

1**PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO:
PERSPECTIVAS COMPARADAS****PRINCIPIO DE PROHIBICIÓN DE CONTRAGOLPE:
PERSPECTIVAS COMPARTIVAS****Evelyne Naves Maia *****Walter Nobrega Filho ******Fabiano Lucio de Almeida Silva *******Flávio Santos da Silva****¹**

RESUMO: A contemporaneidade é marcada pelo paradoxo da segurança, pois ao passo que a ideia de segurança física/pessoal se tornou quase uma obsessão, a insegurança sentimental/relacional ocasionada por esses fenômenos sociais e psicológicos eleva a quantidade de problemas clínicos e psicológicos na sociedade. A discussão acerca da espera de retrocesso traz consigo também esse elemento de “segurança frente às mudanças”. Muitas divergências coincidiram, sobre a possibilidade do princípio da proteção de retrocesso impedir ou diminuir inconstitucionalmente a liberdade de conformação do legislador em relação aos direitos sociais, principalmente pelo fato desses direitos não gozarem em geral de grande “densidade jurídica/constitucional”, necessitando de participação legislativa com vias a delimitar melhor seus contornos. O presente artigo busca responder se a dogmática jurídica é capaz de engenhosamente criar soluções que mantenham o aparato de proteção social, sem dar nenhum passo atrás nos padrões de concretização dos direitos sociais até então alcançados.

PALAVRAS-CHAVE: Dogmática jurídica. Proibição de retrocesso; Estado social; Direitos Sociais.

RESUMÉN: Los tiempos contemporáneos están marcados por la paradoja de la seguridad, pues mientras la idea de seguridad física/personal se ha convertido casi en una obsesión, la inseguridad sentimental/relacional provocada por estos fenómenos sociales y psicológicos aumenta el número de problemas clínicos y psicológicos en la sociedad. La discusión sobre la espera de un revés

* Doutoranda em Direito Privatístico (Universidade do Minho - Portugal). Mestra em Direito (UFPE). Pós-graduação Lato Sensu em Direito Tributário (FAL). Graduação em Direito (CESMAC). Professora e Coordenadora do Curso de Direito da Faculdade Cesmac do Sertão. Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/9254846262660987>. E-mail: evelyne.maia@cesmac.edu.br

** Mestre em Direito Constitucional (Universidade de Coimbra – Portugal). Pós-graduação lato sensu em Processo Civil (UNIPÊ). Graduação em Direito (UNIPÊ). Professor da Faculdade Cesmac do Agreste. Professor da Faculdade Estácio. Professor da Faculdade Raimundo Marinho. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8859237710330088>. E-mail: walter.filho@cesmac.edu.br

*** Doutorando em Direito (UNESA/RJ). Mestre em Saúde Coletiva (IEP-HSL). Graduação em Direito (CESMAC) e Administração (UNEAL). Licenciado em Sociologia (UNOPAR). Professor no Curso de Direito da Faculdade CESMAC do Agreste. Lattes iD <http://lattes.cnpq.br/0352721431140591>. E-mail: fabiano.silva@cesmac.edu.br

**** Doutor em Sociologia (UFG). Mestre em Sociologia (UFAL). Graduação em Ciências Sociais (UFAL). Professor do Centro Universitário Cesmac. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/8215614044937435>

también trae consigo este elemento de “seguridad frente a los cambios”. Coincidieron muchas divergencias, sobre la posibilidad de que el principio de protección retrogresiva impidiera o redujese inconstitucionalmente la libertad de conformación del legislador en relación con los derechos sociales, principalmente por el hecho de que estos derechos no gozan, en general, de gran “valor legal/constitucional”. densidad”, requiriendo una legislación de participación con formas de delimitar mejor sus contornos. Este artículo busca responder si la dogmática jurídica es capaz de generar ingeniosamente soluciones que mantengan el aparato de protección social, sin retroceder en los estándares de realización de los derechos sociales alcanzados hasta el momento.

PALABRAS-CLAVE: Dogmática jurídica. Prohibición de sobornos; Estatus social; Derechos sociales.

1 INTRODUÇÃO

Como diria o sociólogo polonês Zygmunt Bauman, vivemos a era da “modernidade líquida”. É característica do líquido ser amorfa, ou melhor, mudar de forma conforme o recipiente em que se encontre.

Vivemos a emergência de multiculturas, interculturas, fluxo vertiginoso de informações e de pessoas. Vivemos o paradoxo da segurança, pois ao passo que a idéia de segurança físico/pessoal tornou-se quase uma obsessão, a insegurança sentimental/relacional ocasionada por esses fenômenos sociais e econômicos eleva a quantidade de problemas clínicos e psicológicos na sociedade.

A discussão acerca da proibição de retrocesso traz consigo também esse elemento de “segurança frente as mudanças”. Não é coincidência que tenha surgido no contexto do desmonte do Estado Social na Europa. A pergunta que decorre desse princípio é: será que a dogmática jurídica é capaz de engenhosamente criar soluções que mantenham o aparato de proteção social, sem dar nenhum passo atrás nos padrões de concretização dos direitos sociais até então alcançados, blindando a sociedade dos potentes golpes da globalização? Movido por essas inquietudes, nos propusemos a estudar esse instituto jurídico. Sem nenhuma pretensão, porém, de exaurir ou concluir o tema ora proposto.

A proibição de retrocesso atua (independente da acepção que for tomada dela) na tentativa de blindar ou moderar as mudanças legislativas que possam diminuir a concretização dos direitos fundamentais, maioritariamente os sociais. Nos valem das mais balizadas fontes doutrinárias brasileiras, portuguesas e de outros países, estudando também como os tribunais tem se posicionado frente a esse instituto jurídico.

Lembrando que tanto a Constituição brasileira de 1988 quanto a portuguesa de 1976 foram generosas em estabelecer direitos aos cidadãos, e conseqüentemente, obrigações ao Estado. Para cumpri-los, necessita o ente público de estrutura técnica, jurídica e financeira apta a implementar tais direitos. Aí surge o problema da concretização legislativa dos direitos sociais. Muitas divergências surgiram, sobre a possibilidade do princípio da proibição de retrocesso impedir ou diminuir inconstitucionalmente a liberdade de conformação do legislador em relação aos direitos sociais, principalmente pelo fato desses direitos não gozarem em geral de grande “densidade jurídico/constitucional”, necessitando de participação legislativa com vias a delimitar melhor seus contornos.

Nosso trabalho se inicia com uma breve contextualização histórica sobre a evolução do Estado, dos Direitos Fundamentais, pois julgamos necessário a fim de entender em que contexto as discussões sobre uma proibição de retrocesso surgiram. Começamos por tentar brevemente conceituar direitos fundamentais, depois passamos a sumariamente delimitar as etapas da evolução do Estado - do Estado Liberal até hoje - buscando traçar paralelos com a implementação dos direitos fundamentais. Ao final dessa etapa tratamos brevemente do problema do que para alguns é o fim e para outros uma metamorfose do Estado Social em decorrência dos pressupostos da globalização. Em seguida tentamos mostrar que a separação/cisão entre os Direitos Sociais e os Individuais não é mais aceita tal qual antes.

No segundo capítulo iremos verificar a falta de uniformidade sobre um conceito de proibição de retrocesso, em seguida iremos abordar a sua natureza jurídica, mostrando sua constituição principiológica sob a ótica do pensamento de Alexy. Após isso, a fim de ter elementos para a compreensão geral do princípio, verificamos posições doutrinárias nos mais diferentes sentidos sobre o princípio estudado. Concluímos com algumas manifestações de tribunais no Brasil, em Portugal, na França e uma breve abordagem sobre a proibição de retrocesso na Alemanha.

Longe está de se propor nesta pesquisa uma abordagem definitiva, exclusiva e inovadora sobre o tema. Nossa tentativa é estimular questionamentos e reflexões, pois cremos na capacidade humana de romper barreiras e encontrar soluções para as tantas dificuldades que afligem a humanidade.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E DISTINÇÕES ESTRUTURAIS

A fim de contextualizar o problema da proibição de retrocesso, entendemos necessário trilhar rapidamente por um percurso histórico atinente aos direitos fundamentais, ao Estado e concomitantemente apontar alguns elementos conceituais que serão úteis à compreensão da temática que nos propusemos pesquisar.

Pois bem, conforme ensinou Bobbio, não existe democracia sem direitos fundamentais reconhecidos e protegidos. (BOBBIO, 2004). E falar em direitos fundamentais é falar em constituição² e nas questões relacionadas à sua eficácia. Direitos fundamentais são aqueles imprescindíveis ao ser humano, permitindo uma convivência digna, livre e igual às pessoas. São fundamentais, pois sem eles o ser humano não se realiza, não convive e às vezes, não sobrevive. (SILVA, 2008). O termo fundamental tem assim, duplo sentido: de um lado, porque são essenciais à vida humana na convivência com outros homens; doutra banda porque representam os pilares ético-político-jurídicos do Estado. (CUNHA JÚNIOR, 2004)

Verifica-se que os direitos fundamentais, em regra geral, possuem como fundamento a própria dignidade da pessoa humana, que é de forma mais ou menos próxima, de onde irradiam todos os direitos fundamentais, além de ser, também, a própria razão de existir tais direitos. (JORGE NETO, 2009) A dignidade da pessoa humana tem sido elevada a tal ponto, que já se fez um trocadilho com o famoso art. 16 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), afirmando que toda sociedade que não reconhece e não garante a dignidade da pessoa não possui Constituição. (SARLET, 2011).

2.1 Evolução do Estado e dimensões dos Direitos Fundamentais

Muitos são os critérios utilizados no âmbito dogmático para distinguir os direitos fundamentais. Dentre eles, o mais famoso, repetido e comentado é o das dimensões ou gerações de Direitos Fundamentais que leva em consideração a evolução histórico-jurídico-política deles. Vêm sendo assim classificados desde a aula inaugural do professor Karel Vasak, em 1979, aos Cursos do Instituto Internacional de Direitos do Homem, em

² Conforme SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. Não é de hoje que a doutrina tenta explicar a diferença entre direitos humanos e direitos fundamentais. Como não é possível adentrar nesta questão por limitações espaciais, indicamos o excelente livro deste Magistrado e Professor gaúcho para maiores detalhes.

Estrasburgo. A par de algumas críticas que esse critério recebe (serão ao menos superficialmente tratados), o adotaremos para fins didáticos.

Vasak estabeleceu uma relação entre as categorias de direitos fundamentais e o lema da Revolução Francesa: *Liberté, Egalité et Fraternité*. Sendo os direitos fundamentais de primeira geração os direitos de liberdade, os de segunda geração direitos de igualdade, e os de terceira geração sendo o de fraternidade. Tal relação ganhou a adesão da doutrina constitucional em todo o mundo. (JORGE NETO, 2009). Alguns doutrinadores defendem a existência de direitos de quinta dimensão, como o Professor Paulo Bonavides (2009), e ainda quem defenda a existência de sete gerações de direitos fundamentais. (BOTELHO, 2015).

Elaborou-se, em 1787, a primeira constituição propriamente dita, a norte-americana, e a partir daí, tantas outras ao redor do mundo. Tais cartas foram alicerçadas no ideário burguês, consagrando os direitos de liberdade, de propriedade privada, de igualdade formal, excluindo-se qualquer privilégio nobiliárquico ou eclesiástico e acima de tudo consagrando o princípio da separação de poderes, com vistas a impedir um governo absolutista e ditatorial que pudesse ferir tais direitos. (DERBLI, 2007).

O Estado moderno surgiu, como explicitado, em antítese ao absolutismo, e sob dupla influência, o individualismo filosófico e político do século XVIII e a revolução francesa, sendo vetor de profundas mudanças. Desejava-se um Estado não interventor e um aparelho jurídico apto a defender o indivíduo em face de possíveis arbítrios, portanto, um Estado abstencionista sob a égide do *laissez faire* e do *laissez passer*. Em suma, um Estado mínimo, com o menor número de atribuições possível, objetivando garantir a propriedade a liberdade e a segurança e sem muita preocupação com a política social. (ANDRADE, 2007). Aqui, portanto, despontaram os direitos denominados de 1ª dimensão, que são direitos de defesa do cidadão em face do Estado, visto como o ente mais nocivo à integridade de tais direitos. O Estado Liberal cumpriria seu desiderato se não afrontasse a liberdade individual, a propriedade privada e a igualdade. A concepção vigente concebia os direitos fundamentais exclusivamente como direitos dos indivíduos frente ao Estado. Essa concepção não resistiu às mudanças operadas na realidade política e social que resultaram em uma nova ordem, chamada de “sociedade técnica de massa”. Para as demandas, aspirações e pressupostos tanto sociais quanto econômicos e filosóficos, vigentes até então, esse modelo era satisfatório. Porém, mudadas as condições, os direitos sofreram o impacto, reagindo a eles. Pois bem, o modelo liberal,

cuja igualdade era apenas formal, não era capaz de atender às novas dinâmicas e aspirações sociais.

Ocorria sob o manto de abstração da igualdade formal um mundo de desigualdades de fato – econômicas, sociais, políticas e pessoais – sendo tal liberdade, como já afirmou Bismarck, uma real liberdade de oprimir os fracos, restando a estes, afinal de contas, tão-somente a liberdade de morrer de fome. Sob o comando do livre mercado, a economia ia de vento em popa nesse período denominado de revolução industrial. (BONAVIDES, 2009). Fato é que a elite burguesa atuava sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado – passando desde então a controlá-lo. Apropriando-se do Estado e pondo o direito a seu serviço, traça a soberania do mercado sobre a sociedade civil. (GRAU, 2010).

Diante deste quadro, o Estado Liberal burguês foi, alvo de críticas das mais variadas origens, como v.g., o pensamento marxista e a doutrina social da Igreja, principalmente por meio das encíclicas *Rerum Novarum* e *Quadragesimo Anno*. (DERBLI, 2007). Não bastava somente a proteção do indivíduo em face do poder estatal, a que serviam os direitos fundamentais de 1ª dimensão, era necessário também protegê-lo da exploração por seu semelhante.³ A partir de então, o sistema de direitos fundamentais tornou-se mais complexo. O Estado progressivamente reconheceu outros direitos fundamentais: direitos que não cuidavam de evitar a intervenção estatal na esfera de liberdade individual, como os direitos de 1ª dimensão, e sim atribuir ao Estado comportamento ativo na realização de justiça social: são os direitos fundamentais de 2ª dimensão, quais sejam, os direitos sociais.

A expansão em âmbito constitucional do rol de direitos fundamentais com a consagração de direitos sociais é identificada originariamente na Constituição do México, de 1917, fruto da revolução mexicana. Foi uma constituição que combinou exigências revolucionárias de uma reforma agrária com teoria social avançada, vigorando até hoje. Outra constituição se destaca na inserção de direitos sociais em seu catálogo, é a constituição de Weimar, de 1919, principalmente pela forma como sistematizou tais direitos. (NETO, 2010).

As mencionadas Constituições são indicadas como paradigmas da ruptura da ordem liberal até ali vigente, tendo a partir de então o Estado adotado uma feição social.

³ É oportuno citar a célebre frase do francês Henri Lacordaire: “Entre o forte e o fraco, entre o rico e o pobre, entre o patrão e o empregado, é a liberdade que escraviza, é a lei que liberta”.

Na doutrina alemã, refere-se que a constituição de Weimar chegou a atribuir mais importância ao aspecto social que ao democrático. Entretanto, os direitos sociais não lograram êxito em sua concreção, uma vez que estavam presos às concepções jurídicas do velho regime liberal-burguês, razão pela qual os direitos sociais remanesceram como meras normas programáticas. (LEDUR, 2009). Ocorre que nem o legislador, nem o judiciário dispensaram-lhes as devidas atenções.

Constitucionalizar os direitos sociais impôs ao Estado a modificação de seu perfil mínimo, impelindo-o a assumir uma postura dessa vez ativa, no cenário econômico e na promoção do bem-estar social. As constituições, assimilaram a missão do Estado de promover a justiça social, a igualdade material e a liberdade real, e além de defender os direitos civis e políticos, passaram a fomentar também programas de ação a serem implementados pelo Poder Público, tornando-se o que mais adiante se classificaria como Constituição Dirigente. (DERBLI, 2007).

O Estado deixou de ser inimigo do indivíduo e se tornou um forte aliado frente às desigualdades do mundo. O Estado-medo cedeu lugar ao Estado-confiança, e o Estado-hostilidade ao Estado-segurança. Assim, as constituições passaram a ser um pacto de garantia social, um seguro com o qual o Estado administrava a sociedade. (BONAVIDES, 2009).

A igualdade material, segundo Paulo Bonavides, se converte no centro medular do Estado Social e de todos os direitos dessa ordem jurídica, sendo ainda o critério magno e imperativo de interpretação da constituição em matéria de direitos sociais, materializando o que era a liberdade no Estado Liberal. (BONAVIDES, 2009).

2.2 Crise do Estado Social e a globalização: Consequências relacionados à concretização dos Direitos Fundamentais

Nas décadas seguintes ao fim da 2ª Guerra Mundial, principalmente nos últimos anos do século XX, começou a tomar forma um fenômeno social, caracterizado pela integração entre as sociedades, pelo encurtamento das distâncias entre os povos, pela frenética troca de informações e relações de mercado: a globalização. Ela apresenta diversas dimensões – social, política, cultural e ambiental – sendo que a globalização econômica representa, ao que parece, o fio condutor das demais. (OLSEN, 2008).

As relações comerciais entre os países, a partir da globalização, passaram a se dar com mais liberdade e menos intervenção estatal, de tal forma que os agentes privados

se tornaram os grandes condutores das atividades econômicas ao redor do globo.

Não só o aspecto territorial entre os Estados foi alterado, mas também e principalmente sua própria soberania, na medida em que as grandes decisões de relevância socioeconômica não mais estão sujeitas à aprovação dos governantes, mas tomadas pelas grandes corporações internacionais.

Nesta seara, no ano de 1944, os Estados Unidos sediaram os acordos de *Bretton Woods*, que sob a denominação de “*Consenso de Washington*”, estabeleceram o novo modelo político-econômico neoliberal, estruturado em três medidas básicas: 1) acabar com a inflação, 2) privatizar e 3) deixar o mercado regular a sociedade, através da redução do papel do Estado, sendo os seus principais protagonistas as grandes corporações internacionais. (OLSEN, 2008).

Para tanto é preciso um Estado mínimo, não interferindo na economia e cumpridor das diretrizes estabelecidas pelo mercado global. Assim, as condições ótimas para a existência do Estado Social sucumbiram. Quais sejam: 1) Crescimento econômico perene 2) Alta taxa de natalidade 3) Relativa homogeneização social 4) O Estado como principal fonte de poderes na sociedade.⁴

O Brasil vive claramente uma realidade bem diferente da portuguesa, aproximando-se de um Estado neoliberal (várias reformas foram empreendidas nesse sentido no início dos anos 90) sem ter a rigor experimentado do Estado Social. Todas essas mudanças acabaram por colocar o Estado brasileiro numa posição esquizofrênica: por um lado, permanece vinculado aos objetivos de redução de desigualdades e promoção dos direitos fundamentais sociais, em virtude das disposições constitucionais; por outro, em muitos aspectos perdeu as rédeas da economia, desmontou boa parte da estrutura responsável pela prestação de serviços, advindo a inefetividade dos direitos fundamentais. Essa inefetividade tem consequências nefastas e evidentes: a pauperização da população, a produção da exclusão e o recrudescimento das desigualdades sociais. (GRAU, 2010; OLSEN, 2008).

⁴ A rigor, Portugal não abandonou o Estado Social, mas primeiramente o Estado socialista presente na primeira versão da Constituição de 76 e uma modalidade específica do Estado Social, o Estado-Providência. Para maiores aprofundamentos sobre a morte ou mutação do Estado social em Portugal e na Europa, remetemos o leitor ao significativo estudo do professor João Carlos Loureiro: “**Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não ter**” in Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LXXXIII, Coimbra, 2007, além da contribuição de João Caupers: “**A agonia do Estado Social**” in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. VII, 2010.

2.3 Direitos Econômicos, Sociais e Culturais e Direitos Liberdades E Garantias: Visão de Complementariedade

Importa afirmar que as dimensões de direitos fundamentais não têm características excludentes, pelo contrário, têm natureza harmônica. Basta imaginar o direito fundamental à vida: o Estado – em condições normais – não pode atentar contra a vida de ninguém (direito de defesa ou negativo, 1ª dimensão), entretanto, para que exista vida é preciso também garantir a saúde (direito prestacional, positivo, 2ª dimensão), não sendo suficiente defender a tese de que haja pleno respeito pela vida humana sem que haja oferecimento do serviço de assistência sanitária para assegurá-la; sob este prisma, observamos a importância de construir hospitais, e, por conseguinte, o aumento de leitos, compra de aparelhagem moderna, contratação de profissionais capacitados da área de saúde e distribuição de medicamentos para os indivíduos incapazes de adquiri-los por seus próprios meios. Isso tudo para promover e respeitar a vida, ademais, o meio ambiente deve estar equilibrado (direitos difusos, 3ª dimensão), pois a poluição e a degradação ambiental ameaçam a saúde e a vida dos seres humanos. (ANDRADE, 2007).

Ademais, é de bom tom salientar que relevantes posicionamentos doutrinários têm se inclinado no sentido de acabar com a divisão rígida/radical entre os direitos fundamentais, especificamente entre os direitos liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais. (BOTELHO, 2015; NOVAIS, 2010; NOVAIS, 2010; CANOTILHO, 2008). Nessa quadra, juristas de renome afirmam que a resistência à aplicação dos direitos sociais é puramente ideológica, e não científica. Apontando que os direitos de 1ª dimensão ou individuais também enfrentaram grande resistência, até serem consolidados. Tal constatação tem dois motivos, sendo o primeiro de caráter ideológico. É que os direitos de 1ª dimensão cristalizavam as diretrizes do liberalismo, que se impuseram sobre as forças derrotadas da aristocracia e da realeza. Constituíram, no seu conjunto, o direito dos vencedores, isto é, da burguesia. Desde então, até hoje, eles traduzem, sob a forma jurídica, a proteção dos interesses dessa classe dominante. Dominante das relações de produção e dominante do Estado. O segundo motivo é de caráter operacional: esses direitos têm por conteúdo geralmente uma abstenção, um *não fazer* dos outros indivíduos e principalmente do Estado; sua realização, assim, na generalidade dos casos, independe de ônus, de atividades materiais, além de ter a seu favor a própria *lei da inércia*. (BARROSO, 1996).

Tornou-se comum a ideia de que os direitos fundamentais de 2ª e 3ª dimensões

são direitos a prestações, enquanto os de 1ª dimensão constituem direitos negativos, que envolvem uma não intervenção por parte do Estado. Isso não é verdade, pelo menos não inteiramente. Os direitos de 1ª dimensão, não raro, envolvem prestações. Os clássicos direitos de defesa, desde o acesso ao direito e aos tribunais, e o direito de voto, requerem, por parte do poder público não apenas proibições de interferência, mas ainda obrigações de prover a numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia. (QUEIROZ, 2006).

O direito ao adequado tratamento dos presos, à manutenção das boas condições sanitárias nos presídios, por exemplo, resulta de um direito de 1ª dimensão, o direito à segurança. Assim como o direito à proteção e ao adequado gerenciamento das transmissões de dados eletrônicos, embora seja um típico direito de 1ª dimensão - direito à privacidade -, exige uma intervenção do Estado bastante específica. Todo direito fundamental exige intervenção estatal, implementação de políticas públicas e gasto público para que sejam observados. (JORGE NETO, 2009). Assim, na medida em que todos os direitos representam custos a serem suportados pelo Estado, a afirmativa que as liberdades custariam nada ou muito pouco aos cofres públicos, enquanto os direitos sociais seriam extremamente dispendiosos, se desnuda de sua cientificidade e coerência. (OLSEN, 2008).

Além disso, como astutamente lembrou Canotilho, quem paga os direitos fundamentais não é o Estado: são uns os cidadãos que contribuem (os “contribuintes”, os “tomadores de encargos”, os “pagadores de prestações”) e são outros os cidadãos que recebem (os “beneficiários”, os “tomadores de prestações”), sendo as prioridades e prestações fruto de opções políticas e as vezes ideológicas. (CANOTILHO, 2008).

A doutrina comumente aponta como motivos para a não concretização dos direitos fundamentais, além da questão orçamentária, a dependência de dispositivos infraconstitucionais. No Brasil, o constituinte originário adotou como regra positivar os direitos sociais como normas de eficácia limitada, ou seja, normas constitucionais que dependem de produção legislativa para a produção plena de seus efeitos. (SILVA, 2009).

Alegam que tais direitos são na verdade “pretensões legalmente reguladas”, isto é “direitos criados por lei”. O legislador concretiza esses direitos, não sendo, porém, eles próprios vinculados aos direitos fundamentais sociais.

Nessa linha Canotilho entende haver um dever jurídico a concretização dos direitos fundamentais decorrentes também da dignidade humana e do livre

desenvolvimento da personalidade (CANOTILHO, 2001). O legislador inativo suporta uma censura jurídico-constitucional de violação de direitos fundamentais que equivale à antiga interferência ilícita no âmbito da liberdade dos cidadãos.

De fato, apesar da importante margem que possui o legislador na concretização dos direitos fundamentais, ele não goza da liberdade de legislar ou não, pois isso seria violar por omissão os direitos fundamentais, a liberdade que ele tem é a de escolher como concretizá-lo, atentando sempre para a força normativa da constituição e sua supremacia. Para Canotilho, em decorrência do princípio da Democracia econômica, social e cultural, existe uma vinculação jurídica que “limita a discricionariedade legislativa quanto ao “se” da actuação, deixando, porém, uma margem considerável de liberdade de conformação política quanto ao como da sua concretização”. (CANOTILHO, 1998).

Outro aspecto apontado pela doutrina como embaraçador da efetiva concretização dos direitos sociais é a dificuldade de se definir, mesmo em âmbito constitucional, com precisão, o próprio objeto da prestação. Verifique-se por oportuno o direito à saúde. Quais exatamente as prestações que compõem o objeto de tal direito? Quais, como, quando?

Muito embora a indeterminabilidade e baixa densidade jurídica que em geral caracteriza tais direitos dificulte a positivação e também a verificação de uma violação direta na norma constitucional, não se podem tomar tais fatores como justificativa ao não reconhecimento de direitos sociais e sua efetiva prestação já que gozam, de acordo com indicação da constituição da República Federativa do Brasil (art. 5º, § 1º), de plena eficácia e aplicabilidade direta e de forma imediata. Portanto, por mais vaga e imprecisa que seja a norma, elas detêm por expressa indicação constitucional, eficácia plena e aplicabilidade direta. (CUNHA JÚNIOR, 2004).

3 VISÃO PANORÂMICA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

O debate acerca da proibição tem origem em um específico momento de nossa história, tratava-se exatamente da crise do Estado Social na Europa e desmantelamento do chamado *Welfare State*. Assim, buscou-se verificar se haveria a possibilidade de uma proteção jurídica contra as mudanças legais que atingissem o nível de efetivação e proteção dos direitos sociais até então alcançado. Tal possibilidade dogmática entusiasmou sobretudo os juristas de filiação neo-constitucionalista e pós-positivista.

Nesse contexto, surgiu primeiramente na Alemanha, exatamente em 1978, criada

pelo renomado professor Konrad Hesse, a teoria da irreversibilidade, através da qual se entendia que uma vez concretizado o direito social previsto na constituição, mediante produção legislativa, possíveis medidas regressivas que afetassem esta regulamentação, seriam inconstitucionais. (NETO, 2010).

São muitas as dúvidas que pairam sobre este instituto. Relacionadas às mais variadas questões. Assunto dos próximos tópicos.

3.1 Conceito do Princípio da Proibição de Retrocesso

O princípio da proibição de retrocesso ainda não alcançou denominação e formatação estrutural que seja unanimemente aceita, variando conforme o que se entende de sua aplicação. É chamado de princípio da vedação de retrocesso social, proibição de retrocesso, não retorno da concretização, não retrocesso social, eficácia vedativa do retrocesso, eficácia impeditiva de retrocesso, não evolução reacionária e proibição da contra-revolução social. (MENDONÇA, 2003).

A aceitação de tal princípio está geralmente fundamentada na ideia de um progresso constante no caminho da emancipação e concretização da dignidade da pessoa humana, não se admitindo “marchas atrás” na consagração e efetivação dos direitos fundamentais. (NETO, 2010).

Apontam-se quatro acepções do dito princípio; 1) A acepção indeterminada, que deve ser de logo extirpada, pois atribui a um retrocesso tudo o que contrarie a opinião de eventual emissor quanto à conveniência e oportunidade de uma lei, na tentativa de encobrir juridicamente argumentos políticos; 2) A acepção absoluta, pela qual o princípio da proibição de retrocesso atua em relação a todas as normas constitucionais, vedando que se revogue qualquer lei em qualquer condição, que tenha o papel de concretizar determinado preceito constitucional; 3) A específica que é, todavia, aplicável somente aos direitos sociais, e relacionada à redução mediante lei revogadora do patamar alcançado por tal direito; (MENDONÇA, 2003); 4) A concepção relativa ou mitigada, que veda a revogação da lei concretizadora quando tem como efeito a eliminação do conteúdo ou núcleo essencial do direito em questão

Verificar-se-á que o grau de fluidez e incerteza quanto ao referido princípio é enorme, dificultando sobremaneira uma posição dogmática consistente. São muitas as dúvidas também acerca da autonomia ou não do princípio. A fim de encontrar respostas, embora nem sempre seja possível, iremos percorrer suas diversas posições doutrinárias,

buscando encontrar, na medida do possível, uma posição consistente e constitucionalmente adequada.

A tarefa é ainda mais árdua, levando-se em consideração que trabalharemos conjuntamente com a doutrina e jurisprudência de vários países, mas principalmente de Brasil e Portugal. Ocorre que, embora a Constituição portuguesa de 1976 tenha influenciado sobremaneira a Constituição brasileira de 1988, Portugal sofreu vários influxos econômicos, sociais e culturais oriundos da presença na União Europeia que modificaram, daí em diante o papel que ela ocupa em seu ordenamento jurídico. Essa realidade não se encontra em *terra brasilis*, de modo que alguns fundamentos da proibição de retrocesso podem ser consistentes na dogmática constitucional brasileira e não na portuguesa, assim como críticas a tal princípio são bem mais coerentes na dinâmica lusitana que na brasileira. Faremos tal distinção nos próximos tópicos.

3.2 Natureza jurídica do Princípio da Proibição de Retrocesso

Acerca de sua natureza jurídica, boa parte da doutrina entende a proibição de retrocesso como um princípio constitucional implícito (BARROSO, 2001), produzindo efeitos relacionados à eficácia e validade da norma jurídica inconstitucional por revogar a que concretizou direitos sociais. (MENDONÇA, 2003).

Para Ana Paula de Barcelos, o princípio é considerado uma das modalidades de eficácia jurídica das normas constitucionais, eficácia esta que não veda ao legislador que altere a legislação, mas veda a revogação pura e simples do comando constitucional. (BARCELLOS, 2010)

Entendemos também que estamos, ao nos deparar com o tema aqui tratado, perante um princípio constitucional implícito. Para fundamentar tal ideia, nos valem do renomado professor Robert Alexy, que afirmou ser a distinção entre princípios e regras “uma das colunas-mestras do edifício da teoria dos direitos fundamentais”.

O vetusto jurista germânico afirmou que o critério mais utilizado nesta distinção é o da generalidade. Segundo ele, princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto; já as regras são dotadas de grau de generalidade relativamente baixo. Para ele, o ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são “mandamentos de otimização”, ou seja, são normas que são realizadas na “maior medida possível”, podendo ser satisfeitos em grau variado, sendo que a medida devida de sua satisfação está não somente na realidade dos fatos, mas também na possibilidade jurídica de realização. Já as regras são normas que sempre ou são satisfeitas ou não, sem admitir variações.

Se uma regra é válida, então se deve fazer tudo o que ela exige; nem mais, nem menos. Assim, se dois princípios colidem, um deles há que ceder, não significando, porém, que algum deles seja declarado inválido, o que ocorre é que em um dado caso concreto, um princípio tem precedência em face de outro. Dessa forma, conflito entre regras ocorre no âmbito da validade da norma, já o conflito entre princípios ocorre para além dessa dimensão, na dimensão do peso já que só princípios válidos podem colidir. (ALEXY, 2011.p. 85 e segs).

Dito isto, pode-se verificar que o instituto em análise não comporta sua aplicação como regra, ou seja, não admite a ideia do “tudo ou nada”, do contrário seria impossível compatibilizar a proibição de retrocesso com a dinâmica das ações governamentais e a liberdade legislativa na atividade de conformação da constituição na seara infraconstitucional.

Sobre isso, o professor Canotilho (1998) se manifestou, defendendo que a “proibição de retrocesso nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade fática)”. Iremos mais a frente desenvolver ideias que indiquem coordenadas mais ou menos claras para a operacionalização do princípio frente a problemas concretos. A seguir verificaremos como a doutrina tem tratado a problemática da proibição de retrocesso.

3.3 Posições doutrinárias sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso

Como não poderia ser diferente, são muitas e em geral divergentes os posicionamentos doutrinários sobre este princípio. Apresentaremos a seguir pensamentos de importantes juristas portugueses e brasileiros a respeito, a fim de esclarecer as diversas problemáticas que circundam o princípio aqui estudado.

Iniciemos com o professor Doutor Gomes Canotilho (1998). O posicionamento do renomado jurista transitou por três momentos distintos. Inicialmente defendia a inconstitucionalidade de qualquer política econômica, social e cultural que visasse diminuir a extensão dos direitos derivados a prestações, proibindo-se qualquer tentativa de retrocesso social, sendo possível conceber-se uma “ação judicial contra o retrocesso ou desigualdade” (CANOTILHO, 2001).

A fim de fundamentar a vinculação do legislador ordinário a uma concretização legislativa, Canotilho (2001) defendia a “elevação das medidas legais concretizadoras a direito constitucional”, ou seja uma verdadeira materialização constitucional das leis que efetivam os direitos econômicos, sociais e culturais. Ocorrendo esse fenômeno sempre

que se radicasse “na consciência jurídica geral que o grau de realização legislativamente obtido corresponde a uma complementação ou desenvolvimento do direito constitucional”. Assim, tais leis gozariam da força e dignidade normativa próprias das normas constitucionais.

Posteriormente, Canotilho defendeu, dessa vez juntamente com Vital Moreira, a ideia de que as normas constitucionais que promovem direitos sociais a prestações determinam a inconstitucionalidade de preceitos legais que contrariem a “realização legal anteriormente atingida”, atribuindo as referidas normas ao menos uma função de garantia do padrão obtido, decorrendo daí uma proibição de retrocesso, na medida em que concretizado o direito, ele passa a direito negativo ou de defesa. Um direito a abstenção do Estado de atentar contra ele. Sendo que neste segundo momento, a força vinculante da concretização legislativa não se dá mais pela materialização constitucional da lei concretizadora, mas pela força do princípio do Estado de direito democrático, que subtrai do legislador a livre e oportunística diminuição dos direitos adquiridos. (CANOTILHO, MOREIRA, 1991).

Mais recentemente, o ilustre juspublicista adotou uma terceira posição quanto ao princípio da proibição de retrocesso, entendendo que o mesmo não significa uma garantia em abstrato do *status quo* social como também não significa uma proibição ideológica de retrocesso social, mas a proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, que se reporta à garantia do mínimo a uma existência condigna. Ele pondera que o princípio nada pode fazer contra recessões ou crises econômicas (reversibilidade fática). Entende assim Canotilho que o limite à liberdade de conformação do legislador surge quando se afronta o núcleo essencial do direito social e quando se viola o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural.⁵ Ademais, aponta referido jurista que os tribunais não podem neutralizar a liberdade de conformação do legislador, mesmo em sentido regressivo, em épocas de escassez e austeridade. Assim, a irreversibilidade de direitos sociais deve ser entendida com razoabilidade e racionalidade, pois poderá em dados momentos ser “necessário, adequado e proporcional baixar os níveis de prestações essenciais para manter o núcleo essencial do próprio direito social”.

⁵ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina. p.338-340. Em sentido próximo, QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, NETTO, Luisa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

Aqui Canotilho aponta para o manejo da proporcionalidade na análise da proibição de retrocesso no caso concreto. (CANOTILHO, 2008).

Outro doutrinador de renome a mudar significativamente sua posição quanto ao princípio foi Jorge Miranda (2000). Defendia ele que “a regra do não retorno as concretizações ou do não retrocesso social” consistiria na impossibilidade do legislador “eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras” dos direitos sociais. Fundando-se o princípio: 1) no princípio da confiança, inerente ao Estado de Direito e 2) na natureza das normas constitucionais de Direitos Sociais, pois a eliminação das leis concretizadoras dos direitos sociais refletiriam num verdadeiro esvaziar da eficácia jurídica das correspondentes normas constitucionais. Salientava, porém, que a proibição de retrocesso não significaria conferir às referidas normas concretizadoras uma força jurídica semelhante às normas constitucionais. Afirmava que o princípio não trazia consigo uma proibição de modificação, do conteúdo do direito, mas uma vedação a eliminação sem substituição, das normas concretizadoras de direitos sociais. Ocorre que em um posicionamento mais recente, Jorge Miranda (2012) não entende que a proibição de retrocesso possua autonomia enquanto princípio, indicando que a reserva do possível é suficiente para lidar com as especificidades do tema. Ao final afirma que “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório”.

Para Bacelar Gouveia (2005), esse princípio tem por significado que a concretização dos direitos sociais, uma vez infra-constitucionalmente alcançada, inviabiliza a sua revogação, suspensão ou alteração limitadora do respectivo alcance. Refere, porém, o citado jurista, que a proibição de retrocesso não tem força absoluta, pois depende de avaliações conjunturais que levem em conta as condições econômicas e sociais de realização desses direitos, não se excluindo a possibilidade de regressão segundo essas condicionantes.

Já para João Caupers (1985), faz sentido a proibição de retrocesso ao menos em sua versão mitigada. Aplicando-se a casos em que estejam em lume uma estrutura institucional criada para tornar eficaz um direito social reconhecido pela constituição, exemplificando o Serviço Nacional de Saúde.

O jurista brasileiro Ingo Wolfgang Sarlet (2008), ressalvando existir relativo consenso quanto à existência de uma proteção contra o retrocesso, aponta que o consenso também recai sobre a inviabilidade de que tal proteção assumira um caráter absoluto. Do contrário, a atividade legislativa seria reduzida a execução pura e simples da constituição,

além de ocasionar uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional. Para Ingo Sarlet, o referido instituto assume a feição de um “verdadeiro princípio constitucional implícito”, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito, sob a vertente da proteção de confiança e da segurança jurídica, além do princípio do Estado Social, que implica a garantia do grau mínimo de segurança social alcançado, e por fim, decorrente também dos mandatos constitucionais de máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais, presente no art. 5º, § 1º da Constituição brasileira de 1988, do direito a segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana. Ademais, o citado jurista também vincula o princípio à proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, que se relaciona, embora não se confunda, com o princípio da dignidade humana. Afirma ainda que não há como sustentar que a proibição de retrocesso (nos termos por ele defendidos) implique a aniquilação da liberdade de conformação do legislador, até porque ela não é ilimitada num contexto de um Estado Constitucional de Direito. Por último, afirma que em decorrência do princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito dos direitos sociais exige uma ponderação entre o dano provocado pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade. Assim, o professor Doutor Ingo Sarlet também dialoga com a metódica da proporcionalidade na solução de problemas concretos relacionados à efetivação de direitos sociais.

Já Jorge Pereira da Silva (2003), afirma ser o princípio da proibição de retrocesso demasiadamente fluido e impreciso e questiona se em vez de um princípio constitucional, não se trataria, de dois ou mais. Proibição de retrocesso como princípio base e alguns subprincípios, tais como o da proibição de retrocesso social, quando em causa direitos sociais ou proibição de retrocesso jusfundamental, quando se tratar de direitos liberdades e garantias não exequíveis por si mesmos. Diferencia o referido princípio do da proteção da confiança e da salvaguarda dos direitos adquiridos, pois ao contrário deles, que sempre exigirão retroatividade ou retrospectividade da lei que revogatória ou da que proceda a *reformatio in pejus* da disciplina anterior em matéria social, o princípio da proibição de retrocesso “parece apto a vedar actuações legislativas retrocedentes que se dirijam a factos ou situações jurídicas inteiramente novos”. Além disso, enquanto o princípio da proteção da confiança incide sobre modificações jurídicas em que o legislador atue no exercício de sua liberdade constitutiva, o princípio da proibição de retrocesso se vincula

a medidas legislativa em que o legislador está submetido a um dever de concretização de normas constitucionais. Por último, enquanto o campo de atuação da proteção da confiança é a defesa de direitos alicerçados exclusivamente em lei, a proibição de retrocesso atua na salvaguarda de normas de origem constitucional.

Defende ainda o citado doutrinador que uma proibição absoluta de retrocesso “seria um absurdo”, pois destruiria a auto-revisibilidade característica da função legislativa, impedindo o legislador de redistribuir os recursos disponíveis segundo as opções políticas de cada momento. Exemplifica que o legislador pode desejar aperfeiçoar os mecanismos de efetivação do direito a saúde, sacrificando programas sociais relacionados à habitação. Tal medida retrocedente em relação à habitação não significaria retrocesso no nível global de concretização do Estado Social. Ademais, a absolutização da proibição de retrocesso impediria uma avaliação global do Estado Social, não sendo possível respeitá-lo quando o Estado não disponha de recursos financeiros indispensáveis para o andamento normal das políticas públicas. (SILVA, 2003).

Conclui Jorge Pereira da Silva (2003) com três afirmações: 1) o princípio da proibição de retrocesso não se adstringe apenas aos direitos sociais, podendo aplicar-se também aos direitos, liberdades e garantias contidos em normas constitucionais não exequíveis, em matérias atinentes à constituição econômica ou ainda em relação a normas legais que regulem órgãos, entidades ou institutos constitucionalmente previstos. 2) O princípio não proíbe exatamente o retrocesso em matéria de leis concretizadoras de direitos. Ocorre aqui é o impedimento de eliminação do que seja considerado núcleo essencial dos direitos. Assim, pode haver retrocesso no trato dos direitos, contanto que se preserve o cerne das posições jurídicas e das estruturas concretizadoras do princípio do Estado Social. 3) O princípio da proibição de retrocesso não se confunde ou se baseia na proteção de confiança. Ao final, defende que não se trataria de uma proibição de retrocesso, mas sim de um “Princípio da proibição de recriar omissões inconstitucionais”.

Já para Vieira de Andrade, não pode prosperar a ideia de um princípio geral de proibição de retrocesso, sob pena de destruir a autonomia da função legislativa, tornando-a “mera função executiva da constituição”. Segue afirmando que a liberdade constitutiva e a auto-revisibilidade, mesmo que limitada, se constituem em características típicas da função legislativa. Assim, caso o legislador fosse obrigado a manter na sua integralidade o nível de realização de direitos sociais e a respeitar totalmente os direitos ora criados, essas funções seriam praticamente eliminadas. Concorde com a possibilidade de uma

“transformação constitucionalizante de normas de direito legal, baseado na consciência jurídica geral”, uma espécie de constitucionalização material das leis que concretizam direitos. Por fim, admite a proibição de pura e simplesmente ocorrer revogação sem substituição de normas conformadoras de direitos sociais a fim de garantir a realização de ao menos um “conteúdo mínimo imperativo” do preceito constitucional. Perfilando-se à posição mais recente do professor Canotilho, considera inconstitucionais as medidas legislativas que anulem, revoguem ou aniquilem o núcleo essencial dos direitos concretizados. (ANDRADE, 2009).

Por outro lado, discordando da existência de um princípio jurídico-constitucional de proibição de retrocesso, Manuel Afonso Vaz afirma que não vê como possível o nível de realização legislativa de um direito social converter-se de forma autônoma em uma dimensão constitucional material contra a vontade do legislador. Admitir isso seria, segundo ele, jogar o legislador continuamente contra a “Constituição (material)”, sendo ele parte da Constituição. Defende ainda que não há conteúdo mínimo de um direito social a se verificar, “porque simplesmente não há determinidade constitucional da prestação”. Ademais, citado jurista defende que o legislador tem liberdade constitutiva e autoreversibilidade, limitada apenas por “princípios gerais do direito, como os princípios da proibição de arbítrio, onde se pode fundar, entre outros, um princípio da proteção da confiança ou princípio de necessidade de fundamentação de actos legislativos retrocedentes”. (VAZ, 1992, p. 383-385)).

A jurista brasileira Suzana de Toledo Barros (2000) também tem ressalvas ao princípio da proibição de retrocesso social. Entende que ele se conflita com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que para ela o nível de determinação constitucional dos direitos sociais parece ser nenhum. O que parece indicar que não se torna admissível a vinculação do legislador à manutenção da lei já produzida.

Também Jorge Reis Novais se posiciona contrário à autonomia e validade ao princípio da proibição de retrocesso quando relacionado com a proteção do núcleo essencial dos direitos sociais, entendendo que por se tratar de direitos sob a reserva do possível, não se afigura possível à delimitação dessa zona de garantia do núcleo essencial. Embora aceite a invalidade jurídica da reversibilidade relacionada a direitos sociais, entende que tal violação se alberga não em uma proibição de retrocesso, mas sim no princípio da proteção de confiança ou no da segurança jurídica, próprios do Estado de Direito. Assim, Reis Novais não nega a possibilidade de inconstitucionalidade quando “o

Estado já havia cumprido às obrigações precisas que resultam da norma constitucional e vem posteriormente suprimir ou restringir essas realizações, não as substituindo por prestações compensatórias equivalentes” (NOVAIS, 2010. p.138-139), mas as fundamenta em outros princípios jurídicos.

Por último, outra crítica ao princípio da proibição do retrocesso social parte da professora Suzana Tavares da Silva. Ela afirma que o referido princípio está profundamente desatualizado, e que sua garantia no quadro jurisdicional encerra perigos. Entende que o princípio colide com “os mais recentes contributos do princípio da sustentabilidade, onde a socialidade assume uma feição dinâmica aliada ao cariz securitário tradicional”. Defende ainda que não mais se discute “um projecto de direcção económica, mas sim de dinamização da economia” assim como “não se discute a promoção da igualdade social, mas sim esquemas para a igualdade no acesso às condições de bem-estar social e prestações sociais adequadas à reabilitação social dos destinatários”, obrigados que são a contribuir ativamente com os resultados sociais, sob pena de perda dos benefícios sociais. (TAVARES DA SILVA, 2014, p. 208-209).

3.4 Fundamentos do Princípio da Proibição de Retrocesso

Reconhecendo no princípio da proibição de retrocesso verdadeira natureza principiológica (como tal dotado de carácter não-absoluto), mister se faz trazer fundamentos capazes de sustentar sua vinculação às normas constitucionais.

A seguir serão apontados alguns dos fundamentos jurídicos deste princípio constitucional referidos pela doutrina. Como tal princípio não encontra guarida expressa na constituição, urge indicar de forma mais bem fundamentada, em que pilares jurídicos se ampara diretamente.

3.4.1 Princípio da segurança jurídica / Proteção de confiança

A proteção da confiança é a face subjetiva da segurança jurídica, implicando a proteção jurídica dos particulares nas relações com o poder, especialmente com o legislativo, ao passo que o princípio da segurança jurídica se revela como uma dimensão objetiva da estabilidade das relações jurídicas. Ambos, porém se fiam na clareza, responsabilidade e transparência nos atos do poder público, de modo a existir relativa garantia de segurança das pessoas nos seus atos e efeitos deles decorrentes em suas relações. A instrumentalidade do princípio da proteção da confiança decorre, portanto, do

princípio do Estado de Direito e da segurança jurídica. Advém dele uma certeza mínima de que as expectativas razoavelmente criadas pelos indivíduos em suas relações determinam uma proteção contra mudanças arbitrárias e desproporcionais que violem um *quantum* mínimo de certeza e segurança que as pessoas devem possuir. (CANOTILHO, 2003; BOTELHO, 2015).

Pois bem, aponta-se como estreitamente vinculado ao princípio da proteção de confiança a ideia de uma proibição de retrocesso. Dentre os doutrinadores que a defendem, se destaca Ingo Sarlet (2009), ao indicar que existe uma “íntima vinculação entre eles”, sobretudo pelo fato de que um “autêntico Estado de Direito é sempre também – pelo menos em princípio *e num certo sentido* - um Estado de Segurança Jurídica” do contrário o governo das leis (enquanto expressão da vontade política de um grupo) poderá se tornar despotismo e iniquidade.

3.4.2 Força normativa da Constituição

Ademais, o princípio da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a ideia de força normativa da constituição, para o mestre tedesco Konrad Hesse a concretização plena da força normativa é uma meta do direito constitucional, cumprindo sua função “não quando procura demonstrar que as questões constitucionais são questões de poder, mas quando envida esforços para evitar que eles se convertam em questões de poder (*Machtfrage*)”. (HESSE, 1991).

Assim sendo, dito princípio visa, por este prisma, evitar a banalização das questões atinentes à concretização dos direitos fundamentais, robustecendo a força normativa da constituição, pois visa exatamente obstar a que se revogue pura e simplesmente uma lei que concretizou o direito social sem se basear em critérios racionais. Sem se preocupar com a manutenção da ordem (materialmente) constitucional.

Ainda nesse prisma, o professor Luis Roberto Barroso, em seu aclamado livro “O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas”, em capítulo referente à frustração constitucional, afirmou que sob o ângulo sociológico, a descontinuidade institucional frustra a cristalização de um “sentimento constitucional”, que seria resultado do “entranhamento” da constituição na vida diária das pessoas, dando-lhes consciência comunitária de respeito e preservação à constituição como um símbolo superior, de valor afetivo e programático. (BARROSO, 1996, p. 45-46).

De tal sorte, o princípio da proibição de retrocesso contribui para o que Konrad

Hesse afirmou ser a “vontade de constituição” (*Wille zur Verfassung*), pois favorece o processo de fortalecimento do respeito e apego à carta magna, na medida em que se concretizam os direitos sociais e se realizam as tarefas impostas pela constituição, impulsionando o que ele chamou de “força ativa”. (HESSE, 1991, p. 19).

3.4.3 Supremacia da Constituição

Aqui há que salientar a maior proximidade deste fundamento com a realidade constitucional brasileira que com a portuguesa. A entrada de Portugal na União Europeia acabou por mitigar este princípio. Por motivos de restrição de espaço e limitação do escritor, não nos deteremos nesta problemática em solo português.

Importa que intimamente ligada à força normativa da Constituição se insere a própria ideia de sua supremacia, que não é restrita à conformação do ordenamento à Constituição, mas também à realização de determinados valores, a proteção de certos bens e a tutela de certos interesses. Assim não fosse, estaria se amputando dela um dos mais significativos corolários de sua supremacia: a Constituição não apenas proíbe comportamentos com ela contrastantes, impondo também comportamentos voltados à sua concretização (NETTO, 2010). Deve-se entender que a Lei Fundamental não é neutra, pelo contrário, é uma carta axiologicamente comprometida, delimitando o campo constitucionalmente aceito, bem como o que é constitucionalmente exigido e vedado. (NETTO, 2010).

Em se tratando especificamente de direitos sociais, previstos no mais das vezes por normas não exequíveis por si mesmas, dotadas, no entanto, de caráter impositivo, ou ao menos de uma obrigação concreta de legislar, a supremacia da Constituição determina a sua concretização - que poderá variar (aqui sim) segundo opções políticas e circunstâncias econômicas – a fim de que estes direitos sejam levados a sério e não tidos como meros conselhos ou programas a serem implantados pelo Estado quando a este convier.

Uma norma que contenha direitos sociais e necessite de densificação legislativa para poder ser exequível relaciona-se à ideia de imposição constitucional de concretização, tendo assim o legislador o dever de legislar a fim de conferir eficácia àquela norma, para que assim garanta a força normativa e a supremacia da constituição. (NETTO, 2010).

3.4.4 Máxima eficácia das normas de Direitos Fundamentais

Ainda conectado ao princípio da supremacia da constituição e também ao da sua força normativa, o princípio da proibição de retrocesso se agrega também a regra da máxima eficácia das normas de direitos fundamentais: um explícito mandato do constituinte brasileiro de 1988.

O postulado da máxima eficácia dos direitos fundamentais detém, dentre outras funções, a previsão de eficácia imediata das normas inseridas na Constituição brasileira de 1988, inserida no art. 5º, § 1º, e não faz distinção entre os direitos fundamentais que alcança, porém em se tomando o texto do artigo conjugado com o título em que se encontra o mesmo (Dos Direitos e Garantias Fundamentais), conclui-se que congrega todas as normas de direitos e garantias fundamentais. (SARLET, 2009).

3.4.5 Proteção do núcleo essencial do Direito

Verificar quando ocorre violação ao núcleo essencial de um direito não é tarefa fácil, pois assim como quando ocorre à violação à dignidade humana, a verificação se dá muito mais intuitivamente, ou seja, é mais fácil verificar quando há afronta ao núcleo essencial de um direito do que determinar exatamente do que se trata o princípio.

Certo é que o conteúdo essencial tem de ser entendido como uma barreira absoluta correspondente à finalidade ou valor justificador do direito em cena. Deve-se verificar o máximo efeito útil do direito, indo tão longe quanto possível na determinação de seu conteúdo e determinabilidade, mesmo que não tanto quanto em relação aos direitos, liberdades e garantias, sob pena de se impedir a alternância democrática. (MIRANDA, 2012).

3.4.6 Internacionalização dos Direitos Fundamentais

Verifica-se no direito um processo de proteção dos direitos fundamentais em esfera internacional, tornando-se comum que um órgão ou organização supraestatal se incumba – depois de ratificado em tratados internacionais – de tutelar e prescrever sanções em caso de infrações a direitos fundamentais.

Tal processo foi influenciado pelas experiências totalitárias vividas no século passado e os efeitos devastadores das duas grandes guerras, ocorrendo a partir daí uma proliferação de declarações, tratados e pactos voltados a assegurar a proteção dos direitos fundamentais. (SARLET, 2009).

Ademais, em se tratando de Brasil, a Emenda constitucional 45 inseriu o art. 5º, § 3º, que contém a regra expressa de recepção de tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos, caso sejam aprovados em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, dando status de emendas constitucionais.

Com essa novidade constitucional, fortaleceu-se ainda mais a defesa dos direitos fundamentais em âmbito nacional. Lembre-se que no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, presente na XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas, em 19 de dezembro de 1966 e adotado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591 - de 6 de julho de 1992, no seu art. 2º § 1º da parte II, os Estados se obrigaram a envidar os máximos esforços no intuito de progressivamente dar concretude a todos os direitos nele presentes⁶. Deste artigo fica nítida a menção ao caráter progressivo dos direitos fundamentais (ABRAMOVICH, COURTIS, 2002), e a referência ao princípio da proibição de retrocesso, enquanto conclama a adoção de medidas legislativas e a busca por assegurar progressivamente os direitos fundamentais.

3.4.7 A Constituição Dirigente

Podemos aqui também afirmar que este fundamento se relaciona muito mais ao ordenamento jurídico brasileiro que ao português, pelos motivos já mencionados.

Sem adentrarmos amiúde nos renhidos debates travados sobre a morte da constituição dirigente, necessário se faz elencar alguns pontos indispensáveis para a compreensão da relação que existe entre a constituição dirigente e o princípio da vedação de retrocesso.

Primeiramente, pode-se afirmar que a constituição dirigente é aquela concebida não como mero estatuto organizatório ou simples instrumento de governo, definidor de competências e regulador de processos, mas pelo contrário, como um plano normativo-material global, que determine tarefas, estabeleça programas e defina fins do Estado e da sociedade. (CANOTILHO, 2001).

⁶ O texto é o seguinte "§1. Cada Estado Membro no 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." **PACTO Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais**. Disponível em: <<http://www.oas.org/dil/port/1966%20Pacto%20Internacional%20sobre%20os%20Direitos%20Econ%C3%B3micos,%20Sociais%20e%20Culturais.pdf>> Acesso em 23 de abril de 2016.

É possível analisar a constituição dirigente do ponto de vista das “imposições legiferantes”, ou seja, a ideia de que a constituição dirigente se “executa” mediante leis e que a legiferação é uma competência do parlamento, na medida em que ele decide como concretizar a constituição, não deixando de incidir sobre o mesmo também, a responsabilidade de fazê-lo. De tal sorte, o problema da constituição dirigente é a articulação entre a questão das competências e os objetivos no âmbito da concretização constitucional. (CANOTILHO, 2001).

Ocorre que a repercussão do prefácio à segunda edição da “Constituição dirigente e vinculação do Legislador...” do professor luso Gomes Canotilho, causou grande alvoroço no meio jurídico constitucional brasileiro.⁷ Obviamente, há que se verificar tal declaração dentro de seu contexto específico. Recorde-se que a Constituição da República Portuguesa de 1976 foi produzida sob a influência de um movimento revolucionário conhecido como Revolução dos Cravos. Tal movimento foi responsável pela derrocada do regime então em voga, um regime autoritário de inspiração facista autodenominado de Estado Novo.

De tal sorte, a carta lusitana proclamava em sua redação original proposições de nítido caráter ideológico socialista, inclusive contendo fórmulas tais como, “transição para o socialismo” e “exercício democrático do poder pelas classes trabalhadoras”. (DERBLI, 2007, p. 65).

Em decorrência da semelhança dos momentos históricos em que foram produzidas, a referida Constituição portuguesa influenciou sobremaneira a nossa Constituição de 1988, de tal sorte que nossa constituição também é dotada de muitas características dirigentes incluídas na carta lusitana.

Ocorre que embora tenham sido produzidas no mesmo contexto de redemocratização e superação de regimes autoritários, a Carta Magna de 1988 jamais apresentou o mesmo propósito socializante da constituição portuguesa de 1976, pelo contrário, limitou-se a estabelecer as bases normativas para a realização de reformas sociais, instituindo um Estado Democrático e Social de Direito voltado à promoção da

⁷ Em prefácio à segunda edição de sua “Constituição dirigente e vinculação do legislador” assim se expressou Gomes Canotilho “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias. Também suportará impulsos tanáticos qualquer texto constitucional dirigente introvertidamente vergado sobre si próprio e alheio aos processos de abertura do direito constitucional ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Numa época de cidadanias múltiplas e de múltiplos de cidadania seria prejudicial aos próprios cidadãos o fecho da constituição, erguendo-se à categoria de “linha de Maginot” contra inversões agressivas dos direitos fundamentais”. (grifos do autor)

justiça social e redução das desigualdades, não existindo em nossa constituição o impulso revolucionário da Constituição lusitana. (DERBLI, 2007, p. 65).

A nação portuguesa vive hoje a realidade da União Europeia e conseqüentemente a quebra acentuada no marco do Estado Nacional e sua soberania. Além disso, Portugal experimentou um período de profundo desenvolvimento socioeconômico, influenciado pela sua entrada na União Europeia, ocorrida no ano de 1986, embora não seja a realidade hoje vivida.

De fato, a realidade em Portugal influenciou sobremaneira a mudança de pensamento de Canotilho, que é, repita-se, bem distante da vivida em solo brasileiro. De modo que essa nova teoria não poderia ser simplesmente importada sem a devida cautela. É necessária uma interpretação apta a analisar o instituto da constituição dirigente levando-se em consideração a realidade vivida no Brasil. (OLSEN, 2008)

É por isso que se desenvolveu o que Lênio Luiz Streck intitulou de “Teoria da Constituição Dirigente Adequada a Países de Modernidade Tardia”⁸. Streck defende que em face das realidades totalmente distintas, ainda se assegura a existência do que se chama de constituição dirigente em solo brasileiro. Não se está a defender um normativismo constitucional, ou seja, crer que a Constituição estará regendo todas as relações em âmbito estatal, estando ela fechada a influências sociais, que são extremamente cambiantes. Lênio Streck afirma permanecer traços importantes de um constitucionalismo dirigente no Brasil, na medida em que, dentre outros fatores, o Direito continua como instrumento de implementação de políticas públicas e necessita para tanto da vinculação do legislador aos compromissos constitucionalmente indicados.⁹

⁸ Afirmou Lênio Streck: “A globalização e suas conseqüências “pós-modernas” são, pois, uma realidade. Entretanto, isso não deve significar que Estados Nacionais como o Brasil, onde as promessas da modernidade continuam não cumpridas e onde o assim denominado Welfare State não passou de um simulacro, não possa ter autonomia para construir políticas públicas aptas a realizar a justiça social e os desígnios do pacto constituinte de 1986-1988. Defender o cumprimento do texto constitucional, mormente naquilo que ele tem de dirigente e compromissário, não significa defender a tese de um país autárquico. A globalização excludente e o neoliberalismo que tantas vítimas tem feito em países periféricos não é a única realidade possível. (...) Junto com a globalização, vem os ventos neoliberais, assentados em desregulamentações, desconstitucionalizações e reflexidades. E tais desregulamentações – e suas derivações – colocam-se exatamente no contraponto dos direitos sociais fundamentais previstos na Constituição brasileira. COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (org.). **Canotilho e a Constituição dirigente**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 197 Apud Op. Cit. p. 257, nota 27

⁹ Lênio Streck conclui do seguinte modo: “Parece evidente, assim, que, quando se fala em Constituição dirigente, não se está – e nem se poderia – sustentar um normativismo constitucional (revolucionário ou não) capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias. O que permanece da noção de Constituição dirigente é a vinculação do legislador aos ditames da materialidade da Constituição, pela exata razão de que, nesse contexto, o Direito continua a ser um instrumento de implementação de políticas públicas. Por isso, é possível afirmar a continuidade da validade da tese da Constituição dirigente (uma vez adequada a cada país, com ênfase em países como o Brasil, em que o coeficiente de promessas da modernidade incumpridas é extremamente elevado). É necessário levar em conta, assim, das novas teses de Canotilho, as especificidades decorrentes de uma teoria da Constituição, e não de uma teoria geral

Tal qual afirma Konrad Hesse em sua “Força normativa da Constituição”, embora a constituição sozinha não possa realizar nada, pode ela, porém, impor tarefas e à medida que essas tarefas são realizadas, transforma-se em força ativa. É necessário para isso que se compreenda que essa ordem constituída (imposta pela Constituição), é mais que uma ordem legitimada pelos fatos, necessitando por isso, estar em constante processo de legitimação. (HESSE, 1991).

Pois bem, se a constituição dirigente impõe um projeto contínuo de modernidade e desenvolvimento consubstanciado na busca permanente pela justiça social, faz-se necessário entender que as normas constitucionais merecerão interpretação renovável de acordo com as exigências da sociedade. Além disso, só se compreende o desenvolvimento constitucional na medida em que se tente garantir o patamar alcançado e que se busque constantemente a melhor implementação dos objetivos traçados na constituição. (DERBLI, 2007).

Portanto, mostram-se extremamente correlatos os institutos da proibição de retrocesso e da constituição dirigente, dado este que só pode favorecer a utilização do princípio ora estudado na defesa dos direitos fundamentais.

4 PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NOS TRIBUNAIS: UMA PERSPECTIVA COMPARADA

Os tribunais superiores em vários países também repercutiram essa construção doutrinária, debatendo e aplicando o princípio da proibição de retrocesso em suas decisões, variando, como não poderia deixar de ser, conforme a tradição jurídico-cultural de cada país.

Na Alemanha, a proibição de retrocesso é tratada pelos tribunais, assim como o sistema de prestações sociais, mediante um alargamento do direito de propriedade. Assim, a proibição de retrocesso não decorre direta e exclusivamente do princípio do Estado Social, baseando-se diretamente na garantia fundamental da propriedade. (FUHRMANN, 2014).

da Constituição ou do constitucionalismo. Veja-se que a própria questão relacionada ao papel dos tratados internacionais adquire foros diferenciados, se devidamente contextualizada, uma vez que, por exemplo, nem de longe é possível comparar o papel da União Européia, suas diretivas e a força normativa destas no seio de cada país componente, com o pífio e insipiente Mercosul.” STRECK, Lênio Luiz. Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos e garantias fundamentais - Sociais no Brasil. Revista Novos Estudos Jurídicos, vol.8, n.2, p.292, maio/ago. Disponível em: <http://www6.univali.br/seer/index.php/nej/article/download/336/280>. Acesso em: 28 de abril de 2016.

Na França, a jurisprudência e a doutrina consideram que a proteção aos direitos, liberdades e garantias abrange uma proibição de retrocesso. Lá chamado de “*effet anti-cliquet*” ou de “*cliquet anti-retour*”, teve como caso paradigmático a decisão 84-181 DC do Conselho Constitucional. Nela o Conselho considerou que o legislador quando se tratar do exercício de uma liberdade fundamental, não poderá regulamentá-lo sem que seja tornando-o mais efetivo. A proibição de retrocesso teve em terras francesas aplicação referente à liberdade de expressão, a liberdade de ensino e ao direito de asilo. (FAVOREU, PHILIPPE, 1997; FREITAS, 2006).

No Tribunal Constitucional Português, o Princípio teve no Acórdão 39/84¹⁰ - um verdadeiro *leading case* - posição destacada quando se declarou a inconstitucionalidade de um decreto-lei que havia revogado em grande parte a Lei do Serviço Nacional de Saúde. Nesta decisão, o tribunal através do voto do relator Vital Moreira, entendeu que este serviço é garantia institucional da realização do direito à saúde, e que depois de efetivado passa a ser constitucionalmente garantido seu exercício (NETTO, 2010). Asseverou também que o direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, tem uma feição negativa, na medida em que veda condutas lesivas a tais direitos, além da vertente positiva, que permitiria exigir do Estado o serviço e as prestações necessárias para seu exercício, entendendo ainda que a criação do referido Serviço de Saúde é uma imposição legislativa concreta e constante e seu descumprimento é uma omissão inconstitucional.¹¹ O Tribunal entendeu que após uma lei ter realizado um direito constitucional, o legislador estaria impedido de revoga-la de retornar ao estado anterior das coisas. A conclusão decorreu da concepção do Serviço Nacional de Saúde como garantia institucional da realização do direito à saúde.

Pode-se concluir que o Tribunal Constitucional Português entendeu no mencionado acórdão 39/84, que viola o núcleo essencial do Direito a saúde e afronta o princípio da proibição de retrocesso à ação legiferante que revogou boa parte da lei que havia outrora concretizado o direito social em questão, decidindo o tribunal que tal lei revogadora padecia de inconstitucionalidade, baseada dentre outros fundamentos, na

¹⁰ PORTUGAL. Tribunal Constitucional Português. AC 39/84. Relator: Min. Vital Moreira. Disponível em <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html> Acesso em: 27/04/2016.

¹¹ Assim se pronunciou o relator: “Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.”

Proibição de Retrocesso.

Em outro caso muito citado, o Tribunal Constitucional Português, no acórdão 509/2002, em que se discutia se uma norma revogatória do Rendimento Mínimo Garantido (RMG), que garantia prestações a pessoas com idade igual ou superior a 18 anos, substituído pelo Rendimento Social de Inserção (RSI), restringindo a titularidade a pessoas com idade igual ou superior a 25 anos estaria violando o princípio da igualdade, da universalidade e o da proibição de retrocesso social. Em se tratando de concretização de direitos fundamentais, o Tribunal Constitucional distinguiu as situações em que a constituição “contém uma ordem de legislar suficientemente precisa e concreta”, em que se verifique com segurança as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade, afirmando que nesses casos a margem de liberdade do legislador para retroceder é mínima. Diferentemente daquelas outras situações em que a norma constitucional possui menor precisão e clareza, quando a proibição de retrocesso só atuaria em casos limite, ou seja, naquelas circunstâncias em que ocorra desrespeito pelo núcleo essencial dos direitos sociais, para que não ocorra afronta ao “princípio da alternância democrática”. Assim, o Tribunal adotou a orientação intermediária sobre a proibição de retrocesso, verificando no caso concreto se o sacrifício imposto ao direito chegou ao ponto de atingir o núcleo essencial do mesmo direito.¹²

No Brasil, os tribunais por vezes se embasaram no princípio da proibição de retrocesso principalmente a partir do início deste século. É o que se viu, por exemplo, no voto do Ministro do STF, Sepúlveda Pertence, no âmbito da ADI 2065-0/DF, que tratava da revogação de alguns artigos das Leis 8.212/91 e 8213/91 pela Medida provisória 1.911/99. Tais artigos cuidavam do Conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e municipais de Previdência Social. No voto, o eminente Ministro afirmou poder o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, produzir outra norma que concretize preceito constitucional programático ou de eficácia limitada, mas viola a constituição ao retroceder ao momento anterior de paralisação de sua efetividade por vazio legal na implementação de uma norma constitucional. Ressalta que o legislador poderá substituir a lei anterior por outra que regule de modo diferente. O que lhe é vedado é voltar ao vazio normativo (MENDONÇA, 2003). Em outra ocasião, o Ministro do STF

¹² PORTUGAL. *Tribunal Constitucional Português. AC.509/2002 Relator: Min. José Manuel Cardoso da Costa. Disponível <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/tc/acordaos/20020509.html> Acesso em: 27/04/2016. Esse mesmo entendimento foi reafirmado este entendimento foi reafirmado pelo Tribunal em várias ocasiões, designadamente nos acórdãos n.º 590/2004, 188/09 e no 222/2011.*

Celso de Mello também se posicionou favoravelmente ao princípio da proibição de retrocesso social em sua vertente moderada¹³:

Também o Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em sua primeira turma, se manifestou sobre o referido princípio. No caso, os examinadores analisaram a constitucionalidade da lei 9732/98, de forma a eximir a parte autora do recolhimento de contribuição previdenciária por motivos da imunidade prevista no art. 195, § 7º da Constituição Federal. Afirmou no caso que em razão do princípio da proibição de retrocesso, somente é lícito ao legislador regulamentar o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, para aumentar a efetividade da imunidade em questão, e não para esvaziar seu conteúdo normativo¹⁴

Em suma, nota-se que o Tribunal Constitucional Português e Supremo Tribunal Federal adotam a Proibição de Retrocesso em sua modalidade intermédia ou moderada, sendo que o Tribunal Português adota uma metódica baseada no princípio da proporcionalidade, levando em consideração também a proteção do núcleo essencial do direito para verificar a existência de afronta ao sistema constitucional ao passo que os Tribunais brasileiros têm utilizado o referido princípio vinculando-o a ideia de Estado Social e segurança jurídica.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se afirmou neste estudo, estamos vivendo a era da globalização, com efeitos diretos no enfraquecimento da soberania dos Estados e o que é pior, a globalização ao que parece, tem sido veículo de aprofundamento das desigualdades sociais, em profunda contradição com as promessas feitas. Sofremos então os influxos e impactos da

¹³ O Ministro pronunciou-se nos seguintes termos: “O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AGR / SP - São Paulo Agr. Reg. no Recurso Extraordinário Com Agravo. Relator: Min. CELSO DE MELLO Julgamento: 23/08/2011. Órgão Julgador: Segunda Turma. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>> Acesso em: 27/04/2016. Manifestação semelhante também ocorreu na ADI 3.103-8.

¹⁴ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região. Processo: 2001.51.01.025096-9 Relator: Des. Federal Ricardo Regueira. Julgamento: 15/12/2003. Órgão Julgador: Primeira Turma. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/cgi-bin/pdbi?PRO=200151010250969&TOPERA=1&l1=OK>> Acesso em: 27/04/2016.

desilusão e descrédito das promessas da modernidade.

Ciente de que a história humana não caminha linearmente, pelo contrario, é sujeita a percalços, retornos, retrocessos, avanços, ganhos e perdas, não se pode defender a absolutização de qualquer instituto jurídico.

A ideia de uma proibição de retrocesso se mostra a partida muito sedutora, mas delimita-lo juridicamente e aplica-lo não é tarefa das mais fáceis e nesses aspectos a doutrina diverge ao grau máximo. Aliás, com alguns juristas tendo mudado significativamente seu entendimento com o decorrer do tempo. Podemos chamar a proibição de retrocesso de o mais volátil dos institutos jurídicos contemporâneos, tal é a grau de mudança de entendimento e incertezas sobre sua estrutura.

Inclusive, nosso entendimento sobre ele também mudou. Não é de hoje que o problema da proibição de retrocesso nos atrai. Em outros momentos, entendíamos que esse instituto blindava em absoluto qualquer medida regressiva na seara dos direitos sociais, em atendimento à supremacia da constituição.

Não nos filiamos à concepção de que um princípio jurídico é capaz de blindar e evitar por si só mudanças e adequações nas políticas de promoção de prestações sociais. A bem da verdade, a própria ideia de avanço e retrocesso nos parece muito polissêmica, vaga, imprecisa.

O que é retrocesso em uma sociedade, em um momento histórico e em uma cultura específica pode ser visto como avanço em outra. Deve, portanto, ser lida contextualizando o momento histórico vivido e os pressupostos sociais predominantes. Além disso, a concepção de uma dada política ou programa como retrocesso ou avanço pode também vir a ser manipulada para aproveitamento político-ideológico, fugindo de pressupostos jurídicos e técnicos.

Por tudo isso, entendemos que a metódica da proibição de retrocesso deve ser muito bem estudada e mitigada com os outros instrumentos que nesse trabalho foram apresentados para além outros que doravante possam surgir no dia a dia dos tribunais.

Após novas leituras, passamos a compreender a natureza jurídica do instituto de modo mais contido e moderado. Entendemos, que em dado momento é possível que sobrevenha a necessidade de repensar a forma de prestar determinado direito fundamental, e que na busca por dar maior proteção ao bloco dos direitos fundamentais seja necessário modificar uma norma que efetiva determinado direito. Nesse prisma, determinadas circunstâncias podem exigir em nome da própria defesa da integralidade

dos direitos fundamentais, que determinada lei seja modificada, sendo possível o retrocesso em relação a direitos sociais específicos, sem, no entanto ferir o Estado Social. Sem ferir a “média” da prestação e efetividade dos direitos fundamentais.

Devendo-se considerar a metódica da proporcionalidade no caso concreto, além de observar não somente o princípio em questão, mas o complexo de prestações, o total de prestações em atendimento ao Princípio do Estado Social. Concordamos, aliás, com exemplo utilizado por Jorge Pereira da Silva em relação ao direito a moradia e a saúde. Sendo possível restringir o direito a moradia (retrocesso) a fim de dinamizar e aprofundar políticas de saúde pública (avanço). Assim, numa visão holística, não houve dano, retrocesso ou violação ao complexo de direitos sociais. Atendeu-se devidamente ao princípio do Estado Social.

Se por um lado não se pode assegurar a autonomia do referido princípio, pois ele mesmo não se basta na argumentação jurídica, por outro lado, não nos filiamos ao pensamento dos professores Jorge Reis Novais e Jorge Miranda, para quem a função do mínimo existencial substitui por completo a proibição de retrocesso. Entendemos que a proibição de retrocesso tem um campo específico que nem o princípio da proteção da confiança e nem o mínimo existencial ou proteção do núcleo essencial por si só ocupam.

Além disso, percebemos que apesar de divergências quanto ao modo, a grande maioria dos doutrinadores, inclusive esses dois supracitados, mesmo negando a existência de uma proibição de retrocesso defendem a proteção dos direitos sociais frente às mudanças legislativas em ideias que em muito se compatibilizam com princípio ora estudado.

Observou-se que o constitucionalismo vive um momento de crise, afetando diretamente a eficácia das constituições, mormente dos direitos sociais, tendo como um de seus efeitos sucessivas reformas constitucionais que acabam por enfraquecer a constituição e seus efeitos. Justamente por isso mostrou-se urgente e indispensável que os operadores do direito aprimorem as técnicas de hermenêutica, adequando-a a esse contexto de conflito no âmbito do constitucionalismo.

Nesse diapasão sobressaiu-se o princípio da proibição de retrocesso como mais uma ferramenta apta a possibilitar maior riqueza argumentativa e lucidez quando da existência de conflitos entre a obrigação do Estado de concretizar a Constituição e a carência de recursos para realizar todas as necessidades humanas.

Devemos, porém tomar cuidado com a ideia sedutora de que a argumentação e

a metódica jurídica podem transformar por si sós a realidade circundante, através da transformação do direito e dos tribunais nos grandes “trunfos da humanidade” ou a última trincheira para proteção dos indivíduos contra “tudo o que está aí”.

Muitos perigos estão compreendidos nessa concepção redentora do direito, do judiciário. A proibição de retrocesso, bem como outros institutos constitucionais podem ser uma janela para o ativismo judicial, uma atitude que a curto prazo pode trazer satisfação e a impressão de cumprimento dos ditames constitucionais, mas se mostra insustentável a longo prazo. Além de tudo, não é propriamente a presença na Constituição, que assegurará a satisfação de direitos sociais, mas a forma como as instituições políticas encaram os pressupostos e necessidades da população.

Por fim, acreditamos que a utilização ponderada, equilibrada e lúcida do princípio da proibição de retrocesso traduz-se em significativo acréscimo na racionalidade da argumentação jurídica frente a problemas de limitação de recursos e necessidade de adequação financeira e mesmo política no campo dos direitos fundamentais. Dizemos propositadamente Direitos Fundamentais em geral, pois, apesar do princípio estudado ser utilizado muito mais em questões atinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, aceitamos a possibilidade de sua aplicação também em casos envolvendo direitos civis e políticos, a exemplo do que acontece em França.

O presente trabalho ao final nos deixou com bem mais dúvidas do que convicções, por isso mesmo entendemos que ainda há uma boa margem para avanços na compreensão deste instituto jurídico. Tarefa para outros tantos que certamente também se inquietarão com as idas e vindas normativas em matéria de direitos sociais.

REFERÊNCIAS

ABRAMOVICH, Víctor. COURTIS, Christian. **Los derechos sociales como derechos exigibles**. Madrid:Trotta, 2002.

ALBUQUERQUE, Marconi Costa. **Direitos Fundamentais e Tributação – a Norma de Abertura do § 2, do art. 5º, da Constituição Federal do Brasil de 1988**. In: SCAFF, Fernando Facury (Org.). *Constitucionalismo, tributação e direitos humanos*. Rio de Janeiro, Renovar, 2007.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã. 2ª edição. Malheiros: São Paulo, 2011.

ANDRADE, Fernando Gomes. **Considerações iniciais acerca do controle judicial**

concernente a concretização dos direitos fundamentais sociais prestacionais contidos na CF/88 – uma análise crítica da atuação do STJ e STF; in: *Constitucionalismo, Tributação e direitos humanos*. SCAFF, Fernando Facury (Coord.). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais a Constituição Portuguesa de 1976**. 4ª ed. Coimbra: Almedina, 2009.

APPIO, Eduardo. **Controle Judicial das Políticas Públicas no Brasil**. Curitiba: Juruá, 2011.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARROS, Suzana de Toledo. **O Princípio da Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais**. 2ª ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2000.

BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 1. ed. São Paulo: Saraiva, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BINEMBOJM, Gustavo (coord.). **Direitos Fundamentais - Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado Liberal ao Estado Social**. 9. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BOTELHO, Catarina Santos. **Direitos Sociais em Tempos de Crise: ou revisitar as normas programáticas**. Coimbra: Almedina, 2015.

BUCCI, Maria Paula Dallari. **Direito Administrativo e Políticas Públicas**. São Paulo: Saraiva, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**.

3. ed. Coimbra: Almedina, 1998.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

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

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

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

CAUPERS, João. “**A agonia do Estado Social**” in Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Vol. VII, 2010.

CAUPERS, João. **Os Direitos Fundamentais dos trabalhadores e a Constituição**. Coimbra: Almedina, 1985.

CONTO, Mário de. **O princípio da proibição de retrocesso social**: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Controle Judicial das Omissões do Poder Público**: em Busca de uma Dogmática Constitucional Transformadora à Luz do Direito Fundamental à Efetivação da Constituição. São Paulo: Saraiva, 2004.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 3 Ed. Salvador: Juspodivm, 2009.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FAVOREU, Louis. PHILIPPE, Loïc. **Les Grandes Décisions du Conseil Constitutionnel**. 9^a ed., Dalloz, 1997.

FREITAS, Tiago Fidalgo de. O princípio da proibição de retrocesso social. In Jorge Miranda (coord) **Estudos em homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano: no centenário do seu nascimento Vol. II**. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FUHRMANN, Italo Roberto. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social como categoria autónoma no direito constitucional brasileiro? Conceito, fundamentação e alcance normativo frente à atual dogmática dos Direitos Fundamentais**. In: Revista Jurídica da Universidade Portucalense. Nº 16, 2014.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. **Manual de Direito Constitucional**. II, Coimbra: Almedina, 2005.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988** (interpretação e crítica). 14ª. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

HESSE, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JORGE NETO, Nagibe de Melo. **O Controle Jurisdicional das Políticas Públicas**. Concretizando a Democracia e os Direitos Sociais Fundamentais. Salvador: Editora JusPodivm, 2009.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo. Martins Fontes, 2006.

LEDUR, José Felipe. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetivação no Âmbito da Democracia Participativa. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

LOUREIRO, João Carlos. “**Adeus ao Estado Social? O insustentável peso do não ter**” *in* Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LXXXIII, Coimbra, 2007.

MENDES, Gilmar F.; COELHO, Inocêncio M.; BRANCO, Paulo Gustavo G. **Curso de Direito Constitucional**. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. In: BINEMBOJM, Gustavo (coord.) **Direitos Fundamentais - Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol. XII. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. IV. 3ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. IV. 5ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NETTO, Luisa Cristina Pinto e. **O princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela constituição**. 2ª ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. Coimbra, Coimbra Editora, 2010.

NOVAIS, Jorge Reis. **Os Princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa**. Coimbra: Coimbra Editora. 2004.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos Fundamentais Sociais**. Efetividade frente à Reserva do Possível. Curitiba: Juruá, 2008.

PAVIA, Marie Luce. ROUSSEAU, Dominique. La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de la France. In Julia Iliopoulos-Strangas (edição)

La protection des droits sociaux fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne. Etude de droit compare, Atenas/Bruxelas/Baden-Baden: Sakkoulas/Bruylant/Nomos Verlagsgesellschaft, 2000.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional.** 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

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

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

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais:** uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 10. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. p. 446.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 9ª. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011

SARLET, Ingo Wolfgang. **Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso:** algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, Porto Alegre, n. 2, p. 121-168, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **O Estado Social de Direito, A Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade.** In: Revista de Direito Social 3/28. Porto Alegre, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Os Direitos fundamentais sociais na Constituição Federal de 1988.** In: *Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ – Centro de Atualização Jurídica, v.1, nº1, 2001, p. 26.*

SARLET, Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, Dignidade da pessoa humana e Direitos Sociais:** manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. In: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado. Acesso em: 27/04/2016.

SILVA, Jorge Pereira da. **Dever De Legislar E Protecção Jurisdicional Contra Omissões Legislativas.** Contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2008

SOUSA, Luís Verde de. “**Acerca do princípio da proibição do retrocesso social**” In Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, LXXXIII, Coimbra, 2007.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Perspectivas e Possibilidades de Concretização dos Direitos Fundamentais- Sociais no Brasil.** In: Revista Novos Estudos Jurídicos - Volume 8. Nº 2. p.257-301, maio/ago. 2003.

TAVARES DA SILVA, Suzana. **Direitos Fundamentais na Arena Global.** 2ª ed. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra. 2014.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei. A causa da lei na constituição portuguesa de 1976.** Porto: Universidade Católica Editora, 1992.

Submetido em: dezembro/2022

Aceito em: fevereiro/2023