

**PONDERAÇÃO, DIREITOS FUNDAMENTAIS E RETROCESSO SOCIAL.***WEIGHTING, FUNDAMENTAL RIGHTS AND SOCIAL BACKGROUND*

DOI: XXXXXXX

**Bruna dos Santos Almeida**

Advogada. Especialista em Direito Público.

EMAIL: brunaalmeida.ufba@gmail.com

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5070-1847>**Saulo José Casali Bahia**

Professor Associado (UFBA). Juiz Federal (SJBA). Doutor em Direito (PUC-SP).

EMAIL: scasali@ufba.br.

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3768-3664>

**RESUMO:** O presente trabalho apresenta uma breve análise da teoria da proporcionalidade do jusfilósofo alemão Robert Alexy. O método da ponderação é trazido para o estudo com intenção de resolver a situação de colisões de direitos fundamentais a partir do sopesamento de princípios. Partindo desse entendimento, aborda-se a jurisprudência da crise e o princípio da vedação do retrocesso social em confronto com a impossibilidade de se conceber a existência de direitos absolutos.

**PALAVRAS-CHAVE:** Ponderação – Proporcionalidade – Direitos Fundamentais – Princípio da vedação do retrocesso social – Robert Alexy

**ABSTRACT:** The present work presents a brief analysis of the theory of proportionality of the German philosopher Robert Alexy. The method of balancing is brought to the study with the intention of solving the situation of collisions of fundamental rights from the balancing of principles. Based on this understanding, the jurisprudence of the crisis and the principle of the prohibition of social setback are approached in confrontation with the impossibility of conceiving the existence of absolute rights.

**KEY-WORDS:** Balancing – Proportionality – Fundamental Rights – Principle of prohibition of social setback – Robert Alexy

**SUMÁRIO** 1. A ponderação dos direitos um espaço discursivo. 2. A ponderação como parte de algo mais amplo: a proporcionalidade. 3. Pontos de diferenciação entre princípios e regras. 4. Colisão dos direitos: o sopesamento como método racional. 5. Princípio da vedação do retrocesso social e seu protagonismo no cenário jurisprudencial da crise. 6. Conclusão. Referências.

**1 A ponderação dos direitos um espaço discursivo**

A jurisprudência da crise é uma justificativa ou argumento para a redução ou a ponderação de direitos fundamentais? O princípio da vedação do retrocesso social deve inibir esta redução?

Para responder a estas questões é útil recordar a ideia de ponderação ou proporcionalidade, tal como trazida pelo jusfilósofo alemão Robert Alexy.

A teoria de Alexy inaugurou um extenso protagonismo acerca da proporcionalidade num cenário pós-positivista. A ruptura de um padrão hermenêutico antiquado, na visão do autor, está embasada na proposta de aplicação de um método racional-argumentativo, esse como grande veículo do Estado Democrático de Direito.

Diante da necessidade de concretização ou efetivação dos direitos fundamentais, após a declaração Universal de Direitos do Homem em 1948 e do Pacto de Direitos Cívicos e Políticos em 1966, a utilização da teoria dos princípios (bem como da máxima da proporcionalidade) eclodiu como um importante mecanismo para a proteção desses direitos. Cabia promover a resolução de conflitos entre direitos fundamentais e com inerente abstratividade em sua formulação positiva<sup>1</sup>.

Na obra *Constitucionalismo Discursivo* Alexy esclarece a respeito da desconstrução de padrões positivistas por meio da adoção de uma Teoria Ampla do sistema jurídico, qual seja: a Teoria do Discurso do Estado Democrático de Direito, essa que demonstra que a argumentação prática e racional é possível, não se tratando de uma utopia, pois um conjunto de regras de argumentação permitiria a concretização de uma solução racional. A Teoria do Discurso é uma teoria procedimental da correção prática. O procedimento do discurso é um procedimento de argumentação<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> Para além dessas considerações, Alexy também explica que os direitos do homem têm, além de tudo, um carácter independente da sua positivação, qual seja: o da validade universal. ALEXY, Robert.

**Constitucionalismo Discursivo.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. Tradução/organização: Luís Afonso Heck.

<sup>2</sup> *Ibid.*, p.25.

A aplicação da Teoria dos Direitos Fundamentais como uma teoria estrutural traz como “ideia principal a questão da decisão correta e da fundamentação racional no âmbito dos direitos fundamentais. Nesse sentido, tem ela um caráter normativo-analítico<sup>3</sup>.” A grande contribuição da teoria dos princípios foi o emprego do método de otimização desses, pois através dele foi possível entender que a escolha de um princípio não anula o outro em termos definitivos.

Alexy explica que a Teoria dos Princípios se inicia com a distinção entre princípios e regras, em que regras são comandos definitivos, de aplicação por meio da subsunção, e os princípios são mandados de otimização, que exigem que algo seja realizado na sua máxima extensão, observadas as possibilidades fáticas e jurídicas de cada situação. Ou seja, para Alexy, a proporcionalidade representa o compromisso de otimizar a aplicação dos princípios para que os danos a cada um sejam amenizados e se busque o máximo de efetividade dos dois princípios em conflito<sup>4</sup>.

Como foi dito, Alexy defende a existência da proporcionalidade como uma consequência inevitável do reconhecimento da teoria dos princípios, esses que devem ser realizados nas máximas medidas possíveis. Estas “máximas medidas possíveis” correspondem às possibilidades fáticas e jurídicas. Fáticas são as possibilidades referendadas pelos elementos parciais – ou subprincípios – da adequação e da necessidade, enquanto que as possibilidades jurídicas são representadas pelo elemento da proporcionalidade em sentido estrito através do sopesamento, ou seja, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas<sup>5</sup>.

Tomando essas considerações, duas óticas do princípio da proporcionalidade são amplamente consideradas: uma referente ao direito anglo-saxão, o qual considera os princípios ligados ao *due process of law* (devido processo legal), por

---

<sup>3</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed., 2008. p. 42/44.

<sup>4</sup> Numa conferência do TRT-18/GO, o jusfilósofo apresentou essas conclusões. <http://www.trt18.jus.br/portal/timeline/robert-alexey-fala-de-sua-teoria-dos-direitos-fundamentais-em-conferencia-no-trt-18/> (acesso em 29 nov.2020)

<sup>5</sup> ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed., 2008.p.116-118.

meio do qual não se admitem abusos por excesso ou omissão do sistema de justiça, o que estaria ligado à lógica da razoabilidade; a segunda tendo origem no direito alemão, que trata da admissão de um sistema jurídico pautado na lógica de divisão entre princípios e regras.

Mais uma observação, ainda que resumidamente, se faz necessária. Alguns entendimentos da doutrina acerca da proporcionalidade dão vigor à ideia de que não se está diante de um princípio, mas sim de um postulado de maximização. A aplicação da proporcionalidade em sentido estrito resulta na chamada *justa medida*, um método com um procedimento racional em busca da solução pelo sopesamento de direitos fundamentais e de princípios jurídicos em casos concretos. É uma espécie de metaprincípio, dado o seu conteúdo funcional<sup>6</sup>.

Virgílio Afonso da Silva faz questão de tratar do problema terminológico do “princípio da proporcionalidade”, pois relembra que se trata de uma máxima/postulado que não poderia ser equiparado com princípios gerais, pois a proporcionalidade não comporta graus de variação. Ainda sedimenta a crítica da não identidade entre os conceitos de proporcionalidade e razoabilidade, pois, para ele, existem diferenças bruscas na estrutura e forma de aplicação<sup>7</sup>.

Nessa linha, Humberto Ávila defende que a proporcionalidade não seria nem regra nem princípio, mas um postulado, de modo que a proporcionalidade é por ele estipulada como uma metanorma, pois estabelece a estrutura de aplicação de regras e princípios. Ao momento que deixa de ser aplicada, violada não é ela, mas a norma de primeiro grau – uma regra ou um princípio – que clamava por sua afirmação. A violação à proporcionalidade, portanto, seria apenas elíptica<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> VIANNA, Ricardo José Alvarez. **O princípio da proporcionalidade e a fórmula do peso de Robert Alexy**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 02, n. 04, 3-15, out./dez.2017. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2661>, acesso em: 17 nov.2020.

<sup>7</sup> SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.798, p.23-50, 2002. Disponível em: <http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/viewFile/1495/1179>. (Acesso em: 20 nov. 2019).

<sup>8</sup> ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 4º edição, 2004. p.88

Ainda sobre a questão de postulados, uma lógica parecida pode ser aplicada ao chamado “princípio da dignidade da pessoa humana”. Não se trata propriamente de um princípio, sendo em verdade também um mero postulado racional, similar aos conceitos de justiça ou de proporcionalidade. Ou seja, “a dignidade da pessoa humana não é sequer um princípio jurídico, pois não admite sopesamento com outros princípios. () trata-se de um postulado racional, na medida em que nenhuma decisão jamais será produzida de modo a ofender essa dignidade<sup>9</sup>.”

## 2 . A ponderação como parte de algo mais amplo: a proporcionalidade

A ponderação, em verdade, é parte de algo mais amplo, e esse algo é a dita proporcionalidade. Se os custos ou sacrifícios não podem ser evitados, torna-se necessária a ponderação<sup>10</sup>. Por conseguinte, um outro aspecto tratado é sobre a intensidade dessa intervenção via ponderação, por meio de graus de intensidade que para Alexy podem ser leves, médios e altos, aspectos que serão tratados mais adiante.

A ponderação está contida na proporcionalidade, na medida em que se admite a necessidade de sopesamento de princípios. O que também significa que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais, e que decorre da relativização das possibilidades jurídicas<sup>11</sup>. Ínsita da lógica da teoria dos princípios é a argumentação que dá legitimidade a ponderação. Neste sentido, diz Alexy:

---

<sup>9</sup> BAHIA, S. J. C. Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 1, p. 147, 27 mar. 2019.

<sup>10</sup> O autor ainda complementa: A lei da ponderação mostra que a ponderação deixa decompor-se em três passos. Em um primeiro passo deve ser comprovado o grau do não cumprimento ou prejuízo de um princípio. A isso deve seguir, em um segundo passo, a comprovação da importância do cumprimento do princípio em sentido contrário. Em um terceiro passo deve, finalmente, ser comprovado se a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário justifica o prejuízo ou não cumprimento do outro.” ALEXY, 2003, p.111.

<sup>11</sup> ALEXY., 2008. p.118-119.

“O ponto de partida do argumento de princípios é que a pretensão de correção, então, quando uma ponderação é possível, pede uma ponderação. Os objetos de ponderação unicamente possíveis, porém, são os princípios.”

“Correto é que a teoria dos princípios implica a ideia da coerência. A ponderação é uma das operações mais importantes para a produção e asseguramento da coerência e, com isso, da unidade do sistema jurídico”

Um ponto interessante pautado por Alexy, e sobre a relatividade da aplicação da metáfora do peso posta no sopesamento de princípios é o da correção de pretensão nos casos concretos, sendo que não é possível quantificar interesses de forma absoluta, mas apenas de forma concreta e relativa.

Brevemente, vale a pena expor a estrutura da ponderação, onde devem ser levados em consideração os seguintes critérios: 1) comprovar o grau de não cumprimento do outro princípio; 2) demonstrar a importância do cumprimento do princípio em sentido contrário e 3) argumentar sobre a importância do cumprimento do princípio defendido<sup>12</sup>. Assim, para que uma intervenção/restricção a um princípio seja aplicada é sugerida a adoção do juízo de ponderação através da proporcionalidade em sentido estrito.

Portanto, nota-se que a ideia de racionalidade se sobrepõe na ponderação por meio da argumentação, o que conseqüentemente se reflete na proposta do protagonismo de um constitucionalismo discursivo, como um todo, e a tentativa da institucionalização de razão e correção. Se existem argumentos válidos ou corretos, e como pessoas racionais, então razão e correção serão institucionalizadas melhor com a jurisdição constitucional do que sem ela<sup>13</sup>.

### 3 .Pontos de diferenciação entre princípios e regras

---

<sup>12</sup>Ibid., p. 133.

<sup>13</sup>Ibid., p. 165.

A distinção entre princípios e regras é uma discussão corriqueira no direito.

Como dito por Dworkin, há situações onde a solução depende “do tudo ou nada”. Alexy entende que “existem duas operações fundamentais da aplicação do direito: a subsunção e a ponderação. Enquanto a subsunção está relativamente bem investigada, na ponderação, hoje tanto quanto antes, muitas questões estão abertas”<sup>14</sup>.

A racionalidade confere legitimidade a ponderação<sup>15</sup>. Como já afirmado no tópico anterior, a ponderação decorre da relativização das possibilidades jurídicas diante de princípios jurídicos colidentes.

É então importante considerar que a expressão norma passa a ser utilizada como gênero, do qual os princípios e as regras são espécies. A bem da verdade é que Alexy sustenta a ideia do distinto caráter *prima facie* das regras e dos princípios. Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*<sup>16</sup>. Portanto, a partir desse embasamento, Alexy advoga uma aplicação do direito entre subsunção e ponderação, ou seja, com a aplicação de regras e princípios.

O reconhecimento da normatividade de princípios e que estrutura a teoria dos direitos fundamentais de Alexy dá vez a uma possibilidade de vinculatividade. Leia-se a seguinte conclusão:

“A teoria dos princípios é capaz não só de estruturar racionalmente a solução de colisões de direitos fundamentais. Ela possibilita um caminho

---

<sup>14</sup>Ibid., p. 131. Vale trazer a seguinte leitura: “Habermas sustenta que ao adaptar valores sob a forma de princípios jurídicos e assim realizá-los, o Tribunal Constitucional, estaria se transformando numa instância autoritária, pois, quando os princípios colidem, todas as razões podem ser utilizadas como argumentos e persecução de fins, o que leva ao enfraquecimento da compreensão deontológica de normas – entre elas, os princípios. Assim, a obrigatoriedade fica preterida em nome das possibilidades de otimização.” Cf. HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

<sup>15</sup> Ibid., p. 321.

<sup>16</sup> ALEXY, 2008.p.103-104.

intermediário entre vinculação e flexibilidade. A teoria das regras conhece somente a alternativa: validade ou não validade. A teoria dos princípios pode, pelo contrário, levar a sério a constituição sem exigir o impossível.<sup>17</sup>”

O que é necessário ressaltar é que a decisão sobre o conflito de regras é uma decisão acerca da validade, dentro da ideia de aplicação do tudo ou nada. Os princípios indicariam apenas razões de direção para tomada de decisão<sup>18</sup>. De fato, é o modelo de regras mais simplista, como pontuado por Alexy, já que nunca atua isoladamente, sempre sofrendo influxo do modelo de princípios, o que impede que a sua aplicação ocorra de modo isolado em qualquer caso. Note-se como Alexy complementa essa ideia:

“Do lado das regras, a necessidade de um modelo diferenciado decorre da possibilidade de se estabelecer uma cláusula de exceção em uma regra quando da decisão de um caso. Se isso ocorre, a regra perde, para a decisão do caso, seu caráter definitivo. A introdução de uma cláusula de exceção pode ocorrer em virtude de um princípio.

Ao contrário do que sustenta Dworkin, as cláusulas de exceção introduzidas em virtude de princípios não são nem mesmo teoricamente enumeráveis. Nunca é possível ter certeza de que, em um novo caso, não será necessária a introdução de uma nova de exceção<sup>19</sup>.” (2008, p.104)

Impende mencionar um exemplo dado em relação às cláusulas de exceção supramencionadas, pois Alexy adentra na exemplificação da fórmula de Radbruch na sua obra *Constitucionalismo Discursivo*. Essa fórmula foi válida numa situação de exceção na Alemanha, em resposta ao fim do nazismo. Traz a ideia de que a justiça deve prevalecer sobre a lei no caso de situações extremas - “a justiça prevalecerá sobre a lei se esta se revelar insuportavelmente injusta, a tal ponto que se mostre uma

---

<sup>17</sup> ALEXY, 2003., p.68-69.

<sup>18</sup> ALEXY, 2008.p.104.

<sup>19</sup> ALEXY, 2003, p.104.

norma injusta, continente de um direito injusto”. Essa fórmula se une ao ideal do estado constitucional democrático<sup>20</sup>.

A escolha dessa linha de abordagem condiz com a união necessária entre direitos fundamentais e democracia pautada por Alexy. A pretensão de correção reclama a prática do discurso, esse que exige um espaço onde se manifeste a democracia deliberativa<sup>21</sup>. Assim, a teoria do discurso leva ao estado constitucional democrático em um espaço discursivo.

Desse modo, admite-se que a diferenciação entre princípios e regras é um assunto intenso e multidimensional.

#### 4. Colisão dos direitos: o sopesamento como método racional

O método do sopesamento (ou a chamada fórmula do peso) dos princípios eleito por Robert Alexy envolve o raciocínio para aplicação no sistema jurídico objetivando a busca de resultados satisfatórios aos conflitos entre princípios e regras constitucionais. Tal método, segundo Alexy, foi elaborado "para construir um raciocínio com vistas à tomada de decisão, através do qual para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento, nos termos da lei da colisão<sup>22</sup>.

Na teoria de Robert Alexy, os princípios são entendidos como mandamentos de otimização, portanto, eles tendem a se expandir e, devido a tal tendência expansiva, acabariam por estar em constante colisão<sup>23</sup>. A lógica desse pensamento é fácil de ser assimilada, e é demasiadamente discutida no âmbito das críticas que remetem à eleição de um *decisionismo* em relação ao sopesamento, diante da colisão constante de princípios na órbita do ordenamento jurídico. Mas, essa percepção é rebatida por Alexy, de modo que ele afasta quaisquer considerações acerca de um subjetivismo

---

<sup>20</sup> Ibid., p.33. Nesse ponto da obra, Alexy disserta a respeito da teoria do discurso no estado constitucional democrático. Ver também: <https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo>. Acesso em 22 nov.2020.

<sup>21</sup> Ibid., p.33.

<sup>22</sup> ALEXY, 2008.p.118.

<sup>23</sup> PADUAN, Henrique. **Ponderação ou “Jeitinho Brasileiro”? Da inadequada recepção no Brasil e a crítica pós-positivista ao método ponderativo**. TCC em direito. UFRJ, 2017. p.16

indevido, defendendo então que o sopesamento é um modelo fundamentado e racional. Assim, então, anota:

“a um tal modelo decisionista de sopesamento pode ser contraposto um modelo fundamentado. Em ambos os modelos o resultado do sopesamento é um enunciado de preferência condicionada. No modelo decisionista a definição do enunciado de preferência é o resultado de um processo psíquico não controlável racionalmente. O modelo fundamentado, por sua vez, distingue entre o processo psíquico que conduz à definição do enunciado de preferência e sua fundamentação<sup>24</sup>.”

Defronte a esse constante questionamento interposto ao método do sopesamento, pode-se questionar se o entendimento supramencionado bastaria como solução. Diremos que sim, até mesmo porque cabe ainda acrescer a esta construção a seguinte ideia de intervenção, segundo Alexy: “limitações são efetuadas ou sacrifícios são feitos - a questão é como isso deve ocorrer. Na resposta a esta questão devem ser tomadas decisões fundamentais sobre estrutura fundamental da dogmática de vinculação dos direitos fundamentais<sup>25</sup>.”

Essa força jurídica vinculativa ampla é representada pela justicialidade, segundo o supracitado autor. E sobre a questão da justicialidade, quando tratamos do âmbito de proteção e da força vinculativa dos direitos fundamentais, devemos buscar compreender uma sistemática de institucionalização que abarca necessariamente a justicialização. Não há que se indagar sobre a eliminação da justicialidade, pois essa seria em verdade, a abolição da possibilidade de concretização de um direito constitucional. A força vinculativa ampla dos direitos fundamentais é representada assim pela justiciabilidade<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> ALEXY, 2008.p.165.

<sup>25</sup> ALEXY, 2003, p. 62.

<sup>26</sup> Ibid., p.62

Se as normas de direitos fundamentais são vinculativas, essas devem então ser ponderadas. A ponderação é uma exigência da lei de colisão<sup>27</sup>, que não aceita restrições de direitos fundamentais sem a adoção de um método racional. Portanto, daí a justificativa de Robert Alexy:

“Da relevância de um princípio em um determinado caso não decorre que o resultado seja aquilo que o princípio exige para esse caso. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. A forma pela qual deve ser determinada a relação entre razão e contrarrazão não é algo determinado pelo próprio princípio. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas<sup>28</sup>.”

Não obstante, outro ponto crucial deve ser abordado, consistente na abstratividade dos princípios e a aplicação do sopesamento. O entendimento de Alexy em relação à crítica da abstratividade dos princípios faz uma espécie de classificação sobre o peso, com graus de abstração diferenciados. Por exemplo, o direito a vida tem grau superior ao direito de liberdade de atuação, como é o caso da liberdade de profissão<sup>29</sup>. E quando os pesos abstratos são iguais, eles não devem ser considerados, porque sua igualdade não interfere na decisão final.

Alexy complementa que existem situações que irão distinguir o peso abstrato de um princípio desde logo, como é o caso da superioridade do direito à vida, ou existirão situações em que a distinção só será aplicada no caso concreto de acordo com o grau de intervenção definido pelo intérprete.

---

<sup>27</sup>“O procedimento para a solução de colisões de princípios é a ponderação. Princípios e ponderações são dois lados do mesmo objeto. Um é do tipo teórico-normativo, o outro, metodológico. Quem efetua ponderações no direito pressupõe que as normas, entre as quais é ponderado, têm a estrutura de princípios e quem classifica normas como princípios deve chegar a ponderações. O litígio sobre a teoria dos princípios é, com isso, essencialmente, um litígio sobre a ponderação.” In ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**, p.64.

<sup>28</sup> ALEXY, 2008.p.104.

<sup>29</sup> ALEXY, 2003, p 39.

A esquematização do raciocínio matemático por meio de uma fórmula que estruture a ponderação foi um meio de estabelecer uma variável que, além de dar confiabilidade, também pudesse quantificar o grau de intervenção de um Tribunal em relação à restrição de um direito fundamental. No presente trabalho, não cabe a análise das fórmulas de intervenção propostas por Alexy, pois as considerações aqui expostas já preenchem o entendimento necessário para embasar a discussão.

André Lima esclarece em seu estudo algumas críticas de não receptividade da utilização do artifício matemático entre a teoria da argumentação e a fórmula empregada por Alexy, mas fortalece sua posição com respeito à assertividade do método empregado. O autor entende que “a fórmula estabelece uma proposta plausível de organização da ponderação”, de modo que acredita que a expectativa de suficiência é que sempre põe em questionamento a racionalidade do método<sup>30</sup>.

Pela devida logicidade, exsurge no momento da ponderação a possibilidade de autorizar restrições a um direito fundamental. Estas restrições são pautadas em um resultado consistente em um enunciado de preferência condicionada. Segundo Alexy, esse resultado também é determinado pela satisfação de pesos relativos<sup>31</sup>. A possibilidade de intervenção significa que algum direito será sacrificado no caso concreto e para um determinado tempo e lugar, como abordado no tópico da ponderação anteriormente.

A dimensão do peso representa uma espécie de metáfora dentro dessa logicidade interventiva. Para sintetizar a sua aplicação, Alexy estipulou para a sua teoria três graus de intervenção, que foram categorizados em: leve (L), médio (M) e grave (S), com o fito da busca pela concretização da ponderação dos bens jurídicos em conflito<sup>32</sup>, muito embora sejam, de fato, utilizadas também outras fórmulas para se

---

<sup>30</sup> LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi**, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 16 nov. 2020.

<sup>31</sup> ALEXY, Robert. 2008.p.167/168.

<sup>32</sup> ALEXY, 2003, p. 138.

dosar o conflito entre bens jurídicos e, assim, chegar a uma decisão fundamentada racionalmente.

Um ponto basilar merece destaque: Alexy considera que as “intervenções são sempre intervenções concretas. A intensidade da intervenção é, portanto, uma grandeza concreta<sup>33</sup>.” Como exemplo, ele expõe duas sentenças, nos casos Titanic e do Tabaco, essas que demonstram a fundamentação como resultado de concordância prática, considerando a intensidade da intervenção e o grau de importância de princípios. Disto resultou análises racionais, que não podem ser tidas como arbitrárias. Não há que se falar em falta de argumentação. Trata-se da pretensão de correção<sup>34</sup>.

Sobre a necessidade, por seu turno, deve ser imposto ao aplicador do Direito seguir por um caminho decisório como medida realmente exigida diante das circunstâncias, provavelmente a única solução dentre as possíveis. Deve-se buscar a intervenção mínima e a alternativa menos gravosa a outros direitos, como forma de não abalar o sistema jurídico (SERRANO, p. 189)<sup>35</sup>.

No tópico a seguir será feita uma ligeira análise do princípio da vedação do retrocesso social, que se apresenta constantemente no debate da jurisprudência da crise.

## **5 .Princípio da vedação do retrocesso social e seu protagonismo no cenário jurisprudencial da crise**

Tomando o que se disse até aqui acerca da teoria dos princípios e da ponderação, iremos agora nos ater ao estudo do “princípio da vedação do retrocesso social” dentro do recorte de pesquisa aqui trabalhado. Propomos dois

---

<sup>33</sup> Ibid., p. 138.

<sup>34</sup> A título de facilitação de compreensão, vale resumir que no caso Titanic fora ponderado o direito entre a liberdade fundamental de manifestação e o direito de personalidade, e no caso da sentença Tabaco, a determinação que fossem colocadas informações sobre danos à saúde do fumo nas carteiras de cigarro comercializadas, o que representa uma intervenção no direito de liberdade de profissão. Então, isso nos faz pensar no peso dos fundamentos justificadores da intervenção, inclusive, o tribunal considerou o peso como manifesto na relação de aplicação da sentença tabaco, sendo a demonstração de um caso que trouxe a aplicação proporcionalidade em sentido estrito. Ibid., p. 133-140.

<sup>35</sup> Cf. VIANNA, Ricardo José Alvarez, op. citada.

questionamentos: A jurisprudência da crise pode servir como justificativa para a ponderação ou a restrição de direitos? O “princípio da vedação do retrocesso social” deve servir como meio paralisante de qualquer restrição?

De certo modo, e ainda que brevemente, será feita uma análise desse princípio na ótica dos direitos sociais<sup>36</sup>. No contexto de efetivação desses direitos, tem-se a ideia de que, a princípio, sua proteção deve ser plena, ao ponto de existir um nível de máxima efetivação<sup>37</sup>. Ocorre que a exigibilidade desses direitos pode variar, como por exemplo em quadros de crises econômicas, e, assim, o debate sobre as normas que restrinjam esses direitos exsurge, permitindo inclusive o questionamento acerca de sua constitucionalidade, neste contexto surge a temática da Jurisprudência da Crise. Discute-se, pois, a possibilidade de medidas regressivas e a concretização de princípios como o da “vedação do retrocesso social”.

Para alguns, o princípio da proibição/vedação ao retrocesso social não estaria expresso nos ordenamentos via formal (tanto Brasil como Portugal), mas tornou-se uma decorrência do sistema jurídico-constitucional, um princípio implícito. O princípio seria utilizado pelo Judiciário quando feita uma comparação entre o estado de coisas anterior e o então questionado, sob o argumento da piora deste último no sentido do âmbito de proteção<sup>38</sup>. Assim, a vedação teria sido acolhida pelo constitucionalismo pátrio como um princípio que visa impedir a edição de qualquer medida tendente a revogar ou reduzir os direitos sociais já regulamentados e efetivados, a não que

---

<sup>36</sup> Os direitos sociais comportam o status dos chamados direitos prestacionais, os classificados direitos providência que inauguraram a segunda geração de direitos fundamentais, as chamadas liberdades positivas, assunto amplamente considerado no campo do Direito. Com o surgimento desse cenário de Estado-prestador, que numa primeira fase surge com o dever de fazer e agir em prol do bem estar social, posteriormente também abarca o combate a omissão do Estado pela não realização dos direitos que deve concretizar. Surge então, a era da dimensão prestacional, da funcionalidade do status do direito positivo, distinto do nível dos direitos de defesa.

<sup>37</sup> CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2013. p.661.

<sup>38</sup> POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. **Revista: Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 216-237**. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/principio-da-vedacao-do-756114357> (Acesso em: 06 nov.2020).

houvesse a criação de algum outro mecanismo alternativo apto a compensar a anulação dos benefícios já conquistados.

O debate não permearia apenas a órbita da imutabilidade das normas relativas aos direitos sociais, mas também o da segurança jurídica, ao garantir que tais direitos não sejam suprimidos ou diminuídos em sua importância e alcance. Destarte, o constitucionalista Barroso esclarece:

“entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição<sup>39</sup>.”

A inviolabilidade do princípio parece querer elevá-lo à condição de imutabilidade e de um verdadeiro postulado racional. Não à toa se vê a posição adversa, onde por exemplo Gilmar Mendes considera que “não se pode olvidar que vicissitudes de índole variada podem afetar a capacidade do Estado de garantir tais direitos na forma inicialmente estabelecida. Daí a necessidade, portanto, de se compreender *cum grano salis* de tal garantia e de não lhe conferir caráter absoluto contra revisão ou mudanças<sup>40</sup>”. E nesse sentido também existe o entendimento de que uma aplicação absoluta do princípio de vedação ao retrocesso pode gerar um efeito reverso, na medida em que o Poder Público temeria concretizar avanços em matéria de direitos sociais, pois acabaria julgando a não flexibilização para manejá-los quando necessário, principalmente em momentos de crise econômica<sup>41</sup>.

---

<sup>39</sup> BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158 e 159.

<sup>40</sup> MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 647.

<sup>41</sup> LACERDA, Laís. O princípio da vedação do retrocesso e a judiciabilidade de medidas regressivas em matéria de direitos sociais. **Brasil Revista trabalhista. Direito e processo Núm. 57, Janeiro 2017**. P.79/80.

Numa abordagem mais estrita sobre a análise do princípio da vedação do retrocesso social no Brasil e em Portugal, Gina Pompeu e Camila Arraes esclarecem que a relativização do princípio é fruto de um contexto que leva em conta a ordem social vigente, e no caso de recessão econômica, não seria possível a sustentação de um modelo social corrente em ambos os países<sup>42</sup>. Tendo em vista essa análise, cabe lembrar como é importante a aplicação do peso abstrato de princípios em relação aos casos concretos.

A autora portuguesa Catarina Botelho acredita que o Estado Social está passando por uma metamorfose. O novo modelo deveria passar à consideração de recursos financeiros existentes. Defende também que o princípio da proibição do retrocesso social seria vinculado à ponderação com outros princípios, como o princípio da confiança. Afirma inclusive que, na maioria das vezes, não fica claro na Jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, em pronunciamentos em relação à jurisprudência da crise, a descrição sobre a limitação constitucional proferida em relação aos princípios<sup>43</sup>.

Em muitas leituras acerca do princípio aqui abordado, autores dissertam em apoio ou não à teoria do constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho. De fato, o autor é um referencial de pesquisa para quem se debruça sobre a problemática de efetivação dos direitos sociais. O princípio do retrocesso social, para o referido autor, decorre diretamente da constituição dirigente, na medida em que essa é espelhada por um conteúdo programático<sup>44</sup>.

---

<sup>42</sup> POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. Op. citada.

<sup>43</sup> BOTELHO, Catarina Santos. Os direitos sociais num contexto de austeridade: um elogio fúnebre ao princípio da proibição do retrocesso social? **Revista Ordem dos Advogados de Portugal**. ISSN: 0870-8118. Ano: 75, Lisboa, Jan. / Jun. 2015. ed. 5. p.259-293.

<sup>44</sup> CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003. Vide também CAPELETI, Célia Regina et VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang. Direitos sociais e sua efetivação: uma análise a partir dos princípios da proporcionalidade e da proibição do retrocesso social. **Revista Direito em Debate**, v. 25, n. 45, p. 70-97, 27 set. 2016. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2016.45.70-97>. Acesso em: 20abr2022.

## 6. Conclusão

Sob a ótica do princípio da vedação do retrocesso social, deve ser levada em consideração a ideia de aplicação diante das possibilidades jurídicas, por meio do sopesamento de princípios que possam colidir.

Diferentemente do princípio da dignidade da pessoa humana, que indicamos acima corresponder a um verdadeiro postulado racional, ou metaprincípio, por não admitir ponderação ou sopesamento em relação a outros princípios (sendo o seu conteúdo, em verdade, o resultado da ponderação entre princípios existentes e verdadeiros), o princípio da vedação do retrocesso social parece ser de fato um princípio, por admitir ponderação e por se poder, em relação a ele, reconhecer um conteúdo próprio, colidível com outros conteúdos próprios de princípios diversos. Admite-se, assim, a análise da necessidade e da adequação (circunstâncias fáticas), e também da proporcionalidade em sentido estrito (circunstâncias jurídicas). E é neste contexto que emergem cenários como o da Jurisprudência da Crise, na esteira das excepcionalidades e no bojo da discussão do princípio da vedação do retrocesso social.

Como conteúdo do princípio da vedação do retrocesso social podemos incluir toda uma gama de direitos que possuam uma expressão necessariamente comum, ou seja, todos os direitos sociais. Podemos incluir nesse rol a educação, a saúde, a previdência e a assistência sociais, a cultura etc. E o choque pode advir do confronto entre quaisquer desses direitos sociais e direitos individuais, coletivos, ou mesmo outros direitos sociais, quando se reclamar a restrição a algum direito social dantes existente e concretizado.

Não à toa, e demonstrando a relatividade dos direitos sociais, a inviabilidade da existência de direitos absolutos e, principalmente, a inexistência da aplicação sem mais do “princípio da vedação do retrocesso social”, pode-se lembrar a EC n. 20/98, que promoveu a supressão do salário-família para trabalhador não considerado de baixa renda, a EC n. 28/00, que estabeleceu que o trabalhador rural perderia o direito à prescrição parcial, a EC n. 53/06, que restringiu o acesso a creches, reduzindo a idade

de 6 para 5 anos, ou alterações legais que reduziram ou suprimiram a multa em relação ao FGTS. Houvesse de fato a proibição do retrocesso, nos termos prefalados, todas estas alterações normativas deveriam ser tidas como inconstitucionais.

Se não estimarmos a vedação do retrocesso social como um princípio relativizável, outra solução pode ser tratar esta vedação, novamente, como postulado racional. Mas não para efeito de se entender que qualquer restrição a direito social seja indevida. A solução passa a ser entender que a vedação do retrocesso somente pode corresponder a se vedar o retrocesso quando este seja indevido. Ou seja, apenas seria inviável e nesse momento admitido como retrocesso o que violar o consenso ou o resultado de uma ponderação, que afirmou a prevalência em um caso concreto de certo valor ou bem jurídico. Sem se afirmar, previamente, pela prevalência de qualquer direito fundamental. A vedação do retrocesso social, como postulado racional, perderia qualquer conteúdo definido, e seria equivalente ao que já disse sobre a proporcionalidade, a justiça ou a dignidade da pessoa humana. Apenas após uma ponderação e em um caso concreto se afirmaria que houve efetiva violação ao não retrocesso social, ou à justiça, ou à dignidade da pessoa humana, ou à proporcionalidade.

Não à toa, e no tocante à temática da Jurisprudência da Crise, assim decidiu a Corte Constitucional portuguesa: a redução salarial pela lei orçamentária de 2010 “não visa qualquer tipo de retrocesso social, mas sim o cumprimento das metas resultantes do pacto de estabilidade e crescimento”. Apesar de ter ocorrido restrição a um direito social específico, outros bens e valores foram tidos por prevalecentes, e não se entendeu que o “princípio”, como postulado que é, foi violado.

## 7 Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

ALEXY, Robert. **Robert Alexy fala de sua teoria dos direitos fundamentais em conferência no TRT-18**. In <http://www.trt18.jus.br/portal/timeline/robert-alexey-fala->

de-sua-teoria-dos-direitos-fundamentais-em-conferencia-no-trt-18/ . Acesso em: 29 nov.2020.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. São Paulo: Malheiros Editores, 5ª ed., 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios**. São Paulo: Malheiros, 4ª edição, 2004.

BAHIA, Saulo José Casali. Judicialização da política, mínimo existencial e dignidade da pessoa humana. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, v. 31, n. 1, p. 147, 27 mar. 2019.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade das Normas**. 5ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001,

CAPELETI, Célia Regina et VIDAL, Pedro Walter Guimarães Tang. Direitos sociais e sua efetivação: uma análise a partir dos princípios da proporcionalidade e da proibição do retrocesso social. **Revista Direito em Debate**, v. 25, n. 45, p. 70-97, 27 set. 2016. DOI: <https://doi.org/10.21527/2176-6622.2016.45.70-97>. Acesso em: 20abr2022.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 2003.

CUNHA JÚNIOR. Dirley. **Curso de Direito Constitucional**, 7. ed. Bahia: Juspodivm, 2013.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia: entre facticidade e validade**, vol.1. 2.ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

LACERDA, Laís. O princípio da vedação do retrocesso e a judiciabilidade de medidas regressivas em matéria de direitos sociais. **Brasil Revista trabalhista. Direito e processo Núm. 57, Janeiro 2017**.

LIMA, André Canuto de F. O modelo de ponderação de Robert Alexy. **Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 19, n. 4077, 30 ago. 2014**. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/31437>. Acesso em: 16 nov. 2020.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015

PADUAN, Henrique. **Ponderação ou “Jeitinho Brasileiro”? Da inadequada recepção no Brasil e a crítica pós-positivista ao método ponderativo**. TCC em direito. UFRJ, 2017.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio; PIMENTA, Camila Arraes de Alencar. O princípio da vedação do retrocesso social diante da crise econômica do século XXI. **Revista: Direito e Desenvolvimento, João Pessoa, v. 6, n. 12, p. 216-237**. Disponível em: <https://livros-e-revistas.vlex.com.br/vid/principio-da-vedacao-do-756114357>. Acesso em: 06 nov.2020.

RODRIGUES JUNIOR, [Otavio Luiz](https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo) . **A fórmula de Radbruch e o risco do subjetivismo**. In <https://www.conjur.com.br/2012-jul-11/direito-comparado-formula-radbruch-risco-subjetivismo>. Acesso em 22 nov.2020.

SILVA, Virgílio Afonso. **O proporcional e o razoável**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.798, p.23-50, 2002.

VIANNA, Ricardo José Alvarez. **O princípio da proporcionalidade e a fórmula do peso de Robert Alexy**. Revista Juris UniToledo, Araçatuba, SP, v. 02, n. 04, 3-15, out./dez.2017. Disponível em: <http://www.ojs.toledo.br/index.php/direito/article/view/2661>. Acesso em: 17 nov 2020.

---

Como citar:

Bahia e Almeida, Saulo José Casali e Bruna dos Santos. Ponderação, Direitos Fundamentais e Retrocesso Social. **Revista do Programa de Pós-Graduação em Direito da UFBA**, Salvador-ba, v.32, ano 2022, ( p. 1-20), Data de publicação. DOI: (endereço do DOI desse artigo). Disponível em: endereço eletrônico. Acesso em: xx mês abreviado. xxxx.

---

*Originais recebido em: 04 /05/2022.*

*Texto aprovado em: 11/08/2022.*