizer se uma hipotética norma, sem equivalente compensação, reduzisse tais alíquotas.

---

[281] Ibidem, p. 131, grifo nosso.
[282] Idem. Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 14 ago. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso em: 25 abr. 2012.
[283] Idem. Lei nº 7.839, de 12 de outubro de 1989. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7839.htm>. Acesso em: 25 abr. 2012.
[284] Idem. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 15 mai. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 25 abr. 2012.

Igualmente não é passível de ser suprimida ou reduzida, por obra de legislação infraconstitucional futura, a estabilidade provisória do cipeiro (art. 10, I, a, do ADCT) e da gestante (art. 10, I, b, do ADCT), nos prazos que vão, respectivamente, do registro da candidatura até um ano após o fim do mandato, e da confirmação da gravidez até cinco meses após o parto.

E o mesmo ocorre com a licença-paternidade (art. 10, § 1º, do ADCT), que não pode, por força de uma hipotética lei regulamentadora que venha a ser promulgada, deixar de existir ou ter seu prazo reduzido, já que essa abolição ou diminuição infringiria o imperativo constitucional de proibição do retrocesso social, aplicado às relações de trabalho.

Seguindo o raciocínio que acaba de ser descrito, cumpre apontar a inconstitucionalidade de parte do art. 1º da Lei 12.395/11, por ofensa ao princípio da vedação do retrocesso. Essa norma alterou a Lei 9.615/98, que institui normas gerais sobre desportos, dando a seguinte redação ao art. 42 desta:

> Pertence às entidades de prática desportiva o direito de arena, consistente na prerrogativa exclusiva de negociar, autorizar ou proibir a captação, a fixação, a emissão, a transmissão, a retransmissão ou a reprodução de imagens, por qualquer meio ou processo, de espetáculo desportivo de que participem.
> § 1º Salvo convenção coletiva de trabalho em contrário, 5% (cinco por cento) da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais serão repassados aos sindicatos de atletas profissionais, e estes distribuirão, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo, como parcela de natureza civil. [...].[285]

A antiga redação desse artigo era a seguinte:

> Art. 42. Às entidades de prática desportiva pertence o direito de negociar, autorizar e proibir a fixação, a transmissão ou retransmissão de imagem de espetáculo ou eventos desportivos de que participem.
> § 1º Salvo convenção em contrário, vinte por cento do preço total da autorização, como mínimo, será distribuído, em partes iguais, aos atletas profissionais participantes do espetáculo ou evento. [...].[286]

---

[285] Idem. Lei nº 12.395, de 16 de março de 2011. Altera as Leis nos 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a Bolsa-Atleta; cria os Programas Atleta Pódio e Cidade Esportiva; revoga a Lei no 6.354, de 2 de setembro de 1976; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 17 mar. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm>. Acesso em: 27 abr. 2012.

[286] Idem. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm>. Acesso em: 27 abr. 2012.

Os atletas profissionais, que antes percebiam, diretamente, 20% “do preço total da autorização”, passaram a receber, por intermédio dos sindicatos, apenas 5% “da receita proveniente da exploração de direitos desportivos audiovisuais”. O retrocesso, portanto, é claro, tanto no que diz respeito à redução da alíquota, quanto no atinente à natureza da parcela, que, de salarial trabalhista,[287] gerando reflexos em outras parcelas, passou a ser civil, elidindo esses reflexos.

5.4 A proibição do retrocesso na jurisprudência do TST

A atual jurisprudência do Tribunal Superior do Trabalho, da mesma forma que a do Supremo Tribunal Federal, aponta para uma crescente consolidação do princípio da proibição do retrocesso social.

A mais alta corte trabalhista do país, em novembro de 2007, promoveu em sua sede a 1ª Jornada de Direito Material e Processual na Justiça do Trabalho, na qual foram aprovadas, a título de orientação facultativa para os órgãos judiciários laboralistas, propostas de Enunciados feitas pela comunidade jurídico-trabalhista brasileira. Dentre os Enunciados adotados, revela a adoção do princípio da vedação do retrocesso o de número 66, a seguir transcrito:

> APLICAÇÃO SUBSIDIÁRIA DE NORMAS DO PROCESSO COMUM AO PROCESSO TRABALHISTA. OMISSÕES ONTOLÓGICA E AXIOLÓGICA. ADMISSIBILIDADE. Diante do atual estágio de desenvolvimento do processo comum e da necessidade de se conferir aplicabilidade à garantia constitucional da duração razoável do processo, os artigos 769 e 889 da CLT comportam interpretação conforme a Constituição Federal, permitindo a aplicação de normas processuais mais adequadas à efetivação do direito. Aplicação dos princípios da instrumentalidade, efetividade e não-retrocesso social.[288]

O art. 769 da Consolidação das Leis Trabalhistas, contido no Título desse Diploma que trata do processo judiciário trabalhista, preceitua que “Nos casos

---

[287] Entende nosso Tribunal Superior do Trabalho, quanto aos fatos geradores ocorridos antes do início da vigência da Lei 12.395/11, que os créditos decorrentes do direito de arena têm natureza salarial. Em julgamento envolvendo essa questão, o Ministro Aloysio Corrêa da Veiga cita “a jurisprudência dominante deste C. TST, no sentido de ser salarial a natureza jurídica do direito de arena” (Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0076700-19.2007.5.01.0034. Agravante: Fluminense Football Club. Agravado: Moacir Bastos. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 09 de novembro de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo ?num_int=67332&ano_int=2011>. Acesso em: 27 abr. 2012.).

[288] CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 36 ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 1276.

omissos, o direito processual comum será fonte subsidiária do direito processual do trabalho, exceto naquilo em que for incompatível com as normas deste Título".[289] Dispõe o art. 889 da CLT:

> Aos trâmites e incidentes do processo da execução são aplicáveis, naquilo em que não contravierem ao presente Título, os preceitos que regem o processo dos executivos fiscais para a cobrança judicial da dívida ativa da Fazenda Pública Federal.[290]

Assim, o referido Enunciado 66 adota o entendimento de que as normas do processo civil podem ser aplicadas ao trabalhista não apenas quando neste há lacunas, mas também quando suas normas padecem de manifesto envelhecimento, sendo menos adequadas à efetivação do direito que aquelas destinadas ao processo comum. E um dos fundamentos para essa compreensão consiste na aplicação do princípio da proibição do retrocesso social.

Seguindo a tendência, existente na comunidade formada pelos operadores do direito do trabalho brasileiro, que se deixa revelar por esse Enunciado 66, as Turmas do Tribunal Superior do Trabalho têm seguidamente decidido no sentido de reconhecer a aplicação do princípio da vedação do retrocesso às relações de trabalho.

A Terceira Turma desse Tribunal Superior decidiu unanimemente nesse sentido, nos acórdãos referentes aos processos AIRR-0001237-76.2010.5.08.0000 (de 17/11/2010) e AGRR-3302300-72.2007.5.09.0005 (de 17/08/2011), ambos relatados pela atual Ministra do Supremo Tribunal Federal, Rosa Weber, que à época era Ministra do TST. Detalhes acerca desses dois julgamentos já foram apresentados, na parte deste trabalho que aborda a jurisprudência do STF acerca do princípio estudado.

A Sexta Turma do nosso mais alto pretório trabalhista, em julgado de 26/10/2011, relatado pelo Ministro Aloysio Corrêa da Veiga, entendeu, à unanimidade, que "Com a sujeição da demanda trabalhista a Comissão de Conciliação Prévia, a suspensão prevista no art. 625-G da CLT[291] aplica-se tanto a prescrição bienal quanto a quinquenal", uma vez que "a não suspensão da

---

[289] BRASIL, 2012b, p. 141.
[290] Ibidem, p. 158.
[291] Segundo o qual "O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto no art. 625-F". O art. 625-F, por sua vez, preceitua que "As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado" (ibidem, p. 110-111).

prescrição quinquenal afrontaria gravemente os princípios da proteção do trabalhador e do não retrocesso social".[292]

Com efeito, adotar entendimento contrário equivaleria, necessariamente, a deixar que a prescrição quinquenal seguisse operando, no intervalo de tempo necessário para a realização dos trabalhos da Comissão de Conciliação Prévia, o que levaria os trabalhadores a uma situação menos privilegiada que aquela existente antes da criação dessas Comissões.

Também a Sexta Turma, em decisão relatada pelo mesmo Ministro, decidiu que o fato de o sindicato ainda não ter sido registrado não suprime a estabilidade provisória dos respectivos dirigentes,[293] pelas seguintes razões:

> A estabilidade sindical provisória configura direito fundamental social e o princípio proibitivo de retrocesso social é núcleo que traz, como *status* negativo, os efeitos paralisantes à restrição ou interpretação limitadora do direito posto no ordenamento jurídico, seja para o legislador, seja para o judiciário no seu mister hermenêutico.[294]

Essa compreensão ressalta o papel do imperativo de vedação do retrocesso também como instrumento interpretativo, no sentido de que não se deve dar às normas constitucionais instituidoras de direitos fundamentais uma interpretação nova restritiva, já que deveria ser expressa, no texto da Lei Maior, qualquer ressalva às regras que estabelecem esses direitos.

A Segunda Turma do TST, em acórdão unânime proferido em 02/06/2010, relatado pelo Desembargador Convocado Roberto Pessoa, adotou, quanto aos dirigentes de um sindicato sem registro, entendimento idêntico àquele da Sexta

---

[292] Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0018100-90.2008.5.17.0012. Recorrentes: Banco do Estado do Espírito Santo – Banestes S/A e Fundação Banestes de Seguridade Social – Baneses. Recorrida: Edilene Maria Bravin. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=17452&ano_int=2011>. Acesso em: 02 mai. 2012.

[293] Estabelece o art. 8º, VIII, da nossa Constituição Federal de 1988: "É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: [...] VIII – é vedada a dispensa do empregado sindicalizado a partir do registro da candidatura a cargo de direção ou representação sindical e, se eleito, ainda que suplente, até um ano após o final do mandato, salvo se cometer falta grave nos termos da lei" (Idem, 2012b, p. 18).

[294] Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0391800-76.2002.5.06.0906. Recorrente: ADLIM – Terceirização em Serviços LTDA. Recorrido: José Dagoberto Barbosa da Silva. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=91314&ano_int=2002>. Acesso em: 02 mai. 2012.

Turma, pelos mesmos fundamentos,[295] o que revela a adesão à doutrina da vedação do retrocesso social.

A Quarta Turma do Tribunal Superior do Trabalho, unanimemente, em julgado de 09/02/2011, relatado pelo Ministro Fernando Eizo Ono, endossou expressamente os fundamentos de decisão na qual se entendeu que as vantagens salariais concedidas aos empregados ativos devem ser estendidas aos inativos, nos seguintes termos:

> a leitura do inciso XXVI do artigo 7º, ao prestigiar o reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, por decorrência lógica e sistemática da Constituição, deve estar coerente com o "caput" do próprio art. 7º, que consagra o princípio da vedação do retrocesso social, isto é, todos os incisos deste artigo visam a melhoria da condição social dos trabalhadores.[296]

Segundo a Quarta Turma, o imperativo constitucional do reconhecimento dos pactos coletivos deve ser sempre compreendido de modo a favorecer a condição social dos trabalhadores, representando indevido retrocesso a quebra da isonomia entre ativos e inativos.

A unanimidade da Quinta Turma do TST, em julgamento ocorrido em 29/09/2010, na esteira do voto de relatoria da Ministra Kátia Magalhães Arruda, reiterou "pelo seu acerto" as razões de decisão no sentido de que são estáveis, após o estágio probatório, não apenas os estatutários, mas também os empregados celetistas que ingressam nos quadros da Administração Pública mediante concurso, uma vez que:

> Tanto o art. 41,[297] quanto o art. 37[298] [da Constituição Federal], evidenciam o nítido intuito de moralizar as contratações e dispensas

---

[295] Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0024700-82.2003.5.19.0001. Recorrente: Cooperativa dos Serviços Médicos e Hospitalares de Maceió LTDA. Recorrido: Alexander da Silva Campos. Relator: Desembargador Convocado Roberto Pessoa. Brasília, 02 de junho de 2010. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=82478&ano_int=2005>. Acesso em: 02 mai. 2012.

[296] Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0001225-62.2010.5.08.0000. Agravante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Agravados: Fundação Petrobras de Seguridade Social – Petros e Paulo Sérgio Sobrinho de Mesquita e Outros. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono. Brasília, 09 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=152548&ano_int=2010>. Acesso em: 02 mai. 2012.

[297] Segundo o art. 41 da Lei Maior, "São estáveis após três anos de efetivo exercício os servidores nomeados para cargo de provimento efetivo em virtude de concurso público" (Ibidem, p. 39).

[298] Reza o art. 37, II, da Carta Magna, que "a investidura em cargo ou emprego público depende de aprovação prévia em concurso público de provas ou de provas e títulos, de acordo com a natureza e a complexidade do cargo ou emprego, na forma prevista em lei,

> no âmbito da administração pública, de forma que conferir interpretação restritiva, conforme sustentado pelo recorrente, além de ferir regra de hermenêutica jurídica, implica em repudiado retrocesso social.[299]

A Quinta Turma, desse modo, em relação à estabilidade do empregado público concursado, adota posição semelhante, em essência, àquela da Sexta Turma quanto à estabilidade provisória dos dirigentes de sindicato que ainda não foi registrado.

Assim, das oito Turmas que atualmente compõem o Tribunal Superior do Trabalho, seis já manifestaram favoravelmente, sempre de maneira unânime, à aplicação do princípio da proibição do retrocesso social às relações de trabalho: a Segunda, a Terceira, a Quarta, a Quinta e a Sexta. Também nesse pretório, portanto, à semelhança do que ocorre no Supremo Tribunal Federal, existe um posicionamento majoritário em favor da doutrina da vedação do retrocesso.

---

ressalvadas as nomeações para cargo em comissão declarado em lei de livre nomeação e exoneração" (Ibidem, p. 33).

[299] Idem. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0159740-79.2006.5.02.0041. Agravante: Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente – Fundação Casa/SP. Agravado: Robson de França. Relator: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 29 de setembro de 2010. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=123211&ano_int=2010>. Acesso em: 02 mai. 2012.

6 CONSIDERAÇÕES FINAIS

Este estudo busca afirmar o princípio da proibição do retrocesso social e descrever seu papel como elemento necessário do sistema garantista de direitos fundamentais dos trabalhadores, próprio do modelo de Estado Democrático de Direito adotado pelo Brasil. Pretende, com isso, ajudar a preencher uma lacuna existente na doutrina jurídica e por ela mesma reconhecida, lacuna essa que assume contornos verdadeiramente emergenciais, dada a importância do tema para a sociedade.

Evidencia que o princípio estudado, por proteger o patrimônio jurídico do ser humano em abstrato, não corresponde ao da proteção do direito adquirido, nem ao da condição mais benéfica, os quais amparam sempre o patrimônio jurídico concreto de um determinado indivíduo. Tem esse princípio, portanto, uma existência autônoma.

A obra mostra, por meio de uma pesquisa de jurisprudência, que, a partir de 2011, o princípio da proibição do retrocesso social passou a ser admitido por, no mínimo, sete dos onze ministros do Supremo Tribunal Federal brasileiro, e também por pelo menos cinco das oito Turmas do Tribunal Superior do Trabalho, o que facilita sobremaneira a produção de decisões e peticionamentos com esse fundamento.

A descrição apresentada nesta dissertação, tanto do desenvolvimento das ideias de direitos humanos e de progresso social na história do pensamento, quanto da doutrina e jurisprudência relacionadas ao princípio analisado, do Brasil e de outros países, permite uma visão panorâmica do processo de consolidação desse instituto jurídico, auxiliando a sua compreensão.

Foram delineados resumidamente o positivismo jurídico e o jusnaturalismo, como as principais correntes teóricas que apresentam uma fundamentação para a ideia, própria do constitucionalismo moderno, de que certos direitos integram o patrimônio jurídico individual de cada uma das pessoas naturais, ou seja, a ideia de que existem direitos humanos.

O estudo mostra que ambos são compatíveis com a doutrina do princípio da vedação do retrocesso, visto como uma decorrência da diretriz da dignidade da pessoa humana. Fica evidenciada a inadequação de qualquer posicionamento maniqueísta, no sentido de atribuir ao positivismo jurídico, *a priori*, uma carga

valorativa negativa, a exemplo daquele adotado por Luís Roberto Barroso, que identifica essa doutrina com o nazi-fascismo.

A teoria das gerações de direitos fundamentais, difundida principalmente por Norberto Bobbio, foi considerada, neste trabalho, meramente didática e histórico-descritiva, e não jurídica, por influência das lições de Cançado Trindade acerca do tema. De qualquer forma, fica demonstrado que a adoção ou não dessa teoria em nada prejudica o reconhecimento, em nosso ordenamento, do princípio da proibição do retrocesso social.

É parte integrante do trabalho um breve histórico da ideia de evolução nas ciências sociais, o qual serve para impedir o esvaziamento do princípio, indicando que a direção em que nossa sociedade pretende andar não é aquela estabelecida pelo legislador, a seu alvedrio. É, na verdade, o caminho no sentido da concretização dos valores essenciais construídos por meio da dinâmica histórica, como aqueles cristalizados na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, feita pela França, em 1789, em decorrência da Revolução, e na Declaração Universal dos Direitos Humanos produzida pela Organização das Nações Unidas em 1948, como resultado da Segunda Guerra Mundial.

Com base nesse escorço da ideia de evolução nas ciências sociais, se mostra também que acolher o princípio da proibição do retrocesso social não significa adotar uma perspectiva etnocentrista, alinhada com o anacrônico evolucionismo social, segundo o qual haveria um único rumo desejável para o crescimento de uma sociedade.

A história geral da dignidade, para o direito, abstraindo-se um período inicial de inexistência, foi sintetizada nas seguintes fases sucessivas: 1) apenas o serviço ao Estado gerava dignidade, de forma diretamente proporcional à posição hierárquica (sistema predominante até o final da Idade Antiga); 2) se reconhecia uma dignidade mínima comum a todo ser humano, mas, acima disso, permanecia o escalonamento (sistema de Cícero, Aquino e Pufendorf, adotado na Idade Média e na Moderna); 3) a dignidade propriamente dita passou a ser igual para todos os seres humanos (sistema adotado pela grande maioria dos ordenamentos jurídicos da Idade Contemporânea, inspirado no modelo de Kant).

A proibição do retrocesso social, neste trabalho, foi definida como a *irredutibilidade dos direitos fundamentais ou concretizadores de direitos fundamentais*, com base nas ideias de que: 1) os direitos fundamentais não podem

retroceder em conteúdo, porque constituem instrumentos intermediários de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, de modo que a retração desse conteúdo violaria a própria dignidade humana, valor maior de nosso ordenamento jurídico; 2) a efetivação integral e imediata de um direito fundamental é exigível, do Estado e da sociedade, na medida em que isso seja materialmente possível; 3) se uma norma jurídica concretizadora de um direito fundamental é socialmente eficaz, isso demonstra que existe a possibilidade material para a respectiva concretização; 4) das duas premissas anteriores decorre a proibição do retrocesso em relação às normas, socialmente eficazes, concretizadoras de um direito fundamental, porque a eficácia social é prova da possibilidade material, e esta acarreta a exigibilidade da concretização.

Destacou-se também, que, mesmo no caso de ocorrer crise econômica de grandes proporções, afetando a concretização de direitos fundamentais, as normas jurídicas instituidoras de direitos específicos concretizadores não deixam de existir, ficando apenas com sua eficácia jurídica suspensa até que cessem as condições adversas.

A dissertação foi produzida buscando o máximo possível de clareza e concisão, definindo os objetos estudados sempre da maneira que se apresentou como a mais simples, tendo em vista que a nitidez no discurso sobre os direitos fundamentais é capaz de favorecer, em grande medida, sua efetivação.

Além do conceito que foi apresentado para o princípio da proibição do retrocesso social, também foi proposto um para o princípio da dignidade da pessoa humana. Mas este foi produzido a título provisório e tendo sua existência justificada pela absoluta ausência, na doutrina, de uma definição satisfatória que o pudesse substituir, bem como pela necessidade de sua utilização, decorrente do fato de que a dignidade humana é o fundamento maior da vedação do retrocesso e, na verdade, de todo o ordenamento jurídico de uma democracia constitucional contemporânea como a brasileira.

Ficou demonstrado que a dignidade do homem implica a proibição do retrocesso social, porque o homem só pode ser efetivamente digno se a ele forem garantidos patamares mínimos de vida, sendo a não redução desses patamares consequência da necessidade de preservação da dignidade.

Fixou-se, dessa forma, com grande apoio na filosofia de Hannah Arendt, que a dignidade da pessoa humana é o *direito do ser humano ao maior conjunto de direitos*.

A delimitação do princípio da proibição do retrocesso social permite a análise de sua aplicação às relações laborais da contemporaneidade, orientada à criação de condições de decidibilidade na rotina forense trabalhista. A possibilidade de gerar essas condições, evitando-se o estudo meramente formal, é que dá razão de ser à pesquisa.

Dos muitos campos do direito informados pelo princípio estudado, além do constitucional, o laboral é o mais sensível, porque é o trabalho, mais que qualquer outra coisa, que integra o ser humano à sociedade, e a integração a uma sociedade é que permite a concretização da dignidade, valor jurídico supremo de nosso ordenamento atual e da grande maioria dos demais.

Se não resta dúvida de que a proibição do retrocesso social é um princípio de direito constitucional geral, mais evidente ainda é que ela constitui um princípio de direito constitucional do trabalho, que decorre do imperativo de melhoria da condição social dos trabalhadores, contido no *caput* do art. 7º da Constituição Federal de 1988, e garante um patamar civilizatório mínimo laboral.

Também o art. 114, § 2º, da Carta Magna aponta para uma vedação do retrocesso no campo juslaboral, ao impedir que as decisões judiciais, referentes aos dissídios coletivos de natureza econômica, possam ser no sentido de enfraquecer as disposições legais e convencionais de proteção ao trabalho.

Esses mandamentos constitucionais, no sentido da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social às relações de trabalho da contemporaneidade, são dirigidos a toda a sociedade brasileira, especialmente aos operadores do direito do trabalho, a exemplo de magistrados, servidores do Poder Judiciário e advogados, todos agentes especialmente importantes no combate ao retrocesso.

Ficou demonstrado que a redução, por meio das Emendas Constitucionais 20/98 e 53/06, do patamar de concretização dos direitos fundamentais laborais ao salário-família e ao acesso a creches e pré-escolas, bem como a supressão, pela Emenda Constitucional 28/00, do direito fundamental à inexistência de prescrição parcial para o trabalhador rural, são medidas profundamente contraditórias à disposição constitucional que determina a melhoria das condições sociais dos trabalhadores.

Também se mostrou que violariam o princípio da proibição do retrocesso social quaisquer normas concretizadoras dos direitos fundamentais trabalhistas redutoras dos patamares de realização provisoriamente fixados no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias que acompanha a nossa Constituição Federal de 1988, a exemplo da licença-paternidade de cinco dias.

Foi apontada a inconstitucionalidade do art. 1º da Lei 12.395/11, por ofensa ao princípio da vedação do retrocesso, na parte em que reduziu a alíquota do direito de arena dos atletas profissionais e transmudou a natureza jurídica da respectiva parcelas, de salarial trabalhista para civil.

Os esforços empreendidos nesta dissertação são no sentido de evidenciar que a proteção que o Estado Democrático de Direito oferece à dignidade da pessoa humana, aos direitos sociais e aos direitos dos trabalhadores, deve necessariamente ser compreendida como limitadora de retrocessos.

Assim, os atores do direito em geral e do trabalho devem combater o retrocesso social, nos casos apontados neste trabalho e em outros que venham a se configurar.

A constatação de que o princípio da proibição do retrocesso social, necessariamente, integra o sistema jurídico de um Estado Democrático, teria pouca utilidade, caso se restringisse ao campo teórico.

A Constituição Federal determina que a grande estrutura em rede formada pelos profissionais do direito laboral, que alcança toda a sociedade brasileira, seja colocada a serviço da melhoria das condições de vida dos trabalhadores, sendo imperativa a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social às relações de trabalho da contemporaneidade.

REFERÊNCIAS

ALEMANHA. Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (1949). 1. ed. Berlim: Deutscher Bundestag, 2011. Disponível em: <http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf>. Acesso em: 13 fev. 2012.

ALEXY, Robert. Teoria de los derechos fundamentales. 1. ed. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

APPIO, Eduardo. Direito das minorias. 1. ed. São Paulo: RT, 2008.

AQUINO, São Tomás de. Suma de Teología. 4. ed. Madri: Biblioteca de Autores Cristianos, 2001.

ARIELI, Yehoshua. The emergence of doctrine of dignity of man. In: KRETZMER, David (Ed.); KLEIN, Eckart (Ed.). The concept of human dignity in human rights discourse. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 1-18.

ARISTÓTELES. Metaphysics. 1. ed. Londres: George Bell and Sons, 1901, p. 92-93. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/metaphysicsaris00arisgoog#page/n195/mode/2up>. Acesso em: 28 jan. 2012.

_____. Retórica. 2. ed. Lisboa: Imprensa Nacional, 2005, p. 144.

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS – ABNT. Coletânea de Normas Técnicas para Elaboração de TCC, Dissertação e Teses: 2011. Rio de Janeiro: ABNT, 2011.

AUSTIN, John. The province of jurisprudence determined. 2. ed. Londres: John Murray, 1906. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/austiniantheoryo00austuoft#page/n5/mode/2up>. Acesso em: 22 out. 2011.

AUTOBIOGRAFIA do jurista Hans Kelsen é lançada no STF. Notícias STF, Brasília, 24 ago. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=187248>. Acesso em: 28 jan. 2012.

ÁVILA, Humberto. Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BACON, Sir Francis. *Novum organum* ou verdadeiras indicações acerca da interpretação da natureza. 2. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000, p. 230.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). A nova interpretação constitucional. 3. ed. Brasília: Renovar, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais. 1. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BENTHAM, Jeremy. Principles of legislation. 1. ed. Oxford: Oxford University Press, 1914. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/benthamstheoryof01bent#page/78/mode/2up>. Acesso em: 22 out. 2011.

BOBBIO, Norberto. A era dos direitos. 1. ed. Rio de Janeiro: Campus: 1992.

_____. O positivismo jurídico: lições de filosofia do direito. 1. ed. São Paulo: Ícone, 1995.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Escritos sobre derechos fundamentales. Tradução de Juan Luis Requejo Pagés. 1. ed. Baden-Baden: Nomos, 1993.

BORGES, José Souto Maior. O Contraditório no Processo Judicial. São Paulo: Malheiros, 1996, p. 09-11, apud DIDIER, Fredie. Teoria do processo e teoria do direito: o neoprocessualismo, p. 257. In: DIDIER, Fredie (org.). Teoria do processo: panorama doutrinário mundial. 1. ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p. 257-263.

BRASIL. Constituição (1988). CLT Saraiva e Constituição Federal. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 19 de 04 de junho de 1998. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 7. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_04.06.1998/CON1988.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2012.

_____. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 27 de 21 de março de 2000. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 7. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_21.03.2000/CON1988.pdf>. Acesso em: 26 abr. 2012.

_____. Constituição (1988). Texto consolidado até a Emenda Constitucional nº 52 de 08 de março de 2006. 1. ed. Brasília: Senado Federal, 2010, p. 7. Disponível em: <http://www.senado.gov.br/legislacao/const/con1988/CON1988_08.03.2006/CON1988.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2012.

_____. Decreto-Lei nº 5.452, de 1 de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. CLT Saraiva e Constituição Federal. 39. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Diário Oficial da União, 9 set. 1942. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del4657.htm>. Acesso em: 29 mar. 2012.

_____. Emenda Constitucional nº 20, de 15 de dezembro de 1998. Modifica o sistema de previdência social, estabelece normas de transição e dá outras

providências. Diário Oficial da União, 16 dez. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc20.htm>. Acesso em: 26 abr. 2012.

_____. Emenda Constitucional nº 28, de 25 de maio de 2000. Dá nova redação ao inciso XXIX do art. 7º e revoga o art. 233 da Constituição Federal. Diário Oficial da União, 26 mai. 2000. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc28.htm>. Acesso em: 26 abr. 2012.

_____. Emenda Constitucional nº 53, de 19 de dezembro de 2006. Dá nova redação aos arts. 7º, 23, 30, 206, 208, 211 e 212 da Constituição Federal e ao art. 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Diário Oficial da União, 9 mar. 2006. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc53.htm>. Acesso em: 27 abr. 2012.

_____. Lei nº 12.395, de 16 de março de 2011. Altera as Leis nos 9.615, de 24 de março de 1998, que institui normas gerais sobre desporto, e 10.891, de 9 de julho de 2004, que institui a Bolsa-Atleta; cria os Programas Atleta Pódio e Cidade Esportiva; revoga a Lei no 6.354, de 2 de setembro de 1976; e dá outras providências. Diário Oficial da União, 17 mar. 2011. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2011/lei/l12395.htm>. Acesso em: 27 abr. 2012.

_____. Lei nº 5.107, de 13 de setembro de 1966. Cria o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 14 ago. 1966. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5107.htm>. Acesso em: 25 abr. 2012.

_____. Lei nº 7.839, de 12 de outubro de 1989. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço e dá outras providências. Diário Oficial da União, 13 out. 1989. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7839.htm>. Acesso em: 25 abr. 2012.

_____. Lei nº 8.036, de 11 de maio de 1990. Dispõe sobre o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, e dá outras providências. Diário Oficial da União, 15 mai. 1990. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L8036consol.htm>. Acesso em: 25 abr. 2012.

_____. Lei nº 9.615, de 24 de março de 1998. Institui normas gerais sobre desporto e dá outras providências. Diário Oficial da União, 25 mar. 1998. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9615consol.htm>. Acesso em: 27 abr. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.104. Requerente: Associação Nacional dos Membros do Ministério Público. Requerido: Congresso Nacional. Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Brasília, 26 de setembro de 2007, p. 155. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=493832>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.128. Requerente: Associação Nacional dos Procuradores da República. Requerido:

Congresso Nacional. Relatora: Ministra Ellen Gracie. Brasília, 18 de agosto de 2004. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363314>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Lei da "Ficha Limpa" e hipóteses de inelegibilidade. Informativo do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 1, n. 647, p. 3, nov. 2011. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/download/zip/informativo647.zip>. Acesso em: 20 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Mandado de Segurança nº 24.875. Impetrantes: Djaci Alves Falcão e Outros. Impetrado: Presidente do Supremo Tribunal Federal. Relator: Ministro Sepúlveda Pertence. Brasília, 11 de maio de 2006. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=86203>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Primeira Turma. Recurso Extraordinário nº 351.750. Recorrente: Varig S/A. Recorrida: Ana Maria Costa Jardim. Relator: Ministro Carlos Britto. Brasília, 17 de março de 2009. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Segunda Turma. Recurso Extraordinário nº 639.337. Recorrente: Município de São Paulo. Recorrido: Ministério Público do Estado de São Paulo. Relator: Ministro Celso de Mello. Brasília, 23 de agosto de 2011. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Supremo Tribunal Federal. Sociedade civil de direito privado e ampla defesa. Informativo do Supremo Tribunal Federal, Brasília, v. 1, n. 405, p. 6-11, out. 2005. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/download/zip/informativo405.zip>. Acesso em: 27 mar. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0001225-62.2010.5.08.0000. Agravante: Petróleo Brasileiro S/A – Petrobras. Agravados: Fundação Petrobras de Seguridade Social – Petros e Paulo Sérgio Sobrinho de Mesquita e Outros. Relator: Ministro Fernando Eizo Ono. Brasília, 09 de fevereiro de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=152548&ano_int=2010>. Acesso em: 02 mai. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0001237-76.2010.5.08.0000. Agravante: Fundação Petrobras de Seguridade Social – PETROS. Agravados: Petróleo Brasileiro S/A – PETROBRAS e José Roberto Barbosa Correa e Outro. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 17 de novembro de 2010. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=169096&ano_int=2010>. Acesso em: 21 nov. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo de Instrumento em Recurso de Revista nº 0159740-79.2006.5.02.0041. Agravante: Fundação Centro de Atendimento Sócio-Educativo ao Adolescente – Fundação Casa/SP. Agravado:

Robson de França. Relator: Ministra Kátia Magalhães Arruda. Brasília, 29 de setembro de 2010. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=123211&ano_int=2010>. Acesso em: 02 mai. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Agravo em Recurso de Revista nº 3302300-72.2007.5.09.0005. Agravantes: Brasil Telecom S/A e Koerich Engenharia e Telecomunicações S/A. Agravado: Sindicato dos Trabalhadores nas Indústrias de Instalações Telefônicas do Estado do Paraná – SINTITEL. Relatora: Ministra Rosa Maria Weber Candiota da Rosa. Brasília, 17 de agosto de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.jus.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=199846&ano_int=2010>. Acesso em: 21 nov. 2011.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0018100-90.2008.5.17.0012. Recorrentes: Banco do Estado do Espírito Santo – Banestes S/A e Fundação Banestes de Seguridade Social – Baneses. Recorrida: Edilene Maria Bravin. Relator: Ministro Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 26 de outubro de 2011. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=17452&ano_int=2011>. Acesso em: 02 mai. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0024700-82.2003.5.19.0001. Recorrente: Cooperativa dos Serviços Médicos e Hospitalares de Maceió LTDA. Recorrido: Alexander da Silva Campos. Relator: Desembargador Convocado Roberto Pessoa. Brasília, 02 de junho de 2010. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=82478&ano_int=2005>. Acesso em: 02 mai. 2012.

_____. Tribunal Superior do Trabalho. Recurso de Revista nº 0391800-76.2002.5.06.0906. Recorrente: ADLIM – Terceirização em Serviços LTDA. Recorrido: José Dagoberto Barbosa da Silva. Relator: Aloysio Corrêa da Veiga. Brasília, 12 de novembro de 2008. Disponível em: <http://ext02.tst.gov.br/pls/ap01/ap_red100.resumo?num_int=91314&ano_int=2002>. Acesso em: 02 mai. 2012.

BULOS, Uadi Lammêgo. Curso de direito constitucional. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

BURNS, Edward McNall. História da civilização ocidental. 44. ed. Rio de Janeiro: Globo, 2007, v. 1.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. Direito constitucional e teoria da constituição. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007.

CAPELLETTI, Mauro. Giustizia. In: ENCICLOPEDIA delle Scienze Sociali. Roma: Istituto della Enciclopedia Italiana, 1994. Disponível em: <http://www.treccani.it/enciclopedia/giustizia_(Enciclopedia_delle_Scienze_Sociali)>. Acesso em: 28 jan. 2012.

CARRION, Valentin. Comentários à Consolidação das Leis do Trabalho. 36 ed. Atualizada por Eduardo Carrion. São Paulo: Saraiva, 2011.

CÍCERO, Marco Túlio. Da república. 3. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1985. (Coleção Os Pensadores).

_____. De oficiis. Edição bilíngue latim-inglês. Tradução de Walter Miller. 1. ed. Londres: William Heinemann, 1928.

_____. *De re publica*. 1. ed. Paris: Hachette, 1874, p. 65. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/ciceroderepubli00cicegoog#page/n74>. Acesso em: 28 jan. 2012.

CLÈVE, Clémerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. Revista de direito constitucional e internacional, São Paulo, v. 14, n. 54, p. 28-39, jan./mar. 2006.

COMPLAK, Crystian. Cinco teses sobre a dignidade da pessoa humana como conceito jurídico. Revista da ESMESC, Florianópolis, n. 21, p. 107-120, 2008.

COMTE, Auguste. Curso de filosofia positiva. 1. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000.

CONDORCET, Marquês de. Esquisse d'un tableau historique des progrès de l'esprit humain. 1. ed. Paris: Biblioteca Nacional, 1878, v. 2. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/esquisseduntable00cond>. Acesso em: 06 set. 2011.

CONFÚCIO. Os analectos. 1. ed. Porto Alegre: L&PM, 2006.

CONTO, Mário de. O princípio da proibição de retrocesso social. Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COORDENAÇÃO DE APERFEIÇOAMENTO DE PESSOAL DE NÍVEL SUPERIOR – CAPES. Portaria Nº 080, de 16 de dezembro de 1998. Diário Oficial da República Federativa do Brasil, Brasília, 11 jan. 1999, Seção 1, p. 14. Disponível em: <http://www.capes.gov.br/images/stories/download/legislacao/Portaria_CAPES_080_1998.doc>. Acesso em: 06 set. 2011.

COULANGES, Fustel de. A cidade antiga: estudos sobre o culto, o direito, as instituições da Grécia e de Roma. 6. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 1996.

CRITCHLEY, Simon; DEWS, Peter. Deconstrutive Subjectivities.1. ed. Albany: State University of New York Press, 1996.

CROCE, Benedetto. The philosophy of Gianbattista Vico. 1. ed. Londres: Howard Latimer, 1903. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/thephilosophyofg00crocuoft#page/102/mode/2up>. Acesso em: 02 nov. 2011.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. Curso de direito constitucional. 5. ed. Salvador: Jus Podivm, 2011.

DELGADO, Mauricio Godinho. Curso de direito do trabalho. 10. ed. São Paulo: LTr, 2011.

DERBLI, Felipe. O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988. 1. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

DESCARTES, René. Regras para a direção do espírito, 1. ed. Lisboa: Edições 70, 1989.

DIDIER Júnior, Fredie; ZANETI Júnior, Hermes. Mandado de segurança coletivo e os direitos difusos: Art. 21, par. ún., da Lei n. 12.016/2009: interpretação conforme a Constituição Federal. Processos Coletivos, Porto Alegre, vol. 1, n. 1, 10 out. 2009. Disponível em: <http://www.processoscoletivos.net/ve_artigo.asp?id=13> Acesso em: 19 nov. 2011.

DIGNIDADE. In: DICIONÁRIO da língua portuguesa. Lisboa: Priberam Informática, 2012. Disponível em: <http://www.priberam.pt/dlpo/default.aspx?pal=dignidade>. Acesso em: 3 fev. 2012.

DURKHEIM, Émile. As regras do método sociológico. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

ECKERT, Joern. Legal roots of human dignity in german law. In: KRETZMER, David (Ed.); KLEIN, Eckart (Ed.). The concept of human dignity in human rights discourse. Haia: Kluwer Law International, 2002, p. 41-54.

ENCICLOPÉDIA Stanford de filosofia. Palo Alto: Universidade de Stanford, 2011. Disponível em: <http://plato.stanford.edu>. Acesso em: 04 nov. 2011.

ENCYCLOPÆDIA Britannica. Chicago: Encyclopædia Britannica Inc., 2011. Disponível em: <http://www.britannica.com>. Acesso em: 02 fev. 2012.

FELLET, André Luiz Fernandes. A relação entre o nazismo e o positivismo jurídico revisitada. Revista Direito Público, Brasília, n. 30, p. 107-121, nov./dez. 2009. Disponível em: <http://www.direitopublico.idp.edu.br/index.php/direitopublico/article/view/796/665>. Acesso em: 27 mar. 2012.

FERRAZ JR., Tércio Sampaio. Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação. 6. ed. São Paulo: Atlas, 2010.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio de retrocesso social. 1. ed. São Paulo: Conceito, 2009.

FRANÇA. Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789). 1. ed. Paris: Sénat, 2012. Disponível em: <http://www.senat.fr/lng/pt/declaration_droits_homme.html>. Acesso em: 28 jan. 2012.

_____. Conselho constitucional. Decisão nº 83-165. Autores: Jean Arthuis e Outros. Réu: Parlamento Francês. 20 de janeiro de 1984. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1984/83-165-dc/decision-n-83-165-dc-du-20-janvier-1984.8111.html>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Conselho constitucional. Decisão nº 90-287. Autores: Bernard Pons e Outros. Réu: Parlamento Francês. 16 de janeiro de 1991. Disponível em: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/depuis-1958/decisions-par-date/1991/90-287-dc/decision-n-90-287-dc-du-16-janvier-1991.8756.html>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Loi nº 68-978 du 12 novembre 1968 d'orientation de l'enseignement supérieur. Journal Officiel de la Republique Française, Paris, 12 nov. 1968, p. 10.583. Disponível em: <http://www.legifrance.gouv.fr/jopdf/common/jo_pdf.jsp?numJO=0&dateJO=19681113&pageDebut=10579&pageFin=&pageCourante=10583>. Acesso em: 14 nov. 2011.

FREITAS, Juarez. O intérprete e o poder de dar vida à constituição. Revista da Faculdade de Direito da UFPR, Curitiba, v. 34, n. 00, p. 59-76, 2000.

FREUD, Sigmund. O mal-estar na civilização. 1. ed. Rio de Janeiro: Imago, 1997.

FRIEDMAN, Milton. Capitalism and Freedom. 1. ed. Chicago: Universidade de Chicago, 1989.

GANDHI, Mohandas Karamchand. Non-violent resistance (Satyagraha). 1. ed. Nova Iorque: Schocken Books, 1969.

GEHLEN, Gabriel Menna Barreto. A eficácia contra particulares dos direitos fundamentais (*Drittwirkung*) sob enfoque de seus deveres de proteção (*Schutzpflichten*). 1. ed. Porto Alegre: UFRGS, 2006. Disponível em: <http://www.lume.ufrgs.br/bitstream/handle/10183/13171/000598363.pdf?sequence=1>. Acesso em: 02 nov. 2011.

GENRO, Tarso Fernando. Direito individual do trabalho: uma abordagem crítica. 1. ed. São Paulo: LTr, 1985.

_____. Natureza jurídica do direito do trabalho, p. 84. In: SOUSA JÚNIOR, José Geraldo; AGUIAR, Roberto Arnaldo Ramos de (Org.). Introdução Crítica ao Direito do Trabalho. 1. ed. Brasília: UnB, 1991.

GIL, Gilberto. Brincar pra valer. In: MARMELO, Manuel Jorge (Org.). Gil em verso. 1. ed. Lisboa: Quasi Edições, 2006. p. 128.

GOMES, Fábio Rodrigues. O direito fundamental ao trabalho. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

GOULD, Stephen Jay. A falsa medida do homem. 2. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1999.

GROTIUS, Hugo. The rights of war and peace. 1. ed. London: M. Walter Dunne, 1901.

GUERRERO, Manuel Medina. Escritos sobre derechos fundamentales. Revista Española de Derecho Constitucional, Madri, ano 14, n. 41, p. 323-331, mai. 1994.

Disponível em: <http://www.cepc.es/es/Publicaciones/revistas/revistas.aspx?IDR=6&IDN=343&IDA=25185>. Acesso em: 02 nov. 2011.

GUYER, Paul. Prefácio a *The Cambridge companion to Kant and modern philosophy*. In: GUYER, Paul (Org.). The Cambridge companion to Kant and modern philosophy. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

HART, Herbert L. A. Introdução a *El objeto de la Jurisprudencia*, de John Austin. 1. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002.

_____. Introdução a *The province of jurisprudence determined*, de John Austin. 1. ed. Londres: Weidenfeld & Nicolson, 1954.

HAYEK, Friedrich. O caminho da servidão. 1. ed. Porto Alegre: Globo, 1977.

HEADLAM, James Wycliffe. Bismarck and the foundation of the German Empire. 1. ed. Londres: G. P. Putnam's Sons, 1899, p. 418. Disponível em: <http://archive.org/stream/bismarckandfoun00headgoog#page/n474>. Acesso em: 28 mar. 2012.

HESSE, Konrad. A força normativa da constituição. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991.

_____. Direito Constitucional e Direito Privado. Tradução de Otavio Luiz Rodrigues Junior. 1. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010.

_____. Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha, A força normativa da constituição. Tradução de Luís Afonso Heck. 1. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

HOBSBAWN, Eric. A era dos extremos: o breve século XX: 1914 – 1991. 2. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2003.

_____. A era das revoluções: 1789 – 1848. 25. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009, p. 15.

KANT, Immanuel. A metafísica dos costumes. 1. ed. São Paulo: Edipro, 2003.

_____. Crítica da razão pura. 5. ed. Tradução de Manuela Pinto dos Santos e Alexandre Fradique Morujão. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

_____. Fundamentação da Metafísica dos Costumes. Tradução de Paulo Quintela. 1. ed. Lisboa: Edições 70, 2007.

_____. O conflito das faculdades. 1. ed. Tradução de Artur Morão. Lisboa: Edições 70, 1993.

_____. The philosophy of law. 1. ed. Edinburgh: T. & T. Clark, 1887.

KELSEN, Hans. Teoria geral do direito e do Estado. 3. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. Teoria pura do direito. 8. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2009.

LARENZ, Karl. Metodologia da ciência do direito. 6. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.

LEAL, Roger Stiefelmann. Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais. Porto Alegre: UFRGS, 2012. Disponível em: <http://www6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

LÉVI-STRAUSS, Claude. Antropología estructural. 1. ed. Barcelona: Paidós, 1995.

_____. Antropologia estrutural dois. 1. ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1987.

LOCKE, John. Ensaio acerca do entendimento humano. 5. ed. São Paulo: Nova Cultural, 2000. (Coleção Os Pensadores).

_____. Essay concerning human understanding. 26. ed. Londres: Thomas Davison, 1828. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/1828essayconcern00lockuoft#page/250/mode/2up>. Acesso em: 09 nov. 2011.

MAI, Larry L.; OWL, Marcus Young; KERSTING, M. Patricia. The Cambridge dictionary of human biology and evolution. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

MALINOWSKI, Bronislaw. Los argonautas del pacifico occidental. 2. ed. Barcelona: Edições 62, 1975.

_____. The dynamics of culture change. 1. ed. New Haven: Universidade de Yale, 1945.

MARX, Karl. Contribuição à crítica da economia política. 2 ed. São Paulo: Expressão Popular, 2008.

MEIRELES, Ana Cristina Costa; MEIRELES, Edilton. A intangibilidade dos direitos trabalhistas. 1. ed. São Paulo: LTr, 2009.

MEIRELES, Edilton. Princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho. Revista Síntese Trabalhista, Porto Alegre, v. 15, n. 179, p. 56-60, 2004.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. A vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. Revista de direito da associação dos procuradores do novo Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, v. 12, n. 00, p. 212-219, 2003.

MIOZZO, Pablo Castro. A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil: uma análise hermenêutica. 1. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

MIRANDA, Jorge. Manual de Direito Constitucional – Tomo II. 6. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

MIRANDOLA, Giovanni Pico della. Discurso sobre a dignidade do homem. Tradução e análise de Maria Isabel Aguiar. 1. ed. Porto: Areal, 2005.

MOLINARO, Carlos Alberto. Direito ambiental: proibição de retrocesso. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MOLLION, Gregory. Les garanties légales des exigences constitutionnelles. Revue française de droit constitutionnel, Aix-en-Provence, n. 62, p. 257-289, 2005. Disponível em: <http://www.cairn.info/revue-francaise-de-droit-constitutionnel-2005-2-page-257.htm>. Acesso em: 13 nov. 2011.

MORALES, Véra. La protection juridictionnelle des droits fondamentaux: révélation d'une entente conceptuelle. In: CONGRÈS FRANÇAIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL, 6., 2005, Montpellier. Anais eletrônicos... Montpellier: Association française de droit constitutionnel, 2005. Disponível em: <http://www.droitconstitutionnel.org/congresmtp/textes2/MORALES.pdf>. Acesso em: 13 nov. 2011.

MORIN, Edgar. Os sete saberes necessários à educação do futuro. 2. ed. Brasília: UNESCO, 2000.

MYRDAL, Gunnar. Aspectos políticos da teoria econômica. 1. ed. São Paulo: Nova Cultural, 1997.

_____. Beyond the Welfare State. 1. ed. Londres: Methuen, 1965.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. O princípio de proibição de retrocesso social. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

OCKHAM, William of. Opera Theologica, IX, 707. In: Kenny, Sir Anthony John Patrick. Uma nova história da filosofia ocidental, 1. ed. São Paulo: Edições Loyola, 2008, v. 2, p. 240.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Declaração Universal dos Direitos Humanos. 1948. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br/documentos_direitoshumanos.php>. Acesso em: 02 nov. 2011.

OTERO, Paulo. Vinculação e liberdade de conformação jurídica do sector empresarial do Estado. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

PALLIERI, Giorgio Balladore. Diritto costituzionale. 4. ed. Milão: Giuffrè, 1955, apud SILVA, José Afonso da. Aplicabilidade das normas constitucionais. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e o direito constitucional internacional. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

PLATÃO. Fédon. Tradução de Jorge Paleikat e João Cruz Costa. 1. ed. São Paulo: Abril Cultural, 1972.

PORTUGAL. Decreto-Lei 433, de 27 de outubro de 1982. Diário da República, Lisboa, 27 out. 1982, p. 3552-3563. Disponível em: <http://dre.pt/pdfgratis/1982/10/24900.pdf>. Acesso em: 17 out. 2011.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 187/2010. Autor: A., S. A. Réu: Autoridade para as Condições de Trabalho. Relator: Conselheiro Vítor Gomes. Lisboa, 12 de maio de 2010. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20100187.html>. Acesso em: 19 out. 2011.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 188/2009. Autor: Provedor de Justiça. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Carlos Fernandes Cadilha. Lisboa, 22 de abril de 2009. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20090188.html>. Acesso em: 17 out. 2011.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 222/2011. Autor: A., S. A. Réu: Autoridade para as Condições de Trabalho. Relator: Conselheiro Carlos Pamplona de Oliveira. Lisboa, 03 de maio de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110222.html>. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 39/84. Autor: Presidente da República Portuguesa. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Vital Moreira. Lisboa, 11 de abril de 1984. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 27 mar. 2012.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 396/2011. Autor: Grupo de Deputados do Partido Socialista de Portugal. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Lisboa, 21 de setembro de 2011. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20110396.html>. Acesso em: 20 out. 2011.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 47/06. Autora: Comissão de Trabalhadores da A., S. A. Réus: A., S. A. e Região Autónoma dos Açores. Relatora: Conselheira Maria João Antunes. Lisboa, 17 de janeiro de 2006. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20060047.html>. Acesso em: 18 out. 2011.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 509/02. Autor: Presidente da República Portuguesa. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Lisboa, 19 de dezembro de 2002. Disponível em: <http://w3.tribunalconstitucional.pt/acordaos/acordaos02/501-600/50902.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

_____. Tribunal Constitucional. Acórdão nº 590/04. Autor: Grupo de Deputados do Partido Socialista de Portugal. Réu: Assembléia da República Portuguesa. Relator: Conselheiro Artur Maurício. Lisboa, 06 de outubro de 2004. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040590.html>. Acesso em: 17 out. 2011.

PUFENDORF, Samuel von. De jure naturae et gentium. 1. ed. Frankfurt: Knoch, 1744. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/dejurenaturaeetg01pufe#page/144/mode/2up>. Acesso em: 02 fev. 2012.

_____. Of the law of nature and nations. 1. ed. Oxford: L. Lichfield, 1710. Disponível em: <http://books.google.com.br/books/download/Of_the_law_of_nature_and_nations.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2012.

_____. Of the nature and qualification of religion, in reference to civil society. 1. ed. Londres: A. Roper, 1698, p. 113. Disponível em: <http://books.google.com.br/books/download/Of_the_nature_and_qualification_of_relig.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2012

_____. The present state of Germany. 1. ed. Indianapolis: Liberty Found, 2007, p. 101. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/1890/1367_Bk.pdf>. Acesso em: 02 fev. 2012.

_____. Two books of the elements of universal jurisprudence. 1. ed. Indianapolis: Liberty Found, 2009, p. 37. Disponível em: <http://files.libertyfund.org/files/2220/Pufendorf_1495_LF eBk.pdf >. Acesso em: 02 fev. 2012

_____. The whole duty of men according to the law of nature. 1. ed. Londres: R. Gosling, 1735, p. 209-211. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/wholedutymanacc00barbg oog#page/n260>. Acesso em: 02 fev. 2012

QUEIROZ, Cristina. O princípio da não reversibilidade dos direitos sociais fundamentais. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade. 1. ed. Curitiba: Juruá, 2009.

REIS, Daniela Muradas. O princípio da vedação do retrocesso no direito do trabalho. 1. ed. São Paulo: LTr, 2010.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. Revista Interesse Público, Belo Horizonte, v. 1, n. 4, p. 23-48, out./dez. 1999.

RUSSELL, Bertrand. A história do pensamento ocidental. 1. ed. Rio de Janeiro: Ediouro, 2004.

SAMPAIO, José Adércio Leite. Direito adquirido e expectativa de direito. 1. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. A eficácia dos direitos fundamentais. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

_____. Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

_____. Direitos fundamentais e direito privado: algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). A Constituição concretizada: construindo pontes com o público e o privado. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

_____. O Estado Social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. Revista da Faculdade de Direito da UFRGS, Porto Alegre, n. 17, p. 111-132, 1999.

_____. Os direitos fundamentais sociais como cláusulas pétreas. Interesse Público, Porto Alegre, n. 17, p. 56-74, jan./fev. 2003.

_____. Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de; BEDÊ, Fayga Silveira (Coord.) Constituição & Democracia: estudos em homenagem ao Professor J. J. Canotilho. São Paulo: Saraiva, 2006.

SCHOLLER, Heinrich. Constituição e Direito no Processo da Globalização: a transição do Estado Social e da economia planificada para uma economia de mercado. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SCHOPENHAUER, Arthur. The basis of morality. 2. ed. Londres: George Allen & Unwin, 1915.

SCHULTE, Bernd. Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). Direitos fundamentais sociais: estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

SILVA, Jorge Pereira da. Dever de legislar e protecção jurisdicional contra omissões legislativas. 1. ed. Lisboa: UCP, 2003.

SILVA, José Afonso da. Curso de direito constitucional positivo. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

SILVA, Luiz de Pinho Pedreira da. Principiologia de direito do trabalho. 2. ed. São Paulo: LTr, 1999.

SIQUEIRA, Alessandro Marques de. Dignidade da pessoa humana: uma prerrogativa de todos. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2642, 25 set. 2010. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/17485>. Acesso em: 08 nov. 2011.

SÓFOCLES. Antígona. 1. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2007.

SOMBRA, Thiago Luís Santos. A eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

SPADE, Paul Vincent. Ockham's nominalist metaphysics: some main themes. In: SPADE, Paul Vincent (Org.). The Cambridge companion to Ockham. 1. ed. Cambridge: Cambridge University Press, 2006, p. 100-117.

SPENCER, Herbert. The principles of psychology. Nova Iorque: D. Appleton and Company, 1888, v. 2. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/principlespsych06unkngoog# page/n598/mode/1up>. Acesso em: 02 nov. 2011.

STEWART, Iain. The Critical Legal Science of Hans Kelsen. Journal of law and Society, Cardiff, vol. 17, n. 3, p. 273-308, 1990. Disponível em: <http://www.law.mq.edu.au/staff/stewarti/JLSKelsen.doc>. Acesso em: 04 nov. 2011.

STRECK, Lenio Luiz. A jurisdição constitucional e o "duplo juízo de admissibilidade" do artigo 396 do CPP: uma solução hermenêutica. [S.l.]: Lenio Luiz Streck, 2008. Disponível em: <http://leniostreck.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=74&Itemid=1>. Acesso em: 18 out. 2011.

_____. Da utilidade de uma análise garantista para o direito brasileiro. Porto Alegre: Fundação Escola da Magistratura do Trabalho do Rio Grande do Sul, 1999. Disponível em: <http://www.femargs.com.br/revista02_streck.html>. Acesso em: 11 nov. 2011.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Direitos humanos das mulheres: a proteção internacional. In: CONFERÊNCIA NACIONAL DE DIREITOS HUMANOS, 5., 2000, Brasília. Anais eletrônicos... Brasília: Câmara dos Deputados, 2000. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/cancadotrindade/cancado_bob.htm>. Acesso em: 02 nov. 2011.

TRINDADE, José Damião de Lima. História social dos direitos humanos. 1. ed. São Paulo: Peirópolis, 2002.

TYLOR, Edward Burnett. Primitive culture. Londres: John Murray, 1903. Disponível em: <http://www.archive.org/stream/primitiveculture1tylouoft#page/26>. Acesso em: 02 nov. 2011.

UNIÃO EUROPEIA. Carta dos Direitos Fundamentais (2000). 1. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2010. Disponível em: <http://europa.eu/legislation_summaries/justice_freedom_security/combating_discrimination/l33501_pt.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

_____. Tratado de Lisboa (2007). 1. ed. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2007. Disponível em: <http://europa.eu/lisbon_treaty/full_text/index_pt.htm>. Acesso em: 27 mar. 2012.

UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA. Manual de Orientação do Aluno – Mestrado em Direito. 2009. Disponível em: <www.ppgd.ufba.br/Arquivos/manual_de_orientacao_aluno_2009_1.doc>. Acesso em: 27 jan. 2012.