



Ícaro Ivvin de Almeida Costa Lima

A adoção e aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social no âmbito do Direito Internacional

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Políticas - Menção em Direito Internacional Público e Europeu.

Orientadores: Prof. Dr. Luís Pedro Chaves da Cunha Rodrigues e Prof. Dr. Jónatas Eduardo Mendes Machado.

Coimbra

2014

À Deus, à minha avó Solange Maria (*in memoriam*), aos meus pais Sérgio e Adriana, sempre.

"Teu dever é lutar pelo direito, mas no dia em que encontrares o direito em conflito com a justiça, luta pela justiça".

(Eduardo Couture).

"Se os fracos não têm a força das armas, que se armem com a força do seu direito, com a afirmação do seu direito, entregando-se por ele a todos os sacrifícios necessários para que o mundo não lhes desconheça o caráter de entidades dignas de existência na comunhão internacional."

(Rui Barbosa – A Revogação da Neutralidade Brasileira, 33)

AGRADECIMENTOS

É chegado o momento de agradecer mais esta conquista alcançada. Não apenas pela realização deste trabalho, mas também pela conclusão da etapa educacional que ele simboliza.

Se aqui conseguimos chegar, em meio a um turbilhão de acontecimentos vividos e desafios enfrentados nestes dois últimos anos, indubitavelmente, foi devido a muita determinação, comprometimento, persistência e perseverança, e, acima de tudo, por sonhar que um dia esse instante chegaria.

O sonho serve e serviu como uma meta a ser perseguida, sem o qual nada se alcança, pois nada se almeja.

A conjugação dos verbos acima não se trata de equívoco, mas de reconhecimento de que essa vitória alcançada é fruto de uma construção conjunta, que contou com a imprescindível e importantíssima participação de cada um de vocês, aos quais passo a agradecer.

Agradeço primeiramente a Deus, Pai celestial e maior amigo, por estar presente em cada momento da minha vida, fazendo desta vitória, muito mais do que uma benção alcançada, mas um caminho de aprendizado e crescimento intelectual, humano e moral. Obrigado também pela intensidade da tua presença em tudo que faço.

Aos meus pais (Adriana e Sérgio), meus guerreiros e heróis, gostaria de lhes agradecer pelas inúmeras vezes em que vocês me enxergaram melhor e maior do que sou, me fazendo acreditar que eu seria sempre capaz de ir além; por de mãos dadas trilharem a estrada da vida comigo, ensinando-me sempre, ainda que pelo silêncio dos vossos olhares ou pela grandeza dos vossos atos. Bem sei que vocês sonharam cada momento de alegria que tenho vivido antes mesmo de mim, antes mesmo de eu nascer.

Agradeço a toda minha família (a família Almeida, aos Costa e a família Lima) por contribuírem na minha formação, por somarem entusiasmo, força e alegria a essa empreitada, por cada oração.

À minha tia Adriana e a minha avó Solange (*in memoriam*), que mesmo em meio aos desafios que vem enfrentando/enfrentou, permaneceram a dedicar-me o mesmo carinho, atenção e amor; ensinando-me constantemente, pelos seus exemplos, a garra pelo viver, e fazendo-me mesmo repensar o valor e a singeleza da vida.

Agradeço também a Camila, minha companheira e cúmplice, por cada sorriso de compreensão nas horas mais estressantes, pelo companheirismo, carinho, amizade e paciência.

A todos os meus amigos agradeço por compartilharem os meus sonhos e me fazerem acreditar que sou capaz, por cada conselho, abraço, por cada olhar amigo.

Dentre eles, agradeço em especial a Abel Guerra pelo apoio e incentivo, por compartilhar muitas vezes comigo os desafios cotidianos da carreira jurídica, pela ajuda incansável nas várias pesquisas e estudos.

Agradeço ainda aos amigos-irmãos Luiz Augusto e a André, pelas conversas e conselhos constantes, pelas orações e pela presença e apoio seja de perto ou de longe, em cada circunstância da vida.

Agradeço aos todos os meus Mestres, que contribuíram para essa conquista e participaram comigo dessa jornada, ensinando-me, acima de tudo, o prazer do conhecimento.

Agradeço em especial aos Professores Doutores Luís Pedro Cunha e Jonátas Machado, os quais, com a argúcia que lhes é peculiar, orientaram-me de maneira bastante objetiva na condução da minha pesquisa e na construção do meu conhecimento acerca do presente tema.

RESUMO

O presente trabalho tem por escopo a realização de um estudo acerca do Princípio da Proibição ao Retrocesso e de sua aplicação no âmbito do Direito Internacional. Visando a realização de tal desiderato, adentrar-se-á numa análise propedêutica do percurso histórico-formativo dos Direitos Humanos, sobre a emergência dos direitos sociais, destacando a sua importância e os meandros que permeiam a sua aplicação na contemporaneidade. Destacar-se-á ainda o papel central assumido pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no coevo paradigma do direito. Realizar-se-á, por fim, um estudo pormenorizado acerca do Princípio da Vedação ao Retrocesso enquanto consectário lógico dos Princípios da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança Legítima, assinalando também seu histórico, suas principais características e traços conceituais, bem como elencando os diversos princípios que norteiam a sua aplicação e os quais com ele devem ser sopesados quando da sua realização na realidade empírica. Por derradeiro, penetrar-se-á na análise da aplicação da Vedação ao Retrocesso na seara internacional; buscando traçar não apenas fundamentos jurídicos, econômicos, sociais e filosóficos que apontem para a plausibilidade e a viabilidade de tal medida, mas também discernindo quais sejam os meios e instrumentos jurídicos já utilizados ou potencialmente utilizáveis a fim de viabilizar a aplicação e efetivação de tal princípio jurídico na órbita supranacional e global.

PALAVRAS-CHAVE: Princípio da Proibição ao Retrocesso Social – Princípio da Dignidade da Pessoa Humana – Direitos Humanos Sociais – Princípio da Segurança Jurídica – Sistema Multilateral de Comércio Internacional.

ABSTRACT

This work has the scope to conduct a study on the Principle of the Prohibition Backward and its application under the International Law. Aimed at achieving this purpose, it will be entering into a propaedeutic analysis of the historical-training course for Human Rights, and about the emergence of social rights. It will try to be done highlighting the importance of these rights and the intricacies that underlie their application in contemporary days. It will also emphasize the central role played by the Principle of Human Dignity in coeval paradigm of law. Finally, it will be held a detailed study on the Principle of the Prohibition of Social Retrocession as a logical consectário of the Principles of Corporate Security and Protection of Legitimate Trust - delineating its history, its main features and conceptual traits, as well as pointing out several principles that guide its application and which must be weighed with him when it has been applied in empirical reality. For the last, it will penetrate up on analyzing the application of the Principle of the Prohibition Backward in the international context. Trying to point out not only legal, the economic, social and philosophical foundations that point to the plausibility and the feasibility of such a measure, but also discerning which are the means and legal instruments already used or potentially usable; in order to facilitate the implementation and effectiveness of this legal principle in the supranational and global orbit.

KEYWORDS: Principle of the Prohibition of Social Retrocession - Principle of Human Dignity - Social Human Rights - Principle of Legal Certainty - Multilateral System of International Trade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
CAPÍTULO I – Os Direitos Humanos e os Direitos Humanos de cunho Social	14
1. A emergência dos Direitos do Homem e o nascimento dos Direitos Sociais	14
2. O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana	30
CAPÍTULO II – O Princípio da Vedação ao Retrocesso	34
1. Considerações Iniciais	34
2. Histórico	37
2.1. Na Alemanha	37
2.2. Em Portugal	40
2.3. No Brasil	42
3. Conceito e Características	44
4. Proibição ao Retrocesso, Princípio da Segurança Jurídica e a Proteção da Confiança Legítima do Cidadão	46
5. Distinção entre Vedação ao Retrocesso e Proteção do Ato Jurídico Perfeito, da Coisa Julgada e dos Direitos Adquiridos.	53
6. Proibição ao Retrocesso, Reserva do Possível e Mínimo Existencial	57
7. A Vedação ao Retrocesso, Separação dos Poderes e a Autonomia do Legislador	59

8. Princípios Jurídicos norteadores da aplicação da Proibição ao Retrocesso	63
8.1. O Princípio da Proporcionalidade	63
8.2. Ponderação de Valores	64
8.3. O Princípio da Razoabilidade	67
CAPÍTULO III – A aplicação do Princípio da Vedação ao Retrocesso no âmbito internacional e os seus fundamentos	69
1. Considerações Preliminares	69
2. A Globalização, as Crises Econômicas, os Retrocessos Sociais e a Acentuação das Desigualdades	69
3. Fundamentos jurídicos, econômicos e filosóficos da aplicação da proibição ao retrocesso no âmbito do direito internacional	77
3.1. Fundamentos jurídicos	77
3.2. Fundamentos Econômicos, Sociais e Filosóficos	80
CAPÍTULO IV – Mecanismos e Instrumentos de efetivação do Postulado Jurídico da Vedação ao Retrocesso na seara internacional	85
1. Vedação ao Retrocesso e Sistemas de Direitos Humanos	85
1.1. Sistema Internacional de Direitos Humanos	86
1.2. Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos	88
1.2.1. Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos	88
1.2.2. Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos	91

2. Vedação ao Retrocesso e o Sistema Multilateral de Comércio Internacional	94
2.1. O Sistema Multilateral de Comércio Internacional e a Organização Mundial do Comércio	94
2.2. A solução de controvérsias na OMC	96
2.3. A idéia da inserção de uma cláusula de proteção social no seio da OMC	99
2.4. Breves considerações acerca da clássica proposta de inclusão de Standards no seio da OMC	101
2.5. A idéia da inclusão de uma cláusula de Vedação ao Retrocesso Social na OMC	104
3. Mecanismos e Instrumentos de Efetivação do Postulado Jurídico da Vedação ao Retrocesso na Seara Supranacional: a União Européia	110
CONCLUSÃO	120
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	123
DOCUMENTOS	133
JURISPRUDÊNCIA	135

INTRODUÇÃO

A ciência jurídica assumiu no contexto da pós-modernidade um caráter muito mais fluído e menos positivista. O Direito passou a ser entendido como linguagem e a sua hermenêutica assumiu, assim, uma percepção pluralista e multicultural do fenómeno sócio-jurídico.

A complexidade da realidade econômica, política e social emergente nas últimas décadas exigiram uma nova postura ético-política do Direito; fazendo-o abandonar, assim, a racionalidade científica simplista e reducionista da realidade - característica da Modernidade.

Nesse esteio, a ciência jurídica passa a nortear-se por um paradigma humanista e antropocêntrico de mundo, o qual vem remodelando celeremente as suas bases e concedendo ao Direito um alto teor axiológico; distanciando, destarte, a ciência jurídica daquele modelo positivista clássico de bases kelsianas.

Nesse diapasão, os direitos humanos emergem como temática central no campo do direito, e o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana assume verdadeiro papel de postulado jurídico fundamental a dirigir a aplicação, e mesmo a construção e mutação, de todo o sistema jurídico (seja no âmbito nacional ou mesmo, e principalmente, no campo do direito das gentes).

Nesse cenário, é que os direitos humanos sociais - assim como as demais espécies dos direitos do homem - adquirem papel de elevadíssima importância, não apenas no quadro do Direito, mas também nos âmbitos social, político e econômico. Isto porque, a proteção (ou não) dos direitos humanos sociais traz relevantes implicações nas condições materiais sociais, econômicas e políticas de um determinado Estado.

O Princípio da Proibição da Proibição ao Retrocesso - sendo um consectário lógico dos Princípios da Segurança e da Proteção da Confiança - emerge neste contexto como um efetivo e eficiente meio de proteção e manutenção dos patamares de concretização dos direitos humanos sociais já realizados e assegurados pelo arcabouço jurídico de uma determinada sociedade. Contribuindo, dessa maneira, para a proteção do postulado da

Dignidade da Pessoa Humana, do ideal de segurança (*lato sensu*) e, por conseguinte, à realização da justiça – ideais estes tão caros ao Direito.

A idéia central deste estudo é, portanto, analisar a possibilidade de uma intervenção jurídico-principiológica da Vedação ao Retrocesso Social no âmbito do direito internacional, onde o princípio basilar da Dignidade da Pessoa Humana imponha limites às atuações Estatais (ou até de instituições internacionais) que importem em efetivos retrocessos aos ganhos sociais já adquiridos.

Colimando a realização de tal desiderato é que empreender-se-á no primeiro capítulo uma análise propedêutica do percurso histórico-formativo dos Direitos Humanos. Tratando, subsequentemente, a respeito da emergência dos direitos humanos sociais neste contexto; e destacando a sua importância e os meandros que permeiam a destes direitos na contemporaneidade.

Nesse ínterim, destacar-se-á ainda o papel central assumido pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no coevo paradigma do direito.

No segundo capítulo, realizar-se-á um estudo pormenorizado acerca do Princípio da Vedação ao Retrocesso enquanto consectário lógico dos Princípios da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança Legítima.

Traçar-se-á em breves linhas também o histórico do Princípio da proibição ao Retrocesso na Alemanha, em Portugal e no Brasil. Abordar-se-á, ainda, suas principais características e traços conceituais. Elencando, além disso, os diversos princípios jurídicos que norteiam a aplicação do fenômeno jurídico da Vedação ao Retrocesso – princípios os quais com ele devem ser sopesados quando da sua realização na realidade empírica.

Penetrar-se-á no terceiro capítulo na análise da aplicação da Vedação ao Retrocesso na seara internacional; buscando assinalar não apenas fundamentos jurídicos, econômicos, sociais e filosóficos que apontem para a plausibilidade e a viabilidade de tal medida.

Por fim, verificar-se-á no quarto capítulo quais são os meios e instrumentos jurídicos já utilizados, ou quais seriam os mecanismo potencialmente utilizáveis, com o fito de viabilizar a aplicação e efetivação de tal princípio jurídico na órbita supranacional e global.

Cumprе destacar, por derradeiro, não ter o presente trabalho dissertativo a capacidade, tão pouco a pretensão, de abordar em exaustão as várias facetas e meandros que envolvem a temática da aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso no domínio do Direito Internacional, mas tão somente buscar ser uma pequena centelha neste universo estrelar de conhecimento que descortina-se aos nossos olhos.

Adentremos, pois, neste imbricado e entusiasmante estudo.

OS DIREITOS HUMANOS E OS DIREITOS HUMANOS DE CUNHO SOCIAL

1. A EMERGÊNCIA DOS DIREITOS DO HOMEM E O NASCIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

“Seres racionais estão, pois, todos submetidos a esta lei que manda que cada um deles jamais se trate a si mesmo ou aos outros simplesmente como meios, mas sempre simultaneamente como fins em si. (...) A razão relaciona, pois, cada máxima da vontade concebida como legisladora universal com todas as outras vontades e com todas as ações para conosco mesmos, e isto não em virtude de qualquer outro móbil prático ou de qualquer vantagem futura, mas em virtude da idéia da dignidade de um ser racional que não obedece à outra lei senão àquela que ele mesmo simultaneamente dá”.¹

As idéias de dignidade e de reconhecimento de um especial valor intrínseco do homem pelo seu simples atributo humano, formadoras da noção conceptual e jurídica de dignidade da pessoa humana, têm por alicerce ideológico primordial os mananciais filosóficos de Immanuel Kant.

À Kant são comumente atribuídos os primeiros passos filosóficos a reconhecer o homem como impassível de qualquer valoração patrimonial (ou seja, insuscetível de ser substituído por um equivalente); devendo o ser humano, ao contrário, ser considerado um fim em si mesmo, em função da sua autonomia volitiva e peculiaridades intrínsecas enquanto indivíduo e ente moral.

Não olvidamos, todavia, o fato de que os *fundamentos ideológicos para os direitos humanos e sociais podem ser retirados de períodos bem mais longínquos*. Onde já no cerne das civilizações, seja por meio das concepções da *ética filosófica aristotélica na Grécia Antiga*, seja por intermédio das mais diversas matizes e expressões religiosas existentes ao redor do globo, a noção de respeito ao homem enquanto indivíduo e à proteção da dignidade humana já é de muito apregoada e transmitida por meio de tais idéias filosóficas e dos mais variados dogmas e mandamentos religiosos.

Neste esteio, poderíamos vislumbrar tal direcionamento moral-religioso voltado à exortação pela adoção de condutas que pugnem pelo respeito à dignidade humana não

¹ KANT, IMMANUEL. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007, p. 76 e 77.

apenas nas religiões de matizes judaico-cristãs, mas também nas religiões e pensamentos orientais, tais como o Confucionismo e o Budismo, ou ainda no Islamismo - principal religião do mundo árabe.

A filosofia ética de Aristóteles² enquadra-se nesse panorama uma vez que objetiva a realização do bem social e pessoal através da adoção pelos indivíduos de práticas sociais virtuosas. O comportamento virtuoso é, destarte, aquele considerado prudente. Emergindo, assim as idéias de racionalidade ética e respeito social, como veículos condutores do homem a felicidade.³ Nesse sentido, a atuação humana de maneira ética e prudente, da forma sugerida por Aristóteles, implica inevitavelmente na construção de padrões sociais e de comportamento que pugnam pela defesa da dignidade e do valor dos indivíduos; daí abordando, ainda que tangencialmente, a noção de defesa de direitos (sociais e humanos básicos) e padrões de atuação sociais como veículos indispensáveis a conduzir os indivíduos e toda a sociedade à realização do bem maior ao qual almeja todos os homens: a felicidade.

De igual modo, as idéias aristotélicas acerca da Justiça, com destaque as noções de Justiça Distributiva e Justiça Corretiva⁴ abraçam flagrantemente os valores e ideários albergados pelos hodiernos Direitos Sociais e Humanos, na medida em que pugnam pela a realização da justiça de maneira pura, indistinta e proporcional no seio da sociedade. Valores os quais encontram-se no cerne da defesa ideológica dos direitos do homem.

O Confucionismo, por sua vez, de bases ritualísticas e aguçada perspectiva moral da atuação social do indivíduo, defende a *DIGNIDADE* como alvo máximo e os ritos como uma linguagem - sendo estes os veículos utilizados para levar o homem a alcançar o equilíbrio social e a viver em consonância com a *ordem natural mundo*. Numa incessante

² ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991; LAING, JACQUELINE A. AND WILCOX, RUSSEL. **The Natural Law Reader**. Oxford: Wiley Blackwell, 2014, p. 49-62.

³ ARISTÓTELES. Op. Cit..

⁴ Aristóteles aborda acerca da Justiça Distributiva e da Justiça Corretiva em sua obra “Ética a Nicômaco”, em seu *Livro V*. Esse eminente filósofo define por **Justiça Distributiva** como sendo aquela que realiza a justa distribuição dos bens, funções, direitos e deveres, etc., entre os indivíduos. Consiste, destarte, na noção de dar a cada um o que lhe é devido na exata proporção dos seus méritos. **Justiça Corretiva**, por sua vez, compreende-se na visão aristotélica a idéia de restabelecer o equilíbrio rompido entre os indivíduos em uma determinada relação. O justo é, nesta perspectiva, o aritmeticamente proporcional. É o que chama-se em grego de “*δίκαιον*”; palavra que expressa a noção da busca por uma linha divisória aritmética equânime como meio hábil à realização da justiça.

busca pela harmonia entre o macrocosmo e o microcosmo, apregoada por este sistema filosófico.⁵

Outrossim, como bem leciona Ingo Sarlet (citando O. Hoffe), a própria idéia de indisponibilidade e supremacia da dignidade humana já é apregoada desde o século IV a.C. pelo sábio Chinês e segundo grande mestre do Confucionismo *Mengzi*⁶ que afirmava: “cada homem nasce com uma dignidade que lhe é própria, atribuída por Deus, e que é indisponível para o ser humano e os governantes.”⁷

No Budismo, a idéia de Dignidade da Pessoa Humana é contemplada pelo amplo sentido ao qual é concedido ao *darma*; termo o qual delimita o que seja direito e justo em toda a sua amplitude, evidenciando as obrigações e direitos de cada sujeito, determinando ainda uma verdadeira reciprocidade no cumprimento de direitos e deveres entre os indivíduos. Nesse esteio, no Budismo a *dignidade* é proclamada e entendida no âmbito da esfera dos indivíduos de maneira coletiva, como um dever de mútua ajuda, de reciprocidade em prol da auto-realização do ser e da concretização do bem individual e da coletividade.⁸ O pensamento budista evidencia ainda pela defesa da dignidade humana através da sua concepção de harmonia social, bem como quando pugna pela idéia de que a todo o individuo resta o dever de equilíbrio e respeito em todos os âmbitos de sua atuação social e para com o próximo⁹.

O Islamismo, por sua vez, defende a Dignidade da Pessoa Humana de forma clara e bem delimitada; assumindo um ângulo de análise, entretanto, bem diverso daqueles assumidos pela cultura ocidental. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é, no

⁵ JOPPERT, Ricardo. O Alicerce Cultural da China. Rio de Janeiro: Avenir, 1979.

⁶ *Mengzi*, pseudônimo de *Ji Mèngkē*, foi o mais eminente seguidor do confucionismo e o responsável pelo desenvolvimento de algumas de suas idéias básicas; representando o lado idealista deste sistema filosófico. Ele é o segundo grande mestre confucionista, tendo por primeiro deles o próprio Confúcio; sendo considerado pelo Confucionismo Chinês como o “segundo santo”. Vide: NORDEN, Van; Bryan and Shun; LOI, Kwong. “Mencius”, *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Edward N. Zalta (ed.). Visualizado em: <http://plato.stanford.edu/entries/mencius/>. Acesso em: 20/04/2014.

⁷ SARLET, Ingo Wolfgang org.. **Dimensões da Dignidade: Ensaios de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 19.

⁸ SAUERESSIG, Joel. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob uma Perspectiva Multicultural*. **Revista Científica da AJES**. V. 04, n. 8, jan./jun. 2013. Visualizado em: http://www.revista.ajes.edu.br/arquivos/artigo_20130728223744.pdf. Acesso em: 20/04/2014.

⁹ Nesse sentido, há um relevante e arguto mantra budista, comumente proferido em Sânscrito Tibetano, que contempla e resume muito bem essa compreensão e mandamento budista de respeito e defesa não apenas da dignidade humana, mas dos seres vivos como um todo. Ele afirma: “**Sarva Mangalam!**”; que significa “Que haja benefício/respeito/bem estar para todos os seres.”

entanto, classificado sob uma perspectiva metafísica e completamente centrada no Corão - seu livro sagrado.¹⁰

A religião Islâmica tem desenvolvida de forma tão acentuada a questão do estudo e sistematização do tema da Dignidade Humana, que a ciência jurídica do Islã apresenta inclusive a sua própria Declaração dos Direitos Humanos. É a “Declaração Universal Islâmica dos Direitos Humanos”¹¹, a qual apesar de defender a liberdade religiosa, tem a sua estrutura toda calcada na religião islâmica. Ademais, embora prevaleça na concepção de justiça e dignidade pugnados pelo Islamismo o Princípio do Primado da Lei, há de se destacar, todavia, que a própria lei, a doutrina e jurisprudência islâmica encontra-se inteiramente lastreada na sua religião.¹²

Nas religiões de raiz monoteísta e de fé judaico-cristã alberga-se, de igual maneira, em seu próprio fundamento ideológico a noção de valor intrínseco dos seres humanos e o dever de mútuo respeito entre os indivíduos, valores esses fundamentadores da idéia de liberdade e da noção de dignidade humana. Nos cinco primeiros livros da bíblia (Lei, Torá ou Pentateuco) e nos livros proféticos já encontramos os principais traços da justiça social. A própria Lei de Moisés manifesta, por intermédio das suas regras, um elevado senso humanitário.

Esses ideais de dignidade humana podem ainda ser facilmente extraídos das palavras do próprio Jesus Cristo, que ao ser argüido acerca de quais seriam os maiores de todos os mandamentos, afirma-lhe: “(...) *E o segundo, semelhante a este, é: **Amarás o teu próximo como a ti mesmo. Não há outro mandamento maior do que estes.***”¹³

O conceito de dignidade abraça ainda um conteúdo de equidade na perspectiva cristã; ideário este facilmente vislumbrado quando, por exemplo, da análise do quanto apregoado por Paulo de Tarso, o pai da fé cristã, para os gentios, ao afirmar a igualdade absoluta entre os indivíduos: “*Nisto não há judeu nem grego; não há servo nem livre; não há macho nem fêmea; porque todos vós sois um em Cristo Jesus.*”¹⁴

Resta, pois, claramente norteadas na doutrina cristã os baldrames valorativos e os padrões de respeito e dignidade a serem adotados quando das inter-relações sociais.

¹⁰ SAUERESSIG. *Op. Cit.*

¹¹ **Declaração Islâmica dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>. Acesso em: 05/04/2014.

¹² SAUERESSIG. *Op. Cit.*

¹³ BÍBLIA SAGRADA. **Evangelho de Marcos** 12:29-31.

¹⁴ BÍBLIA SAGRADA. **GÁLATAS** 3:28.

Esse amplo panorama ideológico-religioso mitiga em certa medida a equivocada compreensão dos direitos humanos como produto meramente ocidental, incompatível, portanto, com as realidades culturais orientais e árabes. Demonstrando, ao contrário o seu caráter universalista, e da lógica da natureza humana universal; uma vez que o homem diante da sua racionalidade e reconhecido o seu papel de preponderância no mundo e de irreduzibilidade de sua condição existencial tem a sua existência reconhecida e protegida acima das demais criaturas, devendo a sua dignidade respeitada e os seus direitos prioritariamente resguardados.

No entanto, apesar de toda essa leitura ideológico-religiosa, é indubitavelmente em Kant que se assentam os fundamentos filosóficos para a construção da contemporânea filosofia dos Direitos Humanos. Haja vista que é pautado na noção kantiana da dignidade como atributo inerente e indissociável a todo ser humano que os Direitos Humanos hodierno centra o seu espectro cognitivo e de atuação prática na idéia de *igualdade na atribuição da dignidade*. A dignidade é, segundo a concepção kantiana, *um consectário lógico da realidade do homem enquanto ente moral e da sua autonomia racional prática e volitiva*.

É permeado por essa textura ideológica que diversas atuações e fatos sociais, bem como inúmeras transformações políticas se operaram no seio da história humana, construindo, assim, os alicerces sócio-jurídicos que norteiam hoje a concepção de Dignidade Humana em toda a sua amplitude e os quais prestaram contributos incomensuráveis à construção e realização da Teoria dos Direitos Humanos e dos seus consectários jurídico-sociais na realidade jurídica contemporânea.

Outrossim, diversos fatos histórico-sociais contribuíram de maneira incomensurável para o desenvolvimento e consolidação dos Direitos Humanos na realidade sócio-política global. Tendo a sua implementação sido discutida e efetivada em maior ou menor grau nos diversos países do mundo.

Nessa toada, as Revoluções Inglesa, Francesa e Americana exerceram evidente e importante influência para o reconhecimento e a positivação dos direitos essenciais a pessoa humana. Os diplomas jurídicos e as Declarações de Direitos dessas provenientes cumpriram um importante papel na propagação e realização dos direitos do homem em todo o mundo.

De acordo com a preciosa lição do ilustre jurisfilósofo Norberto Bobbio¹⁵, a história da formação das declarações de direitos podem ser divididas em, pelo menos, três fases, quais sejam: a) a sua gênese nas teorias filosóficas: com destaque aí não apenas para a concepção humanista de Kant, mas principalmente pelas concepções revolucionárias acerca do Estado e do indivíduo, defendidas por John Locke, Montesquieu, Thomas Hobbes e Rousseau ; b) a construção das declarações de direitos do homem: que constituíram-se como verdadeiros pontos de partida para a instituição de um autêntico sistema de direitos humanos. Marca-se então, uma verdadeira passagem da teoria prática da concepção dos direitos humanos; e c) o momento de positivação jurídica dos direitos fundamentais do homem, quando do seu reconhecimento e efetivação pelo direito estatal nas constituições dos diversos países ao redor do mundo.

Nesse diapasão, cumpre destacar que em que pese as declarações de direitos concebidas nos padrões modernos só tenham aparecido no século XVIII, com as revoluções Americana e Francesa, já na Inglaterra, antes desse período, diversas cartas e estatutos assecuratórios de direitos fundamentais haviam sido elaborados. São exemplos claros os seguintes Diplomas Jurídicos: a Magna Carta (1215 a 1225), a *Petition of Rights* (1628), o Habeas Corpus Amendment Act (1679) e o Bill of Rights (1688). Estes limitaram-se, no entanto, a limitar o poder do rei, firmando a supremacia do parlamento e protegendo os indivíduos contra o arbitrário e exacerbado poder monárquico.¹⁶

Desde a Magna Carta Libertatum de 1215 até a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, um amplíssimo ciclo de movimentos em prol da defesa dos Direitos do Homem se instaurou.

Insta salientar ainda que a supramencionada Magna Carta tenha objetivado principalmente normatizar a propriedade privada, o *Habeas Corps Act* (1679), por sua vez, tratou-se de importante Diploma Legal garantidor de liberdades e protetor da dignidade da pessoa humana. Pode se dizer, então, que este documento preocupou-se em jurisdicionalizar a proteção dos direitos do homem, iniciando uma verdadeira positivação dos direitos humanos.

¹⁵ BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 13ª reimpresssão. São Paulo: Editora Elsevier, 2004, p. 25 a 34

¹⁶ SILVA, José Afonso da. Curso de Direito Constitucional Positivo, 36 Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2013, p. 153.

Nesse ínterim, outro fato histórico que contribuiu sobremaneira para o desenvolvimento teórico e empírico da defesa dos Direitos do Homem foi a expansão do mundo conhecido, quando da era do Imperialismo, a qual fez nascer a necessidade de construção de um diálogo intercultural e o desenvolvimento de um arcabouço ético-jurídico mínimo, a fim de viabilizar e aprimorar as relações entre povos e civilizações social, econômico e culturalmente deveras distintas.

A primeira declaração de direitos fundamentais, nos termos e concepções jurídicos modernos, foi a Declaração de Direitos do Bom Povo de Virginia (1776). Essa declaração foi produzida por uma das treze colônias inglesas na America, a Virginia, e inspirou-se, profundamente, nas teorias de Locke, Montesquieu e Rousseau.¹⁷

A Declaração da Virginia estabeleceu as bases do direito do homem, preconizando limitações ao poder estatal e garantindo os seguintes direitos aos indivíduos: igualdade jurídica do homem, o primado da liberdade em suas diversas facetas, o poder estatal emanado do povo, os deveres de atuação governamental em busca do benefício comum e da garantia da proteção e segurança do povo, a separação dos poderes, entre outras liberdades fundamentais. Destarte, a referida declaração, assim como as demais declarações de direitos, traduziu-se uma limitação ao poder estatal lastrada na concepção da existência de direitos imprescritíveis inerentes a pessoa humana.¹⁸

Com efeito, a Declaração Norte Americana de Direitos (1791), também conhecida como *Bill of Rights* do povo americano, emendou a Constituição dos EUA, aprovada na Convenção da Filadélfia, de 1787, sendo esse o requisito mínimo estabelecido por alguns dos Estados para a adesão a este pacto federalizador. A supramencionada carta de direitos assegurou os seguintes direitos fundamentais: inviolabilidade da pessoa, do seu domicílio e de suas posses, a defesa da liberdade, nas suas mais diversas formas, a garantia do direito a propriedade, o direito de defesa e de um julgamento em condições justas, a proibição da escravatura, a igualdade jurídica dos indivíduos, o direito ao sufrágio universal, a proibição de leis retroativas, a proibição de suspensão do habeas corpus, além de outros direitos garantidos ao povo norte americano.

Noutro giro, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, proclamada pela Assembléia Constituinte Francesa de 07 de agosto de 1789, originou-se da *Revolução*

¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 151 a 160

¹⁸ *Ibidem*.

*Francesa*¹⁹ e, em que pese tenha sofrido ampla influência da revolução americana (especialmente da Declaração da Virgínia), foi indubitavelmente aquela que consignou um significado mais universalizante aos direitos do homem até então, devida a amplitude e a importância histórica assumida por esta declaração. A Declaração dos Direitos do Homem é, nessa toada, a obra *matter* do pensamento político, teórico, filosófico, moral e social de todo o século XVIII.²⁰

Os gritos revolucionários e os ideais libertários oriundos da Revolução Francesa ecoaram então por todo o mundo, com destaque para o continente europeu, redundando então numa série de movimentos revolucionários de cunho liberal que ocorreram por toda a Europa durante o ano de 1848 – período este que ficou conhecido na história como a “Primavera dos Povos”.

A ideologia dominante, que congregou os movimentos revolucionários por toda Europa era o *Socialismo*, o qual foi erigido como uma resposta ideológica às mazelas e a carnificina social produzida pela Revolução Industrial e pela própria desigualdade originada pela malograda estrutura econômica e social construída pelo sistema capitalista.

O Manifesto do Partido Comunista²¹ (em alemão: *Manifest der Kommunistischen Partei*), de autoria dos ilustres pensadores Karl Marx e Friedrich Engels, foi publicado pela primeira vez em 21 de Fevereiro de 1848. O manifesto criticava o sistema produtivo e a estruturação social capitalista. Pregava a abolição da propriedade, assim como uma reestruturação social lastreada num modelo de produção socialista.

O Manifesto Comunista foi então veementemente abraçado pela classe operária europeia, a qual encontrava-se ainda mais insurrecta por conta dos sofrimentos experimentados em virtude da crise econômica e agrícola que assolava o continente europeu desde idos de 1845, bem como em decorrência da total ausência de participação que detinham à época as classes subalternas na condução do Estado e de atuação no cenário político-social.

¹⁹ A respeito da importância da Revolução Francesa e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão para o desenvolvimento dos Direitos do Homem preleciona com a sua peculiar argúcia o Professor Noberto Bobbio: “*Os testemunhos da época e os historiadores estão de acordo em considerar que esse ato representou um daqueles momentos decisivos pelo menos simbolicamente, que assinalam o fim de uma época e o início de outra, e, portanto, indicam uma virada na história do gênero humano.*”. - in BOBBIO, Noberto. **A Era dos Direitos**. 9ª ed.. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 79.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Visualizado em: http://www.pstu.org.br/sites/default/files/biblioteca/marx_engels_manifesto.pdf. Acesso em: 15/02/2014.

Diante dos problemas sociais enfrentados pela classe trabalhadora e dos diversos conflitos sócio-políticos ocorridos na Europa em decorrência da propagação e efervescência dos movimentos revolucionários desencadeados pela Revolução Francesa e fomentadas pelas idéias socialistas, a Igreja Católica editou a Encíclica *Rerum Novarum*²² (1891), a qual, fundada nas idéias de Tomaz de Aquino, estabeleceu a doutrina social da Igreja. O Papa Leão XIII aborda nessa carta as condições das classes trabalhadoras à época e apóia abertamente o direito dos trabalhadores formarem sindicatos de classes, em que pese a sua rejeição expressa ao socialismo ou a social democracia.

O documento papal enumera ainda alguns princípios a serem utilizados visando à realização da justiça na vida econômica, social e industrial; e adotando ideários voltados a uma melhor distribuição de riqueza e a intervenção do Estado na economia em favor das classes menos abastadas.

No outono russo de 1917, é envolto por estas circunstâncias históricas que o proletariado da Rússia, sob o comando de Vladimir Lênin e Leon Trotsky e fundado nas teses socialistas de Marx e Engels, realizou a Revolução Soviética de outubro de 1917. É lastreado nesse fato histórico que em janeiro de 1918 o Terceiro Congresso Panrusso dos Sovietes aprovou a “Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador e Explorado”.²³

Enquanto as declarações dos séculos XVIII e XIX voltaram-se essencialmente à proteção e garantia formal das liberdades, situado como princípio da democracia política burguesa, a Declaração do Povo Trabalhador e Explorado inovou ao pugnar pela proteção dos direitos sociais e econômicos. Há, pois uma clara dicotomia protecionista, enquanto a burguesia liberal unia-se em torno da defesa das liberdades-resistência²⁴ os operários da causa socialista soviética voltavam-se não apenas a reconhecer direitos econômicos e sociais dentro do regime capitalista, mas colimavam realizar uma nova concepção da sociedade, do Estado e do direito que lograr-se libertar o homem de maneira permanente de toda a forma de opressão política, social ou econômica.²⁵

²² **Encíclica Rerum Novarum.** Visualizado em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_1-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 15/02/2014.

²³ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 161 -163.

²⁴ Ou seja, as idéias liberais burguesas a época centravam-se meramente na defesa da garantia de meios de limitação do poder antes absoluto do Estado, bem como na busca pela concretização de instrumentos jurídicos hábeis a garantir um meio de resistência do indivíduo frente à eventuais arbitrariedades do poder estatal.

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 161 -163.

Inolvidável é ainda a importância da Constituição Alemã de Weimar e da Carta Magna Mexicana de 1917 neste processo de emergência e consolidação dos direitos sociais. Já em fins do século XIX, na Alemanha de Bismarck, indícios de um novo modelo de Estado mais social esboçavam-se. Neste mesmo sentido, a Carta Constitucional Mexicana de 1917 já contemplava, ainda que timidamente, o reconhecimento de determinados direitos sociais como fundamentais.

O primeiro sinal de preocupação da classe política mundial, bem como o primeiro esforço conjunto adotado pelas nações do globo com vistas ao estabelecimento e o cumprimento dos Direitos Sociais basilares a nível internacional são demonstrados, entretanto, quando da celebração do Tratado de Versalhes, em 1919, onde é prescrito aos países signatários que pugnem e atuem no sentido de garantir condições de trabalho justas e humanas na produção de bens destinados à comercialização internacional.²⁶

A própria Organização Internacional do Trabalho nasce neste contexto, com o escopo de estabelecer padrões internacionais mínimos para as relações trabalhistas e condições de trabalho em todo o mundo; visando a melhoria da vida humana como um todo.²⁷

Contudo, o progresso da industrialização pelo mundo, o fenômeno da globalização e os seus efeitos, a vertiginosa expansão do comércio internacional, a mitigação da soberania estatal clássica como consequência da ampliação da inter-relação entre os entes estatais nas órbitas econômica, política e social, dentre vários outros fatores, contribuíram para a ocorrência de uma vasta repaginação da realidade global. Com ela, brotam novas realidades e novas demandas econômicas, políticas e sociais. Nesse processo a discussão em torno dos direitos humanos e sociais ganharam ainda mais força no domínio internacional.

Nesse contexto, há de se destacar ainda a importância da Crise Internacional de 1929 para a construção de um novo arcabouço jurídico e político de cunho mais social.

A Grande Depressão de 1929 foi, indubitavelmente, uma importante força motriz para a emergência e o fortalecimento dos direitos sociais no mundo; haja vista que a

²⁶ KAWAY, Mina; e VIDAL, Pedro Walter G. Tang. *Dumping Social: as Normas de Trabalho e sua relação com o Comércio Internacional*. Disponível em: <<http://www.declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20C1%C3%A1usula%20Social.pdf>>. Acessado: 23/05/2013, p. 05-06.

²⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p. 408-411.

catástrofe socioeconômica desta advinda redundou no conseqüente surgimento do Estado social do bem-estar.

É em meio a esse amplo panorama político-histórico e teórico-filosófico que os direitos sociais vêm à tona, uma vez que a conjuntura social logrou demonstrar claramente, com o advento do desenvolvimento industrial e a conseqüente formação de uma classe operaria, a insuficiência e a inefetividade das garantias promotoras das liberdades formais fundamentais alcançarem de *per si* a realização da almejada proteção à dignidade humana.

A esse respeito leciona coma sua peculiar sapiência o Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho, nos seguintes termos:

“Neste momento apenas se acentuará a idéia de interdependência da “instância filosófico jurídica” dos direitos fundamentais com a “instancia econômica” (...)

Se o capitalismo mercantil e a luta pela emancipação da sociedade burguesa são inseparáveis da consciencialização dos direitos o homem, de feição individualista, a luta das classes trabalhadoras e as teorias socialistas (sobretudo Marx, em A Questão Judaica) põem em relevo a unidimensionalização dos direitos do homem egoísta e a necessidade de completar (ou substituir) os tradicionais direitos do cidadão burguês pelos direitos do homem total, o que só seria possível numa nova sociedade. Independente da adesão aos postulados marxistas, a radicação da idéia da necessidade de garantir o homem no plano econômico, social e cultural, de forma a alcançar um fundamento existencial-patrimonial, humanamente digno, passou a fazer parte do patrimônio da humanidade. As declarações universais dos direitos tentam hoje uma coexistência integrada dos direitos liberais e dos direitos sociais, econômicos e culturais, embora o modo como os estados, na prática, asseguram esse imbricação, seja profundamente desigual.²⁸

Uma vez que sendo a dignidade medida pela autonomia, esta só será real e viável caso apresente alguns requisitos mínimos que possibilitem um leque de possibilidades aos indivíduos para que estes possam tomar suas decisões e fazer as suas escolhas. Destarte, sem essas condições não há autonomia real e tão pouco dignidade. Daí não se poder falar em direitos humanos no âmbito meramente civil e político; haja vista que sem o subsídio das condições fáticas providenciadas pelos direitos sociais, econômicos e culturais básicos, ao indivíduo não caberá qualquer grau real de decisão ou autonomia e, portanto, qualquer efetivação real de sua dignidade.

Nessa medida, a liberdade assegurada pelas liberdades fundamentais (direitos humanos/fundamentais de primeira dimensão) quando expostas as desigualdades sociais e

²⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed.. Coimbra: Almedina Editora, 2003, p. 385 -386.

econômicas inerentes ao sistema capitalista restarão esvaziadas e ineficazes, significando portanto uma verdadeira supressão da própria liberdade dos economicamente vulneráveis. A proteção social das classes menos abastadas, por intermédio da realização e defesa dos direitos sociais, apresenta-se como a única forma viável e possível de preservação das liberdades fundamentais.²⁹

Nesse diapasão, a implementação dos Direitos Sociais põe-se como condição *sine qua non* para a implementação dos demais direitos humanos (tais como os direitos civis e políticos).

A respeito da gênese histórica dos Direitos Sociais é salutar as lições da Professora Dra. Eliane R. Costa e do Me. Osvaldo Carvalho:

“Assim, o direito social originou-se das questões entre patrões e operários da grande indústria, da luta operaria, da denominada luta de classes. Foi tratado como direito dos trabalhadores, direito dos operários ou como legislação social. O direito social é aquele que se refere à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos, ao ter por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do individuo como membro da coletividade, ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos para a eficácia e efetividade das normas de direito social.”³⁰

Nesse contexto, o progressivo desenvolvimento da teoria e da positivação dos direitos humanos culminou num verdadeiro processo de universalização destes direitos. O marco jurídico-político desta efervescência e consolidação dos direitos humanos no cenário internacional foi a *Declaração Universal de Direitos Humanos* (1948), que emergiu como resposta à carnificina e às atrocidades cometidas pelo nazi-facismo durante a Segunda Guerra Mundial. Esta declaração reconhece solenemente: a dignidade da pessoa humana como alicerce da justiça, da liberdade e da paz; o ideal democrático como fundamento do progresso social, econômico e cultural; o direito de resistência à opressão; e a concepção comum destes direitos.³¹

A *Declaração Universal dos Direitos Humanos*³² traz consigo, como uma de suas grandes inovações, a idéia de indivíduos singulares e não mais apenas os estados como

²⁹ COSTA, Eliane Romeiro; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos**. Org. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. *O princípio da Proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 333.

³⁰ *Ibidem*

³¹ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.* p. 165

³² **Declaração Universal dos Direitos Humanos**. Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 10/01/2014.

sujeitos de direito no âmbito internacional; fazendo surgir o que Kant vaticinou por *Direito Cosmopolita* em sua obra a “Paz Perpétua” (1795)³³.

Em que pese esta declaração tenha cumprido a função de conceder certeza aos direitos humanos no âmbito internacional, pugnando que em qualquer circunstância esses sejam respeitados por todos os indivíduos e sendo ademais uma garantia a que faz jus todo ser humano, os direitos humanos sofrem o problema da ineficácia de suas normas na seara do direito internacional, uma vez que a declaração não dispõe de instrumento jurídico próprio a garantir a exequibilidade dos direitos por ela preconizados.³⁴

Este processo de internacionalização dos direitos humanos, surgido a partir do pós Segunda Guerra Mundial, contribuiu para a formação de uma contemporânea concepção dos direitos humanos, onde estes passaram a ser o paradigma central e referencial ético basilar a orientar a ordem internacional coeva, com o fito de restabelecer a lógica do razoável no cenário político-jurídico internacional.³⁵

A respeito da nova concepção assumida pelos direitos humanos hodiernamente, vale citar a magistral compreensão de Joaquín Herrera Flores: “os direitos humanos compõem uma racionalidade de resistência, na medida em que traduzem processos que abram e consolidam espaços de luta pela dignidade humana.”³⁶

Diante dessa nova concepção adquirida pelos direitos humanos, as declarações do Direito do Homem hodiernas abarcam não apenas a proteção aos direitos individuais tradicionais (as liberdades), mas também direitos econômicos, sociais e culturais (que consistem em poderes dos indivíduos face ao Estado, ao qual resta um dever prestacional).³⁷

Como bem assevera o Professor José Afonso da Silva, a transformação sofrida pelos direitos humanos ao longo de sua história e o conseqüente alargamento de seu espectro e concepção dificulta em muito o estabelecimento do seu conceito, bem como de sua designação, a este respeito preleciona o Douto Professor:

A ampliação e a transformação dos direitos fundamentais do homem no evolver histórico dificulta definir-lhes um conceito sintético e preciso. Aumenta essa dificuldade a circunstancia de se empregarem varias expressões para

³³ KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008, p. 20-50.

³⁴ José Afonso. P 166-167

³⁵ PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 39-41.

³⁶ FLORES, Joaquín Herrera. *Direitos Humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência apud* PIOVESAN. **Direitos Humanos e Justiça (...)**. *Op. cit.*, p. 40.

³⁷ BOBBIO, Norberto. **A era dos (...)**. *Op. Cit.*, p. 21.

*designá-los, tais como: direitos naturais, direitos humanos, direitos do homem, direitos individuais, direitos públicos subjetivos, liberdades fundamentais, liberdades publicas e direitos fundamentais do homem.*³⁸

Para além do fato dos autores utilizem as mais variadas terminologias, na maioria das vezes estes usam as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos. Para parcela da doutrina, todavia, haveria uma sensível diferenciação entre esses; entendendo os “direitos fundamentais” como aqueles direitos juridicamente positivados e vigorantes numa determinada ordem constitucional. Ao passo que “direitos humanos” ou “direitos do homem” seriam meras aspirações, uma espécie de retórica política, sem nenhuma perspectiva objetiva-valorativa, sem nenhuma concreção positiva, faltando, assim, a necessária cogência e exequibilidade desses direitos.

Contudo, tal diferenciação mostra-se relativamente mitigada, posto que na contemporânea realidade estrutural dos Direitos Humanos no domínio internacional, este já dispõe de variados meios de aplicabilidade cogente de suas regras por intermédio dos Sistemas Supranacionais regionalizados de direitos humanos, dentre outros mecanismos possíveis – como se estudará mais adiante.

Os Direitos Humanos têm, conforme leciona o multicitado Professor José Afonso da Silva³⁹, por características essenciais a sua *historicidade, inalienabilidade, imprescritibilidade e irrenunciabilidade*.

Por *historicidade* entende-se a evolução do direito através dos mais variados Diplomas Legais; a *inalienabilidade* se trata da impossibilidade de transferir ou negociar os direitos personalíssimos, como ocorre comumente com os direitos patrimoniais, ou seja, não é dado ao cidadão utilizar o seu direito como moeda de troca; a seu turno, a *imprescritibilidade*, como se deduz, é a ausência de requisitos que ensejam a prescrição dos direitos fundamentais, vez que sempre exercidos e, como visto, inegociáveis; por último, os direitos fundamentais são *irrenunciáveis*, logo reputa-se impossível deixar de possuir o direito de exercê-los.

Os direitos fundamentais do homem apresentam-se em sua contemporânea concepção como uma categoria heterogênea de direitos, e podem dividir-se em variadas dimensões ou gerações, as quais refletem a historicidade dos direitos por elas abrangidas, emersos dos anseios e lutas da sociedade.

³⁸ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, p. 177.

³⁹ *Idem*, p. 182-184.

Segundo balizada doutrina, os direitos do homem subdividem-se nas seguintes dimensões: a) a primeira dimensão/geração dos direitos fundamentais, conquistados no período do pós-absolutismo, remete ao ideal de liberdade, com base nos direitos civis e políticos; b) a segunda dimensão/geração se relaciona com o ideal de igualdade, em que se buscou um maior equilíbrio na relação Homem-Estado, igualando os indivíduos, conferindo-lhes direitos democráticos e de participação política; c) os direitos fundamentais de terceira dimensão/geração são aqueles que visam à garantia dos direitos econômicos, sociais e culturais básicos, tais como saúde, o direito dos trabalhadores, a educação e à cultura d) os direitos de quarta dimensão visam à proteção da coletividade, como a autodeterminação dos povos, o progresso, a proteção da ordem econômica internacional, do patrimônio comum da humanidade (tais como o direito à paz, a um ambiente saudável e sustentável ao desenvolvimento), assim como os demais direitos dos povos.⁴⁰

Modernamente, há ainda defensores de uma quinta dimensão/geração de direitos fundamentais, relacionados ao campo da genética, que facilmente poderia ser interpretado como proteção do direito a vida.

Essas categorias de direitos humanos fundamentais apresentam alta conectividade, inter-relação e influências recíprocas, formando um todo harmônico entre si, em que pese as peculiaridades inerentes à cada um dos supramencionados grupos.

Os direitos sociais fundamentais, também denominados direitos humanos de segunda geração (ou terceira geração em algumas classificações) são, portanto, direitos prestacionais públicos aos quais está submetido o Estado perante o cidadão, de acordo com patamar que este já tenha efetivamente realizado em determinada sociedade, seja para garanti-los diretamente (como é o caso dos direitos à saúde e a educação), seja para assegurar de maneira indireta a sua existência e gozo pelos indivíduos (como ocorre no caso do direito laboral).

São, pois, definidos como direitos sociais fundamentais aqueles direitos inerentes à condição humana, os quais são geralmente geradores de outros direitos sociais.

⁴⁰ CANOTILHO. Op. Cit., p. 386-387.

Os direitos humanos sociais, como espécie que são dos direitos do homem, apresentam, nessa toada, significativos reptos na ordem internacional atual. Os principais desafios elencados expressam-se nos seguintes conflitos dicotômicos⁴¹:

a) UNIVERSALISMO vs. RELATIVISMO CULTURAL: essa dicotomia é solucionada pela doutrina através da proposição de uma “relação equilibrada e mutuamente potenciadora entre a competência global e legitimidade local”, promovendo, de maneira harmônica, um verdadeiro dialogo intercultural.

b) LAICIDADE ESTATAL vs. FUNDAMENTALISMOS RELIGIOSOS: duas estratégias são essencialmente adotadas a fim de vencer os obstáculos dessa dicotomia. A primeira delas consiste em reforçar o princípio da laicidade estatal, tendo por fulcro e ênfase a “Declaração sobre a eliminação de todas as formas de discriminação com base na intolerância religiosa”. A segunda, atem-se a fortalecer a leituras e interpretações progressista no campo religioso, de modo a respeitar os direitos humanos.

c) DIREITO AO DESENVOLVIMENTO vs. ASSIMETRIAS GLOBAIS: nesse contexto, faz-se imprescindível a consolidação e o fortalecimento do processo de afirmação de direitos humanos, sob uma perspectiva integral, indivisível e interdependente; que pugne por uma globalização mais ética e solidária.

d) PROTEÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS SOCIAIS E CULTURAIS vs. DILEMAS DA GLOBALIZAÇÃO ECONÔMICA: no contexto da globalização econômica, urge a necessidade de incorporação da agenda dos direitos humanos pelos atores não estatais. Emergem, nesse esteio, dois principais atores, o setor privado e as agencias financeiras internacionais.

No setor privado, há uma premente necessidade de ampliação da sua responsabilidade social, com destaque para as empresas multinacionais, as quais são as principais beneficiarias do processo de globalização.

No que tange as agencias financeiras internacionais, com destaque para o Banco Mundial e o Fundo Monetário Internacional, estas necessitam passar pela formulação de uma política de atuação vocacionada aos direitos humanos. Haja vista, em que pese estejam vinculadas ao sistema das Nações Unidas, continuam a proceder de forma amplamente desconexa dos propósitos da ONU.

⁴¹ PIOVESAN. **Direitos Humanos e (...)**. Op. Cit., p. 48-70.

A este respeito vide também: SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, p. 292-317.

e) DIREITO DA FORÇA vs. FORÇA DO DIREITO: DESAFIOS DA JUSTIÇA INTERNACIONAL: A esse respeito, verifica-se que é imprescindível avançar em matéria de jurisdicionalização do direito internacional, vez que os Tribunais internacionais são os instrumentos hábeis a consolidar o Estado de Direito e “para a construção da paz nas esferas global, regional e local”.

Parecem, destarte, tratarem-se de desafios que podem ser vencidos, através de uma compreensão multicultural e plural das realidades citadas, escanteando assim as aparentes dicotomias.

Como podemos depreender, então, o maior dos desafios experimentados pelos direitos humanos na contemporaneidade não é, portanto, o de sua justificação, mas sim o de sua garantia e efetivação. Nesse sentido, sabiamente vaticinou o festejado Dr. Norberto Bobbio: “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 problema não filosófico, mas político.”⁴²

Contudo, ainda que não se fale em um sistema cogente internacional de defesa dos direitos humanos, os direitos do homem já se acham, ainda que parcialmente, abrigados por diversas declarações e atuações internacionais que centram o seu foco em torno da proteção e efetivação destes direitos, bem como se acham salvaguardados por Sistemas Regionais de proteção dos direitos humanos; os quais adentrar-se-á em uma análise mais detalhada em momento oportuno deste estudo.

2. O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana constitui o cerne essencial sobre o qual se assenta todo o sistema jurídico-ideológico dos Direitos Humanos.

Nesse diapasão, tal princípio assume papel de extrema relevância na fundamentação e justificação da existência e aplicabilidade do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, na medida em que este tem por sua razão existencial a proteção e a plena realização dos direitos erigidos por aquele.

⁴² BOBBIO, *Op. Cit.*, p. 25.

Neste esteio, adentrar-se-á, por conseguinte, no estudo deste princípio que é, não apenas o âmago de todo o sistema jurídico dos direitos humanos, mas também um dos preceitos fulcrais de toda a ciência jurídica contemporânea.

Ab initio, cumpre esclarecer que *dignidade*, em sua acepção etimológica, significa “respeitabilidade”, “autoridade moral”, “valor intrínseco”. Depreende-se desta maneira que a dignidade da pessoa humana é um valor espiritual e moral inerente a cada indivíduo; devendo as pessoas por isso serem tratadas como fim em si mesmas e não como objetos. Ou seja, encontra-se na pessoa o valor por excelência.

A Dignidade da Pessoa Humana é, pois, conceito de ampla acepção e alcance, na medida em que abrange uma imensa gama de valores humanos defendidos pela sociedade.

O jurista Ingo Sarlet esclarece de forma sucinta e precisa o sentido e alcance do Princípio da Dignidade da Pessoa Humana na perspectiva da lógica jurídica pós-positivista, afirmando que:

A dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, nesse sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que garantam a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, bem como venham a lhe assegurar as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos.⁴³

Nesse mesmo sentido doutrina o Professor Luís Roberto Barroso, lecionando que:

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana identifica um espaço de integridade moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua só existência no mundo. É um respeito à criação, independentemente da crença que se professe quanto à sua origem. A dignidade relaciona-se tanto com a liberdade e valores do espírito como com as condições materiais de subsistência. Não tem sido singelo, todavia, o esforço para permitir que o princípio transite de sua dimensão ética e abstrata para as motivações racionais e fundamentadas das decisões judiciais. Partindo da premissa anteriormente estabelecida de que os princípios, a despeito de sua indeterminação a partir de um certo ponto, possuem um núcleo no qual operam como regras, tem-se sustentado que no tocante ao princípio da dignidade da pessoa humana esse núcleo é representado pelo mínimo existencial.⁴⁴

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 60.

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ªed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 381.

A Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 proclamou, como já visto, o princípio da Dignidade da Pessoa Humana como centro de um novo paradigma jurídico, focado nos direitos fundamentais da pessoa humana, a nível universal.

Nesse diapasão, os ordenamentos jurídicos de inúmeras Nações albergaram o referido princípio como cerne de um novo ideal do Direito e como postulado de observância obrigatório por todo Estado Constitucional Democrático.

No Brasil, o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, elencado no rol dos direitos fundamentais da Carta Magna de 1988, passa a ser o mais importante e amplo princípio constitucional, sendo o cume do ordenamento jurídico e a base de toda a ordem jurídica constitucional.

O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana assume, desta maneira, no sistema constitucional brasileiro o caráter de cláusula principiológica indeterminada e de amplíssimo alcance. Ou seja, é o próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana uma espécie de Cláusula Geral no plano constitucional; dentre outras várias como a proporcionalidade, justiça, operacionalidade, solidariedade, etc.

Esse papel de destaque e preponderância assumido pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, que hoje se constitui fundamento basilar e princípio máximo do Estado Democrático de Direito, deve-se acima de tudo pelo papel de ascendência que os valores éticos e morais assumiram no âmbito da pós-modernidade e do neoconstitucionalismo.

A respeito de tal realidade, preleciona esclarecedoramente Ricardo Maurício:

Com a valorização da principiologia constitucional pelo neoconstitucionalismo, torna-se a Carta Constitucional uma expressão viva e concreta do mundo dos fatos e valores, adquirindo inesgotável tessitura axiológica e teleológica. A principiologia de cada Lei Fundamental se converte, assim, no ponto de convergência da validade (dimensão normativa), da efetividade (dimensão fática) e, sobretudo, da legitimidade (dimensão valorativa) de um dado sistema jurídico, abrindo espaço para a constitucionalização do direito justo.

As diversas concepções neoconstitucionalistas parecem convergir para o entendimento de que o Direito é um constructo axiológico e teleológico, que impõe a compreensão e aplicação dos princípios jurídicos, especialmente aqueles de natureza constitucional, de modo a potencializar a realização da justiça, o que se manifesta plenamente com a aplicação do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.⁴⁵

Patente se mostra, então, o papel de proeminência assumido pelo Princípio da Dignidade da Pessoa Humana no contexto da pós-modernidade e da nova ordem

⁴⁵ SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.127.

constitucional, constituindo-se, por isso, em importante baliza para a aplicação, interpretação e harmonização de todo o sistema jurídico estatal e internacional, na medida em que indica o norteamento ético, teleológico e axiológico a ser seguido pelo intérprete quando da aplicação dos princípios e normas jurídicas na realidade empírica; funcionando inclusive como instrumento delimitador e orientador da hermenêutica normativa.

É sob a égide desse extenso panorama jurídico supra delineado que analisaremos a temática da adoção e aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no âmbito do Direito Internacional.

O PRINCÍPIO JURÍDICO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A fim de efetuarmos um estudo contextualizado a respeito do tema da Proibição ao Retrocesso, faz-se necessário, propedeuticamente, situarmos este Princípio dentro do panorama jurídico contemporâneo, numa breve análise: a) do que seja princípio jurídico - destacando a normatividade assumida pelos princípios no pós-positivismo; b) do papel dos princípios no sistema jurídico; c) da imbricada relação do Princípio da Vedação ao Retrocesso com outros importantes princípios jurídicos, tais como os Princípios da Segurança Jurídica, da Proteção da Confiança e da Dignidade da Pessoa Humana.

A primeira menção literária a acepção da palavra princípio é apresentada pelo cristianismo no livro de Gêneses, na Bíblia Sagrada – “no princípio, Deus criou os céus e a terra” –, o que oferece a idéia de começo de tudo. A palavra em português tem a sua raiz etimológica na palavra latina “*principium*”; sendo conceituada na língua portuguesa como: início, começo, origem, ponto de partida.

Princípio Jurídico, por sua vez, segundo festejada conceituação do Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello, é: “mandamento nuclear de um sistema, verdadeiro alicerce dele, disposição fundamental que se irradia sobre diferentes normas compondo-lhes o espírito e servindo de critério para a sua exata compreensão e inteligência, exatamente por definir a lógica e a racionalidade do sistema normativo, no que lhe confere a tônica e lhe dá sentido harmônico. É o conhecimento dos princípios que preside a intelecção das diferentes partes componentes do todo unitário que há por nome sistema jurídico”.⁴⁶

⁴⁶ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 771-772.

A ascensão de um novo paradigma jurídico, o pós-positivismo⁴⁷, fez com a clássica separação anteriormente estabelecida entre princípios e normas perdesse o seu prestígio, ascendendo uma nova perspectiva jurídica, a qual vislumbra os princípios jurídicos como uma espécie de norma jurídica ao lado das regras, numa tentativa de legitimar e propiciar uma aplicação mais efetiva e direta dos princípios ao caso concreto, com ênfase a efetivação dos princípios constitucionais.

A respeito dos fundamentos dessa evolução no pensamento jurídico esclarece Gustavo Tepedino:

(...) a aplicação direta dos princípios constitucionais constitui resposta hermenêutica a duas características essenciais da própria noção de ordenamento: unidade e complexidade. O conceito de ordenamento pressupõe um conjunto de normas destinadas a ordenar a sociedade segundo um determinado modo de vida historicamente determinado. Daqui decorrem duas conseqüências fundamentais: (i) o ordenamento não se resume ao direito positivo; e (ii) para que possa ser designado como tal, o ordenamento há de ser sistemático, orgânico, lógico, axiológico, prescritivo, uno, monolítico, centralizado.⁴⁸

Nesse diapasão, tratando sobre o novo papel de proeminência assumido pelos princípios quando da pós-modernidade jurídica, preleciona com seu peculiar acúmen o Professor Doutor Paulo Bonavides:

A terceira fase, enfim, é a do pós-positivismo que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais.⁴⁹

Neste contexto, no que tange à compreensão do papel assumido pelo Princípio Jurídico numa concepção pós-moderna do direito, apresenta-se como indispensável e de grande clareza a exímia conceituação do conspícuo Professor Doutor Robert Alexy, o qual vaticina:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas,

⁴⁷ Para um estudo acerca do tema do Novo Paradigma do Direito na pós-modernidade, vide a obra: MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

⁴⁸ TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento In: SARMENTO, Daniel (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 313.

⁴⁹ BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006, p. 264.

mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelas regras e princípios colidentes.⁵⁰

Depreendemos das lições acima transcritas que os princípios assumem a função de base essencial do sistema normativo. Eles vestem-se neste novo panorama de um caráter extremamente fluído. Trabalham como balizas orientadoras da hermenêutica e aplicação jurídica, funcionando ainda como instrumento para a suplementação das demais fontes do direito e para o norteio e promoção da unidade do sistema jurídico.

Antes de se proceder a uma análise propriamente dita do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social cumpre destacar o fato de que a idéia de Vedação ao Retrocesso alberga íntima relação com o ideal de Segurança Jurídica e de Proteção da Confiança. Valores estes tão gratos e basilares ao direito, numa realidade internacional contemporânea de clara preponderância científico-ideológica da vigência do Estado Social de Direito em diversas nações do globo e do conseqüente papel estruturante assumido pelo Princípio da Segurança Jurídica neste contexto.

Outrossim, partindo do preceito de que a defesa e manutenção da proteção aos direitos humanos fundamentais como uma exigência inafastável da noção de Dignidade Humana, a proteção da estabilidade jurídica e os patamares de tranqüilidade e segurança proporcionados pela efetivação da Vedação ao Retrocesso Social fazem com que esta apresenta-se como indispensável a sustentação da visão kantiana de Dignidade.⁵¹

Noutro giro, cumpre consignar o fato de que na concepção doutrinária e jurisprudencial atual a noção de proibição de retrocesso de direitos não está adstrita ao campo dos direitos sociais essenciais; havendo, ao contrário, uma amplíssima gama de possibilidades da aplicação de tal princípio.

Há, por exemplo, já amplamente discutido e difundido no meio doutrinário e jurisprudencial a vinculação e aplicação de tal proibição na seara do Direito Ambiental.

Nesse sentido, faz-se indispensável ressaltar que o objeto de estudo desta Dissertação restringe-se a análise do Princípio da Proibição ao Retrocesso no campo dos Direitos Sociais – conforme depreende-se, inclusive, do título desta produção dissertativa.

⁵⁰ ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed..Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009, p. 434.

2. HISTÓRICO

2.1. NA ALEMANHA

Na Alemanha da década de setenta do século passado, em meio à crise econômica mundial oriunda da desregulamentação do Sistema Monetário Internacional e dos dois choques petrolíferos (em 1973 e 1979), a debilidade econômica experimentada pelo país começou a pôr em causa não apenas o desenvolvimento progressivo, como também a manutenção dos direitos e benefícios sociais assegurados pelo Estado Social.

Afinal, numa sociedade Alemã que havia experimentado num passado não tão longínquo 2 (duas) Guerras Mundiais, e que havia sido assolada por inúmeros surtos inflacionários, a propriedade acabou por ver mitigada a sua importância na realidade econômica da maioria dos alemães. Neste sentido, em meio a uma população cada vez menos abastada, a sobrevivência dos indivíduos passa a estar amplamente dependente dos seus rendimentos laborais e das assistências sociais prestadas pelo Estado.

Diante deste panorama é que se desenvolveu uma discussão jurisprudencial e doutrinária acerca da possibilidade de uma intervenção jurídica principiológica constitucional onde a cláusula geral do Estado Social de Direito⁵² impusesse limites a intervenções legislativas que afetassem os ganhos sociais já adquiridos.

A teoria da *irreversibilidade*, ou a fórmula da *proibição ao retrocesso*⁵³, como viria posteriormente a ser designada, surge então como uma “solução” doutrinária e jurisprudencial alemã, que sem caráter absoluto, assegurou a proteção das prestações e direitos sociais já realizados pelo Estado Social contra retrocessos que afetassem o seu conteúdo essencial ou ainda contra aqueles retrocessos insuficientemente justificados;

⁵² O art. 20º, 1, da Constituição alemã define a Alemanha como Estado social e o art. 28º, 1, desta mesma Carta vincula os Estados federados ao princípio do Estado Social de Direito. Vide: **CONSTITUIÇÃO ALEMÃ**. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf. Acesso em: 20/01/2014.

⁵³ Na nomenclatura alemã respectivamente a *Nichtumkehrbarkeitstheorie* ou a *Rückschrittsverbot*.

tendo por baldrame jurídico-principiológico no ordenamento constitucional alemão a garantia fundamental à propriedade⁵⁴, prevista no artigo 14 da Carta Magna Alemã⁵⁵.

A partir de tal entendimento, concebeu-se que a proteção jurídica concedida ao direito fundamental à propriedade, para além do seu carácter essencialmente patrimonial o qual contempla o já tradicional amparo à propriedade dos direitos reais, estender-se-ia à proteção de todas as espécies de direitos subjetivos públicos de natureza patrimonial; passando, destarte, a ser verdadeiro fundamento viabilizador da garantia da segurança jurídica do conteúdo dos direitos sociais.

Nesse sentido, assevera o Professor Doutor Ingo Wolfgang Sarlet:

A partir do conceito funcionalista de propriedade desenvolvido por MARTIN WOLFF ainda na época de Weimar, a garantia da propriedade, para além da proteção da propriedade em termos de direitos reais, alcançou também uma função conservadora de direitos, oferecendo ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo dos seus direitos.⁵⁶

Absorvendo tal compreensão jurídica o Tribunal Federal Constitucional Alemão passou a corroborar e ratificar este entendimento, partindo do pressuposto de que ao titular de um direito é sempre atribuída uma posição jurídica, a qual se suprimida importaria numa violação direta ao princípio do Estado de Direito, tal qual seria no caso de uma violação à propriedade privada. Esta compreensão promoveu assim um verdadeiro redimensionamento da conceituação da propriedade privada, ampliando-a para muito além do conceito privatista clássico (contemplado pelo Direito Civil) no que diz respeito à perspectiva do direito constitucional.

Entretanto o alargamento da noção de propriedade não foi estendido a todos os direitos subjetivos de cunho patrimonial, mas antes deviam estes direitos enquadrarem-se em 3 (três) requisitos básicos para que pudessem ser reconhecidas a proteção de tais posições jurídico-subjetivas de natureza pública pela garantia do direito à propriedade; quais sejam:⁵⁷

⁵⁴ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social.** Disponível em: http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=399. Acesso em: 20/01/2014.

⁵⁵ **CONSTITUIÇÃO ALEMÃ.** Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf. Acesso em: 20/01/2014.

⁵⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais (...).** *Op. Cit.*, p. 441.

⁵⁷ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 142.

- a. exigência de que se trate de uma posição jurídico-subjetiva de cunho patrimonial e fruição privada, pessoal e exclusiva do titular; uma vez que tal posição alberga assim ampla similitude com o direito de propriedade, haja vista tratar-se de posição de natureza patrimonial consolidada;
- b. a existência de uma necessária correspondência entre a posição jurídico-subjetiva a ser protegida e a contraprestação individual do seu titular. Devendo essa contraprestação ter certo grau de relevância para que se encaixe nos padrões do requisito *sub examine*;
- c. ser a posição jurídico-subjetiva meio de garantia da sobrevivência do seu titular, principalmente quando tal prestação estatal constituir a sua única fonte de renda. Visa-se proteger, destarte, uma condição de vida responsável e autônoma do indivíduo, amparando também, ainda que de maneira indireta, a liberdade individual.

A defesa da implementação do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social por meio da garantia ao direito a propriedade é, entretanto, apenas uma das posições jurídicas sustentadoras do reconhecimento e implementação de tais princípios; sendo esta inclusive duramente criticada em diversos aspectos, mas principalmente por ser insuficiente em seu espectro de proteção dos direitos sociais, na medida em que não abrange um sem número de posições jurídicas relevantes no campo dos direitos e da proteção social, sendo marcado, outrossim, por um grau demasiadamente alto de relatividade, tendo em vista as amplíssimas possibilidades de intervenção na propriedade.⁵⁸

Nesse esteio, a própria doutrina e jurisprudência constitucional alemã têm apresentado diversas outras hipóteses legitimadoras da realização do Princípio da Vedação ao Retrocesso no âmbito do seu Direito Constitucional; como é o caso das alternativas embasadas no Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, no Princípio da Isonomia e na Proteção da Confiança e Segurança Jurídica. Há ainda, na Alemanha, a doutrina da “*Soziales Rückschrittsverbot*” que tem entendido pela impossibilidade de haver um retrocesso absoluto na política estatal de satisfação dos direitos de prestação (*derivative Teilhaberechte*), sob pena de assim violar a cláusula constitucional do Estado Social de

⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais (...)**. *Op. Cit.*, p. 442-443.

Direito (arts. 20.1 e 28.1, LFB)⁵⁹. Adentraremos, entretanto, numa análise mais profunda de tais hipóteses mais adiante.

2.2. EM PORTUGAL

A doutrina e a jurisprudência portuguesa, seguindo os padrões do mundo jurídico continental europeu, têm defendido e reconhecido a Vedação ao Retrocesso Social, embora não exista um folgado consenso acerca da delimitação desta proteção no cenário jurídico dos Direitos Sociais.

Os defensores de uma vedação ao retrocesso no âmbito dos direitos econômicos, sociais e culturais (*lato sensu* designados Direitos Sociais), expoentemente encabeçados pelo Ilustre Professor Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, têm compreendido que os direitos sociais fundamentais adquirem, *pari passu*, o status de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais, bem como de uma garantia institucional; encontrando-se, destarte, impassível de livre disponibilização pelo legislador, sob pena de frontal violação ao Princípio da Proteção da Confiança.⁶⁰

Preleciona ainda o Professor Dr. J. J. Gomes Canotilho que o Princípio da Proibição ao Retrocesso procede, neste esteio, do Princípio da Democracia Econômica e Social.⁶¹

A jurisprudência constitucional portuguesa acolheu pela primeira vez essa concepção e aplicou o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social já no início da década de 80. Um acórdão paradigmático do Tribunal Constitucional Português proferido em 1984 (Acórdão nº 39/84), declarou a inconstitucionalidade do Decreto-lei nº 254, de 29 de junho de 1982, que havia revogado uma parte considerável da “Lei do Serviço Nacional de Saúde” (Lei nº 56/79), entendendo que tal revogação havia violado frontalmente o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), uma vez que o que constitucionalmente objetivava-se era de fato a estruturação de um serviço de saúde gratuito e geral, de alcance nacional. O tribunal posicionou-se nesse caso mitigadamente por uma proibição ao retrocesso, haja

⁵⁹ SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constitucionalismo e Democracia**. *A Cláusula do não retrocesso Social*. Salvador: JusPodivm Editora, 2013, p. 580.

⁶⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais (...)**. *Op. Cit.*, p. 440.

⁶¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional (...)**. *Op. Cit.*, p. 338.

vista haver considerado inconstitucional a decisão de revogação da Lei Nacional de Saúde, uma vez que importaria numa restauração de uma omissão constitucional o que foi considerado vedado pelo Tribunal. Deste modo, se entendeu que simples alteração ou redução no nível de concretização e realização do direito a saúde poderia ter sido chancelada àquela ocasião pelo Tribunal.⁶²

No caso jurídico mencionado o conselheiro e relator do processo Dr. Vital Moreira, rejeitando a alegada inconstitucionalidade formal, adentrou a análise da inconstitucionalidade material de tal revogação, entendendo que a Lei que instituiu previamente o Sistema Nacional de Saúde (Lei nº 56/79) constitui, destarte, meio de realização do quanto preceituado pelo art. 64º da Constituição Portuguesa, consagrando a efetivação da proteção do direito fundamental à saúde, não podendo tal direito estar, portanto, sujeito a extinção. O Conselheiro abordando o direito à saúde como um direito social fundamental, pugnou que, em que pese o seu caráter positivo e prestacional por parte do Estado, os Direitos Sociais - assim como os direitos políticos, os direitos de liberdade e as garantias constitucionais - detêm um caráter jusfundamental; devendo ser vedadas, por isso, as atuações legislativas estatais que importem em retrocesso a um direito social já concretizado.⁶³

Mais recentemente, no ano de 2002, o Tribunal Constitucional Português ratificou tal entendimento ao decidir pela inconstitucionalidade de lei que intentou a exclusão do benefício do rendimento de inserção das pessoas entre 18 a 25 anos. Esse benefício havia substituído o rendimento mínimo que contemplava tal faixa etária. Cumpre destacar que tal lei revogadora resguardava os direitos adquiridos. Demonstre-se, pois, que a proibição do retrocesso aplica-se não apenas quando diante duma revogação expressa, mas também em face de uma violação ao conteúdo do direito social fundamental concretizado pelo Estado legislador.⁶⁴

⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais (...)**. *Op. Cit.*, p. 440.

⁶³ DERBLI, *Op. Cit.*, p. 142.

⁶⁴ PORTUGAL. Tribunal constitucional. **Acórdão n. 509/02.**

2.3. NO BRASIL

A Carta Magna de 1988 consagrou no Brasil o Estado Social de Direito, primando pela construção de uma sociedade democrática, igualitária e garantidora dos direitos sociais. O Estado assume então, o papel de máximo realizador das políticas públicas, bem como, a função de destaque na efetivação da justiça social.⁶⁵

Ademais, o quadro de contínuo progresso da importância dos direitos fundamentais passa a ser albergado de tal maneira pelo direito brasileiro que a própria Constituição Federal de 1988 dedicou um título inteiro para abordar tal assunto, qual seja: o seu “Título II – Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Nesse esteio, permeado por essa textura jurídico-ideológica, o princípio da proibição ao retrocesso foi acolhido pela Constituição Federal Brasileira de maneira implícita na medida em que em seu artigo 4º, inciso II, da Constituição foi estabelecida a prevalência dos direitos humanos como preceito basilar da República Federativa do Brasil nas suas relações internacionais, pugnando claramente assim pela progressiva defesa e aplicação dos direitos humanos.⁶⁶

Noutro giro, no que tange os direitos sociais a consagração do princípio da progressividade e não retrocesso dos direitos sociais fundamentais é elucidativamente consagrado pelo artigo 7º, *caput* da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o qual enuncia serem aqueles direitos ali elencados os direitos fundamentais dos trabalhadores sem prejuízo “de outros que visem à melhoria de sua condição social”.

Outrossim, a Constituição Brasileira acolheu ainda o princípio da vedação ao retrocesso no âmbito dos direitos e garantias fundamentais individuais, haja vista, que expressamente veda em seu artigo 60, § 4º a possibilidade de emenda constitucional que contemple proposta que venha à abolir direitos de tal espécie já existentes. Proteção esta que segundo a compreensão de balizada doutrina e jurisprudência brasileira deve ser interpretada de maneira extensiva alcançando também os direitos sociais; uma verdadeira expansão hermenêutica a fim de contemplar de maneira mais profunda o conteúdo axiológico aí expresso pela Carta Maior.

⁶⁵ ZUBA, Thaís Maria R. de R.. **O direito previdenciário e o princípio da vedação e retrocesso**. São Paulo: LTr, 2013, p. 110.

⁶⁶ MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso jurídico e Social no Direito Coletivo do Trabalho*. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. Ano XXII, nº 262, Abril 2011, p.

Nesse sentido, o Princípio da Vedação ao Retrocesso emerge no cenário constitucional brasileiro como artifício jurídico a garantir a efetividade e a força normativa da Constituição no que diz respeito à defesa da eficácia dos direitos prestacionais e a manutenção da proteção aos direitos sociais fundamentais.⁶⁷

Ainda que bastante recente em seu estudo, a doutrina brasileira reconhece quase que unissonamente a existência do Princípio da Proibição ao Retrocesso no sistema jurídico-constitucional pátrio e tem, por meio de vários de seus doutrinadores, se debruçado no estudo de tal princípio.

Dentre os doutrinários brasileiros que tratam do tema, podemos destacar alguns importantes autores como Ana Paula de Barcellos, Luís Roberto Barroso, Suzana de Toledo Barros e Lênio Luiz Streck. Destacam-se ainda, pela sua amplitude e consistência teórica, as contribuições que Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Derbli têm oferecido ao estudo da temática no âmbito da doutrina brasileira.

No que tange a jurisprudência, o Supremo Tribunal Federal (STF) do Brasil se pronunciou pela primeira vez acerca do tema na *Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) nº 2.065-0-DF*. A ação versava sobre a extinção do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

No caso em tela, em que pese o STF, por maioria, não tenha conhecido da ação, por compreender tratar-se de mera ofensa reflexa a Carta Magna, o Ministro Relator originário, o Dr. Sepúlveda Pertence, reconheceu em seu voto a inconstitucionalidade da lei em análise, haja vista que ela simplesmente revogava lei anterior, a qual era necessária à eficácia plena de norma constitucional, sem apresentar qualquer substitutivo legal à tutela jurídica concedida pela norma revogada. Por conseguinte, o Ministro compreende, desse modo, em seu voto ser pertinente àquele caso concreto a aplicação de uma vedação genérica ao retrocesso social. Ele assinala em seu voto que:

*“(...) Pouco importa. Certo, quando já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude de eficácia, pode subsequente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada: mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional (...)”*⁶⁸

⁶⁷ ZUBA. *Op. Cit.*, p. 110.

⁶⁸ STF, **ADI nº 2065-0/DF**, *Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE*, j. em 17/2/2000.

Desde então, o STF já tratou do fenômeno da vedação ao retrocesso social em outras de suas decisões, são exemplos: *Ações Diretas de inconstitucionalidade (ADIs) nºs 3.105-8-DF e 3.128-7-DF*; o *Mandado de Segurança nº 24.875-1-DF* e, mais recentemente, a *ADI nº 3.104-DF*. Demonstrando, assim, a importância do tema e a sua crescente aplicação pelo Pretório Excelso brasileiro.

3. CONCEITO E CARACTERÍSTICAS

O Princípio da Vedação ao Retrocesso é a proibição imposta ao Estado Legislador ou Administrador de suprimir, de forma arbitrária, injustificada e sem compensação um direito social ou ambiental fundamental já realizado em determinada sociedade.

Ressalte-se o fato de que o princípio da proibição do retrocesso recebe também outras denominações, como: princípio da vedação do retrocesso social, princípio do não retrocesso social, princípio do não retorno da concretização, proibição da contra revolução social ou da evolução reacionária, “efeito *cliquet*”, efeito catraca, dentre outras nomenclaturas adotadas.

De acordo com esse princípio, uma vez definido e reconhecido determinado direito fundamental subjetivo em determinado ordenamento jurídico, esse não poderá ser suprimido ou mesmo reduzido indevidamente, não sendo aceita qualquer tipo de retrocesso quando da atualização daquele direito no arcabouço jurídico.⁶⁹

O presente estudo adstringir-se-á, entretanto, à sua aplicação no que tange a realização e manutenção dos direitos sociais fundamentais.

O Princípio da Proibição ao Retrocesso tem nesse contexto o fito de evitar o processo de desumanização política e a retrogradação sócio-cultural de determinada da sociedade em seu conjunto.

Segundo as valiosas lições do Professor Doutor J. J. Gomes Canotilho, a idéia expressa pela Vedação ao Retrocesso Social tem também sido designada como proibição de “contra-revolução social” ou da “evolução reacionária”. Nesse diapasão, assumido um

⁶⁹ GOLDSHMIDT, Rodrigo. *O Princípio da proibição ao retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais*. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, V. 14, N. 14, 2000, p. 29-36.

determinado nível de realização de determinados direitos sociais fundamentais, estes passam a constituir, uma garantia e um direito subjetivo do indivíduo.⁷⁰

Mais adiante, ao definir os contornos e os aspectos jurídicos deste princípio protetivo dos direitos sociais esse festejado autor assim preleciona:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado.⁷¹

Nesse sentido, o supracitado princípio fornece um critério objetivo hábil a verificar a adequação e a correção da atuação restritiva dos direitos fundamentais por parte do Estado Legislador ou mesmo pela atuação do Estado em sua função executiva.⁷²

Protege-se, assim, as conquistas civilizatórias já consolidadas em determinado sistema jurídico; garantindo que estas não tenham a sua eficácia indevidamente mitigada ou impedida, ou mesmo que estas sejam extirpadas de determinado arcabouço jurídico.⁷³

Esse princípio apresenta-se em uma tríplice dimensão. Primeiramente, uma perspectiva estática, que compreende a realização dos direitos sociais já salvaguardados pela ordem jurídica. Ademais, um caráter dinâmico, o qual faz alusão à vedação a uma transformação negativa do *status quo*. E um derradeiro, mas não menos importante, aspecto progressivo, através do qual pugna pela melhoria das condições socioeconômicas vigentes, por intermédio de um progressivo aperfeiçoamento da ordem jurídica.⁷⁴ Nesta última dimensão o Princípio da Vedação ao Retrocesso apresenta-se como correlato lógico e indissociável da Princípio de Progresso da Proteção à Pessoa Humana.

Há de se mencionar ainda que a proteção contra eventual retrocesso não se restringe tão somente apenas aos direitos de cunho prestacional (positivo), alcançando também a proteção a outros direitos sociais, tais como os direitos sociais de defesa (negativo), como é o exemplo dos Direitos dos Trabalhadores.⁷⁵

⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional (...)**. *Op. Cit.*, p. 338-339.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² GOLDSCHMIDT. *Op. Cit.*, p. 34.

⁷³ *Ibidem*.

⁷⁴ MURADAS. *Op. Cit.*, p. 84.

⁷⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais*, in: **Revista Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 32, n. 1, junho de 2006, p. 25.

Segundo as lições do Ilustre Professor Dr. J. J. Gomes Canotilho: “O reconhecimento desta proteção de ‘direitos prestacionais de propriedade’, subjetivamente 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 subjetivamente alicerçadas.”.

Arremata-se, então, que o Princípio da Proibição ao Retrocesso assume, por sua vez, uma perspectiva evolucionista da vida, assumindo papel de relevância na garantia duma progressiva proteção dos direitos fundamentais do homem, oferecendo assim amplos contributos à realização da justiça social.

4. PROIBIÇÃO AO RETROCESSO, PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA E A PROTEÇÃO DA CONFIANÇA LEGÍTIMA DO CIDADÃO

Dois importantes sustentáculos jurídicos da autoridade e valor do Princípio da Proibição ao Retrocesso no mundo jurídico são os Princípios da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança do Cidadão.

Uma vez que já estabelecida previamente neste texto dissertativo breve noção sobre o estudo dos princípios jurídicos como um todo, quando da análise propedêutica do Princípio da Vedação ao Retrocesso, adentrar-se-á, pois, no estudo do Princípio da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança, iniciando por uma compreensão preliminar do que são os princípios constitucionais; passando, posteriormente a uma análise mais acurada de tais princípios, trançando então a sua íntima relação com o fenómeno da proibição à contra revolução social.

Para iniciarmos tal empreitada lancemos mão das lições do Professor Dirley da Cunha Júnior acerca da temática dos Princípios Constitucionais, que preleciona:

Estes são a “norma das normas” (*norma normarum*) que ordenam, estruturam, informam e conduzem todo o sistema jurídico nacional, eis que *convertidos em pedestal normativo sobre o qual se assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais* (Bonavides). Constituem, pois, a base normativa máxima do Ordenamento Jurídico estatal. Exteriorizam as idéias fundamentais (idéias *matrizes*, na singular expressão utilizada pelo prof. Roque) e informadoras da organização jurídica nacional. E, exatamente por constituírem a

base mesma da ordenação jurídica, não é admissível, por consequência, uma norma legal ou, o que é pior, infralegal que contrarie, pena de ser ou serem acimadas do vício supremo da inconstitucionalidade. Todas as normas jurídicas, inclusive as normas constitucionais, devem obediência a eles.⁷⁶

O Professor Dr. J. J. Gomes Canotilho estabelece uma classificação dos princípios constitucionais, que o próprio mestre lusitano nomenclaturou de “tipologia de princípios”, instituindo quatro espécies classificatórias nas quais se enquadram os mencionados princípios, a saber:⁷⁷

- a) *Princípios jurídico-constitucionais*: “são aqueles que informam e ordenam o sistema jurídico de um Estado. Preocupam-se em definir as balizas de um ordenamento jurídico.”;
- b) *Princípios político-constitucionais*: “são aqueles que fixam as bases políticas de um Estado, conferindo-lhe um particular perfil político. Condensam as decisões políticas fundamentais consagradoras de uma constituição política. Enfim, conformam politicamente o Estado.”;
- c) *Princípios Constitucionais impositivos*: “são as normas constitucionais de princípio programático, pois ocupam-se em definir programas, fins ou tarefas políticas.”;
- d) *Princípios-garantia*: “são aqueles que preocupam-se, exclusivamente, em tutelar os cidadãos contra a atuação abusiva do Estado”.

O Princípio da Segurança Jurídica configura-se, segundo a classificação acima estabelecida, simultaneamente, como um princípio jurídico-fundamental e um princípio-garantia, na medida em que além de delimitar e nortear a interpretação e aplicação da norma jurídica, constitui importante garantia de defesa do cidadão frente aos arbítrios do Estado.

As próprias teorias democráticas acerca da origem e justificação do Estado, de base contratualista, assentam-se sobre uma cláusula comutativa: recebe-se em segurança aquilo que se concede em liberdade. Consagrada no art. 2º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, como um direito natural e imprescritível, a segurança encontra-se

⁷⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley. O princípio da Segurança Jurídica e a Anterioridade Especial como condição Mínima para o Cumprimento da Anterioridade Tributária. **Revista da AJUFE**. Distrito Federal, nº 70, Ano 21, p. 104-105, abr.-jun. 2002.

⁷⁷ A classificação aqui desenvolvida adota a sistemática e conceituação estabelecida por Dirley da Cunha Júnior. A esse respeito vide: CUNHA JÚNIOR, Dirley. O princípio da Segurança Jurídica e a Anterioridade Especial como condição Mínima para o Cumprimento da Anterioridade Tributária. **Revista da AJUFE**. Distrito Federal, nº 70, Ano 21, p. 104-105, abr.-jun. 2002.

positivada como um direito individual na Constituição Brasileira de 1988, ao lado dos direitos à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade, na dicção expressa do art. 5º.⁷⁸

O princípio da Segurança Jurídica é um dos alicerces do Estado e do Direito, em conjunto com a Justiça e o bem-estar social.

A segurança é um dos valores essenciais informadores do direito positivo. Em verdade, a própria positivação do direito é uma exigência dos valores da ordem, da segurança e da certeza jurídicas.⁷⁹ Ressalte-se, no entanto, que "não é a segurança o fim último do direito, que tem na justiça o seu valor fundante, pois o fim supremo do direito consiste na realização do valor justo".⁸⁰

Trata-se, a segurança jurídica, de princípio geral do direito, que abarca e fundamenta inúmeros institutos jurídicos tais como: a preclusão, a prescrição, a decadência, a intangibilidade da coisa julgada, o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a adstrição às formas processuais. A segurança está ainda na base da inalterabilidade, por ato unilateral da Administração, de certas situações jurídicas subjetivas previamente definidas em atos administrativos; bem como está na *ratio* do princípio da irretroatividade da lei mais gravosa, etc.

Nesse tom, a segurança desponta no ordenamento jurídico simultaneamente como uma garantia⁸¹ (segurança no domicílio; segurança nas comunicações pessoais; segurança em matéria tributária; etc.) e como elemento essencial à proteção dos direitos subjetivos (aspecto ao qual nos focaremos na presente análise).

Acerca da temática da segurança jurídica como proteção dos direitos subjetivos preleciona o Professor José Afonso da Silva, um dos decanos no estudo do Direito Constitucional no Brasil, conceituando:

A segurança jurídica dos direitos subjetivos consiste no “conjunto de condições que tornam possível às pessoas o conhecimento antecipado e reflexivo das conseqüências diretas de seus atos e de seus fatos à luz da liberdade reconhecida”. Uma importante condição da segurança jurídica, neste caso, está na

⁷⁸ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código Civil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, n° 90, p. 35, jun.-dez. 2004.

⁷⁹ SILVA, José Afonso. Constituição e Segurança Jurídica. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**. Belo Horizonte, n° 59, Ano 06, p. 6653, jan. 2006.

⁸⁰ *Ibidem*, p. 6653.

⁸¹ *Ibidem*, p. 6654 – 6655.

relativa certeza de que as relações realizadas sob o império de uma norma devem perdurar ainda quando tal norma seja substituída.⁸²

Imprescindível atentar-se ao fato de que o princípio da segurança jurídica não deve ser confundido com o princípio da legalidade, uma vez que o ideal de segurança e confiança propugnado por aquele primeiro não se restringe ao legalismo estrito consubstanciado neste último.

Outra importante distinção a ser feita é aquela entre a significação do que seja a “segurança do direito” e o conceito de “segurança jurídica”. Enquanto segurança do direito é um valor jurídico que exige a positividade do direito, é a proteção do direito objetivo, ***a segurança jurídica é uma garantia da previsibilidade e permanência do sistema jurídico.***

A doutrina e jurisprudência promoveram o desenvolvimento, ao longo dos anos, de uma ampliação na significação da expressão segurança jurídica, que passou a designar um conjunto abrangente de idéias e conteúdos, que incluem:⁸³

- I – a existência de instituições estatais dotadas de poder e garantias, assim como sujeitas ao princípio da legalidade;
- II – a confiança nos atos do Poder Público, que deverão reger-se pela boa-fé e pela razoabilidade;
- III – a estabilidade das relações jurídicas, manifestada na durabilidade das normas, na anterioridade das leis em relação aos fatos sobre os quais incidem e ***na conservação de direitos em face da lei nova;***
- IV – previsibilidade dos comportamentos, tanto os que devem ser seguidos como os que devem ser suportados;
- V – igualdade na lei e perante a lei, inclusive com soluções isonômicas para situações idênticas ou próximas.

Verificamos dessa maneira que o princípio da segurança jurídica demarca o espaço de imobilidade, de permanência e continuidade do ordenamento jurídico, constituindo o fundamento de sua estabilidade. Busca assegurar certa previsibilidade às atuações estatais. Propugna pelo respeito às situações jurídicas licitamente constituídas, visando à estabilização das relações jurídicas.

A permanência, nesse diapasão, passa a estabelecer-se como valor a ser protegido, na medida em que repercute na confiança das pessoas no ordenamento jurídico, denotando

⁸² *Ibidem*, p. 6655.

⁸³ BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado(...). *Op. Cit.*, p. 36.

a previsibilidade e confiabilidade ao arcabouço jurídico, logrando em consequência a confiança legítima e respeitabilidade do cidadão ao sistema jurídico. “A permanência constitui, nesse sentido, uma das projeções da confiança legítima, garantindo o cidadão contra os efeitos danosos, ou ilegítimos, das modificações adotadas pelo Poder Público”.⁸⁴

Torna-se de fácil vislumbre, assim, a constatação doutrinária hodierna de que o princípio da segurança jurídica pode ser analisado sob dois primas diferentes, um objetivo (o qual diz respeito a proteção objetiva da segurança jurídica, através dos limites da promovidos pelo princípio da irretroatividade legal, bem como pela proteção ao ato jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada, etc.) e outro subjetivo (que tem por núcleo à proteção da confiança).

Nesse contexto, a confiança apresenta-se como “fator essencial a realização da justiça material”.⁸⁵

Alguns doutrinadores, tais como o mestre português J. J. Gomes Canotilho, chegam a tratar nessa esfera da existência de dois princípios diversos e intimamente interligados, o da *Segurança Jurídica* compreendendo o aspecto objetivo e o *Princípio da Proteção da Confiança* abrangendo o aspecto subjetivo da estabilidade e segurança das relações jurídicas.

Ensina a respeito o festejado autor português em esmerada análise:

Estes dois princípios – segurança jurídica e protecção da confiança – andam estreitamente associados, a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção da confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexada com elementos objectivos da ordem jurídica – garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito – enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante qualquer acto de qualquer poder – legislativo, executivo e judicial. O princípio geral da segurança jurídica em sentido amplo (abrangendo, pois, a ideia de protecção da confiança) pode formular-se do seguinte modo: o indivíduo tem do direito poder confiar em que aos seus actos ou às decisões públicas incidentes sobre seus direitos, posições ou relações jurídicas alicerçados em normas jurídicas vigentes e válidas por esses actos jurídicos

⁸⁴ MARTINS-COSTA. A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ**. Brasília, n° 27, Ano VIII, p. 113, dez. 2004.

⁸⁵ *Ibidem*, p. 110.

deixado pelas autoridades com base nessas normas se ligam os efeitos jurídicos previstos e prescritos no ordenamento jurídico.⁸⁶

Destarte, o princípio da segurança jurídica (em sentido lato) comporta então as seguintes implicações⁸⁷:

- I) No âmbito normativo: (1) a postulação da precisão ou determinabilidade das normas jurídicas (ou seja, o amoldamento formal e material das normas em uma linguagem clara, inteligível e não colidente) – eis aqui esboçado o que a doutrina denomina de princípio da precisão e determinabilidade das leis;⁸⁸ (2) a vedação a pré-efeitos dos atos normativos (ou seja, proíbe a produção de quaisquer efeitos jurídicos aos atos normativos ainda não estabelecidos legalmente ou vigentes); (3) **a proibição a produção de normas retroativas;**
- II) Na esfera dos atos da administração, pugna por uma estabilidade dos atos e decisões administrativas;
- III) No campo dos atos jurisdicionais, reflete-se na inalterabilidade da coisa julgada, bem como na conservação da estabilidade e da previsibilidade dos efeitos dos atos normativos pelos cidadãos.

Deste modo, a pós-modernidade jurídica e a conseqüente evolução doutrinária na ciência do direito acerca de tal temática promoveram uma ampliação na significação do Princípio da Segurança Jurídica, transitando-o dos termos positivistas de uma promessa de previsibilidade e verificabilidade do direito, para fazê-lo assumir feições mais elásticas e menos herméticas.

Nesse tom, assevera Sérgio Armanelli Gibson: “Se a evolução do conhecimento científico faz com que sejam dadas novas respostas às mesmas perguntas e problemas postos, assim também deve ser procedido com o Direito, sendo combatidas então as comportas da compreensão de segurança jurídica como classicamente era concebida, também nela sendo introduzida a noção de simples probabilidade”.⁸⁹

⁸⁶ CANOTILHO. Op. Cit., p. 257.

⁸⁷ As ilações supra delineadas lastreiam-se na doutrina do Professor J.J. Gomes Canotilho a respeito do tema. Para maior compreensão da matéria vide: CANOTILHO. Op. Cit., p. 258-267.

⁸⁸ Tal nomenclatura é adotada pelo Mestre Português J. J. Canotilho.

⁸⁹ GIBSON, Sérgio Armanelli. A ciência jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico administrativo e do princípio da legalidade administrativa. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**. Belo Horizonte, n° 93, Ano 8, p.62, nov. 2008.

A segurança jurídica desvencilha-se, desta maneira, da prisão ao legalismo estrito e da hermenêutica simplista e silogística, num processo de aplicação legal de mera subsunção mecanicista e avalorativa das normas jurídicas, para galgar novos rumos, balizada por uma orientação pluralística e multifacetada, onde prima-se essencialmente por uma segurança pautada na proteção da confiabilidade e na estabilidade do ordenamento e de todo o universo de relações jurídicas, assim como pela garantia dos direitos fundamentais já protegidos em determinada sociedade.

Deixa-se o legalismo apriorístico e parte-se para uma compreensão de molde subjetivo deste princípio jurídico, pautada na proteção da confiança legítima do cidadão no ordenamento jurídico e nos atos do Estado, emancipando-se de uma concepção de segurança jurídica fulcrada essencialmente na cláusula do legalismo teórico.

Nesse diapasão, o Princípio da Proibição à Contra-revolução Social emerge como um consectário lógico da idéia de Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança⁹⁰, na medida em que a própria noção de confiança vem a abarcar, como estudado, a noção de segurança social e pessoal. Isto porque, a noção de segurança social envolve necessariamente um certo grau de proteção dos direitos sociais (com destaque àqueles benefícios de cunho existencial) contra a ingerência dos órgãos estatais, bem como contra violações promovidas por particulares.⁹¹

O Princípio da Vedação ao Retrocesso manifesta-se, destarte, como um verdadeiro corolário do ideal e valor legal de segurança jurídica na efetivação dos direitos humanos (fundamentais).

Cumprê destacar, entretanto, que a segurança jurídica, albergada também no âmbito da proibição ao retrocesso, não pode ser entendida sob um prisma excessivamente estrito, tão pouco deve vir a significar previsibilidade dos atos estatais e a sua inalterabilidade. A segurança jurídica e o próprio Princípio da Vedação ao Retrocesso necessitam de uma realização jurídico-social sem excessos; devendo ter sempre por norte axiológico e limite concretizador a noção de dignidade da pessoa humana.⁹²

À respeito dos vetores delimitadores da aplicação da Proibição ao Retrocesso na realidade prática, o seu cotejo com alguns Princípios Jurídicos, bem como a diferenciação

⁹⁰ O Princípio da Proibição ao retrocesso tem nos Princípios da segurança jurídica e da Proteção da Confiança alguns dos fundamentos jurídicos principiológicos; assentando-se, entretanto, em diversos outros baldrames jurídico-ideológicos essenciais tais como o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

⁹¹ SARLET. *Algumas notas em torno (...)*. Op. Cit., p. 13.

⁹² SARLET. *Algumas notas em torno (...)*. Op. Cit., p. 14-15.

deste princípio de alguns outros fenômenos jurídicos viabilizadores da manutenção da noção de segurança jurídica passaremos a uma análise mais detida nos itens subseqüentes.

5. DISTINÇÃO ENTRE VEDAÇÃO AO RETROCESSO E PROTEÇÃO DO ATO JURÍDICO PERFEITO, DA COISA JULGADA E DOS DIREITOS ADQUIRIDOS.

A segurança jurídica é, como vimos há pouco, valores dos mais essenciais à Ciência Jurídica e princípio basilar da própria noção de Direito, não apenas no que tange a sua aplicação, mas também no diz respeito ao seu papel fundante e justificador das instituições sociais. Sendo, portanto, valor indissociável da noção de Dignidade Humana e imprescindível para a proteção e exercício dos direitos fundamentais do homem.

Nesse diapasão, assevera com precisão cirúrgica o Dr. Ingo W. Sarlet:

A estabilidade institucional (incluindo a estabilidade jurídica) é fundamental para o exercício dos direitos fundamentais do cidadão, na medida em que a dignidade humana não restará suficientemente respeitada e protegida onde as pessoas estejam expostas a tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas.⁹³

A proteção ao ideal de segurança jurídica manifesta-se, neste esteio, atuando a fim de proteger o sistema jurídico tanto das atuações estatais de caráter retroativo quanto daquelas de efeito retrocessivo.

Nesse sentido, importante distinção a ser feita é aquela atinente a diferenciação entre as garantias jurídicas frente às medidas estatais retroativas no campo dos direitos (quais sejam: o Direito Adquirido, a Coisa Julgada e o Ato Jurídico Perfeito, demais eventuais limitações aos atos de caráter retroativo⁹⁴), daquela assegurada pelo Princípio da

⁹³ SARLET. **A eficácia dos direitos fundamentais (...)**. *Op. Cit.*, p. 433 e seg..

⁹⁴ Faz-se importante ressaltar que todos estes fenômenos jurídicos garantidores da segurança jurídica e inviabilizadores das ações estatais/medidas do poder público de caráter retroativo, são também consideradas medidas que integram à **Proibição ao Retrocesso Lato Sensu** em algumas de suas dimensões. A este respeito vide: SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista Eletrônica de Direito do Estado. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade Da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador, nº 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012, p. 11.

Proibição ao Retrocesso Social *Strictu Sensu*, o qual garante a preservação dos direitos sociais contra medidas estatais com efeitos retrocessivos, mas que não têm caráter propriamente retroativo.

As medidas retrocessivas implicam, então, numa espécie de retrocesso jurídico-social sem atingir, entretanto, situações anteriores. Há, pois, nas medidas retrocessivas, por mais paradoxal que possa parecer à primeira vista, um retrocesso jurídico-social com efeitos prospectivos.⁹⁵

Inicialmente, estabelecer-se-á aqui o conceito e alcance do que seja a proteção ao *Direito Adquirido*.

A este respeito, o Professor De Plácido e Silva, preleciona com precisão “no sentido etimológico, a palavra adquirido é derivada de *acquisitus*, do verbo latino *acquirere* (adquirir, alcançar, obter).”⁹⁶

Para esse jurista, “adquirido quer dizer obtido, já conseguido, incorporado. Dessa forma, direito adquirido quer significar o direito que já incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo.”⁹⁷

Neste contexto, o direito adquirido pode ser interpretado como sinônimo de proibição da retroatividade das leis, buscando garantir assim ao cidadão a confiabilidade dos direitos, garantindo assim que situações e fatos pretéritos sejam atingidos por novas leis.

Nessa toada, mostra-se válida a clássica e elucidativa definição de Direito Adquirido do jurista e professor italiano Carlos Francesco GABBA, o qual conceitua ser direito adquirido:

(...) *todo direito que a) é consequência de um fato idôneo a produzi-lo em virtude da lei do tempo em que foi realizado e cuja ocasião de fazê-lo valer não se tenha apresentado antes da atuação de uma lei nova sobre o mesmo objeto; e que b) nos termos da lei sob o império da qual ocorreu entrou imediatamente no patrimônio de quem o adquiriu.*⁹⁸

⁹⁵ SARLET. *A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica* (...). *Op. Cit.*, p.12.

⁹⁶ SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed.. V.2. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 53.

⁹⁷ *Ibidem*.

⁹⁸ GABBA, Carlos Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi**. 3ª ed.. Torino: Torino Unione Tipografico Editrice, 1981, v.1, p. 191. Tradução livre de: “*ogni diritto che a) è conseguenza di un fatto idoneo a produrlo, in virtù della legge del tempoin cui il fatto venne compiuto, benchè l’occasione di farlo valere non siasi presentata prima dell’attuazione di una legge nuova intorno al medesimo, e che b) a termini*”

Ou seja, o Direito Adquirido é, então, o direito subjetivo lícito, concreto e líquido já incorporado de maneira definitiva ao patrimônio jurídico específico do seu titular, de acordo com a lei vigente àquela ocasião. Vale realçar que o não exercício daquele direito adquirido quando da vigência da lei anterior não implica na perda de tal direito.

A *Cosa Julgada*, por seu turno, consiste na irrecorribilidade da decisão judicial que já tenha transitado em julgado, ou seja, que não admite mais nenhum recurso.

Ela é um atributo fundamental da jurisdição em si e consiste na definitividade da resolução dos conflitos.

Este fenômeno visa dar segurança jurídica às decisões judiciais e evitar a perpetuação dos conflitos no tempo; protegendo, por conseguinte, a confiança do cidadão na eficácia da atuação do Estado Juiz. Sendo, por isso, uma exigência jurídica de ordem política, social e prática, vez que quebrando a situação de incerteza nas relações jurídicas, põe nelas um teor de definitibilidade e confiabilidade jurídica.

Uma vez tratar-se de definitibilidade conferida a decisão judicial em determinado caso jurídico específico, a *Cosa Julgada* tem por limite as questões por ela abrangidas e as quais acham-se decididas em sentença explícita ou implicitamente.

A *Cosa Julgada* poderá ser formal, quando a decisão for imutável dentro daquele mesmo processo em particular, sendo, contudo, passível de discussão em outra ação. Ou material, quando a decisão judicial for inalterável em qualquer processo judicial.

O *Ato Jurídico Perfeito*, por sua vez, é aquele ato já consumado, já realizado e acabado, segundo a lei vigente ao tempo que se efetuou. É, pois, ato imodificável e impassível de alteração seja por qualquer espécie legislativa, ainda que esteja sujeito a termo ou a condição.

Ele consagra, destarte, o princípio da segurança jurídica, pugnando pela certeza das relações jurídicas na sociedade, na medida em que preserva os fatos jurídicos devidamente constituídos na vigência da lei precedente; haja vista que uma nova lei projeta, em regra, os seus efeitos sobre os fatos jurídicos a esta adstrita que se manifestem posteriormente à sua vigência.

della legge sotto l'imperio della quale accade il fatto da cui trae origine, entrò immediatamente a far parte del patrimonio di chi lo ha acquistato."

Segundo as lições do eminente Mestre Pontes de Miranda, “o Ato Jurídico Perfeito é fato jurídico que seu momento-ponto no espaço tempo, - entrou em algum sistema jurídico em dado lugar e data.”.⁹⁹

Entende-se então que, ato jurídico perfeito é aquele que sob o regime de determinada lei viabiliza o nascimento pleno dos seus efeitos, desde que sejam cumpridos todos os seus requisitos.

A proteção da confiança e a segurança jurídica de modo geral não limitam-se, como já vislumbramos, às dimensões sumariamente referidas; vindo a abranger ainda diversos ideais de segurança jurídica e social, quadra em que a Proibição ao Retrocesso assume exponencial relevância.

Isto justifica-se na medida em que a dignidade da pessoa humana não requer apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo, mas abrange 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.

A fim de elucidar tal distinção, tome-se à título de exemplo de uma situação salvaguardada pelo Princípio da Proibição ao Retrocesso a qual não encontrar-se-ia protegida pelos fenômenos jurídicos supra-descritos, 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 extinguindo determinado direito social já realizado ou mesmo reduzindo o seu grau de proteção já concretizado, ainda que tal medida fosse tomada com efeitos meramente prospectivos. Circunstância esta que é vedada pela Proibição ao Retrocesso, garantindo assim a proteção dos ideais de segurança jurídica, da proteção da confiança e da Dignidade da Pessoa Humana, tão caros ao Direito como um todo.

Nessa toada, é que a Vedação ao Retrocesso emerge como um direito negativo ou de defesa, que se consubstancia no dever de que o Estado se abstenha de atentar contra os direitos sociais de caráter positivo já “fagocitados” pelo sistema jurídico de determinada sociedade, já incorporados ao patrimônio jurídico dos cidadãos.¹⁰⁰

⁹⁹ MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, 1953, v. 4, p. 114.

¹⁰⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

O Princípio da Proibição à Contra-revolução social veda, desta maneira, as atuações do poder estatal que visem pura e simplesmente subtrair (total ou parcialmente) supervenientemente o grau de realização já concedido à determinado direito social pelo legislador num dado sistema jurídico.

6. PROIBIÇÃO AO RETROCESSO, RESERVA DO POSSÍVEL E MÍNIMO EXISTENCIAL

Todos os direitos sociais têm a sua aplicabilidade imediata, seja no plano nacional no caso dos Estados Democráticos de Direito (por tratar-se de direitos fundamentais, sendo, portanto, a sua aplicabilidade uma imposição constitucional), quanto no plano internacional (por serem espécie do gênero direitos humanos).

Todavia, em que pese a aplicabilidade destas normas garantidoras dos direitos sociais, econômicos e culturais, o problema de sua efetivação é algo que fatalmente emerge – haja vista que alguns destes direitos sociais importam no dever de prestações sociais pelo Estado. Nesse caso, a efetivação dos direitos sociais, econômicos e culturais trazem à baila a questão da sua dependência da disponibilidade orçamentária do Estado, podendo daí se falar na questão da Reserva do Possível¹⁰¹.

O Princípio da Reserva do Possível é uma construção jurisprudencial do Tribunal Constitucional alemão, a qual foi posteriormente desenvolvida pela doutrina alemã, e tem por conceito a noção de que toda sociedade deveria delimitar à razoabilidade da exigência de determinadas prestações sociais, isto com o fito de impedir o uso dos recursos públicos disponíveis em favor daqueles indivíduos que deles não necessita. Alberga-se, pois, através desta concepção do supracitado princípio jurídico a promoção dos direitos sociais dentro dos parâmetros da razoabilidade, salvaguardando assim a concretização da justiça social e a realização do ideal de igualdade.

A Reserva do Possível assume, entretanto, uma nova conotação no âmbito do direito português e brasileiro, passando a ser um condicionador, um limitador da realização dos direitos sociais, econômicos e culturais.¹⁰² Partindo da premissa econômica de

¹⁰¹ Originalmente tal princípio é denominado como *Vorbehalt des Möglichen* no Direito Alemão.

¹⁰² CANOTILHO. *Op. Cit.*, p. 477-480.

infinitude das necessidades humanas e da escassez dos recursos, a idéia de Reserva do Possível passa a ser compreendida como um dever do Estado de diante das suas limitações orçamentárias promover um verdadeiro escalonamento de prioridades, pautado nos diversos graus de necessidades existentes.

A efetivação dos direitos sociais passa então a ser compreendida dentro de um perspectiva da Reserva do Possível, consubstanciando então o valor de que as necessidades devem ser atendidas de acordo com o seu grau de prioridade sócio-econômico. As necessidades prioritárias são, pois, aquelas condições ou exigências mínimas à garantir a vida condigna dos indivíduos.

Ou seja, faz-se indispensável seja garantida a proteção dos direitos sociais que asseguram o Mínimo Existencial. Nesse esteio, a aplicação da Reserva do Possível não poderá servir de álibi jurídico para a não concretização ou mesmo a deficiente realização dos direitos sociais fundamentais, quando estiver em causa a garantia do Mínimo Existencial.

O Mínimo Existencial consiste nas necessidades prioritárias, nas exigências mínimas imprescindíveis para que qualquer pessoa, desconsiderado o seu status social, goze de uma existência social condigna.

O renomado Nobel de Economia Dr. Amartya Sen vaticina com perspicácia e precisão a noção de que “o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdade que eliminam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente”.¹⁰³ Assim, a proteção do mínimo existencial através da garantia da proibição ao retrocesso implica não apenas não salvaguarda dos direitos humanos de caráter social e econômico, mas através deles garante-se, inclusive, a proteção dos direitos civis e políticos - os quais daqueles primeiros necessitam para que detenham plena capacidade de realização no contexto prático.

Neste esteio, ainda que a indisponibilidade financeira e orçamentária do Estado consubstancie, quando existente, uma barreira material à realização dos Direitos Humanos Sociais de caráter prestacional, tal alegação não é suficiente para elidir a obrigação do Estado e mesmo da sociedade de concretizar aqueles direitos sociais fundamentais indispensáveis à manutenção do Mínimo Existencial. Haja vista que tais direitos sociais uma vez já incorporados ao sistema jurídico de determinado país e uma vez tendo sido ele

¹⁰³ SEN. *Op. Cit.*

realizado caberá à sua sociedade (de acordo com o sistema tributário de cada Estado) contribuir para manutenção e garantia de tais direitos sociais essenciais pelo seu respectivo país.

Cabe, então, ao Poder Público Estatal gerir as verbas públicas de maneira a propiciar a máxima efetividade aos direitos sociais; principalmente daqueles mais essenciais tais como o direito à educação, à saúde, entre outros.

O Princípio da Vedação ao Retrocesso Social põe-se, assim, nesse contexto como um garantidor dos padrões sociais já alcançados por aquela sociedade. Sendo que diante das circunstâncias de limitação financeira e orçamentária do Estado este postulado jurídico deve primar pela garantia ao menos do mínimo existencial.

Nesse diapasão, há de se consignar que a aplicação do Princípio da Contra Revolução Social, quando dos momentos de crise financeira ou incapacidade orçamentária do Estado, deve ser lucidamente sopesado com o postulado jurídico da Reserva do Possível, a fim de garantir a realização de valores tão essenciais ao Direito, quais sejam: a Dignidade da Pessoa Humana, a Segurança Jurídica e a Proteção da Confiança Legítima.

7. A VEDAÇÃO AO RETROCESSO, SEPARAÇÃO DOS PODERES E A AUTONOMIA DO LEGISLADOR

A idéia da promoção da separação dos poderes do Estado remonta a Aristóteles; tendo sido desenvolvida, subseqüentemente, por John Locke.

É, entretanto, com Charles-Louis de Secondat (mais conhecido pelo seu título nobiliárquico de Barão de La Brède e *Montesquieu*) que a Separação dos Poderes é pensada de maneira mais estruturada e em moldes bastante similar ao modelo implantado pela maior parte dos regimes democráticos em todo o mundo.¹⁰⁴

¹⁰⁴ O modelo clássico de separação dos poderes proposto por Montesquieu não inclui o Poder Judiciário nominalmente, em que pese, compreenda em sua descrição a função judicante do Estado. A repartição de poderes proposta/identificada por ele é descrita na Segunda Parte, no Livro XI, da sua clássica obra *Do espírito das Leis*, nos seguintes termos:

“Existem em cada Estado três tipos de poder: o poder legislativo, o poder executivo das coisas que dependem dos direitos das gentes e o poder executivo daquelas que dependem do Direito Civil.

Com o primeiro, o príncipe ou o magistrado cria leis por um tempo ou para sempre e corrige e anula aquelas que foram feitas. Com o segundo ele faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, instaura a segurança, previne invasões. Com o terceiro, ele castiga os crimes ou julga as querelas entre os

O Princípio da Separação dos poderes emerge na obra de Montesquieu, num contexto histórico de extrema relevância, qual seja: a gênese do enfraquecimento e queda do Estado Absolutista na Europa e os primórdios da Revolução Francesa. Carrega, destarte, por este mesmo motivo, como conteúdo teleológico essencial a defesa dos valores da liberdade e da segurança *lato sensu* - compreendida aqui a segurança jurídica, social, proteção dos cidadãos frente aos abusos do Poder Estatal, entre outros aspectos.

Há, assim, no conteúdo deste princípio o objetivo de contenção do poder, com a finalidade precípua de, fragmentando-o, sejam eficazmente garantidos os ideais de liberdade e segurança.

A aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso pode suscitar a *prima facie* questões em torno do fato de que a concretização de tal vedação pelo poder judiciário poderia acabar por consubstanciar uma intervenção indevida daquele poder sobre o espaço constitucional de atuação do poder legislativo, vilipendiando assim os Princípios da Separação dos Poderes e da, conseqüente, Autonomia do Legislador.

Essa intelecção, entretanto, não mostra-se muito acertada quando parte-se de uma compreensão mais global da aplicação de tal princípio e do contexto jurídico-constitucional no qual insere-se tal panorama.

Basta lembrar que os Princípios da Separação dos Poderes e da Autonomia do Legislador são princípios constantes essencialmente de uma realidade onde haja a vigência de um Estado Democrático e Constitucional de Direito. Sob essa égide, portanto, o Poder Judiciário assume, para além da sua precípua função judicante, o papel de guardião-mor e intérprete da Carta Magna.

particulares. Chamaremos a este último poder de julgar e ao outro simplesmente poder executivo do Estado. (...)

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de Magistratura, o Poder Legislativo é reunido ao Executivo, não há liberdade. Porque pode temer-se que o mesmo Monarca ou mesmo o Senado faça leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o Poder de Julgar não estiver separado do Legislativo e do Executivo. Se estivesse junto com o Legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o Juiz seria o Legislador. Se estivesse junto com o Executivo, o Juiz poderia ter a força de um opressor.

Tudo estaria perdido se um mesmo homem, ou um mesmo corpo de principais ou nobres, ou do Povo, exercesse estes três poderes: o de fazer as leis; o de executar as resoluções públicas; e o de julgar os crimes ou as demandas dos particulares.”.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 167-168.

Nesse contexto, adotando um silogismo aristotélico simples¹⁰⁵, tendo como premissa maior a realidade de que a Carta Magna está no topo da pirâmide hierárquica das normas num Estado Democrático e Constitucional de Direito e, como premissa menor o fato de que uma omissão legiferante do Poder Legislativo pode ser, neste contexto, uma atuação inconstitucional omissiva. Destarte, conclui-se imperiosamente que, de igual modo, uma atuação do Estatal que revogue uma lei implementadora de direito social fundamental exigido pela constituição ou implique em tácita retrocessividade prática da realização de tal direito constitui-se, indubitavelmente, em inconstitucionalidade que deve ser sanada, em atenção à superioridade hierárquica normativa da Constituição. Pensar de modo diverso implicaria numa aquiescência a uma violação ao Direito Constitucional e ao valor de segurança jurídica que norteia todo o Direito.

Partindo deste pressuposto, a atuação do Poder Judiciário de vedar tal ato retrocessivo - e não apenas declarar a mora do legislador e notificá-lo para que aquele reconstitua o padrão sócio-jurídico já conquistado – não vem a extrapolar de qualquer maneira a Separação dos Poderes, tão pouco invadir a Autonomia do Legislador. Ao contrário, trata-se de manifestação legítima e devida do seu poder-dever enquanto guardião da Magna Carta e, por conseguinte, de todo o arcabouço jurídico estatal.

É nesse sentido, inclusive, posição reiterada do Tribunal Constitucional Português nos acórdãos 39/84 e 509/02, respectivamente, senão vejamos:

Quer isto dizer que a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para re-afirmar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa 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.¹⁰⁶

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. E essa harmonização implica que se distingam as situações.

¹⁰⁵ Silogismo (advém do grego antigo συλλογισμός, significando "conexão de idéias", "raciocínio") é um termo filosófico com o qual Aristóteles designou a argumentação lógica perfeita, constituída de três proposições declarativas (premissa maior, premissa menor e conclusão) que se conectam de tal modo que a partir das duas primeiras premissas é possível deduzir uma conclusão. A teoria do silogismo foi exposta por Aristóteles em seu texto filosófico "*Analíticos Anteriores*". Para um estudo acerca da temática vide: ARISTÓTELES. **Órganon**. 2ª ed.. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2010, 3º livro.

¹⁰⁶ PORTUGAL. Tribunal constitucional. **Acórdão n. 39/84**.

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 n.º 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 omissão¹⁰⁷

Outro contraponto eficaz a falsa concepção de que uma proibição do retrocesso poderia acabar por significar uma violação dos poderes perpassa por uma compreensão teleológica, hodierna e contextualizada, da própria concepção de Separação dos Poderes (e conseqüente autonomia do Poder Legislativo) proposta por Montesquieu.

Nesse diapasão, cumpre ressaltar que a proposição da separação dos poderes empreendida por Montesquieu colima a fragmentação do poder estatal em si e não uma divisão estanque e imobilizada de função. Haja vista que a função essencial de tal fragmentação é a contenção de abusos do poder Estado e a, conseqüente, promoção da liberdade e da segurança.

Nesta linha, inclusive, leciona o Professor Doutor Eugenio Raul Zaffaroni:

(...) as palavras de Montesquieu são muito mais claras se forem consideradas como provindas de um sociólogo e não como texto dogmático, porque parte ele do reconhecimento de um fenómeno humano que não pode ser esquecido na medida em que se conserve um mínimo de contacto com a realidade: todo poder induz ao abuso. (...)

Entendendo Montesquieu sociológica e politicamente – e não jurídica ou formalmente – não resta dúvida de que ele quer significar que o poder deve estar distribuído entre órgãos ou corpos, com capacidade de regerem-se de forma autónoma com relação a outros órgãos ou corpos, de modo que se elida a tendência ‘natural’ ao abuso.¹⁰⁸

Assim sendo, o que visa este princípio não é apenas impor limites ao Poder Executivo conferindo total liberdade de atuação ao legislador ou mesmo do julgador, mas, ao contrário, pugna por uma limitação da atuação dos poderes aplicável a todos as suas três manifestações (funções). Sendo, deste modo, evidente a pertinência de uma limitação do espectro de disponibilidade do legislativo quando duma atuação retrocessiva deste em matéria de direitos sociais, a fim de que sejam garantidos os baldrames jurídicos preceituados pela Constituição. Cabendo, pois, ao Poder Judiciário, enquanto aplicador do

¹⁰⁷ PORTUGAL. Tribunal constitucional. **Acórdão n. 509/02.**

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raul. Poder judiciário: crises, acertos e desacertos. Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 81-82.

direito e guardião maior da Carta Constitucional, desempenhar tal apreciação e proceder eventual atuação protetiva dos Direitos Sociais Fundamentais.

Não há, desse modo, que se falar em violação à Separação do Poderes ou mesmo em vilipendiamento da Autonomia do Legislador em decorrência da aplicação do Princípio da Proibição ao retrocesso frente a atos procedentes do Poder Legislativo. É este, inclusive, o posicionamento doutrinário largamente majoritário.

8. PRINCÍPIOS JURÍDICOS NORTEADORES DA APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO

8.1. O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

A aplicação do Princípio da Vedação ao Retrocesso requer do julgador uma avaliação sistemática entre o ordenamento jurídico, a realidade dada e os princípios e valores consentâneos à normatividade cabível num determinado caso concreto, com o intuito de estabelecer quais princípios e valores devam ser privilegiados, tendo sempre por escopo a realização da mais perfeita justiça.

A fim de solucionar conflitos e incompatibilidades entre valores e princípios aplicáveis na realidade emerge o Princípio da Proporcionalidade como critério hábil a valorar e sopesar dentre os valores envolvidos, aquele que por variados critérios deva preponderar no caso concreto.

Imprescindível faz-se destacar que o Princípio da Proporcionalidade destrincha-se em três outros subprincípios que conduzem o seu emprego jurídico na realidade casuística apresentada, são eles:

- a) *Adequação*: expressa a idéia de que a eleição do princípio jurídico que deve preponderar na realidade empírica, bem como a avaliação de em qual medida o valor jurídico (o direito) albergado por determinada norma deve ser protegido, deverá ser condizente com a finalidade almejada por tal sistema jurídico;
- b) *Necessidade*: significa que deve-se optar pelo meio menos gravoso, quando para atingir-se o resultado colimado pela norma houverem dois ou mais critérios ou possibilidades;

- c) *Proporcionalidade em Sentido Estrito*: apregoa a idéia de que deve haver a necessária correspondência entre o meio utilizado e o fim ambicionado.

A proporcionalidade em sentido estrito deve, então, compreender a ponderação dos vários bens, princípios, valores, direitos e interesses envolvidos (inclusive os interesses pessoais dos titulares dos direitos fundamentais restringidos), em que a promoção de um não pode provocar a aniquilação de outro.¹⁰⁹

O aplicador do direito promoverá desta maneira, por meio do critério da proporcionalidade, a avaliação dos valores e princípios aplicáveis ao caso, fundado numa contextualização social, econômica e histórica da realidade vigente; estando, por isso, cativo a um cenário hermenêutico delimitável.

O Princípio da Proporcionalidade, nesse diapasão, funciona como critério para a aplicação da Proibição ao Retrocesso, contribuindo, assim, para a concomitante preservação e para uma implementação harmônica da segurança jurídica, da proibição ao retrocesso e a garantia ao mínimo existencial frente à reserva do possível e a manutenção da autonomia do poder legiferante.

8.2. PONDERAÇÃO DE VALORES

Intimamente associada às idéias de proporcionalidade e harmonização como meios de delimitar o cenário decisório no âmbito do cotejo entre o Princípio da Vedação ao Retrocesso e a reserva do Possível - na busca pela posição mais adequada, com a utilização dos meios necessários e correspondentemente proporcionais a solução do caso concreto - nasce a necessidade de uma ponderação ou pesagem dos valores em jogo em determinada circunstância fática.

O princípio da ponderação dos valores, também apontado por parte da doutrina como uma técnica, consiste no sopesamento dos valores e princípios jurídicos em jogo conforme a hierarquia axiológica destes.

¹⁰⁹ ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009, p. 162 e 175.

No direito Constitucional Alemão a ponderação de valores ocupa posição de proeminência na busca pela solução adequada ao caso e é tido como um aspecto daquilo que é exigido pelo próprio princípio da proporcionalidade.

A pesagem de valores ganha especial destaque quando da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais sociais na realidade prática, por conta da acentuada abertura a amplitude hermenêutica possibilitada por estes; fazendo surgir assim a necessidade de uma motivação suficientemente qualificada e clara por parte do magistrado, sob pena de violação do dever constitucional de fundamentação de todas as decisões e conseqüente nulidade.

Parcela extensa da doutrina, capitaneada por Habermas¹¹⁰, acredita que a aplicação do método da ponderação no caso concreto pelo magistrado pela amplitude e discricionariedade envolvidas em tal método poderá resultar na corporificação de arbítrios por parte do juiz ou na concretização das suas convicções pessoais.

A fim de mitigar tal subjetivismo, a própria doutrina tem estabelecido critérios racionais para a aplicação deste princípio ou técnica, possibilitando assim parâmetros de previsibilidade e, por conseguinte, outorgando segurança jurídica a este processo hermenêutico.

Com este desiderato, Ana Paula de Barcellos, estabelece algumas exigências ou critérios, com o fito de contribuir para a redução do risco de arbitrariedades e voluntarismos no uso da ponderação, são eles:

- (i) Demonstrar a vinculação das diferentes pretensões e interesses em jogo a enunciados normativos; (ii) justificar a relevância atribuída aos fatos; (iii) empregar exclusivamente argumentos que possam transitar livremente no espaço público; (iv) preservar, na medida do possível, a integridade dos enunciados em conflito; e (v) fundamentar a possibilidade de universalização da decisão apurada.¹¹¹

Nesse diapasão, oportuna faz-se a lição do Dr. Robert Alexy ao delinear quais os estágios e critérios que devem ser percorridos para a adequada aplicação do Princípio da Ponderação. Preleciona ele:

Para saber o que a ponderação é, é preciso entrar na sua estrutura. A Lei da Ponderação mostra que a ponderação pode ser subdividida em três estágios. O primeiro estágio envolve estabelecer o grau de não-satisfação de, ou interferência

¹¹⁰ HABERMAS, Jürgen. Direito e democracia: entre Facticidade e Validade, Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. V.1 e V.2, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, p. 252-267.

¹¹¹ BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005, p. 307.

em, um primeiro princípio. Esse estágio é seguido por um segundo em que é estabelecida a importância de se satisfazer o princípio concorrente. Finalmente, no terceiro estágio, é estabelecido se a importância de se satisfazer o último princípio justifica a interferência ou não-satisfação do primeiro. Se não for possível realizar juízos racionais sobre, primeiro, a intensidade de interferência, segundo, os graus de importância, e, terceiro, a relação entre uma e outro, então as objeções levantadas por Habermas estarão justificadas. Tudo gira, assim, em torno da possibilidade de se fazer tais juízos racionais.¹¹²

Alexy chega, inclusive, a estabelecer uma Fórmula de Ponderação, visando objetivar a aplicação deste método hermenêutico, delineando “coeficientes” representativos dos critérios e premissas colocados por ele como necessários para uma aplicação apropriada da pesagem de valores no caso concreto.

Luciano Felix do Amaral e Silva aborda em excelente apanhado os critérios que têm sido estabelecidos pela doutrina para o racionalismo e delimitação na aplicação dessa pesagem de valores, asseverando:

A ponderação, associada à observância do princípio da legalidade, à presença marcante da razoabilidade e do dever de motivação suficiente do ato decisório, especialmente no tocante às razões de preponderância de determinados princípios e valores em relação a outros, são os pontos de apoio contra os perigos da arbitrariedade e o temor de um ambiente *jurídico* inseguro e instável. (*Grifo nosso*).¹¹³

A Ponderação estampa-se, então, como outra importante técnica/princípio jurídico hábil a concretizar a busca pela garantia e realização do Princípio da Vedação ao Retrocesso em um cotejo harmônico com os demais princípios, valores e interesses que permeiam invariavelmente a realidade jurídica, social e econômica de cada Estado.

Princípio de grande valia e merecedor de destaque quando da utilização da Lei da Ponderação é o da Razoabilidade. Este postulado jurídico apresenta grande relevância a fim de evitar, quando da concreção, realização e proteção contra a retrocessão dos direitos sociais fundamentais, soluções arbitrárias e subjetivistas por parte do magistrado.

¹¹² ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. In: SARMENTO, Daniel (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.297.

¹¹³ SILVA, Luciano Felix do Amaral e. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato: normas abertas versus segurança jurídica. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, nº 37, Ano 10, jan.- mar. 2009, p. 139.

8.3. O PRINCÍPIO DA RAZOABILIDADE

O Princípio da Razoabilidade apresenta-se, assim como o Princípio da Proporcionalidade, além do próprio Princípio da Dignidade da Pessoa Humana, como um importante balizador e norteador da aplicação do *Efeito Cliquet* (ou *Entrenchment*), tendo em vista o fato de que a razoabilidade constitui-se em um postulado orientador da aplicação de outros princípios ou normas jurídicas.

Esse postulado jurídico está intimamente relacionado aos princípios da finalidade, da legalidade e da justiça. Ele consubstancia a idéia de equilíbrio e sensatez na interpretação e aplicação dos princípios e normas.

Segundo as lições do professor Doutor Humberto Ávila¹¹⁴, a razoabilidade manifesta-se em três troncos, acepções ou subprincípios. Preleciona este renomado mestre que a compreensão completa da razoabilidade importa em entendê-la como *equidade*, como *congruência* e como *equivalência*.

A razoabilidade enquanto equidade¹¹⁵ exige a harmonização da circunstância particular com norma geral. No caso da aplicação do princípio da proibição ao retrocesso há de se verificar se a atuação estatal de caráter retrocessivo em específico importa em uma violação aos parâmetros basilares dos direitos sociais fundamentais defendidos por aquele determinado sistema jurídico.

A razoabilidade como congruência¹¹⁶ importa na verificação da harmonização das normas com as suas condições externas de aplicação. Neste caso, importa verificar se a atuação retrocessiva do poder público que vem a afrontar um direito social fundamental apresenta um suporte sócio-econômico e/ou político que a justifique suficientemente, bem como verificando a existência ou não de congruência entre a medida adotada e a realidade empírica que a motivou.

A razoabilidade enquanto equivalência,¹¹⁷ por sua vez, exige uma relação entre a medida adotada e o critério que a dimensiona. Aqui há de se avaliar, no que tange a uma aplicação deste sub-princípio no estudo em tela, se os critérios e dimensões sob os quais o Princípio da Proibição ao Retrocesso deverá ser aplicado implica em algum tipo de

¹¹⁴ ÁVILA. *Op. Cit.*, p. 153-162.

¹¹⁵ *Ibidem.*

¹¹⁶ *Ibidem.*

¹¹⁷ *Ibidem.*

retrocesso no âmbito dos direitos sociais fundamentais, a fim de guerrear ante conduta de cunho socialmente retrocessiva tomada pelo poder público.

Propugna, pois, este princípio pela busca por parte do operador do direito de uma solução jurídica que prime pelo equilíbrio dos valores e enunciados conflitantes, dentre aqueles consentâneos a resolução daquela realidade empírica apresentada, visando o fortalecimento e unidade do sistema, abduzindo, ainda que parcialmente, o risco de uma utilização excessiva e não parcimoniosa do Princípio da Proibição ao Retrocesso.

Assim sendo, remata-se que a utilização dos Princípios da Dignidade da Pessoa Humana, da Proporcionalidade e do Princípio da Razoabilidade estampam-se como soluções hábeis a contribuir na definição de parâmetros jurídicos quando da aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social; pugnando pela garantia do direito social fundamental já implementado naquela dada sociedade (naquele dado sistema jurídico) frente às limitações orçamentárias do Estado e a conseqüente aplicação da reserva do possível no caso concreto.

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NO ÂMBITO INTERNACIONAL E OS SEUS FUNDAMENTOS

1. CONSIDERAÇÕES PRELIMINARES

Assentados os fundamentos para uma compreensão do Princípio da Proibição ao Retrocesso, bem como vislumbradas as multifacetadas inter-relações jurídicas empreendidas por este no contexto da sua aplicação na realidade sócio-jurídica Estatal; adentrar-se-á no presente capítulo no estudo necessidade prática da incorporação do Princípio da Vedação ao Retrocesso na seara internacionalista; os moldes de sua aplicação no âmbito do direito internacional; os fundamentos jurídicos, econômicos e filosóficos para tal inserção; e, por derradeiro, eventuais contextos e mecanismos jurídicos através dos quais tal princípio jurídico pode ser (ou já vem sendo) implementado na órbita internacional.

2. A GLOBALIZAÇÃO, AS CRISES ECONÔMICAS, OS RETROCESSOS SOCIAIS E A ACENTUAÇÃO DAS DESIGUALDADES

O progresso científico e tecnológico - com destaque a tecnologia da informação e aos avanços e barateamento dos custos na seara dos transportes -, a intensificação das relações comerciais, e a reestruturação da comunidade internacional após a II Guerra Mundial formaram as bases de um novo macrocontexto político-econômico global.

Nesse cenário, os intercâmbios comerciais, a internacionalização dos capitais financeiros, e a interconexão política e econômica entre os Estados aprofundaram-se. Tal fenômeno foi acompanhado pelo movimento de abertura dos mercados, pela diminuição das distâncias econômicas, assim como pela integração da produção e do consumo entre as nações. Culminando, então, num vivo processo de aproximação e interdependência

econômica, política e social entre os entes Estatais, ao qual convencionou-se denominar Globalização¹¹⁸.

A sociedade contemporânea globalizada é marcada pela diversidade de sistemas culturais, jurídicos e até mesmo de valores religiosos. Vive-se um contexto de uma permanente relacionamento entre culturas e povos.

Esse movimento de globalização inaugurado em seus primórdios pelas grandes navegações, assentado quando da Revolução Industrial e consolidado com o apogeu da Revolução Tecnológica atualmente vivida, construiu um macro universo amplamente heterogêneo, em que pese intimamente interligado; fazendo nascer o que convencionou-se designar uma verdadeira “aldeia global”.

Nesse contexto, em que pese as diferenças culturais, sociais, conjunturais e estruturais experimentadas pelos diferentes Estados e Nações ao redor do globo, a realidade interconectada forjada pela globalização une todos os países do globo de maneira interdependente em torno do interesse comum do desenvolvimento econômico e social.

De mais a mais, o sistema econômico capitalista, apesar da potencialização na dinâmica produtiva e do fomento a inovação por ele produzido, demonstrou ao longo dos séculos a sua incapacidade de quando conduzido livremente pelas mãos invisíveis do mercado em produzir uma realidade social digna.

O desenvolvimento do capitalismo em suas etapas (capitalismo comercial, capitalismo industrial, capitalismo financeiro e, como já sugerem alguns teóricos, capitalismo da informação/conhecimento) aprofundou as desigualdades sociais e ocasionou ao redor do mundo inúmeras mazelas e uma intensa carnificina social.¹¹⁹

¹¹⁸ Para um estudo crítico acerca da Globalização e a sua dimensão econômica, vide: CAMPOS, Luís; e CANAVEZES, Sara. **Introdução à Globalização.** Disponível em: <[http://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2468/1/Introdu% c3% a7% c3% a3o% 20% c3% a0% 20Globaliza %c3% a7% c3% a3o.pdf](http://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2468/1/Introdu%c3%a7%c3%a3o%20%c3%a0%20Globaliza%c3%a7%c3%a3o.pdf)>. Acessado em: 03/06/2013; p.p. 22-62.

¹¹⁹ Realizando uma interessante retratação da realidade das condições de trabalho e de vida dos trabalhadores no mundo subdesenvolvido ainda nos dias atuais, narra-nos Leslie T. Chang: *“Workers slept twelve to a room in bunks crowded near the toilets; the rooms were dirty and they smelled bad. The food in the canteen was bad, too: A meal consisted of Rice, one meat or vegetable dish, and soup, and the soup was watery. A day on the assembly line stretched from eight in the morning until midnight – thirteen hours on the job plus two breaks for meals – and workers labored every day for weeks on end. Sometimes on a Saturday afternoon they had no overtime, which was their only break. The workers made four hundred yuan a month – the equivalent of fifty dollars.”*. (CHANG, T. L. **Factory Girls: From Village to City in a Changing China.** New York: Spiegel & Grau, 2009, p. 5.).

Ademais, a emersão do neoliberalismo fez ressurgir a preponderância das idéias liberais no mundo sob novas formas e respaldadas sob novas perspectivas, a fim de contextualizar as doutrinas do liberalismo clássico do século XIX.

As idéias defendidas pelo Prêmio Nobel F. A. Hayek¹²⁰ em seu livro “O Caminho da Servidão” (1944) e a revitalização da escola monetarista capitaneada por Milton Friedman (a partir da década de 1960) começam a ganhar corpo na seara política a partir da década de 1970 com os governos de Margareth Thatcher, na Inglaterra e de Ronald Reagan, nos Estados Unidos.

A partir de, então, o mundo ingressou numa progressiva liberalização econômica, dos mercados; numa crescente desregulamentação dos mercados e fortalecimento do setor privado.

O Estado abraça uma virada paradigmática do Estado-Social interventor para assumir progressivamente um caráter de Estado Minimalista e Regulador. Fenômeno esse que manifestou-se em diferentes proporções e sob diferentes matizes nas diversas nações ao redor do globo.

Em que pese a diversidade de intensidade com que manifestou-se nos diversos países do mundo capitalista, o neoliberalismo acelerou, indubitavelmente, o processo de globalização e interdependência dos Estados, mitigou as fronteiras do capital e do comércio internacional, bem como redesenhou a divisão internacional do trabalho e, por conseguinte, aprofundou os aspectos sistêmico e integrado da economia mundial, ampliando assim a potencialidade dos seus efeitos danosos, tanto para os mercados quanto para a sociedade.

O capitalismo neoliberal contemporâneo (de escala global) escancarou, para além das clássicas desigualdades sociais internas dos países (forjadas pelas más condições de vida e pela má distribuição de renda inerente ao próprio sistema capitalista), a novel desigualdade entre as nações; ampliando o alcance destas desigualdades e reformulando até mesmo a própria maneira de lidar com o capital.

¹²⁰ Friedrich von Hayek e Ludwig von Mises são considerados os propositores e principais estruturadores da base filosófica e econômica da chamada *Escola Austríaca*, nos finais do século XIX. A Escola Austríaca sustenta o pensamento econômico que enfatiza o poder de organização espontânea do mecanismo de preços; e compreende ser a liberdade econômica um suporte básico da liberdade individual. Acerca das bases do pensamento neoliberal proposto pela Escola Austríaca vide: HAYEK, Friedrich August von. **O Caminho da Servidão**. 6ªed.. Tradução por: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010.

Dessa maneira, a desigualdade econômica e social dos indivíduos erigida pelo capitalismo ampliou-se ainda mais na realidade contemporânea, alcançando escalas antes inimagináveis, consubstanciando-se em verdadeiro agente criador e motivador de crises econômicas.

Nesse diapasão, assevera o Prêmio Nobel Joseph Stiglitz, em seu best-seller “The Price of Inequality”, a respeito de como o incremento da desigualdade social precede invariavelmente os períodos de crise econômica, senão vejamos:

It is perhaps no accident that this crisis, like the Great Depression, was preceded by large increases of inequality: when money is concentrated at the top of society, the average American's spending is limited, or at least that would be the case in the absence of some artificial prop, which, in the years before the crisis, came in the form of a housing bubble fueled by Fed policies. The housing bubble created a consumption boom that gave the appearance that everything was fine. But as we soon learned, it was only a temporary palliative.¹²¹

A desigualdade sócio-econômica capitalista apresenta, para além dos problemas a ela inerentes, um custo econômico, jurídico e social elevadíssimo na medida em que potencializa e alastra os seus efeitos; principalmente quando estes efeitos econômico-sociais cominam em períodos de crises econômicas e financeiras.

Diante deste panorama, as crises econômico-financeiras emergem como realidade recorrente do capitalismo. Com o fenômeno da globalização e da internacionalização da economia e do capital, estas crises assumem aspectos cíclicos e ampliam sobremaneira os deletérios efeitos sociais a elas preexistentes.

Outrossim, o alargamento, a desregulação e a ausência de supervisão dos mercados no âmbito internacional, desencadeados com o fim do Sistema de Bretton Woods e a globalização econômica, promoveram a emersão de um mercado financeiro ainda mais complexo e sistemicamente interconectado.

Esse novo cenário contribuiu para a instabilidade e a ocorrência cíclica de crises no setor financeiro, as quais caracterizam-se neste novo contexto pelo seu caráter sistêmico e pelo seu alto poder de contágio.

Confirmando tal constatação, estudos realizados apontam que ocorreram entre 1973 e 1997, 95 (noventa e cinco) crises financeiras nas economias de países emergentes e 44 (quarenta e quatro) nos países desenvolvidos. O Banco Mundial, por sua vez, em seu

¹²¹ STIGLITZ, Joseph E. **The Price of Inequality**. New York and London: W. W. Norton & Company, 2013, p. 106.

Relatório “Finance for Growth” exarado em 2001, estimou a ocorrência de 112 (cento e doze) crises bancárias sistêmicas em 93 (noventa e três) países, entre 1970 e 2000.¹²²

É nesse contexto, que tem-se observado de tempos em tempos um efetivo e cíclico retrocesso dos ganhos sociais arduamente conquistados ao longo da história dos direitos do homem.

Assiste-se, então, ao efetivo retrocesso social em detrimento das proteções e valores jurídicos, em uma elucidativa prevalência dos interesses do capital em detrimento da salvaguarda dos direitos sociais dos indivíduos; em que muitas vezes o direito e o Estado passam a atuar muito mais a serviço do capital e da garantia dos interesses das elites financeiras e não dos indivíduos.

A própria crise econômico-financeira mundial iniciada em 2008 é prova cabal de tal preponderância irracional dos interesses do capital e do mercado em detrimento da proteção dos direitos sociais e dos interesses do Estado.

Nesse sentido, basta mencionar, como exemplo, o caso europeu, onde enquanto os países em crise econômica do continente encontram-se a realizar um duro programa de austeridade (com diversos cortes e arrochos salariais, redução das condições de acesso a direitos sociais básicos, demissões públicas em massa, incremento na política fiscal, entre outras medidas), a conviver com taxas excepcionais de desemprego e a assistir um incremento exponencial das suas *dívidas soberanas*, verifica-se, por outro lado, que foi aprovado pelos parlamentos nacionais dos Estados-membros da União Européia (UE), entre 2008 a outubro de 2011, o emprego de um total de € 4.5 trilhões (ou seja, cerca 36,7% do PIB da UE) em auxílios estatais voltados à garantia de passivos bancários com vencimentos de até 5 (cinco) anos, bem como em operações de recapitalização e em medidas de apoio aos ativos das instituições bancárias.¹²³

¹²² SILVA, Paulo Roberto. **Origem e Desenvolvimento do Sistema Financeiro Internacional: do Padrão-ouro à Crise de 2008.** Acesso em: 04/06/2013. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=12301>; p. 91-95.

¹²³ O Relatório Final do *Grupo de Peritos de Alto Nível sobre a reforma da estrutura do sector bancário da EU* apresentam dados estarrecedores a respeito das cifras monumentais que vêm sendo empregadas no resgate e proteção do setor bancário na União Européia, senão vejamos:

“Between 2008 and October 2011, the national parliaments of the Member States committed in total to €4.5trillion (36.7% of EU GDP) of state aid measures, the majority of which in the form of guarantees on bank liabilities with maturities up to 5 years.

Parliamentary approved amounts of state aid in the period 10/2008-10/2011 in the EU:

In terms of actually used state aid (as opposed to approved by the respective parliaments), the overall amount during October 2008 and end 2010 amounts to €409 billion for recapitalisations and asset relief measures, plus €1.2 trillion for guarantees and other liquidity measures. The amounts of state aid actually

Noutro giro, em decorrência da ampliação da velocidade e montante do fluxo de informações, bem assim como a conseqüente diminuição das distancias entre os diversos povos – fenômenos estes encetados pela Globalização –, produziu-se uma acentuada aproximação dos diversos povos não apenas na seara econômica, mas também no âmbito político e cultural.

A União Européia desponta, neste cenário, como expressão mor deste processo de interação política e jurídica dos Estados, através da comunitarização entre países.

É diante deste panorama que se tem assistido no continente europeu um fluxo de verdadeira supranacionalização do direito na órbita européia, com uma conseqüente partilha do poder constituinte pelos cidadãos dos Estados Constituintes¹²⁴; principalmente após a égide da União Européia, com o advento do Tratado de Lisboa.¹²⁵ Há mesmo aqui uma repaginação do conceito clássico de soberania, para abrir espaço ao que a doutrina convencionou denominar *soberania partilhada*.¹²⁶

Essa nova realidade de maior integração no campo político e jurídico desenhada na União Européia tem sido vivenciada em maior ou em menor grau e intensidade por diversas nações do globo, tornando-as, assim, cada vez mais interligadas e interdependentes entre si.

granted during the crisis have been concentrated in a few Member States and a limited number of institutions, even though the effects of direct aid have indirectly benefited the banking sector at large. It is noteworthy that a number of European banks that did not receive explicit state aid from their own national governments still benefited from other state support. For example, US authorities paid out significant amounts to settle exposures of its financial institutions, including most prominently AIG.”

Vide: EUROPEAN UNION. **High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector - Final Report**. Chaired by Erkki Liikanen. Brussels, October 2012, p. 21.

¹²⁴ Neste sentido vide, por todos: HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012, p. 69-71.

¹²⁵ O Tratado de Lisboa foi celebrado em outubro de 2007, passando a vigorar, no entanto, apenas a partir de dezembro de 2009. Este tratado promoveu diversas alterações nos antigos Tratados da União e das Comunidades, com o escopo de completar o processo de integração iniciado e de robustecer a eficiência e a legitimidade democrática da União.

O supramencionado tratado empreendeu, deveras, uma verdadeira reforma nas estruturas da União Européia, fundando as bases jurídicas e institucionais na qual esta se sedimenta hodiernamente; sem alterar, contudo, os alicerces da arquitetura institucional da União. Ele edificou o funcionamento da União Européia com fulcro nos princípios democráticos da igualdade democrática, da democracia representativa e da democracia participativa, apontando assim para uma Europa mais transparente e democrática. A este respeito vide: UNIÃO EUROPÉIA. **Tratado de Lisboa: Instituições eficientes e modernas**. Disponível em: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/institutions/index_pt.htm. Acessado em: 03/04/2013.

UNIÃO EUROPÉIA. **Uma Europa mais transparente e democrática**. Disponível em: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/democracy/index_pt.htm. Acessado em: 03/04/2013.

¹²⁶ Acerca da idéia de Soberania Partilhada e de sua função como critério para os requisitos de legitimação da União Européia, vide: HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição (...)**. *Op. Cit*, p. 99-114.

Diante desta conjuntura, os danos aos direitos sociais gerados pelas crises econômico-financeiras potencializam-se ainda mais e tomam proporções deletérias incomensuráveis.

Depara-se ainda diante de uma fatídica fragilidade e ineficiência do poder e controle estatal diante do poder do capital internacional; redundando na ampliação do retrocesso social efetivo quando no tempo de crises.

Não bastasse isso, o caráter sistêmico e complexificado assumido pela economia nesta nova ordem mundial globalizada torna os sistemas jurídicos nacionais muitas vezes ineficientes na defesa e garantia dos seus Standards Sociais básicos, e faz nascer a necessidade de uma solução internacionalizada eficaz que logre garantir os interesses humanos e tutelar os direitos sociais. São exemplos claros desta realidade na contemporaneidade, como supracitado, as diversas perdas sociais ocasionadas em vários países europeus em decorrência da atual crise econômica mundial.¹²⁷

Ante essa conjuntura, essa realidade de vilipendiamento às conquistas sociais e econômicas, marcada por inúmeros retrocessos sociais e danos à renda e a qualidade de vida da população global, em decorrência das diversas crises ocorridas têm sido recorrentes no último século. Elas têm ocasionado prejuízos sociais muito mais amplos do que se pode imaginar. A título de exemplo, vale referir que dados econômicos apontam que as perdas nos padrões salariais ocorridas em decorrência da Crise Econômica de 1929 não foram restabelecidos até os dias atuais.¹²⁸

A importância de uma atuação internacional em torno de uma efetiva garantia dos Direitos Sociais conquistados resta, destarte, evidenciada, ante o fato que são mais do que nunca as regras internacionais que governam o mundo na era da globalização. Nesse sentido, inclusive, advoga eloquentemente o festejado economista Joseph Stiglitz:

In these and other developing countries, changes in inequality are related to international rules of the game that are beyond the control of individual countries. And here, too, it is politics, not just economics, that matters; *it is the international rules that govern globalization*. When those rules allow rich countries to subsidize their rich farmers, global agricultural prices are depressed, and many of the poorest in the poor countries, those working in a agriculture, suffer. When countries in advanced industrial countries fail to regulate their banks adequately and to manage their macroeconomies well, the developing countries and emerging markets often suffer from the collateral damage. And it

¹²⁷ Basta referir, v.g., neste sentido os cortes salariais e no Sistema de Segurança Social ocorridos em Portugal e na Espanha em decorrência da última crise econômica mundial.

¹²⁸STIGLITZ, Joseph E. **The Price of Inequality**. *Op. Cit.*, p. XXX.

is typically the poorest in these countries who suffer the most. As this book goes to press, it appears that this is once again happening, with the global slowdown, which began with America's financial crisis, now being worsened by euro crisis.¹²⁹

De mais a mais, as desigualdades econômicas e sociais (as quais são infladas com a retrocessão na defesa e garantia dos direitos sociais) constituem um óbice não apenas ao desenvolvimento, mas também ao próprio crescimento econômico mundial - como bem logrou demonstrar o supracitado Prêmio Nobel de Economia: *“One of the main messages of this book is that our economy, our democracy, and our society would benefit from reducing inequality and increasing equality of opportunity.”*¹³⁰

Cria-se, assim, um fenômeno cíclico, de desproteção aos Direitos Sociais, que importa no aprofundamento da desigualdade e a conseqüente queda no crescimento econômico, a qual tem refletido invariavelmente, na conjuntura político-jurídica global atual, em atuações econômicas que implicam em flagrantes retrocessos na proteção de direitos sociais já implementados e, portanto, em mais descobertura jurídico-social; reiniciando assim este pernicioso ciclo, que é apenas quebrado por periódicos e momentâneos fôlegos de desenvolvimento.

Neste diapasão, esta deficiência na atuação estatal em prol da proteção ao retrocesso tem implicado numa falha no dever de segurança do Estado (dever este mais caro e essencial ao Estado no âmbito jurídico), violando ainda a Proteção da Confiança Legítima do Cidadão, assim como consubstanciando uma afronta direta ao Princípio da Dignidade da Pessoa Humana.

Ante o panorama supra-descrito, urge a busca por uma solução internacional que logre efetivamente proteger as conquistas obtidas no campo dos Direitos Sociais Fundamentais, frente às danosas atuações retrocessivas (e muitas vezes retroativas) que estes vêm, invariavelmente, sofrendo de maneira cíclica ao longo da história recente da humanidade.

À vista disso, é acerca da viabilidade de tal medida, da sua fundamentação jurídico-filosófica e econômica, bem como sobre os mecanismos e estruturas na seara do direito internacional que podem ser utilizados para a realização de tal desiderato que buscará centrar-se este estudo dissertativo nas páginas ulteriores.

¹²⁹ *ibidem*.

¹³⁰ *Idem*, p. XXXIV.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS, ECONÔMICOS E FILOSÓFICOS DA APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO AO RETROCESSO NO ÂMBITO DO DIREITO INTERNACIONAL

3.1. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

A idéia da aplicação do princípio da Proibição ao Retrocesso no âmbito do direito internacional manifesta sua viabilidade por diversos fundamentos; encontrando respaldo não apenas no arcabouço jurídico internacional (haja vista vários diplomas jurídicos internacionais e regionais preverem a aplicação do Princípio da Progressividade ou da Progressiva realização dos Direitos Humanos em seu bojo), mas também em diversas evidências teórico-econômicas e filosóficas amplamente aceitas e reconhecidas pela comunidade jurídica, científico-econômica, filosófica e política hodierna.

O princípio da proibição ao retrocesso social aparece no cenário do direito internacional no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, através da formulação do Princípio da Progressividade e não retrocesso dos direitos humanos.

Já na Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1938 restou consignado, em seu artigo 30, o preceito de que: “Nenhuma disposição da presente Declaração pode ser interpretada como o reconhecimento a qualquer Estado, grupo ou pessoa, do direito de exercer qualquer atividade ou praticar qualquer ato *destinado à destruição de quaisquer direitos e liberdades aqui estabelecidos.*”¹³¹

Subseqüentemente, o Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) concedeu mais amplos delineamentos ao Princípio da Progressividade e não retrocesso dos Direitos Humanos, ao estabelecer em seu artigo 2º, §1ª que: “*Cada Estado Parte do presente Pacto compromete-se a adotar medidas, tanto por esforço próprio como pela assistência e cooperação internacionais, principalmente nos planos econômico e técnico, até o máximo de seus recursos disponíveis, que visem a assegurar, progressivamente, por todos os meios apropriados, o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto, incluindo, em particular, a adoção de medidas legislativas.*”¹³²

¹³¹ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.**

¹³² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 27/05/2014.

Esse mesmo Pacto estabeleceu ainda em seu artigo 5º, §2º que: *“Não se admitirá qualquer restrição ou suspensão dos direitos humanos fundamentais reconhecidos ou vigentes em qualquer país em virtude de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconheça ou os reconheça em menor grau”*.¹³³ Patenteando, assim, de forma veemente o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Não bastasse isso, o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais contempla em seu artigo 5º, §1º o Princípio da Proibição ao Retrocesso no campo interpretativo, preceituando que: *“Nenhuma das disposições do presente Pacto poderá ser interpretada no sentido de reconhecer a um Estado, grupo ou indivíduo qualquer direito de dedicar-se a quaisquer atividades ou de praticar quaisquer atos que tenham por objetivo destruir os direitos ou liberdades reconhecidos no presente Pacto ou impor-lhe limitações mais amplas do que aquelas nele previstas.”*.¹³⁴

De igual modo, a Convenção Americana sobre os Direitos Humanos de 1969 (mais conhecida como Pacto de San José da Costa Rica), prevê em seu artigo 29 Princípio da Proibição ao Retrocesso também no campo interpretativo, nos seguintes termos:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo; e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.¹³⁵

A Convenção Americana prevê ainda em seu artigo 26 o Princípio da Progressividade ou da Progressiva efetivação dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, declarando que:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente

¹³³ *Ibidem.*

¹³⁴ *Ibidem.*

¹³⁵ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 27/05/2014.

econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Além disso, o princípio da progressividade da proteção da pessoa humana e da proibição a contra-revolução social é ainda expressamente previsto na Convenção contra a Tortura, em seu artigo 1.1; pelo artigo 41 Convenção sobre os Direitos da Criança; bem como nos diplomas internacionais de Proteção aos Direitos Humanos de Teerã (1968) e de Viena (1993).

Como pode-se vislumbrar a partir de um rápido passeio pelos diplomas jurídicos internacionais voltados à proteção e defesa dos Direitos Humanos, há uma amplo leque de previsões normativas acerca da aplicação e uso do Princípio da Vedação ao Retrocesso e da Progressividade na seara do Direito Internacional dos Direitos Humanos.

Há, destarte, uma expressa consagração do ideal de vedar a contra-revolução social no âmbito dos Direitos Humanos, inclusivamente (e com destaque) para os Direitos Humanos de cunho Social, Econômico e Cultural.

Estes pactos e tratados estabelecem verdadeiras obrigações internacionais para os seus Estados signatários.

Neste esteio, tratam-se esses, pois, de direitos sociais acionáveis e reivindicáveis¹³⁶, não apenas através dos clássicos modelos de incorporação normativa por meio dos Estados e, posterior, exigência da efetiva implementação desses por meios dos poderes judiciários nacionais, mas podendo estes ser diretamente reivindicados e exigidos também por intermédio de mecanismos do direito internacional da União/ Comunitário. Sendo, destarte, perfeitamente legítima e possível o controle e a efetivação do Princípio da Vedação ao Retrocesso dos Direitos Sociais (*lato sensu*) por intermédio de mecanismos e instrumentos de Direito Internacional – como será exposto e sustentado no próximo capítulo.

Nesse diapasão, por intermédio de uma efetivação e realização do Princípio da Vedação ao retrocesso por meio de mecanismos diretos de direito internacional, amplia-se

¹³⁶ A Professora Dra. Flávia Piovesan enfatiza o fato de que: “A idéia da não acionabilidade dos direitos sociais é meramente ideológica e não científica. São eles autênticos e verdadeiros direitos fundamentais, acionáveis, exigíveis e demandam séria e responsável observância. Por isso, devem ser reivindicados como direitos e não como caridade, generosidade ou compaixão.” (PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais*. **Revista Gênese**. Curitiba, nº 118, outubro de 2002, p. 512-528.).

assim a eficácia e capacidade de proteção dos Direitos Humanos Sociais, uma vez que não sendo estas regras de caráter cogente observadas pelos Estados Partes dos supracitados tratados, caberá ao direito internacional numa última *ratio* garantir a realização e não retrocessividade de tais direitos. Logrando, destarte, a preservação dos valores e princípios tão caros ao direito, quais sejam: a Dignidade da Pessoa Humana, a garantia da Segurança Jurídica, Proteção da Confiança Legítima dos Cidadãos; assegurando, assim, a garantia do ideal máximo de JUSTIÇA!

3.2. FUNDAMENTOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E FILOSÓFICOS

Transbordando a ampla legitimidade garantida ao Princípio da Vedação ao Retrocesso pelos próprios diplomas e tratados que compõem o arcabouço jurídico do Direito Internacional dos Direitos Humanos, a aplicação do *Efeito Cliquet* (ou Catraca) encontrada dilatado respaldo filosófico e econômico para a sua implementação.

Ora, diante da carnificina social perpetrada pelos moldes capitalistas contemporâneos e em face da reiterada e crescente vilipendiação dos Direitos Sociais em todo o mundo, a aplicação efetiva da Cláusula da Vedação ao Retrocesso na órbita internacional estampa-se, ao menos, como um dos meios possíveis de se galgar a garantia do Mínimo Existencial à todo cidadão – num busca pelo efetivo respeito à Dignidade da Pessoa Humana.

Isto porque, como lucidamente vaticina um dos mais expressivos e importantes pensadores da teoria econômica hodierna, o Professor Dr. Amartya Sen, o próprio processo de crescimento econômico e desenvolvimento da economia mundial perpassa por um processo de alargamento das liberdades reais.¹³⁷

Nesse mesmo tom, pugna ainda este ilustre mestre¹³⁸:

O desenvolvimento requer a eliminação das principais fontes de privações: da pobreza como da tirania, da míngua de oportunidades econômicas como da sistemática da privação social, da incúria dos serviços públicos como da intolerância e prepotência dos Estados repressivos. Apesar do aumento sem

¹³⁷ SEN. *Op. Cit.*, p. 19.

¹³⁸ *Idem*, p. 20.

precedentes da riqueza global, o mundo contemporâneo recusa as liberdades elementares a grande quantidade – talvez mesmo a maior parte – das pessoas.

Nesse diapasão, a salvaguarda dos direitos sociais fundamentais apresenta-se não apenas como instrumento de realização do Princípio da Dignidade Humana, mas, para além disso, como ingrediente de importância incomensurável para o alcance de um crescimento e de um desenvolvimento econômico efetivo.

O Nobel Amartya Sen pontua tal compreensão sócio-econômica de maneira elucidativa ao lecionar que “*o que as pessoas podem efetivamente realizar é influenciado pelas oportunidades econômicas, pelas liberdades políticas, pelos poderes sociais e por essas condições de possibilidade que são a boa saúde, a educação básica e o incentivo e estímulo às suas iniciativas.*”¹³⁹

Arremata ainda este ilustre economista ao indicar taxativamente as espécies básicas de direitos (ou *liberdades*, segunda a sua conceituação) consideradas por ele indispensáveis à promoção da potencialidade genérica de um indivíduo e, por conseguinte, essenciais ao fomento do desenvolvimento. Estas liberdades podem ser divididas em cinco espécies, quando analisadas sob uma perspectiva instrumental, a saber: a) as liberdades políticas; b) as disponibilidades econômicas; c) as oportunidades sociais; d) as garantias da transparência; e, por derradeiro, e) a proteção da segurança.¹⁴⁰

Vislumbra-se, por conseguinte, que a proteção dos Direitos Sociais Fundamentais cumpre excelente e indispensável contributo à promoção das potencialidades dos indivíduos, assim como ao desenvolvimento econômico e social. Isto porque, a proibição do retrocesso social protege a um só turno: i) o ideal de segurança; ii) funciona como instrumento a assegurar a garantia do mínimo existencial de disponibilidades econômicas; iii) afiança a manutenção de um patamar, ainda que mínimo, das oportunidades sociais, sendo estas uma vez promovidas pelo estado; iv) bem como, viabiliza pela própria garantia das condições e direitos sociais fundamentais a realização efetiva das liberdades políticas.

Noutro giro, há de se considerar ainda o *custo econômico efetivo* à Economia Mundial gerado pela acentuação das desigualdades e a conseqüente redução de oportunidades, ocasionados pela supressão ou mesmo pela diminuição dos padrões estabelecidos pelos direitos fundamentais sociais

¹³⁹ *Idem*, p. 21.

¹⁴⁰ *Idem*, p. 26.

A este respeito, emergem como indispensáveis as reflexões econômicas do Nobel da Economia Joseph E. Stiglitz.

Este festejado economista assevera explicitamente o fato de que não apenas a economia, mas a democracia e toda a sociedade seria beneficiada com a redução das desigualdades.¹⁴¹

O Dr. Stiglitz ao aprofundar no estudo da temática da desigualdade no quadro do capitalismo atual desconstrói o que é, segundo a sua concepção, um sem número de falácias econômicas.

Nesse sentido, ele classifica o capitalismo selvagem neoliberal como um “*negative-sum game*”, na medida em que os ganhos aferidos pelos vencedores (o capital financeiro) são imensamente menores que as perdas sofridas pelos perdedores (a sociedade).¹⁴²

Continua ele afirmando que capitalismo moderno tornou-se um complexo jogo onde a elite capitalista tem se permitido a jogar da forma que for necessária para alcançar os seus próprios interesses, buscando abertamente tirar todo tipo de vantagens, inclusive em face dos mais pobres; e aceitando jogar até mesmo de forma desonesta quando necessário.¹⁴³

Em meio a estas análises em que ele adentra numa severa crítica a política da austeridade e defender uma política de estímulos (contra-cíclica),¹⁴⁴ haja vista entender aquela como um mito e uma falácia econômica, utilizada com o fito de garantir os interesses do capital.¹⁴⁵ Esta constatação econômica conceitual e política por ele realizada não encontra qualquer dificuldade para achar respaldo fático; basta analisarmos, v.g., a realidades de aportes trilionários que vem sendo efetuado pelos Estados nos bancos, em meio a uma severa política de austeridade que vem sido implementada em varias nações do globo, e tem alcançado contornos acentuados nos países europeus em crise – circunstancia esta já previamente abordada neste estudo.

¹⁴¹ STIGLITZ. *Op. Cit.*, p. xxxiii-xxv.

¹⁴² STIGLITZ. *Op. Cit.*, p. 41-43.

¹⁴³ STIGLITZ. *Op. Cit.*, p. 45-48.

¹⁴⁴ A este respeito emite incisiva crítica o Dr. Joseph Stiglitz: “*What’s striking is how many people – pundits and ordinary citizens alike, those in the government and those outside – have been seduced by the myth of austerity and the myth that the government budget is like a household’s budget. Many people have been captured by a subtle, parallel argument that the Right makes about macroeconomics: There was a stimulus. The economy didn’t get better. It even got worse. Ergo, the stimulus didn’t work. But the stimulus did work; it prevent the unemployment rate from being even higher.*”. (STIGLITZ. *Op. Cit.*, p. 296).

¹⁴⁵ STIGLITZ. *Op. Cit.*, p. 288-297.

Toda esta análise e compreensão macroeconômica cancelam ainda mais a importância da aplicação eficaz do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social, haja vista ser este um importante instrumento da manutenção dos direitos sociais elementares e, portanto, de redução da desigualdade.

Não bastasse tudo isso, sob prisma filosófico, o Princípio da Proibição à Contra-revolução Social obtém respaldo não apenas na concepção clássica de justiça e dignidade kantiana, encontrando abrigo também na contemporânea e festejada teoria de Justiça Rawlsiana.

O paradigma Rawlsiano de justiça, fundado numa concepção antropocêntrica de mundo e lastreando-se no construtivismo kantiano, parte de uma pré-compreensão da *justiça enquanto equidade*; e assenta a sua teoria de justiça, essencialmente, em três postulados básicos, são eles: a) o Princípio da Liberdade Igual; b) o Princípio da Oportunidade Justa; c) o Princípio da Diferença.¹⁴⁶

Pelo Princípio da Liberdade Igual, a teoria rawlsiana defende que a sociedade deve assegurar aos indivíduos um grau máximo de liberdade, o qual seja compatível com uma liberdade igual para todos.¹⁴⁷

O Princípio da Oportunidade Justa, por sua vez, preceitua que as desigualdades econômicas e sociais devem ser ordenadas de tal modo que disponibilizem posições e postos sociais que sejam acessíveis à todos em condições de justa igualdade de oportunidades.¹⁴⁸

O Princípio ou sub-princípio da Diferença, por seu turno, estabelece que a sociedade deve promover uma distribuição equitativa da riqueza, excetuando-se aquelas circunstâncias onde a existência de desigualdades econômicas e sociais gerem maiores benefícios aos menos favorecidos.¹⁴⁹

Logo, partindo desta brevíssima compreensão dos meandros do paradigma de justiça construído pelo renomado filósofo John Rawls, o Princípio da Vedação ao Retrocesso assenta-se, ainda, como um instrumento viabilizador da justiça rawlsiana, uma vez que logra assegurar a manutenção dos ganhos e direitos sociais fundamentais dos indivíduos; os quais consubstanciam-se como baldrames sócio-econômicos mínimos

¹⁴⁶ RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3ªed.. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2008, p. 65-141.

¹⁴⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

indispensáveis à viabilização da realização dos ideais de Liberdade Igual e Oportunidade Justa preconizados por esta teoria filosófica.

Por fim, uma vez assentados os fundamentos jurídicos, econômicos, sociais e filosóficos legitimadores e motivadores da realização de uma implementação efetiva da Vedação ao Retrocesso no cenário internacional, adentrar-se-á no capítulo subsequente na análise prática dos meios, cenários e instrumentos jurídicos disponíveis no Direito Internacional e/ou Supranacional hábeis a instrumentalizar a concretização do Princípio da Proibição ao Retrocesso na órbita internacional.

MECANISMOS E INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO POSTULADO JURÍDICO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA SEARA INTERNACIONAL

1. VEDAÇÃO AO RETROCESSO E SISTEMAS DE DIREITOS HUMANOS

O estudo dos meios de efetivação do Princípio da Proibição ao Retrocesso no Direito Internacional perpassa necessariamente pelos mecanismos de sua fiscalização, aplicação e acionabilidade no âmbito do Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos (*Lato Sensu*).

Nesse sentido faz-se imperiosa a realização duma breve subdivisão.

O Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos numa compreensão abrangente vem a enquadrar todos os diplomas, estruturas e mecanismos voltados à proteção e defesa dos direitos humanos – incluídos aí os mecanismos de Proteção de Direitos Humanos das Nações Unidas e os Sistemas Regionais de Direitos Humanos.

Por outro lado, o que aqui consignaremos designar por Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos (*Stricto Sensu*) vem a ser a proteção dos Direitos Humanos por órgãos da Organização das Nações Unidas (ONU), também designado *Charter-based System*. Não trata-se este, no entanto, de um verdadeiro sistema de proteção dos Direitos Humanos, tão pouco conta este com um procedimento judicializado cogente de proteção aos Direitos do Homem – distintamente do que ocorre nos Sistemas Regionais de Direitos do Homem.

Os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos Humanos são essencialmente três, quais sejam: a) Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos; b) Sistema Europeu de Proteção dos Direitos Humanos; e c) Sistema Africano de Proteção dos Direitos Humanos.

Entretanto, por não ser este o foco central deste trabalho dissertativo, não será realizada uma abordagem aprofundada acerca da estrutura dos Sistemas de Proteção dos Direitos Humanos. De igual modo, e por semelhante motivo, analisar-se-á neste estudo, no que tange aos Sistemas Regionais de Proteção dos Direitos Humanos, apenas a aplicabilidade da Vedação ao Retrocesso no âmbito dos sistemas interamericano e europeu,

por serem estes aqueles mais desenvolvidos, no campo jurisprudencial e técnico, no deslinde da temática da proteção dos Direitos Humanos.

Ainda dentro desta perspectiva, centrar-se-á o foco deste estudo naqueles órgãos, dentre os vários existentes no âmago de cada um destes sistemas protetivos dos direitos do homem, que detenham uma maior capacidade efetiva de sediar uma discussão jurídica sobre a aplicação ou não do Princípio da Proibição ao Retrocesso na realidade empírica e a respeito desta emitir uma decisão com efetivo potencial implementação.

1.1. SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS

Por ser o setor do direito internacional diretamente afeto ao Princípio da Proibição ao Retrocesso, além do fato de ser mesmo nos diplomas jurídicos internacionais de Direitos Humanos que o supracitado princípio encontra-se multiplamente preceituado, resta imprescindível a análise da aplicação da Vedação ao Retrocesso neste âmbito.

Todavia, em decorrência da incapacidade sancionadora e de uma efetiva judicialização cogente, peculiar a este sistema protetivo, ele ainda não logra deter um mecanismo que tenha capacidade substancial de aplicação imperativa da Vedação ao Retrocesso no Direito Internacional. Apesar de dispor, no entanto, de mecanismos de avaliação e julgamento, onde poderão, eventualmente, vir a ser discutidas e decididas questões atinentes a aplicação do Princípio da Contra-revolução Social por intermédio do mecanismo judicial que dispõe – como verificar-se-á a seguir.

No âmbito da Organização das Nações Unidas diversos são os órgãos (entre comitês, conselhos e demais entidades) com competência em matéria de proteção dos Direitos do Homem.

A fim de realizar um sucinto elenco dos órgãos que compõem a estrutura desse Sistema de Proteção lançar-se-á mão das concisas e precisas lições do Professor Dr. Jorge Miranda. Acerca da temática preleciona ele:¹⁵⁰

¹⁵⁰ MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. 3ªed.. Cascais: Principia, 2008, p. 296-297.

Os órgãos com competência no domínio dos Direitos do Homem dividem-se em dois grandes grupos, quais sejam: i) aqueles órgãos previstos na carta das nações Unidas; e ii) aqueles previstos fora de tal carta.

São órgãos previstos na Carta das Nações Unidas com competência na esfera dos Direitos do Homem: a) o Conselho Econômico e Social; b) o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas (em substituição à antiga Comissão dos Direitos Humanos); c) a Assembléia Geral, tendo o Alto Comissário para os Refugiados como um dos seus órgãos); d) o Tribunal Internacional de Justiça.

São órgãos previstos fora da Carta das Nações Unidas: a) o Comitê de Direitos do Homem (previsto pelo Pacto de Direitos Cívicos e Políticos); b) o Comitê de Direitos Econômicos e Sociais; c) diversos comitês especiais.

Entretanto, como prenunciado anteriormente, a fim de realizar um recorte temático que guarde pertinência com o foco deste estudo, será estudada apenas (ainda que de maneira breve) a função da Corte Internacional de Justiça no que se refere a sua participação em questões que versem sobre os Direitos Humanos.

O Tribunal Internacional de Justiça (TIJ)¹⁵¹ (também conhecido como Corte Internacional de Haia) é o principal órgão judiciário da Organização das Nações Unidas. Tem por função precípua a solução de litígios jurídicos a ele submetidos pelos Estados, assim como emitir pareceres sobre questões jurídicas apresentadas pelo Conselho de Segurança das Nações Unidas, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, ou por órgãos e agências especializadas acreditadas pela Assembléia da ONU, de acordo com a Carta das Nações Unidas.

Nessa toada, o TIJ pode ser chamado a decidir, como órgão jurisdicional que o é, questões entre Estados atinentes a direitos humanos, ou mesmo emitir pareceres a este respeito – nos termos dos artigos 92 e seguintes da Carta das Nações Unidas¹⁵².

Nesse sentido, em que pese a inexistência prática de um caso concreto neste sentido, o Princípio da Vedação ao Retrocesso poderia, perfeitamente, vir a ser alegado em eventual processo ou parecer que versem sobre os direitos humanos sociais proferidos pela Corte Internacional de Haia.

¹⁵¹ ESPÓSITO, Carlos D.. **La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia**. Madrid: McGraw-Hill, 1996, p. 23-40.

¹⁵² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 27/05/2014.

Essa discussão poderia vir a ser travada no caso em que uma eventual ação retroativa ou retrocessiva de Direitos Sociais perpetrados por um Estado possam a vir a ocasionar efeitos lesivos a uma segundo país – haja vista a jurisdição litigiosa da Corte Internacional de Justiça restringir-se à solução de controvérsias entre Estados.

Esta seara do Direito Internacional carece, entretanto, de maior desenvolvimento no que tange a aquisição de um potencial sancionador real para que os Direitos do Homem ganhem as “garras” necessárias para que possam, não apenas serem discutidos, mas fazerem-se valer, efetiva e diretamente, na esfera do Sistema de Proteção dos Direitos Humanos das Nações Unidas.

1.2. SISTEMAS REGIONAIS DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

Diversamente dos Mecanismos de Proteção dos Direitos Humanos dos órgãos das Nações Unidas, os Sistemas Regionais de Direitos Humanos contam com um sistema judicializado e cogente de proteção dos Direitos Humanos.

Os Sistemas Regionais de Proteção aos Direitos do Homem visam a internacionalização dos direitos humanos no plano regional, mais particularmente na Europa, na América e em África.¹⁵³

Os Sistemas Regionais e Global dos Direitos Humanos formam um conjunto complementar de instrumentos jurídicos voltados à proteção dos direitos do homem.¹⁵⁴

1.2.1. SISTEMA EUROPEU DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O Sistema Regional Europeu de Proteção dos Direitos Humanos tem sua origem na Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, a qual foi adotada novembro de 1950 e entrou em vigor em 03 de setembro de 1953.¹⁵⁵

¹⁵³ PIOVESAN. **Direitos Humanos e Justiça (...)** *Op. cit.*, p. 93.

¹⁵⁴ *Idem*, p. 99.

¹⁵⁵ *Idem*, p. 109.

O catálogo de Direitos da Convenção Européia restringe-se essencialmente à cobertura dos direitos civis e políticos, não prevendo qualquer cláusula social, haja vista tenha sido criada sob o alento do ideário democrático liberal e individualista, valor então dominante na Europa Ocidental. Os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, emergiram, posteriormente, neste cenário com o advento e adoção da Carta Social Européia.¹⁵⁶

Nesse contexto, há de se destacar o fato de que, enquanto a Convenção Européia de Direitos Humanos (direitos civis e políticos) conta 47 (quarenta e sete) Estados-membros, a Carta Social Européia tem apenas 27 (vinte e sete) estados-membros.

A referida Carta Social abrange em seu espectro de proteção aqueles direitos atinentes ao trabalho, às liberdades sindicais, o direito à saúde e à segurança social.

No que diz respeito aos seus instrumentos jurídicos previsto pela Carta Social Européia em prol da defesa dos direitos por ela protegidos, os únicos previstos neste sentido são os informes periódicos a serem elaborados pelos Estados-partes acerca da aplicação dos direitos enunciados em tal diploma.

O Sistema Europeu de Direitos Humanos conta hodiernamente com uma Corte Européia de Direitos Humanos, sendo que a submissão a sua jurisdição é prevista (desde o advento do Protocolo n. 11) como cláusula obrigatória de aplicação automática.¹⁵⁷

A Corte dispõe de um número de juízes equivalente ao número de Estados-membros da Convenção (nos termos do artigo 20 da Convenção Européia); sendo, portanto, 47 (quarenta e sete) o seu número atual de magistrados.

A Corte detém competência consultiva e contenciosa. Sendo que, no domínio da sua competência contenciosa, as decisões deste Tribunal têm natureza declaratória e são juridicamente vinculantes.

No plano de sua competência contenciosa qualquer pessoa, grupo de pessoas ou organização não governamental (ONG), conforme prevê o artigo 34 da Convenção, pode submeter diretamente a apreciação da corte Européia de Direitos do Homem denúncias de violação por algum dos Estados-membros – desde que cumpridos os requisitos de admissibilidade.¹⁵⁸

¹⁵⁶ *Idem*, p. 111.

¹⁵⁷ *Idem*, p. 117.

¹⁵⁸ O artigo 35 da Convenção Européia Direitos Humanos prevê os seguintes requisitos de admissibilidade: “1. O Tribunal só pode ser solicitado a conhecer de um assunto depois de esgotadas todas as vias de recurso

Em que pese a ainda não bem consolidada Proteção dos Direitos Sociais no plano Europeu tem-se assistido, contudo, um franco desenvolvimento na proteção destes direitos, de forma indireta e reflexa, pela Corte Européia. Tal incremento na aplicação dos direitos sociais na seara da Corte Européia de Direitos Humanos tem sido realizado por este Tribunal tendo por fundamento e argumento jurídico central a proteção dos Direitos Civis á vida, à privacidade e à vida familiar (art. 8º da Convenção Européia de Direitos Humanos).¹⁵⁹

Dois casos paradigmáticos, nesta toada, são os casos *Lopez Ostra vs. Espanha*¹⁶⁰ e o *Taskin vs. Turquia*¹⁶¹. Ambos os casos versam acerca da violação ao direito à saúde por atos poluidores perpetrados por empresas particulares contra indivíduos. A Corte Européia de Direitos Humanos concedeu, nos casos em tela, uma tutela indireta ao direito social à preservação e cuidado à saúde do cidadão.

Tais decisões foram fundamentadas, todavia, lastreada em direitos civis com espectro de proteção contígua aqueles valores protegidos pelo direito social em causa.

Isto justifica-se diante da ausência, até o momento, da possibilidade de discussões judicializadas com fulcro direto nos direitos sociais no âmbito do Sistema Europeu de Direitos Humanos, por ausência de previsão normativa expressa para tanto.

Esses julgados sinalizam, no entanto, o caminho em direção à defesa ativa dos direitos sociais que vem sendo trilhado pela Corte Européia de Direitos Humanos.

Neste sentido, abre-se o caminho para a abertura de uma querela jurídica que gire em torno da supressão de direitos pelo Estado, ocasionados por uma atuação retrocessiva deste; ou mesmo a busca, por via judicial, da concretização de um direito social devido que

internas, em conformidade com os princípios de direito internacional geralmente reconhecidos e num prazo de seis meses a contar da data da decisão interna definitiva.

2. O Tribunal não conhecerá de qualquer petição individual formulada em aplicação do disposto no artigo 34º se tal petição: a) For anónima; b) For, no essencial, idêntica a uma petição anteriormente examinada pelo Tribunal ou já submetida a outra instância internacional de inquérito ou de decisão e não contiver factos novos. 3. O Tribunal declarará a inadmissibilidade de qualquer petição individual formulada nos termos do artigo 34º sempre que considerar que: a) A petição é incompatível com o disposto na Convenção ou nos seus Protocolos, é manifestamente mal fundada ou tem carácter abusivo; ou b) O autor da petição não sofreu qualquer prejuízo significativo, salvo se o respeito pelos direitos do homem garantidos na Convenção e nos respectivos Protocolos exigir uma apreciação da petição quanto ao fundo e contanto que não se rejeite, por esse motivo, qualquer questão que não tenha sido devidamente apreciada por um tribunal interno. 4. O Tribunal rejeitará qualquer petição que considere inadmissível nos termos do presente artigo. O Tribunal poderá decidir nestes termos em qualquer momento do processo.”.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Européia de Direitos do Homem**. Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 27/05/2014.

¹⁵⁹ PIOVESAN. **Direitos Humanos e Justiça (...)** *Op. cit.*, p. 180-183.

¹⁶⁰ Caso nº 16.798/90, j. 09-12-1994.

¹⁶¹ Caso nº 46.117/99, j. 10-11-1004.

não venha sendo prestado, ou mesmo venha sendo insuficientemente prestado por determinado Estado.

Pavimenta-se, assim, a via jurídica para uma possível discussão e realização do Princípio da Progressiva Aplicação dos Direitos Sociais e da Proibição ao Retrocesso. É este, inclusive, o caminho que já vem sendo trilhado pelo Corte Interamericana de Direitos Humanos, como se verificará adiante.

1.2.2. SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS

O *Sistema Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos* (SIPDH) é, dentre as vias do direito internacional já hodiernamente utilizadas para o debate e garantia da Vedação ao Retrocesso Social na seara internacional, aquele que detém maior grau de efetividade. Sendo ainda aquele que mais largamente debruçou-se na análise e julgamento de casos atinentes ou relacionados a esta temática.

O Sistema Interamericano é marcado por um contexto social e histórico bem peculiar, haja vista que aplica-se numa região socialmente marcada por uma profunda desigualdade e exclusão social. Estando, além disso, imerso num contexto histórico de uma maciça transição de muitos dos seus Estados-membros, na história recente (depois da metade do último século), de regimes ditatoriais para regimes democráticos.¹⁶²

A convenção basilar do Sistema Interamericano de Direitos Humanos é a Convenção Americana de Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica, a qual foi aprovada em 1969 e entrou em vigor no ano de 1978.¹⁶³

O SIPDH é formado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos (Comissão ou CIDH) e pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte), órgãos especializados da Organização dos Estados Americanos (OEA).

A CIDH é composta por sete peritos escolhidos por escrutínio pela Assembléia Geral Organização dos Estados Americanos da OEA. Tem por função precípua a promoção e a defesa dos direitos humanos no continente americano.¹⁶⁴

¹⁶² PIOVESAN. **Direitos Humanos e Justiça (...)** *Op. cit.*, p. 131.

¹⁶³ HEINTZE, Hans-Joachim. *Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos. Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais*. Sven Peterke (Org.). Brasília: ESMPU, 2009, p. 68-69.

À Comissão Interamericana de Direitos Humanos compete a investigação dos casos de violação dos direitos humanos; a recepção¹⁶⁵ e apreciação prévia de petições individuais atinentes a violação aos direitos humanos; bem como é a destinatária das queixas facultativas dos Estados nos casos de procedimentos intergovernamentais.

A comissão não apenas faz o juízo de admissibilidade de um recurso, como também aprecia o seu mérito. A partir daí ela pode realizar colheita de informações, auditorias e até investigações junto ao governo do Estado participante da questão.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos, por sua vez, é formada por sete juízes eleitos, para um período de seis anos, por escrutínio secreto pela Assembleia Geral Organização dos Estados Americanos da OEA. Sendo possível aos magistrados eleitos apenas uma recondução.

À Corte Interamericana compete a decisão definitiva das controvérsias em matéria de Direitos Humanos submetidas à sua apreciação por intermédio da Comissão. As decisões da Corte detêm competência decisiva e caráter vinculativo em relação aos Estados que tenham ratificado o seu Tratado e declarado expressamente submissão à sua jurisdição.

A Convenção Americana de Direitos Humanos contém, como já aludido neste estudo, a previsão da aplicação do Princípio da Progressividade em seu art. 26 e estabelece o Princípio da Proibição ao Retrocesso no campo interpretativo em seu art. 29.

O Protocolo de San Salvador (1988), por sua vez, é o diploma jurídico que abrange mais especificamente a proteção dos direitos econômicos, sociais e culturais.

O Princípio da Progressividade dos Direitos Sociais é expressamente preceituado no art. 1º de tal Protocolo.

O Protocolo de San Salvador abraça a concepção de interdependência e indivisibilidade dos direitos humanos em suas múltiplas dimensões. E contempla em seu bojo a proteção dos direitos sociais ao trabalho, às liberdades sindicais, o direito à saúde, à previdência social, à cultura, educação, entre outros.

O referido Protocolo prevê ainda o Direito de Petição, para apreciação da Comissão e da Corte Interamericana, sobre matérias que envolvam os direitos sociais por ele albergados.

¹⁶⁴ *Idem*, p. 71.

¹⁶⁵ Acerca do juízo de admissibilidade das petições há de se destacar os seguintes requisitos: i) o esgotamento dos recursos internos; b) a conformidade daquela com os princípios universais reconhecidos do direito internacional público; c) período superior a seis meses da decisão nacional ter sido tomada.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos tem, por seu turno, adotado uma interpretação dinâmica e evolutiva na defesa dos direitos sócias em sua jurisprudência; fundando a sua posição jurisprudencial enérgica na noção de indivisibilidade e interdependência dos Direitos Humanos nas diversas dimensões.

A Corte Interamericana apresenta quatro casos paradigmáticos no que tange a aplicação do Princípio da Progressividade e não retrocesso, são eles: *Yakye Axa vs. Paraguai*¹⁶⁶; *Xákmok Kásek vs. Paraguai*¹⁶⁷; *Niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana*¹⁶⁸; *Acevedo Bundía Y otros (“Cesantes y Jubilados de la Cotraloría) vs. Peru*¹⁶⁹.

Para comentar apenas um deles, há de se destacar que a Corte Interamericana, no caso *Acevedo Bundía Y otros (“Cesantes y Jubilados de la Cotraloría) vs. Peru* condenou o Peru pela violação aos Direito de Proteção Judicial e por violação ao caráter de progressividade que deve ser assegurado aos direitos humanos.

O caso versa sobre o descumprimento pelo Estado Peruano da decisão judicial que assegurou remuneração completa para os servidores aposentados em padrões similares àqueles dos funcionários da ativa; haja vista desempenharam, ainda que em períodos diferentes, funções idênticas.

O Tribunal Interamericano decidiu pelo direito a isonomia de remuneração no caso em tela; destacando em sua fundamentação a compreensão de que os Direitos Humanos devem ser interpretados de maneira integral e interdependente, primando pela conjugação dos direitos civis e políticos com os direitos econômicos, sociais e culturais.

Destacou ainda o teor de exigibilidade que detém todos os direitos humanos indiscriminadamente, destacando não haver qualquer hierarquia entre eles.

Pugnou ainda pela aplicação progressiva dos Direitos Sociais, destacando ser este princípio/dever suscetível de fiscalização e controle, não apenas pela própria Corte Interamericana, mas também pelos órgãos competentes do poder judiciário de cada Estado.

A Corte destacou ainda o dever de Não Regressividade Social ao qual estão subordinados os Estados.

¹⁶⁶ Yakye Axa Community vs. Paraguai. Inter-American Court, 2005, Serie C, n. 125.

¹⁶⁷ Xákmok Kásek vs. Paraguai. Inter-American Court, 2010, Serie C, n. 214.

¹⁶⁸ Niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana. Inter-American Court, 2005, serie C, n.130.

¹⁶⁹ Acevedo Bundía Y otros (“Cesantes y Jubilados de la Cotraloría) vs. Peru. Inter-American Court, 2009, serie C, n. 198.

Endossando posição do “Comitê da ONU sobre Direitos Econômicos Sociais e Culturais”, a Corte Interamericana de Direitos Humanos afirmou que as medidas de caráter regressivo devem ser cautelosamente analisadas e consideradas; sendo, em regra, vedadas.¹⁷⁰

A Corte destacou ainda serem excepcionalmente justificáveis tais medidas de cunho retrocesso apenas quando forem benéficas, levando em consideração a totalidade dos direitos humanos e sociais previstos; bem como desde que comprovada a utilização otimizada dos recursos disponíveis – numa franca aplicação do Princípio da Reserva do Possível nos moldes preconizados pela doutrina alemã.¹⁷¹

Nesse diapasão, a farta jurisprudência assim como a elucidativa fundamentação da Corte Interamericana de Direitos Humanos pugnando pela aplicação e realização do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social demonstra de maneira clara a importância e a viabilidade da vedação dos atos retrocessivos por intermédio da via internacional.

A proteção contra ao retrocesso no âmbito internacional apresenta-se, neste contexto, como uma última e mais efetiva *ratio* em defesa dos Direitos Sociais Fundamentais.

2. VEDAÇÃO AO RETROCESSO E O SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO INTERNACIONAL

2.1. O SISTEMA MULTILATERAL DE COMÉRCIO INTERNACIONAL E A ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO

Sistema Multilateral de Comércio é o nome conferido à estrutura contemporânea em que se regulam as trocas de produtos e serviços no âmbito internacional.

Segundo as lições do Professor Doutor Luís Pedro Cunha¹⁷² o multilateralismo nas relações comerciais internacionais identifica-se no plano institucional com a OMC.

¹⁷⁰ PIOVESAN. **Direitos Humanos e Justiça (...)** *Op. cit.*, p. 185-186.

¹⁷¹ *Ibidem*.

¹⁷² CUNHA, Luís Pedro. O Sistema Comercial Multilateral e os Espaços de Integração Regional. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 15-17.

A OMC é organismo internacional autônomo que faz parte do Sistema das Nações Unidas; sendo o principal organismo internacional encarregado da promoção da liberalização comercial no mundo. Ela é composta atualmente por 159 membros, sendo o Tajiquistão o último país a torna-se membro desta organização internacional.

A Organização Mundial do Comércio (OMC) é fruto da codificação e do desenvolvimento progressivo experimentado pelo Direito Internacional do Comércio desde a formação do *Acordo Geral sobre Tarifas e Comércio* (GATT), assinado em 1947, até a sua criação em 1994, com a assinatura da Ata Final da Ronda do Uruguai, em Marraquexe.

A OMC englobou, portanto, o GATT/1947 (com algumas alterações e esclarecimentos interpretativos), os resultados das seis negociações multilaterais de liberalização comercial realizadas desde o GATT/1947 até a sua criação, assim como todos os acordos celebrados na *Ronda do Uruguai*.

Nas palavras do insigne Doutor Celso Lafer¹⁷³, a Organização Mundial do Comércio sela também o advento de um novo macrocontexto político, haja vista ter sido formada sob a lógica da globalização e num contexto pós-Guerra Fria.

A OMC tem por principais *funções (ou tarefas)*: servir de foro para negociações comerciais internacionais; regular o comércio de bens e serviços e áreas correlatas, como os investimentos e a propriedade intelectual; administrar e velar pelo cumprimento dos acordos comerciais internacionais; monitorar os fluxos comerciais internacionais e as políticas internacionais e estatais voltadas ao comércio internacional; promover a cooperação e oferecer assistência técnica em matéria de comércio internacional; examinar e solucionar controvérsias entre os seus Estados-membros no que tange a aplicação dos seus acordos e normas de Direito do Comércio Internacional.¹⁷⁴

Os objetivos da OMC são elencados de maneira genérica e não muito clara no seu preâmbulo, que foi em boa medida retirado do preâmbulo do GATT de 1947¹⁷⁵. Tal acordo estabelece como objetivos fundamentais a “*elevação dos níveis de vida, assegurando o pleno emprego e um elevado e sempre crescente nível de rendimento real e de procura*

¹⁷³ LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998, p. 22.

¹⁷⁴ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011, p.p. 359-360;

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **What we do**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/what_we_do_e.htm>. Acessado em: 23/05/2013.

¹⁷⁵ MONTAÑÁ MORA, Miquel. **La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT**. Madrid: McGraw-Hill, 1997, p. 14-16.

efetiva, para a mais ampla exploração dos recursos mundiais e a expansão da produção e das trocas de bens e serviços.”. Buscando realizar a consecução destes objetivos através da promoção da *liberalização do comércio internacional*, a qual se dará “mediante a conclusão de acordos recíprocos e mutuamente vantajosos, visando à redução substancial das tarifas aduaneiras e de outras barreiras às permutas comerciais e à *eliminação do tratamento discriminatório*, em matéria de comércio internacional.”.¹⁷⁶ (*Grifo nosso*)

2.2. A SOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS NA OMC

Para além do papel crucial desempenhado pela OMC enquanto entidade fomentadora da liberalização progressiva do comércio internacional de bens e serviços, esta funciona também como regulador das relações comerciais internacionais; detendo ainda a competência da resolução de litígios e controvérsias emergentes nesta seara.

Nesse diapasão, ocupa proeminente função o Órgão de Solução de Litígios da OMC.

O Sistema de Solução de Controvérsias da OMC logrou alcançar, ao contrário do seu antecessor (o Sistema do GATT/1947), uma estrutura de solução de litígios eficiente, processualizada e efetiva.¹⁷⁷

O atual sistema de resolução de litígios da OMC é o foro exclusivo para a solução de qualquer controvérsia no âmbito dos acordos da OMC, e tem por características a sua *abrangência, automaticidade e exigibilidade* .

Abrangência, pois todos os acordos da OMC estão cobertos pelo mecanismo.

A *automaticidade* indica que as etapas da resolução do litígio do mecanismo só podem ser interrompidas por acordo mútuo das partes. Esta característica deriva da regra do consenso negativo – ora em vigor no âmbito da OMC.

¹⁷⁶ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **General Agreement on Tariffs and Trade**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>. Acessado em: 22/05/2013. (*Tradução Livre*)

¹⁷⁷ VARELLA, Marcelo Dias e SILVA, Alice Rocha da. *A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais*. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Vol. 49, nº 2, Brasília, Julho/Dec. 2006.

Exigibilidade ou *exequibilidade*, significa que a OMC tem a capacidade de fazer cumprir as decisões dos seus órgãos competentes. Ou seja, verificado o descumprimento de uma decisão do Órgão de Solução de Controvérsias (OSC), embasada em relatório do Painel ou do Órgão de Recurso, o membro demandante poderá solicitar a o OSC a autorização para aplicar coativamente os seus direitos comerciais.

Compõem fundamentalmente o Sistema de Solução de Controvérsias da OMC o Órgão de Solução de Controvérsias, os Painéis Especiais, o Órgão de Apelação e o Diretor Geral da OMC. É possível, entretanto, a participação de Experts em dadas circunstâncias especiais caso se faça necessário; ou até mesmo de árbitros caso as partes envolvidas no litígio desejem lançar mão do procedimento arbitral para a solução de certas questões em várias etapas do procedimento de resolução de controvérsias.

O OSC é órgão permanente vinculado ao Conselho Geral, que tem por principais funções: autorizar a criação de painéis; adotar os relatórios elaborados pelos painéis e pelo Órgão de Apelação; fiscalizar a realização das recomendações e relatórios emitidos pelos Painéis ou pelo Órgão de Apelação; autorizar a suspensão de vantagens e benefícios comerciais para os Estados que tenham violado as regras da OMC.

Os Painéis Especiais são órgãos semi-judiciais encarregados pela solução dos litígios em primeira instância. São compostos por especialistas na área da demanda e têm entre 3 a 5 membros.

O Órgão de Apelação, por sua vez, é órgão permanente compostos por sete membros de notável saber na área do Direito Comercial internacional. Este órgão é responsável por reexaminar em sede de recurso os aspectos jurídicos das recomendações emitidas pelos Painéis.

O Diretor Geral da OMC compõem o sistema de resolução de controvérsias podendo oferecer os seus bons ofícios a fim de contribuir na solução de controvérsias, coordenando tentativas de conciliação ou mediando eventuais litígios no âmbito do comércio internacional entre Estados-Membros da OMC.

O procedimento padrão de resolução de litígios divide-se, no entanto, nas seguintes etapas:

a) *Consultas*: Nessa primeira etapa o Estado demandante deverá comunicar à parte demandada a controvérsia a fim de realizar uma tentativa prévia de solução sem que a

formação dos painéis/grupos especiais se faça necessária - numa espécie de tentativa de conciliação entre estes;

b) *Painel Especial*: Este será responsável por examinar as reclamações formuladas pelos Estados e, com base nos acordos e normas da OMC, confeccionar um painel de recomendações dirigido a OSC, que poderá adotá-lo ou não. Necessitando neste caso da decisão consensual dos membros da OSC para que tal relatório não seja adotado;

c) *Apelação*: Caso o Estado sucumbente mostre-se inconformado diante do relatório recomendado por qualquer dos mecanismos de solução de litígios da OMC, caberá ao Órgão de Apelação indicar três de seus membros que serão responsáveis pelo reexame dos aspectos jurídicos da demanda em baila. A decisão do Corpo de Apelação deverá ser aceita incondicionalmente pelas partes do litígio caso esta seja adotada pelo OSC. Esse por sua vez só poderá não adotar tal decisão pelo consenso dos membros deste órgão;

d) *Implementação*: Adotado o relatório em âmbito irrecorrível pelo OSC, caberá à parte derrotada na controvérsia modificar a sua conduta, compensá-la ou, caso contrário, será penalizado.

O atual sistema de solução de controvérsias da OMC tem mesmo demonstrado um alto grau de eficácia e efetividade de suas decisões. Esse tem alcançado, inclusive, um elevado número de soluções amigáveis; com percentuais de soluções conciliatórias muito superiores àqueles obtidos durante os anos do GATT, em que pese o maior grau de institucionalização trazido a esse mecanismo com a Rodada do Uruguai.¹⁷⁸

Destaca-se, portanto, que esse sistema de solução de litígios assume elevada importância no domínio do comércio internacional, haja vista que a existência de um mecanismo eficaz para resolver as controvérsias aumenta o valor prático dos compromissos assumidos pelos países signatários em um acordo internacional.

Resta patente, pois, o fato de que a Organização Mundial do Comércio (OMC) dispõe hoje de mecanismos e instrumentos eficazes de efetivação de suas decisões, o que confere ao seu potencial papel numa eventual aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso no âmbito dos seus acordos uma posição jurídica e econômica de proeminência.

¹⁷⁸ VARELLA, Marcelo Dias. *Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento*. **Revista Brasileira de Política Internacional**. Vol. 52, nº.2, Brasília, Julho/Dec. 2009.

2.3. A IDÉIA DA INSERÇÃO DE UMA CLÁUSULA DE PROTEÇÃO SOCIAL NO SEIO DA OMC

A idéia de se abordar aspectos sociais e a proteção de padrões sociais mínimos no domínio de organismos voltados ao Comércio Internacional não é algo novo e encontrava-se albergada já na Carta de Havana, que estabeleceu os preceitos basilares da natimorta Organização Internacional do Comércio (OIC). Aquela Carta abordava em seu artigo 7º acerca de normas visando garantir condições de trabalho justas, nos seguintes termos:

Artículo 7 - Normas de trabajo equitativas

1. Los Miembros reconocen que las medidas relativas al empleo deben tener **plenamente en cuenta los derechos de los trabajadores, conforme a las declaraciones, convenciones y convenios intergubernamentales**. Reconocen también que **todos los países tienen un interés común en el logro y mantenimiento de normas de trabajo equitativas en relación con la productividad** y, por consiguiente, en **el mejoramiento de los salarios y de las condiciones de trabajo** en la medida en que lo pueda permitir la productividad. Los Miembros reconocen que las condiciones inequitativas de trabajo, especialmente en la producción destinada a la exportación, crean dificultades en el comercio internacional y, por consiguiente, **cada Miembro adoptará cualesquier a medidas que sean apropiadas y factibles para hacer desaparecer tales condiciones dentro de su territorio**.

2. Los Miembros que lo sean también de **la Organización Internacional del Trabajo, cooperarán con esa Organización para dar efectividad a este compromiso**.

3. Para todas las cuestiones relativas a las normas de trabajo que pudieran ser sometidas a la Organización, conforme a las disposiciones del Artículo 94 ó 95, **la Organización consultará y cooperará con la Organización Internacional del Trabajo**.¹⁷⁹ (*Grifo nosso*)

Além disso, a questão da inclusão de Standards Sociais na OMC foi proposta na Rodada do Uruguai, com o apoio dos Estados Unidos e de alguns Estados-Membros da União Européia. Tal proposta foi novamente suscitada na Conferência Ministerial de Marraquexe, em 1994, quando da assinatura da ata final da Rodada do Uruguai. Em ambos os casos sem alcançar qualquer êxito.

¹⁷⁹ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo**. Disponível em: <[Http://Www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf)>. Acessado em: 22/05/2013.

Em 1996, na Conferência Ministerial de Cingapura, os Estados Unidos e a Noruega apresentaram dois *non papers* a respeito da questão, propondo basicamente a criação de um Grupo de Trabalho para o exame de padrões trabalhistas fundamentais a serem vinculados no âmbito da OMC.

Tais propostas foram prontamente rechaçadas pela maior parte dos países em desenvolvimento e mesmo de alguns países desenvolvidos, por não reconhecerem a OMC como foro apropriado para o tratamento de tal assunto.¹⁸⁰

A discussão em torno de ser ou não a OMC a alçada internacional mais adequada para a regulamentação de tal temática é, indubitavelmente, um dos pontos que abrigam maior controvérsia quando da proposição de se estabelecer padrões sociais mínimos, com caráter cogente, no domínio internacional.

Os que se opõem a tal idéia defendem essencialmente que a introdução, no comércio, de temas não relacionados a ele afetaria o processo de liberalização comercial e, por conseguinte, as exportações e a produção de riquezas seriam afetadas, repercutindo negativamente no desenvolvimento econômico.¹⁸¹

Há, além disso, fortes receios de que tais cláusulas possam se converter em novas formas de protecionismo, prejudiciais aos países em desenvolvimento. Sendo para esses uma forma de violação as vantagens competitivas destes países. Os principais atores desta tese são os governos dos países em desenvolvimento, as empresas dos países desenvolvidos e os economistas defensores do livre comércio.¹⁸²

Para este grupo estas cláusulas devem ser tratadas necessária e exclusivamente na esfera da Organização Internacional do Trabalho (OIT).

Essa foi inclusive a posição firmada no âmbito da OMC, sob a pressão dos países em desenvolvimento, durante a Conferência de Cingapura, nos seguintes termos:

Renovamos nuestro compromiso de respetar las normas fundamentales del trabajo internacionalmente reconocidas. La Organización Internacional del Trabajo (OIT) es el órgano competente para establecer esas normas y ocuparse de ellas, y afirmamos nuestro apoyo a su labor de promoción de las mismas. Consideramos que el crecimiento y el desarrollo económicos impulsados por el incremento del comercio y la mayor liberalización comercial contribuirán a la promoción de esas normas. Rechazamos la utilización de las normas del trabajo

¹⁸⁰ LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação (...)**. Op. Cit., p. 57.

¹⁸¹ THORSTENSEN, Vera. **A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais**. Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 41, n. 2, Dec. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v41n2/v41n2a03.pdf>>. Acessado em: 05/04/2013, p. 44.

¹⁸² *Ibidem*.

con fines proteccionistas y convenimos en que no debe cuestionarse en absoluto la ventaja comparativa de los países, en particular de los países en desarrollo de bajos salarios. A este respecto, tomamos nota de que las Secretarías de la OMC y la OIT proseguirán su actual colaboración.¹⁸³

Em que pese a resistência dos países em desenvolvimento, a questão parece prometer, entretanto, voltar a ganhar força no palco das discussões do comércio internacional, por ser este tema de declarado interesse dos dois principais atores responsáveis pela definição da “agenda internacional” (EUA e União Européia)¹⁸⁴.

Os favoráveis a inserção de Cláusulas Sociais nos acordos da OMC, entendem que a exportação de bens conduzidos em más condições de trabalho é, em verdade, uma forma de dumping social¹⁸⁵ e de deslealdade competitiva comercial. Tal atuação comprometeria, assim, a própria manutenção do estágio atual de desenvolvimento dos direitos sociais nos países onde eles se encontram mais desenvolvidos. Advogam esta posição os defensores dos Direitos Humanos, as organizações trabalhistas, os países desenvolvidos - com destaque para os Estados Unidos da América - e alguns países europeus.¹⁸⁶

2.4. BREVES CONSIDERAÇÕES ACERCA DA CLÁSSICA PROPOSTA DE INCLUSÃO DE STANDARDS NO SEIO DA OMC

Os Standards ou Cláusulas Sociais são o estabelecimento de *padrões mínimos de proteção aos direitos sociais e do trabalho, bem como de condições mínimas de trabalho*.

A inserção de Standards Sociais no comércio internacional colima, destarte, o estabelecimento de uma normatização mínima dos direitos trabalhistas fundamentais e

¹⁸³ ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Declaración ministerial de Singapur**. Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm>. Acessado em: 04/06/2013.

¹⁸⁴UOL. **Merkel: comércio mundial deve respeitar padrões sociais mínimos**. Disponível em: <<http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2006/11/22/ult1767u80842.jhtm>>. Acessado em: 06/06/2013.

¹⁸⁵ Os defensores da existência de Dumping Social apontam haver, através exploração das desigualdades abruptas de condições laborais entre os países como meio de redução dos custos e ganho e de competitividade pelas empresas, todos os elementos estabelecidas pelo Acordo Antidumping da OMC para caracterização de tal prática, quais sejam: a) venda de produtos abaixo do preço praticado no país exportador (*Art. VI do GATT e artigo 2º, II.1, do Acordo Antidumping da Rodada do Uruguai - AARU*); b) comprovação do dano ou ameaça de dano a indústria doméstica ou retardamento no estabelecimento de indústrias que venham a produzir o mesmo produto objeto do dumping (*Art. VI do GATT e art. 3º, nota de rodapé nº 9, do AARU*); c) nexos de causalidade entre os elementos anteriores (*Art. 5º, V. 2, do AARU*).

¹⁸⁶ THORSTENSEN, Vera. **A OMC (...)**. Op. Cit., p. 44.

das condições de trabalho, visando a melhoria das relações e condições de trabalho em seu aspecto qualitativo; assim como, a garantia de condições justas e leais de competitividade no comércio internacional.

A problemática da inclusão de Standards sociais nos acordos da OMC é, entretanto, tema que alberga certa complexidade tendo em vista os meandros que caracterizam tal temática.

O primeiro deles consiste no fato de que, em que pese a retórica uníssona do mundo político, econômico e jurídico em torno da defesa dos direitos sociais e humanos e de sua implementação em todo globo, os seus atores têm divergido quanto qual seria o caminho a percorrer a fim de alcançar tal desiderato: se essas devem ser inseridas no âmbito da OMC ou se deveriam ser tratadas em apartado das questões do Direito do Comércio Internacional - ficando apenas a cargo da Organização Internacional do Trabalho (OIT) a realização de tal desiderato.

Ademais, firmado o entendimento de sua viabilidade, a própria inserção de Standards Sociais nos acordos da Organização Mundial do Comércio suscita reflexões em torno de três principais questões: a) quais standards deveriam e poderiam ser incluídos; b) em que medida eles deveriam ser implementados; c) quais os meios e formas que poderiam ser utilizados para a inclusão destas cláusulas no seio da OMC.

A respeito das benesses e malefícios advindos de uma eventual incorporação de Standards Sociais na OMC elenca em oportuna síntese – à qual por este mesmo motivo lançaremos mão – o Professor Doutor Luís Pedro Cunha; nestes termos:¹⁸⁷

De seguida, procuraremos explicar que vantagens existem, à partida, na integração destas matérias na agenda de um *round* negocial:

a) não cuidar minimamente de tópicos que se prendem, bem ou mal, com o chamado *fair trade* potencia os riscos de comprometer o *free trade*, já que se dão pretextos àqueles que procuram intervenções restritivas no comércio internacional para actuarem nesse sentido. Por exemplo, países como Estados Unidos e França entendem que o risco de uma maior liberalização do comércio internacional (e de uma maior integração da economia mundial) pode vir a obrigar os países com *standards* sociais mais elevados a baixá-los, de forma a manterem a sua competitividade internacional, em particular face a PVD.¹⁸⁸ Então – defendem os mesmos países – devem estabelecer-se *standards* mínimos e considerá-los um requisito para o acesso a mercados externos;

¹⁸⁷ CUNHA, Luís Pedro Chaves Rodrigues da. *Standards sociais e ambientais no comércio internacional*. **Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. XLIV – 2001, p. 615-631.

¹⁸⁸ PVD é a sigla utilizada para *Países em via de desenvolvimento*.

- b) evidentemente, a dupla constatação de que existem disparidades entre os sistemas de regulação das economias dos vários países e de que as disparidades são importantes no que toca à capacidade de concorrência no mercado internacional das empresas desses países é factor de tensão interna e internacional. (...) esforços de convergência representarão então a tentativa de enfrentar directamente causas de uma eventual concorrência desleal;
- c) por último, alega-se que alguma convergência nestas matérias pode mesmo servir de estímulo a novos progressos na liberalização comercial.

Vejam agora que riscos corremos inevitavelmente se aceitarmos que é possível condicionar ou subordinar a liberalização comercial internacional ao respeito por *Standards* sociais e ambientais de aplicação tendencialmente universais:

- a) (...) o que poderia acontecer se o conceito de “dumping social” ganhasse suficiente respeitabilidade para a partir dele se construir um novo instrumento alfandegário complementar de natureza retaliatória e finalidades comerciais restritivas;
- b) (...) convém ressaltar que uma convergência dos *standards* sociais há de muito naturalmente provocar algum aumento nos custos salariais – e portanto dos custos de produção – das empresas localizadas nos países menos exigentes nestas matérias; **e, por conseguinte**, (...) provocar-se-á um aumento de desemprego de trabalhadores não qualificados, o que, associado a fortes insuficiências no sistema de segurança social, gerará uma ainda maior pobreza...; (**grifo nosso**)
- d) para mais, é necessário ter cuidado com o uso de instrumentos de política comercial (v.g. proibição de importações ou impostos retaliatórios): estes produzem pelo menos dois efeitos adversos: impõem uma perda de bem-estar no país de importação; provocam uma ainda maior degradação na situação dos trabalhadores do país exportador.

Dessa maneira, verifica-se que embora seja indiscutível a necessidade e flagrantes os esforços na esfera internacionalista visando assegurar condições sociais mínimas em todo globo, bem como a plena ciência pela comunidade internacional dos efeitos perniciosos (seja no âmbito social, económico, político e mesmo comercial) ocasionados pela não observação destes padrões em todo mundo, o estabelecimento de padrões sociais através dos acordos da OMC permanece a ser tema intrincado e de elevada complexidade no que tange a sua implementação.

2.5. A IDÉIA DA INCLUSÃO DE UMA CLÁUSULA DE VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NA OMC

A relação entre os interesses e valores albergados pelos direitos sociais e pelo comércio internacional e o direito internacional econômico pode parecer à primeira vista uma idéia paradoxal. Entretanto, trata-se esta, de fato, de uma idéia oximorônica – como facilmente é possível depreender de uma avaliação mais aguçada de tal cotejo.

É forçoso reconhecer ser o comércio internacional, estreme de dúvidas, um dos maiores afetados pelas recessões e mazelas econômicas e financeiras fomentadas pelo custo do aprofundamento das desigualdades e da carnificina social. Restando patenteada, destarte, a sua íntima relação e interdependência (ainda que indireta) com o campo da aplicação e proteção dos direitos sociais; apresentando-se não apenas viável como pertinente a fiscalização e regulação interconectada destas áreas no domínio dos acordos da OMC.

Nesse sentido, tomando por base todo substrato teórico atinente ao Princípio da Proibição ao Retrocesso já abordados neste estudo, assim como partindo das ilações realizadas acerca da importância e impacto das questões de ordem social e econômica para o comércio internacional e da efervescente discussão já existente nesta seara, a proposta de inclusão de uma Cláusula de Vedação ao Retrocesso Social no âmbito da Organização Mundial do Comércio emerge como uma idéia, ao menos, simpática e um pouco menos controversa que a da inclusão de *Standards* Sociais neste mesmo cenário.

Há de se observar, todavia, que a aplicação da Vedação ao Retrocesso no âmbito da Organização Mundial do Comércio (OMC) ficaria restrita aos casos de ocorrência de retrocesso no campo dos direitos sociais fundamentais de algum dos seus países membros que, de algum modo, acarretem em efetivo impacto no comércio internacional, seja direta e indiretamente. Ou seja, essencialmente aqueles direitos sociais atinentes ao mundo laboral e às condições de trabalho, bem como aqueles outros que possam ainda que indiretamente impactar, favorável e indevidamente, a condições do comércio internacional do Estado que as tenha impetrado (tais como reduções ou mesmo supressão de direitos no campo da Previdência Social¹⁸⁹).

¹⁸⁹ Um exemplo prático de tal circunstância, seria o caso, v.g., de um Estado que realizasse um injustificado e expressivo aumento da idade máxima e/ou do período de contribuição dos trabalhadores para ter o direito à aposentadoria (em Portugal, o direito à reforma). Tal medida social retrocessiva acabaria, para além de gerar

Ademais, vale ainda ressaltar que, como toda e qualquer medida internacional cogente, a aplicação da Vedação ao Retrocesso por intermédio da OMC viria a ser tomada apenas como última *ratio*; ou seja, desde que já vencidas todas as possibilidades de solução de tal problemática, de contornos jurídicos e econômico-sociais, no âmbito interno.

A aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso no comércio internacional lograria, para além de garantir os inúmeros benefícios promovidos pela idéia alternativa de inclusão de padrões sociais mínimos, a vantagem de não promover vários dos malefícios os quais seriam supostamente ocasionados pelo estabelecimento de *Standards* sociais na OMC.

A inserção de uma Cláusula de Vedação ao Retrocesso no seio da OMC, tal qual os *standards* sociais, viabilizaria a ampliação da competitividade saudável no comércio internacional, salvaguardando concomitantemente a manutenção de padrões sociais mínimos já existentes no contexto de cada Estado (garantindo, portanto, ao menos a proteção do mínimo existencial); prestaria um grande contributo para o combate direto de várias das causas de uma eventual concorrência desleal; e acabaria ainda por servir de estímulo a novos progressos na liberalização comercial.

Contudo, a implementação de uma Cláusula de Proibição ao Retrocesso, ao contrário dos *standards* sociais, minimizaria em muito a possibilidade de sua utilização indevida como um novo instrumento alfandegário complementar de natureza retaliatória e finalidades comerciais restritivas. Haja vista que, diferentemente do estabelecimento de padrões sociais objetivos - o que poderia a vir importar numa injusta padronização em patamares elevados para países com realidades sócio-econômicas e políticas distintas -, a aplicação de uma Vedação ao Retrocesso Social no âmbito da OMC utilizaria como *standard* social a ser discutido, protegido e, por conseguinte, restabelecido, as próprias condições sociais anteriormente existentes no Estado questionado, no que diz respeito

um grave retrocesso social, implicaria num aumento expressivo do *exército industrial de reserva*, por conseguinte num acentuado barateamento nos custos produtivos e, conseqüentemente, numa indevida vantagem de competitividade comercial. Esta é, no entanto, hipótese em que apenas por via indireta se verifica tal ganho indevido de competitividade ou mesmo (para aqueles que coadunam com tal posição) um indireto dumping social. Há, entretanto, como se é fácil de inferir, várias outras medidas sociais - como aquelas afetas ao direito laboral - com flagrantes e potenciais efeitos sobre as condições de competitividade de determinado país no comércio internacional.

àquele direito social em baila numa eventual controvérsia comercial junto ao Órgão de Solução de Controvérsias da OMC.¹⁹⁰

A aplicação de uma Cláusula de Proibição ao Retrocesso Social não importaria tão pouco numa inflação natural nos custos salariais e num conseqüente aumento do desemprego e da pobreza, uma vez que a pretensa causa do aumento dos custos salariais nos países periféricos advindos da adoção de padrões sociais mínimos globais não ocorre no âmbito da aplicação duma Cláusula de Proibição ao Retrocesso Social. Haja vista que no caso da adoção desta Cláusula, com o fito de salvaguardar padrões sociais fundamentais em todo o mundo e os benefícios deles decorrentes, os padrões sociais mínimos a serem assegurados em todo o caso são aqueles já alcançados por cada Estado em questão. Permitindo, deste modo, não apenas a garantia da manutenção de padrões sociais mínimos em cada nação, mas fornecendo também um lastro econômico e político-social para o desenvolvimento e incremento progressivo e real destes mesmos direitos num ritmo que seja consentâneo e que respeite as peculiaridades conjunturais, histórico-políticas e sócio-econômicas de cada Estado.

No que diz respeito aos efeitos adversos que poderiam vir a ser produzidos eventualmente por conta do uso de instrumentos de política comercial (v.g. proibição de importações ou impostos retaliatórios) em decorrência de uma aplicação cogente duma Vedação ao Retrocesso no âmbito da OMC, em que pese não seja este um risco que possa ser totalmente afastado, parece-nos, no entanto, um custo mais do que viável (e aparentemente baixo) a arriscar-se a pagar ante aos inúmeros benefícios que adviriam da adoção de tal medida.

A inclusão de uma Cláusula de Proibição ao Retrocesso logra superar ainda a difícil questão de quais padrões deveriam ser universalmente adotados e em que medida estes deveriam ser implementados, uma vez adotar e ater-se a garantir os próprios patamares de avanço social e civilizatório já alcançados por cada país.

¹⁹⁰ Destaque-se, v.g., que numa eventual discussão sobre uma injustificada e abrupta redução dos parâmetros salariais em determinado Estado, a qual importou num ganho indevido e desleal de competitividade comercial internacional, o parâmetro social (o patamar salarial, neste caso) a ser considerado e avaliado como padrão é aquele do próprio Estado em apreço existente antes do retrocesso social indevido. Não sendo, portanto, as avaliações de respeito a padrões sociais elementares realizadas sobre o lastro de um patamar salarial mínimo único para todo mundo (ou mesmo um cabaz mínimo de produtos a ser assegurado indistintamente em todo o mundo), como ocorreria no caso dos *standards* sociais. Minimizando-se, assim, a potencialidade de se incorrer em injustiças que poderiam potencialmente ser trazidas por *standards* sociais únicos diante da multiplicidade de realidade sócio-econômicas, políticas e culturais existentes no mundo.

Dessa maneira, a eventual inclusão duma Cláusula de Vedação ao Retrocesso no âmbito da OMC seria muito mais bem sucedida do que uma eventual adoção de *standards* sociais no que tange ao respeito a multiculturalidade e as diversidades econômicas, sociais e políticas de cada Estado; haja vista que aquela aplicaria um padrão menos engessado, em que pese objetivo, de proteção de padrões sociais mínimos.

Vencidas, então, as questões atinentes à viabilidade prática da adoção do Princípio da Proibição à Contra-revolução Social no seio da OMC, adentrar-se-á agora numa breve análise das formas de aplicação e dos meios jurídicos através dos quais esta cláusula poderia vir a ser adota no domínio do Comércio Internacional.

Seguindo os parâmetros que vêm sendo adotados quando da proposição da inserção de *Standards* Sociais, uma Cláusula de Vedação ao Retrocesso no âmbito da OMC poderia vir a ser aplicada de forma *positiva ou negativa*.

A sua implementação de forma negativa, dar-se-ia na medida em que o seu descumprimento, através de uma atuação efetivamente retrocessiva por um determinado Estado, teria por conseqüência a aplicação de sanções consistentes na limitação ou proibição das importações, ordinárias ou preferências, de produtos do país violador do *mandamus* preceituado por tal cláusula protetora dos direitos sociais fundamentais.

Por outro lado, a sua aplicação em formato positivo, dar-se-ia através da concessão de benefícios e/ou incentivos aos países que, durante um largo lapso temporal, tenham demonstrado efetivo esforço na manutenção e progressivo desenvolvimento dos seus padrões sociais por múltiplas atuações.¹⁹¹ Já aqui numa clara aplicação do sub-princípio da progressividade, que integra a noção de vedação ao retrocesso e pugna pro uma progressiva realização dos direitos sociais fundamentais.

Nesse toada, parece-nos que uma aplicação eficiente de uma Cláusula de Vedação ao Retrocesso no seio da OMC perpassaria pela sua aplicação numa dupla forma.

Ou seja, estipular-se-ia sanções àquele país que viesse a descumprir o seu dever de manutenção dos seus próprios *standards* vigentes no campo dos direitos sociais

¹⁹¹ Acerca das formas possíveis de aplicação das Cláusulas Sociais na OMC, entendimento o qual lastreou a presente construção teórica aqui abordada, vide: SILVA. Eveline de Andrade Olivera e. **A Cláusula Social no Direito Internacional Contemporâneo.** Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1490/1/EVELINE.pdf>>. Acessado em: 23/05/2013, p.p. 38-39; e REIS, Jair Teixeira dos. Organização Mundial Do Comércio – OMC e o Direito do Trabalho. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/160107.pdf>>. Acessado em: 22/05/2013, p. 08.

fundamentais já assegurados; bem como conceder-se-ia benefícios e incentivos àqueles países que demonstrem efetivo esforço de manutenção e progressivo desenvolvimento dos seus padrões sociais por múltiplas atuações. Benefícios estes, entretanto, que só poderiam vir a ser concedidos desde que devidamente requeridos e justificados junto a OMC pelo respectivo Estado interessado.

Quanto aos meios de inserção numa Cláusula de Vedação ao Retrocesso no seio da OMC¹⁹² diversas propostas sobre as formas pelas quais tal princípio jurídico poderia vir a ser incluído nas regras da OMC podem ser pensadas e extraídas, através dum cotejo crítico entre os delineamentos da presente proposição e as múltiplas hipóteses apresentadas pelos defensores da teoria da inclusão de Standards Sociais no domínio do Comércio Internacional.

Nesse diapasão, figuram como caminhos críveis e juridicamente possíveis para a inclusão numa Cláusula de Proibição ao Retrocesso no seio da OMC os seguintes:

a) enquadrá-la no âmbito de uma proteção antidumping – dentro do Artigo VI do GATT 1994: entendendo aí eventual atuação retrocessiva por um Estado-parte no campo dos direitos sociais fundamentais como forma indevida de introduzir o produto em um membro, com preços abaixo do valor normal, sendo assim considerada uma medida desleal;¹⁹³

b) enquadrá-la no quadro das medidas anti-subsídio – dentro do Artigo VI e XVI do GATT 1994: entendendo eventual atuação retrocessiva por um Estado-parte no campo dos direitos sociais fundamentais como uma forma de subsídio do governo, ao permitir, por exemplo, condições trabalhistas em níveis muito baixos;

c) enquadrá-la como uma exceção às regras gerais – dentro do Artigo XX do GATT 1994: prevendo tal Cláusula de Proibição ao Retrocesso Social como uma exceção às regras gerais, enquadrando-a como mais uma hipótese possível de restrição às importações, a ser incluída nos casos já previstos: de proteção à vida

¹⁹² A Professora Doutora Vera Thorstensen aborda em primorosa síntese as várias propostas sobre os meios pelos quais as Cláusulas Sociais poderiam ser incluídas nas regras da OMC, as quais mostram-se perfeitamente viáveis no caso da inserção de uma Cláusula de Vedação ao Retrocesso Social no seio deste mesmo organismo internacional. Neste sentido, vide: THORSTENSEN, Vera. **A OMC (...)**. Op. Cit., p.p. 51-52.

¹⁹³ Considerar-se-ia, assim, que as atuações estatais que importem em retrocessividade no campo dos direitos sociais consubstanciariam verdadeiros meios de *Dumping Social*. Em que pese seja esse entendimento jurídico possível, não parece-nos, todavia, ser esta a compreensão mais acertada; nem aqui nem no que tange o descumprimento de padrões sociais mínimos ser entendidos como *Dumping Social*, teoria esta já várias vezes ventilada por alguns doutrinadores no âmbito da tese de inserção de *Standards Sociais* no seio da OMC.

humana, animal ou vegetal, segurança, trabalho de presidiários, e conservação de recursos exauríveis;

d) enquadrá-la no rol das hipóteses de anulação ou prejuízo de benefícios – dentro do Artigo XXIII do GATT 1994: sob a alegação de que os benefícios derivados de uma negociação estariam sendo anulados ou prejudicados, por uma eventual atuação retrocessiva de um Estado-parte no campo da sua proteção interna dos direitos sociais fundamentais.

Cumprе ressaltar, que a inclusão duma Cláusula de Proibição ao Retrocesso no seio da OMC por intermédio do Artigo XXIII (Anulação ou prejuízo de benefícios) seria, ao nosso sentir, dentre as possibilidades supra elencadas, um eficiente meio de implementá-la.

Isto porque, este é um mecanismo multilateral da OMC que exige a interferência do Órgão de Solução de Controvérsias, havendo consulta entre as partes e também consultas no seio da OMC. Tal procedimento incluiria uma ampla investigação, recomendação e, se for o caso, a prática de retaliação autorizada. Envolveria ainda, neste caso, a possibilidade de participação de outras instituições; assegurando, assim, a participação, por exemplo, da Organização Internacional do Trabalho (OIT) em eventuais controvérsias diretamente afetadas à sua área de atuação.

Os atores contrários a previsão de questões sociais nos acordos da OMC alegam, entretanto, que a introdução dessas acabaria por sobrecarregar o Sistema de Solução de Controvérsias com assuntos externos aos interesses do comércio internacional.

Esses aparentam ser, todavia, argumentos de bases frágeis. Em primeiro lugar, pois, como evidenciado neste estudo, o comércio internacional mantém um relacionamento imbricado e de mútua influência com as questões sócio-laborais. É inolvidável ainda ser do próprio objetivo expresso da OMC a melhoria das condições de vida e o fomento do desenvolvimento. Objetivos os quais a implementação duma Cláusula de Vedação ao Retrocesso no seio da OMC conferiria inegável contributo à sua realização. Sendo, destarte, um pequeno “custo” a ser arcado frente aos benefícios dele advindos.

Ademais, limitar a realização de um dos escopos declaradamente primordiais da OMC sob a simplória justificativa de não sobrecarregar o sistema de solução de controvérsias consubstanciaria uma verdadeira limitação de fins para salvaguardar os meios. Num tosco exemplo, é como se o legislativo devesse abster-se de legislar novos

direitos aos cidadãos simples e tão somente com o fito de não sobrecarregar o judiciário. Sendo este, a nosso ver, destarte, um argumento por si mesmo refutável.

Assim sendo, a aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso no âmbito da OMC mostra-se como uma alternativa extremamente viável e eficaz de salvaguarda dos patamares de realização já concretizados dos direitos humanos sociais e, concomitantemente, propiciar a construção de um comércio internacional mais fortalecido, leal, ético e liberalizado.

3. MECANISMOS E INSTRUMENTOS DE EFETIVAÇÃO DO POSTULADO JURÍDICO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA SEARA SUPRANACIONAL: A UNIÃO EUROPÉIA

Ante o fenômeno integracionista que vêm vivenciando os diversos Estados ao redor do globo e diante do fenômeno da supranacionalização e comunitarização do direito decorrente deste processo, os mecanismos e instrumentos jurídicos emergentes deste processo estampam-se como caminhos alternativos possíveis e viáveis no que diz respeito à busca pela garantia e proteção dos direitos humanos sociais por intermédio da aplicação do Princípio da Proibição à Contra-revolução Social.

Nesse sentido, analisar-se-á apenas no presente estudo a viabilidade, bem como os meios e instrumentos de aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso na União Européia (UE), por ser esta a comunidade de Estados que mais se aprofundou em seu processo de integração, sendo por isso o paradigma jurídico por excelência no âmbito do Direito da Integração.

Ademais, pelo fato de ser justamente nela onde a aplicação da proteção dos direitos sociais encontra-se mais desenvolvida.

A União Européia (UE) é uma união econômica, política e constitucional de Estados, com estrutura institucional autônoma, que colima a conciliação das diversas legitimidades democráticas e a edificação democrática da vontade geral européia e da solidariedade entre povos e Estados.

A construção da União Européia¹⁹⁴ começou a ser desenhada no ano de 1957, com a celebração na cidade de Roma de dois tratados internacionais, os quais criaram, respectivamente, a Comunidade Económica Européia (CEE) e a Comunidade Européia da Energia Atômica (CEEa ou Euroátomo).

Após um maduro e longo processo de aproximação política e estruturação jurídica - com a assinatura do *Ato Único Europeu* (1986),¹⁹⁵ a celebração do Tratado de Maastricht (1992),¹⁹⁶ do Tratado de Amsterdão (1997)¹⁹⁷ e o Tratado de Nice (2001)¹⁹⁸ - a União Européia consolidou-se nos moldes e estrutura atuais com a vigência do Tratado de Lisboa (2007), em dezembro de 2009.¹⁹⁹

A União Européia é, dada a sua complexidade e abrangente competência, formada por um largo número de instituições e organismos interinstitucionais.

¹⁹⁴ A respeito do processo jurídico e histórico de construção da União Européia, vide por todos: MACHADO, Jónatas E. M. **Direito da União Européia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010; e DUARTE, Maria Luísa. **Direito da União Européia e das Comunidades Européias**. Vol. I, Tomo 1. Lisboa: Lex, 2001.

¹⁹⁵ O Ato Único Europeu empreendeu a primeira grande reforma generalizada dos Tratados realizada desde a formação das três Comunidades. Para uma leitura mais aprofundada sobre o Ato Único Europeu, suas nuances históricas e seus principais contributos vide: SOARES, António Goucha. **Uma União cada vez mais estreita**. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/1489/1/AGS-AS-2000.pdf>. Acessado em: 09/04/2013, p.p. 11 a 20; e SOARES, António Goucha. **As Instituições e o processo político da União Européia**. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/1195/1/wp200405.pdf>. Acessado em: 09/04/2013, p.p. 4-5, 16-17, 26-27, 30-31 e 39.

¹⁹⁶ O Tratado de Maastricht propiciou uma maior integração na realidade económica e monetária dos Estados-Membros e, para além disso, promoveu uma interconexão europeia no âmbito sócio-cultural e das políticas externas e de segurança; realizou importantes alterações na estrutura dos órgãos da Comunidade Européia, alargando suas atuações e reformulando algumas estruturas; criou um mecanismo de cooperação intergovernamental no domínio da justiça e dos assuntos internos; tendo implementado, inclusive, a ideia de “cidadania europeia”, dentre outros consideráveis avanços trazidos pelo Tratado da União Européia (TUE), celebrado nesta cimeira.

¹⁹⁷ O acordo de Amsterdão teve por contribuição fundamental o reforço à comunitarização e interação europeia, aumentando o papel da União no âmbito externo e alargando o seu carácter democrático.

¹⁹⁸ O Tratado de Nice apresentou como seus principais contributos a aprovação da carta dos Direitos Fundamentais da União Européia; a promoção de uma significativa reforma institucional, com destaque a algumas reformulações realizadas no âmbito da estrutura, das funções e competências do Parlamento Europeu e dos Tribunais de Justiça e de Primeira Instância da UE; bem como a preparação da União Européia para novas adesões.

¹⁹⁹ O Tratado de Lisboa promoveu diversas alterações nos antigos Tratados da União e das Comunidades, com o escopo de completar o processo de integração iniciado e de robustecer a eficiência e a legitimidade democrática da União.

Norteados pelos fundamentos jurídicos e pelo conteúdo do projeto de Tratado Constitucional Europeu, o Tratado de Lisboa realizou alterações no Tratado da União Européia, no Tratado da Comunidade Européia e no Tratado que instituiu a Comunidade Européia da energia Atômica, modificando o nome do Tratado da Comunidade Européia para “Tratado de Funcionamento da União Européia” - TFUE, reunindo e sustentando toda a estrutura normativa da UE nos Tratados da União Européia e no TFUE. Única exceção a tal regra é a Carta de Direitos Fundamentais a qual, o Tratado de Lisboa manteve externa aos mencionados tratados, alçando-a, no entanto, a status normativo semelhante àqueles.

O Tratado de Lisboa empreendeu, destarte, verdadeira reforma nas estruturas da União Européia, fundando as bases jurídicas e institucionais na qual esta se sedimenta hodiernamente.

A UE alberga, no seu desenho atual, uma legitimidade dual entre os órgãos estatais e os seus próprios órgãos na construção e condução dos seus objetivos, conformando uma imbricada interdependência entre as instituições comunitárias e nacionais.

Dentre as diversas instituições que a compõe cumpre ao Tribunal de Justiça²⁰⁰ (ao lado das próprias Cortes Nacionais - tendo em vista a supra-referida legitimidade dual) a função de assegurar o cumprimento da legislação europeia. A este tribunal compete ainda a resolução dos litígios entre os governos nacionais e as instituições europeias. Cabendo-o, ademais, a resolução de questões suscitadas por particulares, empresas e organizações em relação a alguma infração legal cometida contra estas por uma instituição europeia.

Cumprir destacar que os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia devem ser compulsoriamente executados pelos Estados, dando cumprimentos às obrigações que lhes incumbem por força do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e do Tratado da União Europeia (TUE).

Importa consignar também que a União Europeia dispõe de sua própria Carta de Direitos Fundamentais, a qual, ao lado do Tratado de Funcionamento da União Europeia (TFUE) e do Tratado da União Europeia (TUE), constitui o direito basilar e constitutivo da União Europeia, uma espécie de Direito Constitucional da UE.

O espectro de aplicação material da Carta está expressamente preceituado em seu artigo 51.º, o qual estipula que tal diploma jurídico tem por destinatários as instituições e órgãos da União Europeia, e os Estados-Membros quando apliquem o direito da União

Resta evidente, pois, que a União Europeia dispõe de um amplo arcabouço jurídico em prol da proteção e defesa dos Direitos Fundamentais. Aliás, a proteção dos direitos fundamentais constitui um dos princípios basilares do Direito da União.

O *Princípio da Proteção (ou Tutela) dos Direitos Fundamentais*²⁰¹ consigna o ideário de tutela dos direitos fundamentais dos indivíduos (um conjunto de direitos pessoais, cívicos, políticos, econômicos e sociais dos cidadãos e residentes) no âmbito do

²⁰⁰ A fim de auxiliá-lo na sua função judicante, ante a ampla demanda jurídica existente, o Tribunal de Justiça da União Europeia com ainda com os seguintes tribunais: a) *Tribunal Geral*, ao qual compete o julgamento das ações intentadas por particulares, empresas e organizações, bem como aqueles processos relacionados com o direito da concorrência; b) *Tribunal da Função Pública Europeia*: ao qual cabe a solução dos litígios entre as instituições da UE e o seu pessoal.

²⁰¹ Para um estudo mais aprofundado acerca da temática vide: TCHING, Maria Rosa Oliveira. **O Papel dos Tribunais na construção do padrão de jusfundamentalidade da União Europeia e do Estatuto de Cidadania Europeia.** Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20568/1/RosaTching_Dissertacao-Abril%2712.pdf. Acessado em: 09/05/2013.

Direito da União Européia, pugnando pela aplicação do grau mais elevado de proteção destes direitos na realidade empírica apresentada - seja aquele concedido pelo direito da União, seja a proteção prevista no direito estatal.

Compete ao Tribunal de Justiça da União Européia o papel de guardião destes direitos no domínio da União.

Legalmente chancelada no Direito Comunitário Europeu apenas no ano 2000, com a proclamação da *Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (CDFUE)*²⁰², a tutela dos direitos fundamentais no seio da União Européia tem, há muito, larga aplicabilidade e respaldo jurisprudencial nas múltiplas decisões do Tribunal de Justiça da União Européia²⁰³ nesta seara.

Nesse sentido, o Princípio da Vedação ao Retrocesso encontra campo bastante fértil para sua aplicação no âmbito da União Européia.

Esse postulado encontra-se inclusive consignado, ainda que indiretamente, no artigo 53º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia (CDFUE) a qual preceitua e garante a aplicação do nível mais elevado de proteção aos direitos fundamentais possível.²⁰⁴

Ora, ao pugnar pela aplicação do nível mais elevado possível dos direitos fundamentais dentre aqueles que juridicamente já tenham se comprometido os seus Estados-membros a Carta logrou assinalar uma disposição legal visando refrear qualquer tipo de retrocessividade no âmbito da proteção dos direitos fundamentais já *ab initio* – já desde quando do início da sua vigência.

A Carta evitou, assim, a possibilidade de os Estados virem eventualmente a reduzir seus padrões de proteção dos direitos fundamentais já salvaguardados (seja pela legislação nacional, seja por acordos internacionais outros) em grau superior àquele por ela

²⁰² UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia**. Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acessado em: 02/05/2013.

²⁰³ São acórdãos relevantes atinentes à matéria: (*J. Nold Kohlen- und BaustoffgroBhandlung c. Comissão*) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 14 de Maio de 1974. *Processo 4/73 in PAIS*, Sofia Oliveira. **Direito da União Européia: Legislação e Jurisprudência Fundamentais**. Lisboa: Quid Juris, 2011, p.p. 481 e 482; (*Hubert Wachauf c. Alemanha*) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 13 de Julho de 1989. *Processo 5/88 in PAIS*, Sofia Oliveira. **Direito da União Européia: Legislação e Jurisprudência Fundamentais**. Lisboa: Quid Juris, 2011, p.p. 482 a 484; (*Werner Mangold c. Rüdiger Helm*) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 22 de Novembro de 2005. *Processo C-144/04 in PAIS*, Sofia Oliveira. **Direito da União Européia: Legislação e Jurisprudência Fundamentais**. Lisboa: Quid Juris, 2011, p.p. 486 e 488.

²⁰⁴ SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (Coord.). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: Comentada**. Coimbra: Almedina, 2013, p. 606-624.

preceituado. Proteção esta que ao aplicar-se à todos os direitos fundamentais previstos pela Carta, aplicar-se-á também, por óbvio aos Direitos Fundamentais Sociais por ela albergados, haja vista ser este último espécie daquele primeiro.

Além disso, o Princípio da Proibição ao Retrocesso poderá vir a ser empregado também em relação a atos retrocessivos no campo dos Direitos Sociais, perpetrados por alguma das instituições da União. Cabendo ao TJUE a sua realização e aplicação prática a fim de assegurar a concretização dos padrões e proteções sociais já assegurados pelo direito da União.

Isto poderá se dá, essencialmente, de duas maneiras.

Primeiramente, poder-se-ia cogitar da aplicação duma Proibição ao Retrocesso face à legislações ou normativas de alguma das instituições da União Européia que importem em redução dos patamares de proteção aos direitos sociais assegurados pela própria Carta de Direitos Fundamentais da UE.

Ou seja, neste caso, o Princípio da Proibição ao Retrocesso funcionaria como instrumento jurídico hábil a vedar, por exemplo, a aplicação de uma lei derivada aprovada pela Parlamento e/ou pelo Conselho que importasse em termos praticos num retrocesso social.

A alegação e realização de tal princípio dar-se-ia, neste caso, através dum *Recurso de Anulação*²⁰⁵ (ou *Exceção de Ilegalidade* – prevista no artigo 263, §6º do TFUE), em que se suscitaria e debater-se-ia a legislação retrocessiva à luz dos direitos sociais e do Princípio da Vedação à Contra-revolução Social. Cabendo ao TJUE, aplicando tal princípio jurídico no caso concreto, declarar aquela norma sem efeito ou mesmo nula.

Num segundo cenário, a aplicação do *Efeito Cliquet* no âmbito da União Européia dar-se-ia em relação a uma atuação executivo (ou seja, de cunho não legislativo), por parte de uma das instituições da União Européia ou mesmo de algum dos organismos a ele interconectados, a qual importasse numa efetiva retrocessividade no domínio dos direitos sociais.

Encaixam-se neste segundo cenário duas espécies de atuações executivas possíveis: tanto aquelas atuações executivas que tenham por espectro de alcance de sua aplicabilidade

²⁰⁵ São legitimados ativos para a propositura do Recurso de Anulação um país-membro da UE, o Conselho, a Comissão. Ademais, o próprio Parlamento, em certas circunstâncias, se considerar que uma disposição legislativa da UE é ilegal pode solicitar a sua anulação ao Tribunal. Os particulares, por sua vez, podem também interpor “recursos de anulação”, caso considerem que determinada disposição legislativa os afeta direta e negativamente como indivíduos e pretendam, por esse motivo, que o Tribunal a anule.

apenas a própria instituição ou organismo europeu que a perpetrar, quanto aquelas outras atuações executivas destes mesmos organismos que impliquem num retrocesso social que atinja a todos ou a alguns dos Estados-membros.

Na primeira hipótese prevista, uma aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso Social teria lugar, por exemplo, num caso onde uma instituição ou organismo da União Europeia estabeleça uma redução drástica no padrão salarial e nas condições de trabalho dos seus funcionários.

Neste caso, o debate e aplicação do Princípio da Vedação ao Retrocesso realizar-se-ia por intermédio de um Processo ordinário instaurado pelo(s) indivíduo(s) prejudicado(s) junto ao Tribunal da Função Pública Europeia. Caberá, então, a esta Corte a aplicação do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social no caso em tela, resguardando assim o direito daquele(s) indivíduo(s). Anulando ou tornando sem efeito, por conseguinte, no caso concreto o ato objurgado.

Na segunda hipótese prevista neste segundo cenário, tomar-se-ia, por exemplo, os casos onde as condicionalidades impostas pelo Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE)²⁰⁶ importem na redução dos patamares de proteção e garantia de determinados direitos sociais no âmbito nacional a fim de supostamente criar condições financeiras saudáveis no orçamento daquele determinado Estado devedor, garantindo assim o pagamento futuro do empréstimo concedido.

Esta é, aliás, situação bastante comum e até muito presente nos empréstimos da Troika aos países europeus em estágios mais aprofundados de crise financeira nos últimos anos. Ao exigir deles cortes de gastos e orçamentais, diretamente direcionados á redução de salários, pensões e aposentadorias.

²⁰⁶ O Mecanismo Europeu de Estabilidade (MEE) é, segundo o seu respectivo tratado, um mecanismo permanente de estabilidade; o qual emergiu como um substituto, em suas atribuições, dos mecanismos provisórios de auxílio e resgate a economia europeia, quais sejam: o Fundo Europeu de Estabilização Financeira (FEEF) e o Mecanismo Europeu de Estabilização Financeira (MEEF).

Esse Mecanismo surgiu como uma proposta alternativa dos Estados da Eurozona no combate a crise financeira; tendo por escopo central o resgate do euro e a viabilização e regulação da prestação de ajuda financeira para os países da Zona do Euro com debilidade financeira e orçamental, as quais tenha a potencialidade de acarretar reflexos à toda economia da União.

O MEE tem por finalidade a prestação de assistência financeira aos Estados-Membros do aludido mecanismo. Tem por desígnio primordial pugnar pela estabilidade econômica e financeira da União Europeia (com realce, para a Zona do Euro), visando à redução do risco de contágio das crises financeiras no seio da União.

Destaca-se ainda que esse é um organismo externo a União, com personalidade jurídica própria (artigo 32º, nº 2º do Tratado MEE), e com caráter de Instituição Financeira Internacional.

Nesta perspectiva, num cenário de uma condicionalidade que importe em efetivo retrocesso social, imposta pelo MEE ao Estado a que ele está a conceder o empréstimo, a aplicação do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social encontra possibilidades jurídicas e processuais de ser aplicado não apenas no âmbito nacional (de acordo com os regramentos previstos no arcabouço jurídico daquele Estado), mas também no seio do Direito da União Européia – diante da competência do Tribunal de Justiça da UE para julgar conflitos que envolvam Estados-membros e instituições ou organismos da União Européia.

Ante esta conjuntura, qualquer Estado-membro do mecanismo, inclusive aquele que se ache diante de tal condicionalidade arbitrária pode inicialmente questioná-la e discuti-la junto ao Conselho de Administração e, subseqüentemente, junto ao Conselho de Governadores do Mecanismo (nos termos do art. 37, itens 1 e 2, do Tratado do MEE²⁰⁷). Entretanto, uma vez não satisfeito com a decisão proferida por estes órgãos, qualquer dos Estados-membros poderá questioná-la junto ao Tribunal de Justiça da União Européia – nos termos prescritos pelo art. 37, item 3, do Tratado de Criação do MEE combinado com o art. 273 TFUE.

Nesse contexto, abre-se a possibilidade de discussão e debate jurídico acerca da legalidade da supracitada condicionalidade, abrindo-se espaço para uma desconstituição de tal condicionalidade imposta pelo MEE por decisão do TJUE; isto em atenção ao Princípio da Proteção (ou Tutela) dos Direitos Fundamentais e numa lúcida aplicação do Princípio da Vedação ao Retrocesso no caso em tela.

Um último cenário possível para aplicação do Princípio da Proibição a Contra-revolução Social no domínio do direito da União Européia seria a possibilidade do Tribunal de Justiça da União Européia vir a aplicar tal princípio como fundamento para posicionar-se, em sede de Ação de Incumprimento²⁰⁸, pela anulação de ato ou legislação de cunho retroativo.

Nesse diapasão, ante a limitação da TJUE, em atenção ao Princípio da Subsidiariedade,²⁰⁹ só deter a competência para julgar os Estados-membros no que tange a

²⁰⁷ UNIÃO EUROPÉIA. **Tratado do Mecanismo Europeu de Estabilidade**. Disponível em: <http://www.european-council.europa.eu/media/582898/11-tesm2.pt12.pdf>. Acesso em: 07/03/2014.

²⁰⁸ São legitimados ativos para a propositura da Ação de Incumprimento a Comissão Européia ou qualquer Estado-membro diante da realidade de descumprimento do Direito da União Européia, ou de alguma das obrigações dele advinda, por algum dos Estados que compõem a União.

²⁰⁹ O *Princípio da Subsidiariedade*, é cláusula jurídico-política que, visando assegurar a soberania dos Estados e impedir uma centralização do poder na consecução dos objetivos comunitários por parte da União, concede aos Estados a precedência de atuação (executiva e/ou legiferante) quando das *atribuições*

aplicação do Direito da União, uma aplicação da Vedação ao Retrocesso dar-se-ia apenas neste caso na hipótese em que se visasse desconstituir legislação, ou ainda vedar judicialmente proposição legislativa nacional, que implique na redução no espectro de proteção de seus direitos fundamentais sociais à patamares de salvaguarda inferiores àqueles assegurados pela própria Carta de Direitos Fundamentais da UE.

Ou seja, tal discussão jurídica em torno da Vedação ao Retrocesso Social e a sua conseqüente aplicação pelo Tribunal de Justiça da UE só teria lugar nos casos em que a supracitada legislação retrocessiva lançaria os padrões de proteção dos direitos sociais fundamentais de determinado Estado-membro à patamares aquém aqueles mínimos estabelecidos no âmbito do Direito da União Européia.

Neste caso, tal discussão jurídica no âmbito do TJUE figura-nos perfeitamente possível e viável, haja vista que nessas condições supracitadas a nova legislação nacional retrocessiva coloca aquele Estado-membro em situação de descumprimento do Direito da União, uma vez violar os parâmetros mínimos no campo dos direitos sociais fundamentais por ele estabelecidos. Sendo, destarte, bastante crível e razoável a aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso neste contexto.

Uma eventual aplicação do Princípio da Vedação ao Retrocesso neste contexto encontraria ainda largo fundamentado jurídico nos Princípios Fundamentais da União Européia da *Primazia*,²¹⁰ da *União de Direito*,²¹¹ das *Competências (ou Poderes) Implícitas*²¹² e o da *Interpretação conforme*²¹³.

concorrentes com a União, só devendo intervir os órgãos da União, nestes casos de competência não exclusiva da UE, em circunstâncias onde a atuação a ser perpetrada possa repercutir para além das fronteiras de algum dos Estados-membros individualmente considerados, assim como naquelas que abrangem todo o âmbito da União, ou ainda “na medida em que os objetivos da acção considerada não possam ser suficientemente alcançados pelos Estados Membros, tanto ao nível central como ao nível regional e local (...)” – nos termos do artigo 5º, §3º, do Tratado da União Européia. Esse princípio tem por fulcro normativo o artigo 5º, §§ 1º e 3º, do TUE; tendo ainda sua aplicação regulamentada pelo Protocolo Anexo aos Tratados da União nº 2. (UNIÃO EUROPÉIA. **Versões Consolidadas do Tratado da União Européia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia: Protocolo Anexo nº 2.** Disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st06/st06655-re07.pt08.pdf>. Acessado em: 03/04/2013, p.p. 267-270).

²¹⁰ O Princípio da Primazia ou do primado do Direito da união Européia consubstancia a idéia de prevalência de aplicação do Direito da União quando em conflito com as normas de Direito Interno. Tal princípio fundamenta-se, segundo o entendimento adotado pelo Tribunal de Justiça da União Européia, na própria natureza específica do Direito da União, sendo um imperativo à sua existência, efetividade e eficácia; além de ser a sua aplicação condição indispensável à realização do Princípio da Interpretação e Aplicação Uniforme, bem como à tutela do preceito da Não-discriminação em razão da nacionalidade, propugnados pelo Direito da UE.

((*F. Costa c. ENEL*) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 15 de Julho de 1964. *Processo 6/64 in PAIS*, Sofia Oliveira. **Direito da União Européia: Legislação e Jurisprudência Fundamentais.** Lisboa: Quid Juris, 2011, p.p. 357 a 359).

Ante o exposto, verifica-se que o Princípio da Vedação ao Retrocesso encontra sólido fundamento jurídico e variadas possibilidades e meios de aplicação no âmbito do Direito da União Européia.

²¹¹ O *Princípio da União de Direito* define que a União Européia é uma união jurídica, cabendo, por conseguinte, ao TJUE a fiscalização dos atos praticados pelas instituições da União e pelos Estados-membros que tenham repercussão no âmbito do sistema jurídico europeu. Nesse diapasão, pronunciou-se em acórdão paradigmático o Tribunal de Justiça: (...) *a Comunidade Européia é uma comunidade de direito, na medida em que nem os seus Estados-membros nem as suas instituições estão isentos da fiscalização da conformidade dos seus actos com a carta constitucional de base que é o Tratado. Especialmente por meio dos seus artigos 173º e 184º (230º e 277º TFUE²¹¹), por um lado, e do artigo 177º (267º TFUE) por outro, o Tratado estabeleceu um sistema completo de vias de recurso e de procedimentos destinados a confiar ao Tribunal de Justiça a fiscalização da legalidade dos actos das instituições.*

(*“Os verdes” c. Parlamento Europeu*) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 23 de Abril de 1985. *Processo 294/83*; item 23, in PAIS, Sofia Oliveira. **Direito da União Européia: Legislação e Jurisprudência Fundamentais.** Lisboa: Quid Juris, 2011, p.p. 383 e 384).

²¹² O Princípio das Competências (ou Poderes) Implícitas detém papel de proeminência no processo de fortalecimento do Direito Comunitário Europeu. Através desse possibilita-se a atuação da União Européia em esferas de atividades próximas às suas atribuições, mas que não estão expressamente sob a sua competência, quando tal se fizer necessário, colimando assegurar à realização dos seus escopos funcionais. Nesse diapasão, são valiosas as argutas lições do Professor Dr. Jonatás Machado: Trata-se de uma figura que tem sido usada no direito constitucional como mecanismo de flexibilização e adaptação dos poderes político e legislativo, permitindo a adaptação e sobrevivência de uma dada comunidade política em contextos de alteração do ambiente político, económico social e cultural, evitando que a mesma fique paralisada pela rigidez das formas constitucionais. (...) No direito da UE estes poderes emergiram a partir da cláusula de flexibilidade, hoje constante do artigo 352º TFUE, com uma redacção ligeiramente alterada.

(A este respeito vide: DUARTE, Maria Luísa. *A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros.* Lisboa: Lex, 1997;

(Comissão c. Conselho) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 31 de Março de 1971. *Processo 22/70.* Disponível

em: <http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=88062&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=310033>. Acessado em: 06/05/2013;

MACHADO, Jónatas. *Direito da União Européia.* Op. cit., p.p. 91 a 94).

²¹³ O *Princípio da Interpretação Conforme* estabelece o dever de interpretação do direito nacional e do direito derivado da União em consonância com o disposto pelos Tratados da UE e com os Princípios Gerais do Direito da União Européia. Tal princípio está intimamente relacionado com os *Princípios do Primado do e da Interpretação e Aplicação Uniforme do Direito da UE*, e é compreendido como importante método hermenêutico do sistema jurídico da União e dos seus Estados-Membros, bem como preceito norteador da transposição das Diretivas do Direito da União pelos Estados-Membros, tendo sido vastamente aplicado pela jurisprudência europeia.

(Neste sentido vide: MESQUITA, Maria José Rangel de. **O princípio da interpretação conforme e a sua não aplicação pelo Estado-Juiz: um (duplo) exemplo de incumprimento estadual.** Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MRange110.pdf. Acessado em: 06/05/2013;

SOUSA, Eduardo Manuel Oliveira e. **A Interpretação Conforme e o Direito Comunitário: Uma, não tão breve, nota.** Disponível em: http://www.academia.edu/1558437/A_Interpretacao_Conforme_e_o_Direito_Comunitario_Uma_nao_tao_breve_nota. Acessado em: 06/05/2013.

(*Von Colson e Kamann c. L. Nordrhein-Westfalen*) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 10 de Abril de 1984. **Processo 14/83.** Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=61983CJ0014&lang1=pt&type=NOT&ancre=>. Acessado em:

06/05/2013; (*Adeneler c. E. O. Galaktos*) TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 04 de Julho de 2006. **Processo C-212/04.** Disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?text=&docid=56282&pageIndex=0&doclang=pt&mode=lst&dir=&cc=first&part=1&cid=375664>. Acessado em: 06/05/2013).

Neste sentido, ainda que complexos sejam os meandres que envolvem a aplicação do Princípio da Proibição ao Retrocesso, parece-nos haver ao menos um caminho a ser pavimentado nesta seara, tendo em vista a potencialização dos veículos de implementação deste importante princípio; possibilitando assim uma otimização e maior efetividade na proteção dos Direitos Humanos Sociais e Econômicos.

CONCLUSÃO

Os Direitos Humanos, enquanto direitos fundamentais à realização da dignidade humana, almejam criar e manter os pressupostos elementares de uma vida na liberdade e com dignidade.

Nesse sentido, os direitos humanos sociais assumem, como visto, o papel de baldrame sócio-econômico mínimo necessários não apenas a uma vida humana condigna, mas também indispensáveis a viabilização prática dos demais direitos humanos, tais como os Direitos Civis e Políticos. Resta, destarte, indubitável a sua importância no contexto jurídico-social.

A realidade de que o contexto social e jurídico é influenciado (e porque não dizer, determinado) por forças políticas e econômicas que na era da globalização extrapolam em muito as capacidades de controle e atuação dos Estados põe à luz do dia a incapacidade destes em garantir, em muitos casos, a manutenção dos patamares de conquistas sócio-econômicas já alcançadas por sua sociedade; promovendo (ou ao menos viabilizando) diversas vezes guinadas retrocessivas no campo dos direitos sociais no âmbito dos países.

Tais fenômenos retrocessivos dos direitos humanos sociais vêm ganhando maior frequência e dimensão nas últimas décadas em decorrência do desenvolvimento da globalização e como consequência do retorno à proeminência das idéias neoliberais em todo o globo.

Esses fluxos retrocessivos ocorridos no âmbito dos países na seara dos direitos fundamentais sociais têm importado, por conseguinte, numa fatídica realidade de aprofundamento das desigualdades; carnificina social; desaceleração econômica e consequente ocorrência de crises econômicas e financeiras; redução do desenvolvimento social; impactos negativos no progresso e liberalização do comércio internacional; fomento ao incremento da extrema pobreza; promoção de um sem número de injustiças sociais; entre outras inmensuráveis consequências deletérias.

Nesse diapasão, o Princípio da Vedação ao Retrocesso Social desponta como um efetivo e eficiente meio de proteção e manutenção dos patamares de concretização dos direitos humanos sociais já realizados e assegurados pelo arcabouço do sistema jurídico internacional. Podendo contribuir decisivamente, dessa maneira, para a proteção do

postulado da Dignidade da Pessoa Humana, do ideal de segurança (*lato sensu*) e, por conseguinte, à realização da justiça na órbita internacional.

Encontrando respaldo teórico para a viabilidade de sua aplicação no contexto internacional tanto nas mais balizadas e atuais teorias econômicas, quanto na mais aceita concepção político-filosófica de justiça na contemporaneidade, o Princípio da Proibição ao Retrocesso parece-nos mesmo ser um instrumento viável a assegurar, ainda que minimamente, a proteção e, por conseguinte, o desenvolvimento dos direitos humanos (não apenas os de cunho social, mas, por via oblíqua, todos os demais direitos do homem) em todo o mundo.

Esse princípio jurídico dispõe ainda de efetivos caminhos e instrumentos jurídicos já utilizados ou passíveis de utilização visando a sua implementação, como é o caso da proteção judicializada contra o retrocesso social possíveis através dos sistemas regionais dos direitos humanos, ou que poderia (e deveria) ser pensada também no âmbito dos organismos de proteção aos direitos humanos da Organização das Nações Unidas (ONU) em conjunto com Tribunal Internacional de Justiça (TIJ); ou mesmo através das multicitadas possibilidades de aplicação deste princípio jurídico por intermédio das instituições e do direito da União Européia.

Outro mecanismo de efetivação de tal princípio - o qual figura-nos, inclusive, extremamente viável - é o da possibilidade de sua aplicação enquanto uma Cláusula de Proibição ao Retrocesso Social aplicada no âmbito dos acordos da Organização Mundial do Comércio (OMC).

Essa via, além do alto teor de efetividade que alcançaria (em decorrência da eficiência obtida pelo Órgão de Solução de Controvérsias da OMC, nos moldes obtidos por este hodiernamente), lograria realizar múltiplos interesses conexos numa só vez; na medida em que não apenas viabilizaria aplicação na órbita internacional do Princípio da Vedação ao Retrocesso (salvaguardando, assim, a manutenção dos patamares civilizatórios já alcançados em matéria de direitos sociais), como também promoveria uma maior ética e lealdade competitiva no comércio internacional. Prestaria também um grande contributo para o combate direto de várias das causas de uma eventual concorrência desleal; e acabaria ainda por servir de estímulo a novos progressos na liberalização comercial.

Este alto potencial de realização na órbita internacional conferida pelos supracitados mecanismos ao Princípio da Proibição ao retrocesso o colocaria, ao nosso

sentir, em posição de destaque enquanto instrumento jurídico viável à proteção dos Direitos Humanos na seara internacional por meios cogentes.

Bem sabemos que esta proposta perpassa por um larguíssimo domínio de questões jurídicas, políticas, econômicas, sociais e até filosóficas, que a expõe, como qualquer outra teoria, por um vasto campo de questões e elucubrações, favoráveis e desfavoráveis, possíveis. O que, ao que nos parece, resultaria, como em qualquer campo conhecimento, numa via a enriquecer a sua construção e debate e não diminuí-la.

De mais a mais, resta-nos a compreensão de que mais importante do que debater teorias pura e simplesmente, mais importa à ciência (e, portanto, ao Direito) a aplicabilidade prática do conhecimento e de eventuais proposições. Sendo mesmo a maior virtude de qualquer teorização a sua viabilidade prática - seja em qual campo do conhecimento essa se dê. Afinal, como sabiamente vaticinou o filósofo Alemão Karl Marx²¹⁴: *mais vale transformar o mundo do que meramente interpretá-lo.*

Cumpre-nos ressaltar, por derradeiro, que longe de tentar fornecer uma panacéia para toda a carnificina social existente, ou mesmo de buscar apontar uma solução ótima paretiana²¹⁵ para a relação entre os direitos sociais e os diversos setores do Direito Internacional (tais como o Direito do Comércio Internacional, o Sistema de Direitos Humanos Internacional e o Direito da União Européia), o presente estudo visa tão somente prover uma singela contribuição teórica que logre subsidiar um exponencial melhoramento da aplicação e salvaguarda dos direitos sociais e, por conseguinte, da qualidade de vida humana; numa busca pela efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana e de um concreto progresso sócio-econômico em todo o mundo.

²¹⁴ Karl Marx afirma, quando das suas reflexões críticas a respeito do idealismo filosófico e da filosofia especulativa: "Os filósofos têm apenas interpretado o mundo de maneiras diferentes; a questão, porém, é transformá-lo."

²¹⁵ O ótimo ou eficiência de Pareto é um conceito econômico desenvolvido pelo italiano Vilfredo Pareto. Segundo este conceito uma situação é ótima se não for possível melhorar a situação, ou, mais genericamente, a utilidade de um agente, sem degradar a situação ou utilidade de qualquer outro agente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. Ponderação, Jurisdição Constitucional e Representação Popular. In: SARMENTO, Daniel (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2ª ed.. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008;

ARISTÓTELES. **Ética a Nicômaco**. Tradução: Leonel Vallandro e Gerd Bornheim da versão inglesa de W. D. Ross. São Paulo: Nova Cultural, 1991;

ARISTÓTELES. **Órganon**. 2ª ed.. Tradução de Edson Bini. São Paulo: Edipro, 2010, 3º livro;

ÀVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 10ª ed.. São Paulo: Malheiros Editores, 2009;

BARCELLOS, Ana Paula de. **Ponderação, racionalidade e atividade jurisdicional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2005;

BARROSO, Luís Roberto. Em algum lugar do passado: Segurança jurídica, direito intertemporal e o novo código Civil. **Revista Brasileira de Estudos Políticos**. Belo Horizonte, nº 90, p. 35, jun.-dez. 2004;

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 6ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004;

BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Tradução: Carlos Nelson Coutinho. 13ª reimpressão. São Paulo: Editora Elsevier, 2004;

BONAVIDES, Paulo. Curso de Direito Constitucional. 19ª edição, São Paulo: Malheiros, 2006;

CAMPOS, Luís; e CANAVEZES, Sara. **Introdução à Globalização**. Disponível em: <[http://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2468/1/Introdu% c3% a7% c3% a3o% 20% c3 % a0% 20Globaliza% c3% a7% c3% a3o.pdf](http://dspace.uevora.pt/rdpc/bitstream/10174/2468/1/Introdu%c3%a7%c3%a3o%20%c3%a0%20Globaliza%c3%a7%c3%a3o.pdf)>. Acessado em: 03/06/2013;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991;

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª Ed.. Coimbra: Almedina Editora, 2003;

CHANG, T. L. **Factory Girls: From Village to City in a Changing China**. New York: Spiegel & Grau, 2009;

COSTA, Eliane Romeiro; CARVALHO, Osvaldo Ferreira de. **Doutrinas Essenciais: Direitos Humanos**. Org. PIOVESAN, Flávia; GARCIA, Maria. *O princípio da Proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011;

CUNHA JÚNIOR, Dirley. O princípio da Segurança Jurídica e a Anterioridade Especial como condição Mínima para o Cumprimento da Anterioridade Tributária. **Revista da AJUFE**. Distrito Federal, nº 70, Ano 21, p. 104-105, abr.-jun. 2002;

CUNHA JÚNIOR, Dirley. O princípio da Segurança Jurídica e a Anterioridade Especial como condição Mínima para o Cumprimento da Anterioridade Tributária. **Revista da AJUFE**. Distrito Federal, nº 70, Ano 21, p. 104-105, abr.-jun. 2002;

CUNHA, Luís Pedro Chaves Rodrigues da. *Standards sociais e ambientais no comércio internacional*. **Boletim de Ciências Económicas da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra**. Vol. XLIV – 2001, p. 615-631;

CUNHA, Luís Pedro. **O Sistema Comercial Multilateral e os Espaços de Integração Regional**. Coimbra: Coimbra Editora, 2008;

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

DUARTE, Maria Luísa. A teoria dos poderes implícitos e a delimitação de competências entre a União Europeia e os Estados-Membros. Lisboa: Lex, 1997;

DUARTE, Maria Luísa. **Direito da União Europeia e das Comunidades Europeias**. Vol. I, Tomo 1. Lisboa: Lex, 2001;

ESPÓSITO, Carlos D.. **La jurisdicción consultiva de la Corte Internacional de Justicia**. Madrid: McGraw-Hill, 1996;

EUROPEAN UNION. **High-level Expert Group on reforming the structure of the EU banking sector - Final Report**. Chaired by Erkki Liikanen. Brussels, October 2012;

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social**. Disponível em: http://www6.univali.br/tede/tde_busca/arquivo.php?codArquivo=399. Acesso em: 20/01/2014;

GABBA, Carlos Francesco. **Teoria della retroattività delle leggi**. 3ª ed.. Torino: Torino Unione Tipografico Editrice, v.1, 1981;

GIBSON, Sérgio Armanelli. A ciência jurídica no pós-positivismo: as necessárias repaginações conceituais de segurança jurídica, de regime jurídico administrativo e do princípio da legalidade administrativa. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**. Belo Horizonte, n° 93, Ano 8, p.62, nov. 2008;

GOLDSHMIDT, Rodrigo. *O Princípio da proibição ao retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais*. **Revista Justiça do Direito**. Passo Fundo, V. 14, N. 14, 2000;

HABERMAS, Jürgen. **Direito e democracia: entre Facticidade e Validade**. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. V.1 e V.2, 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003;

HABERMAS, Jürgen. **Um ensaio sobre a Constituição da Europa**. Tradução de Marian Toldy e Teresa Toldy. Lisboa: Edições 70, 2012;

HAYEK, Friedrich August von. **O Caminho da Servidão**. 6ªed.. Tradução por: Anna Maria Capovilla, José Ítalo Stelle e Liane de Moraes Ribeiro. São Paulo: Instituto Ludwig von Mises Brasil, 2010;

HEINTZE, Hans-Joachim. *Introdução ao Sistema Internacional de Proteção dos Direitos Humanos*. **Manual Prático de Direitos Humanos Internacionais**. Sven Peterke (Org.). Brasília: ESMPU, 2009;

JOPPERT, Ricardo. *O Alicerce Cultural da China*. Rio de Janeiro: Avenir, 1979;

KANT, Immanuel. **A Paz Perpétua. Um Projecto Filosófico**. Trad. Artur Morão. Covilhã: Universidade da Beira Interior, 2008;

KANT, IMMANUEL. **Fundamentação da Metafísica dos Costumes**. Tradução: Paulo Quintela. Lisboa: Edições 70, 2007;

KAWAY, Mina; e VIDAL, Pedro Walter G. Tang. *Dumping Social: as Normas de Trabalho e sua relação com o Comércio Internacional*. Disponível em: <<http://www.declatra.com.br/MyFiles/Artigos/Artigo%20C1%C3%A1usula%20Social.pdf>>. Acessado: 23/05/2013;

LAFER, Celso. **A OMC e a regulamentação do comércio internacional: uma visão brasileira**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998;

LAING, JACQUELINE A. AND WILCOX, RUSSEL. **The Natural Law Reader**. Oxford: Wiley Blackwell, 2014;

MACHADO, Jónatas E. M.. **Direito da União Européia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2010;

MARTINS-COSTA. A Re-significação do princípio da segurança jurídica na relação entre o Estado e os cidadãos: a segurança como crédito de confiança. **Revista CEJ**. Brasília, nº 27, Ano VIII, p. 113, dez. 2004;

MARX, Karl; ENGELS, Friedrich. **Manifesto do Partido Comunista**. Visualizado em: http://www.pstu.org.br/sites/default/files/biblioteca/marx_engels_manifesto.pdf. Acesso em: 15/02/2014;

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de Direito Administrativo**. 13ª ed. São Paulo: Malheiros, 2001;

MESQUITA, Maria José Rangel de. **O princípio da interpretação conforme e a sua não aplicação pelo Estado-Juiz: um (duplo) exemplo de incumprimento estadual**. Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/MRangel10.pdf. Acessado em: 06/05/2013;

MIRANDA, Francisco Cavalcanti Pontes de. **Comentários à Constituição de 1946**. 2ª ed.. São Paulo: Max Limonad, v. 4, 1953;

MIRANDA, Jorge. **Curso de Direito Internacional Público**. Cascais: Principia, 2002;

MONTAÑÁ MORA, Miquel. **La OMC y el Reforzamiento del Sistema GATT**. Madrid: McGraw-Hill, 1997;

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do Espírito das Leis**. Tradução de Cristina Murachco. São Paulo: Martins Fontes, 2000;

MÜLLER, Friedrich. **O novo paradigma do direito: introdução à teoria e metódica estruturantes**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009;

MURADAS, Daniela. *O princípio da vedação do retrocesso jurídico e Social no Direito Coletivo do Trabalho*. **Revista Síntese: Trabalhista e Previdenciária**. Ano XXII, nº 262, Abril 2011;

.

NORDEN, Van; Bryan and Shun; LOI, Kwong. "**Mencius**", **The Stanford Encyclopedia of Philosophy**. Edward N. Zalta (ed.). Visualizado em: <http://plato.stanford.edu/entries/mencius/>. Acesso em: 20/04/2014;

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **What we do**. Disponível em: <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/what_we_do_e.htm>. Acessado em: 23/05/2013.

PAIS, Sofia Oliveira. **Direito da União Européia: Legislação e Jurisprudência Fundamentais**. Lisboa: Quid Juris, 2011;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e Justiça Internacional**. 4ª ed.. São Paulo: Saraiva, 2013;

PIOVESAN, Flávia. *Proteção Internacional dos direitos econômicos, sociais e culturais*. **Revista Gênese**. Curitiba, nº 118, outubro de 2002;

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**. 3ª ed. Salvador: JusPodivm, 2011;

RAWLS, John. **Uma Teoria da Justiça**. Tradução de Jussara Simões. 3ªed.. São Paulo: Martins Fontes Editora, 2008;

REIS, Jair Teixeira dos. Organização Mundial Do Comércio – OMC e o Direito do Trabalho. Disponível em: <<http://sisnet.aduaneiras.com.br/lex/doutrinas/arquivos/160107.pdf>>. Acessado em: 22/05/2013;

SAMPAIO, José Adércio Leite. **Constitucionalismo e Democracia. A Cláusula do não retrocesso Social**. Salvador: JusPodivm Editora, 2013;

SARLET, Ingo Wolfgang org.. **Dimensões da Dignidade: Ensaio de Filosofia do Direito e Direito Constitucional**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005;

SARLET, Ingo Wolfgang. *Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais sociais*, in: **Revista Direito e Justiça**. Porto Alegre, v. 32, n. 1, junho de 2006;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001;

SARLET, Ingo Wolfgang. **Revista Eletrônica de Direito do Estado. A eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade Da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro**. Salvador, nº 32 – outubro/novembro/dezembro de 2012;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: Uma teoria geral dos Direitos Fundamentais na Perspectiva Constitucional**. 10ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado editora, 2009;

SAUERESSIG, Joel. *O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana sob uma Perspectiva Multicultural*. **Revista Científica da AJES**. V. 04, n. 8, jan./jun. 2013. Visualizado em: http://www.revista.ajes.edu.br/arquivos/artigo_20130728223744.pdf. Acesso em: 20/04/2014;

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**, 36 Edição, São Paulo, Malheiros Editores, 2013;

SILVA, José Afonso. Constituição e Segurança Jurídica. **Revista Fórum Administrativo – Direito Público**. Belo Horizonte, nº 59, Ano 06, p. 6653, jan. 2006;

SILVA, Luciano Felix do Amaral e. Princípios norteadores da intervenção judicial no contrato: normas abertas versus segurança jurídica. **Revista de Direito Privado**. São Paulo, nº 37, Ano 10, jan.- mar. 2009;

SILVA, Oscar Joseph de Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12. ed.. V.2. Rio de Janeiro: Forense, 1997;

SILVA, Paulo Roberto. **Origem e Desenvolvimento do Sistema Financeiro Internacional: do Padrão-ouro à Crise de 2008**. Acesso em: 04/06/2013. Disponível em: <http://www.sapientia.pucsp.br//tde_busca/arquivo.php?codArquivo=12301>;

SILVA. Eveline de Andrade Olivera e. **A Cláusula Social no Direito Internacional Contemporâneo**. Disponível em: <<http://repositorio.uniceub.br/bitstream/123456789/1490/1/EVELINE.pdf>>. Acessado em: 23/05/2013;

SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Mariana (Coord.). **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia: Comentada**. Coimbra: Almedina, 2013;

SOARES, António Goucha. **As Instituições e o processo político da União Européia**. Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/1195/1/wp200405.pdf>. Acessado em: 09/04/2013;

SOARES, António Goucha. **Uma União cada vez mais estreita.** Disponível em: <https://www.repository.utl.pt/bitstream/10400.5/1489/1/AGS-AS-2000.pdf>. Acessado em: 09/04/2013;

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.** São Paulo: Saraiva, 2010;

SOUSA, Eduardo Manuel Oliveira e. **A Interpretação Conforme e o Direito Comunitário: Uma, não tão breve, nota.** Disponível em: http://www.academia.edu/1558437/A_Interpretacao_Conforme_e_o_Direito_Comunitario_Uma_nao_tao_breve_nota. Acessado em: 06/05/2013;

STIGLITZ, Joseph E. **The Price of Inequality.** New York and London: W. W. Norton & Company, 2013;

TCHING, Maria Rosa Oliveira. **O Papel dos Tribunais na construção do padrão de jusfundamentalidade da União Europeia e do Estatuto de Cidadania Europeia.** Disponível em: http://repositorium.sdum.uminho.pt/bitstream/1822/20568/1/RosaTching_Dissertacao-Abril%2712.pdf. Acessado em: 09/05/2013;

TEPEDINO, Gustavo. Normas Constitucionais e Direito Civil na Construção Unitária do Ordenamento In:SARMENTO, Daniel (Org.); SOUZA NETO, Cláudio Pereira (Org.). **A Constitucionalização do Direito: fundamentos teóricos e aplicações específicas.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006;

THORSTENSEN, Vera. **A OMC - Organização Mundial do Comércio e as negociações sobre comércio, meio ambiente e padrões sociais.** Rev. bras. polít. int., Brasília, v. 41, n. 2, Dec. 1998. Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/rbpi/v41n2/v41n2a03.pdf>>. Acessado em: 05/04/2013;

UNIÃO EUROPEIA. **Uma Europa mais transparente e democrática.** Disponível em: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/democracy/index_pt.htm. Acessado em: 03/04/2013;

UOL. **Merkel: comércio mundial deve respeitar padrões sociais mínimos.** Disponível em: <http://noticias.uol.com.br/ultnot/efe/2006/11/22/ult1767u80842.jhtm>. Acessado em: 06/06/2013;

VARELLA, Marcelo Dias e SILVA, Alice Rocha da. *A mudança de orientação da lógica de solução das controvérsias econômicas internacionais.* **Revista Brasileira de Política Internacional.** Vol. 49, nº 2, Brasília, Julho/Dec. 2006;

VARELLA, Marcelo Dias. *Efetividade do Órgão de Solução de Controvérsias da Organização Mundial do Comércio: uma análise sobre os seus doze primeiros anos de existência e das propostas para seu aperfeiçoamento.* **Revista Brasileira de Política Internacional.** Vol. 52, nº.2, Brasília, Julho/Dec. 2009;

ZAFFARONI, Eugenio Raul. *Poder judiciário: crises, acertos e desacertos.* Trad. Juarez Tavares. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995;

ZUBA, Thaís Maria R. de R.. **O direito previdenciário e o princípio da vedação e retrocesso.** São Paulo: LTr, 2013;

DOCUMENTOS

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção Européia de Direitos do Homem.** Disponível em: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_POR.pdf. Acesso em: 27/05/2014;

CONSTITUIÇÃO ALEMÃ. Disponível em: http://www.brasil.diplo.de/contentblob/3254212/Daten/1330556/ConstituicaoPortugues_PDF.pdf. Acesso em: 20/01/2014.

Declaração Islâmica dos Direitos Humanos. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/anthist/declaracaoislamica.html>. Acesso em: 05/04/2014;

Encíclica Rerum Novarum. Visualizado em: http://www.vatican.va/holy_father/leo_xiii/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum_po.html. Acesso em: 15/02/2014;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Carta das Nações Unidas.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/d19841.htm. Acesso em: 27/05/2014;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** Disponível em: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001394/139423por.pdf>. Acesso em: 27/05/2014;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/D0591.htm. Acesso em: 27/05/2014;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre os Direitos Humanos.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf. Acesso em: 27/05/2014;

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Empleo.** Disponível em: <[Http://Www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf](http://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/havana_s.pdf)>. Acessado em: 22/05/2013;

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **Declaración ministerial de Singapur.** Disponível em: <http://www.wto.org/spanish/thewto_s/minist_s/min96_s/wtodec_s.htm>. Acessado em: 04/06/2013;

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DO COMÉRCIO. **General Agreement on Tariffs and Trade.** Disponível em: <http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_e.pdf>. Acessado em: 22/05/2013;

UNIÃO EUROPÉIA. **Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia.** Disponível em: http://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_pt.pdf. Acessado em: 02/05/2013;

UNIÃO EUROPÉIA. **Tratado de Lisboa: Instituições eficientes e modernas.** Disponível em: http://europa.eu/lisbon_treaty/glance/institutions/index_pt.htm. Acessado em: 03/04/2013;

UNIÃO EUROPÉIA. **Tratado do Mecanismo Europeu de Estabilidade.** Disponível em: <http://www.european-council.europa.eu/media/582898/11-tesm2.pt12.pdf>. Acesso em: 07/03/2014;

UNIÃO EUROPÉIA. **Versões Consolidadas do Tratado da União Européia e do Tratado sobre o Funcionamento da União Européia: Protocolo Anexo nº 2.** Disponível em: <http://register.consilium.europa.eu/pdf/pt/08/st06/st06655-re07.pt08.pdf>. Acessado em: 03/04/2013;

JURISPRUDÊNCIA

“Os verdes” c. Parlamento Europeu. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 23 de Abril de 1985. *Processo 294/83*;

Acevedo Bundía Y otros (“Cesantes y Jubilados de la Cotraloría) vs. Peru. INTER-AMERICAN COURT, 2009, serie C, n. 198;

Adeneler c. E. O. Galaktos. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 04 de Julho de 2006. *Processo C-212/04*;

Comissão c. Conselho. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 31 de Março de 1971;

F. Costa c. ENEL. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 15 de Julho de 1964. *Processo 6/64*;

Hubert Wachauf c. Alemanha. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 13 de Julho de 1989. *Processo 5/88*;

J. Nold Kohlen- und BaustoffgroBhandlung c. Comissão. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 14 de Maio de 1974. *Processo 4/73*;

Niñas Yean y Bosico vs. Republica Dominicana. INTER-AMERICAN COURT, 2005, serie C, n.130

PORTUGAL. Tribunal constitucional. **Acórdão n. 39/84**;

PORTUGAL. Tribunal constitucional. **Acórdão n. 509/02**;

PORTUGAL. Tribunal constitucional. **Acórdão n. 509/02**;

STF, ADI nº 2065-0/DF, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, j. em 17/2/2000;

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso nº 16.798/90**, j. 09-12-1994;

TRIBUNAL EUROPEU DE DIREITOS HUMANOS. **Caso nº 46.117/99**, j. 10-11-1004;

Von Colson e Kamann c. L. Nordrhein-Westfalen. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 10 de Abril de 1984. Processo 14/83;

Werner Mangold c. Rüdiger Helm. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPÉIA. Ac. de 22 de Novembro de 2005. *Processo C-144/04;*

Xákmok Kásek vs. Paraguai. INTER-AMERICAN COURT, 2010, Serie C, n. 214;

Yakye Axa Community vs. Paraguai. INTER-AMERICAN COURT, 2005, Serie C, n. 125;