

A INFLUÊNCIA E PERCEPÇÃO ATUAIS DO CHAMADO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NA EXPERIÊNCIA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA[†]

Giordane de Souza Dourado

Sumário: Introdução. Capítulo 1 – Da Obsessão Individualista do Estado Liberal ao Compromisso de Inclusão do Estado Social: Evolução Fundada na Resistência. 1.1. A individualidade como valor fundante do constitucionalismo liberal. 1.2. Resistência à desigualdade: o surgimento do Estado Social. 1.3. Estado Social: do encanto à realidade. Capítulo 2 – Resistência ao Retrocesso. 2.1. O engenhoso raciocínio jurídico alemão. 2.2. A rápida influência da fórmula da proibição do retrocesso. 2.3. Proibição do retrocesso na jurisprudência do Tribunal Constitucional português. 2.4. Nem um passo atrás? Capítulo 3 – Proibição do Retrocesso no Brasil. 3.1. Recepção. 3.2. Conexões constitucionais. 3.3. Influência jurisprudencial. 3.4. Proibição do retrocesso: importação desnecessária. Conclusão. Referências Bibliográficas. Sítios Eletrônicos.

INTRODUÇÃO



A história dos direitos fundamentais, enquanto realizações e conquistas gravadas nas cartas constitucionais, é também uma história de resistência da sociedade a um contexto de opressão ou de carências. É por isso que cada passo no sentido da evolução e avanços desses direitos é acompanhado

[†] Relatório de Mestrado da Disciplina de Direito Constitucional do Curso de Direito Constitucional da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, no ano letivo 2012/2013, sob regência do Professor Doutor Jorge Reis Novais.

por notório esforço dos atores jurídicos para impedir recuos do Estado na tutela dos valores e bens granjeados pela comunidade.

Quando está em jogo a defesa dos direitos sociais, com sua forte vocação prestacional, o desafio de preservação das posições jurídicas coletivas ou individuais torna-se mais complexo, em face de muitas variáveis que influem na questão, destacando-se a capacidade financeira dos países para custear as prestações sociais. A seriedade do problema ganha dimensão dramática quando ele é analisado em ambiente de graves crises econômicas, em que a ação assistencial do poder público é confrontada com a imensa dificuldade de continuar com o mesmo nível de concretização do princípio da socialidade.

É exatamente nesse ponto que assume indiscutível relevância o debate sobre o chamado princípio da proibição do retrocesso, que está a seduzir doutrinadores e tribunais principalmente na América Latina. No Brasil é bastante presente a ideia, que conta com dedicados e renomados admiradores.

Objetiva este trabalho, portanto, investigar a gênese, a influência e, sobretudo, a consistência da proibição do retrocesso, resgatando primeiro a memória da transição do Estado liberal para o Estado social de Direito, para depois perquirir o grau de adesão da ideia de não regressividade na Europa e no Brasil.

Na parte derradeira deste relatório o foco será o tratamento do tema na experiência constitucional brasileira, nos campos doutrinário e jurisprudencial. Sem a pretensão de realizar tratado sobre a matéria ou esgotar o relatório das discussões jurídicas sobre ela no país, objetiva-se ao final formar crítica a respeito do perfil demonstrado pelo Supremo Tribunal Federal na abordagem da fórmula da proibição do retrocesso nas suas decisões.

CAPÍTULO 1 – DA OBSESSÃO INDIVIDUALISTA DO ESTADO LIBERAL AO COMPROMISSO DE INCLUSÃO

DO ESTADO SOCIAL: EVOLUÇÃO FUNDADA NA RESISTÊNCIA

1.1. A INDIVIDUALIDADE COMO VALOR FUNDANTE DO CONSTITUCIONALISMO LIBERAL

A Idade Moderna (século XV ao século XVIII) ficou gravada na história como período de forte intervenção da mão de ferro do Estado sobre a esfera individual. Esse *Estado absoluto* impunha-se em todos os setores da vida social através da vontade inquestionável do monarca, cujo poder era justificado como manifestação da própria deidade. Nesse contexto, a vontade particular era objeto de sujeição à concepção subjetiva do soberano, senhor absoluto do Estado e dos destinos dos seus súditos.

Superado o período inicial de legitimação do poder do governante com o argumento da origem divina, o Estado absoluto buscou respaldo na ideia de que a acentuada ingerência do monarca na ordem privada justificava-se no *direito de polícia*, ou seja, o rei (ou Príncipe) poderia tanger qualquer ambiente (político, social, cultural ou econômico) em nome dos interesses da coletividade. Surgia então o *Estado de polícia* como tentativa de conferir maior racionalidade às ações do Estado, ainda que a razão motivadora dos atos deste confundam-se com as próprias razões pessoais da autoridade regente.

Havia nessa época pouca ou nenhuma garantia de estabilidade do comportamento estatal em relação aos particulares, os quais não usufruíam da segurança necessária para planejar suas vidas sem o receio de sofrerem danos por posteriores mudanças na postura do governante. Por conseguinte, a dignidade da pessoa humana era alvo constante da ausência de limites ao alvedrio do monarca.

A despeito da asfixia da liberdade individual, destaca

Reis Novais¹ que o Estado absoluto pode ser compreendido como a primeira manifestação histórica do Estado moderno, após o Estado estamental que caracterizou a Idade Média, com sua sociedade multifacetária composta por grupos, classes e diversas unidades territoriais sem uniformidade de governo. Realmente, o Absolutismo contribuiu para tornar o Estado presente e dominante na vida comunitária, substituindo a dispersão gerada pelos múltiplos ordenamentos jurídicos particulares que caracterizavam a época medieval.

Com o inexorável caminhar do tempo e a saturação do modelo de Estado que cerceava a atividade individual, sobretudo da ascendente burguesia que concentrava cada vez mais riquezas e alcançava a autossuficiência econômica, eclodiram vários movimentos constitucionalistas, animados pelos ideais iluministas e racionalistas, unidos em torno de objetivos comuns: limitar o poder do Estado e garantir o exercício das liberdades civis e políticas.

Tais movimentos, portanto, em nítida resistência ao modelo opressor do regime absolutista anterior, professava a separação entre o público e o privado, bem como a revisão da ordem política, social e cultural, de forma a sacramentar em documentos escritos direitos e garantias fundamentais para os cidadãos, assegurando a segurança jurídica que naturalmente decorre da própria noção de Estado de Direito.

A ebulição desse processo revolucionário resultou no desenvolvimento do que se convencionou denominar *constitucionalismo liberal-burguês*, o qual pugnava pela ideia de que os direitos fundamentais, enquanto conquistas de uma sociedade fustigada pelo arbítrio, representavam verdadeiro escudo de proteção individual e exigências de abstenção de condutas dos poderes políticos que comprimissem demasiadamente a autonomia particular.

¹ REIS NOVAIS, Jorge. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 16.

O Estado teria, assim, atuação minimalista, sobretudo no plano econômico, onde, de acordo com a ideologia liberal, a *mão invisível do mercado* seria capaz de tutelar o bem-estar coletivo. Pregava-se a estrita separação entre sociedade e Estado.

A defesa da propriedade assumiu relevância central nos domínios do constitucionalismo liberal-burguês, servindo inclusive como paradigma para a interpretação e aplicação de outros direitos, como, por exemplo, o de sufrágio, que chegou a ser limitado às pessoas que ostentassem certa capacidade econômica (sufrágio censitário), seguindo a lógica de que quem amealhasse significativo patrimônio teria, por conseguinte, mais responsabilidade social.

A influência liberal no Direito contentava-se com a igualdade meramente formal, no sentido de que seriam iguais os homens se estivessem sujeitos as mesmas leis e imposições normativas. Como observa Daniel Sarmiento², esse modelo constitucional, ao tempo em que se apresentou como refratário aos privilégios estamentais do poder medieval, onde os direitos e deveres eram estabelecidos consoante a posição que a pessoa ocupava na estrutura social, mostrou-se indiferente à flagrante opressão regente das relações sociais e econômicas. A situação era, de fato, predatória, na medida em que o mais forte explorava o mais fraco contando com a postura apática e não-intervencionista do Estado.

Ao postular a consagração dos direitos fundamentais adotando como razão precípua o distanciamento do Estado da vida privada, o constitucionalismo liberal-burguês, em contradição com o espírito libertário que inspirou sua ascensão, revelou-se débil na proteção da liberdade real. Isto porque, além de cercear a participação popular na escolha dos governantes com o voto censitário, não se preocupava em conferir à população

² SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho. Belo Horizonte: Fórum, 2013, p. 78.

condições mínimas existenciais para o livre e digno desenvolvimento da personalidade e dos planos de vida das pessoas.

Assuntos como saúde pública, condições laborais salubres, acesso à educação, entre outras necessidades coletivas, não figuravam como prioridade na agenda política do Estado. O que importava era a intangibilidade do mercado pelo Direito, a livre iniciativa econômica. Nisso, a ordem jurídica resumia-se a instrumento de perpetuação do domínio das elites econômicas, que eram os fatores reais de poder.

A apatia do Estado na proteção social era o puro reflexo da prioridade do pensamento liberal de delimitar uma zona de não-ingêrência do poder constituído na atividade privada, com foco na imposição de obrigações de não fazer ao governante, relegando para a periferia dos projetos públicos as ações consistentes em prestações destinadas a mitigar as misérias das classes desprovidas de recursos econômicos.

1.2 RESISTÊNCIA À DESIGUALDADE: O SURGIMENTO DO ESTADO SOCIAL

O constitucionalismo liberal encontrou campo fértil na Europa durante o século XIX, decantando as máximas da defesa da individualidade e da proteção da propriedade. Mas ainda nesse século, com o recrudescimento dos problemas gerados pela desigualdade social, pelo impacto da sociedade industrial e também em virtude da influência das doutrinas socialistas, ganharam forte proporção movimentos organizados para a reivindicação de melhores condições de vida para a população.

A virada do século XIX para o século XX foi marcada, pois, pela crise do Estado liberal e pela ascendência de propostas calcadas no ideário de esquerda, em flagrante reação à degradação humana permitida principalmente pela indolência do governo perante os abusos perpetrados pela concentração do capital em grupos econômicos. Forte foi a influência nesse pe-

ríodo do pensamento marxista, do socialismo utópico e da doutrina social da Igreja Católica, todas essas vertentes convergindo para a superação do paradigma implementado pelo constitucionalismo liberal-burguês³.

O clamor das massas passou a exigir do Estado não apenas a garantia de proteção das posições jurídicas particulares, mas também postura ativa na promoção do bem-estar coletivo. Ao contrário da postura pugnada pelo modelo anterior, o poder público agora era exortado a intervir na ordem privada, conferindo aos direitos fundamentais uma dimensão positiva no sentido de assegurarem prestações sociais pelo Estado para a efetiva inclusão dos indivíduos nos domínios da cidadania. Essas prestações tinham por objetivo fomentar principalmente as necessidades básicas de saúde, educação, moradia, trabalho etc.

Germinam nesse contexto as sementes do *Estado social de Direito*, que nas democracias consolidadas não emerge para anular as garantias legadas pelo constitucionalismo liberal, mas para agregar aos direitos e liberdades clássicos novas posições jurídicas em defesa da igualdade material e da dignidade da pessoa humana.

No magistério de Reis Novais, o Estado Social assumiu o legado do Estado de Direito liberal e deu-lhe continuidade para, numa visão complementar, manter e aprofundar a salvaguarda dos direitos de autonomia individual⁴.

As manifestações populares no Estado social envidaram esforços, outrossim, para ampliar a agenda política, incluindo temas antes marginalizados pelo Estado liberal, como a liberdade sindical, o direito de greve, o sufrágio universal e a formação de partidos políticos (liberdades sociais).

Nesse estado de espírito há essencialmente a preocupa-

³ *Ibidem*, p. 80.

⁴ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 20.

ção de projetar a igualdade no plano material, notadamente porque o constitucionalismo liberal, com sua proposta de igualdade formal, aquela que todos usufruíam perante a lei, falhou ao tutelar a própria liberdade, interesse maior que inspirou a revolta contra o Estado absoluto.

Com muita propriedade, diferencia Jorge Miranda os sentidos de liberdade nos dois modelos constitucionais. Segundo o jurista português, na conceção liberal a liberdade de cada um tem como limite a liberdade dos outros, ao passo que na conceção social esse limite prende-se com a igualdade material e situada. Ensina ainda o mestre que *esta igualdade material não se oferece, cria-se; não se propõe, efetiva-se; não é um princípio, mas uma consequência*⁵.

Busca-se, portanto, a igualdade de fato, e não a mera igualdade jurídica que tanto fragilizava o estado de quem não tinha condições de opor-se ao predatório regime capitalista e individualista que regia a ordem jurídica patrocinada pela burguesia dominante, o qual resultou, conforme demonstra a história, no levante dos excluídos, em alguns casos com extremos de violência, como ocorreu na revolução socialista levada a efeito na Rússia.

O Estado social viria a consagrar, assim, os chamados direitos de segunda dimensão⁶, representados pelos direitos econômicos, sociais e culturais, os quais, em menor medida, já tinham aparecido nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição Brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849, ainda que esta última não tenha chegado a entrar em vigor⁷. Posteriormente, os direitos sociais foram contemplados de

⁵ MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2012, p. 40.

⁶ E aqui optamos pelo termo “dimensão” em lugar de “geração” com o objetivo de ressaltar o caráter de complementaridade dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos clássicos, a despeito de respeitável doutrina que ainda defende a utilização da expressão “gerações de direitos”.

⁷SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012, p. 261.

modo mais enfático na Constituição mexicana de 1917, na Declaração de Direitos do Povo Trabalhador e Explorado da Rússia, em 1918, e na Constituição alemã de 1919 (Constituição de Weimar).

É preciso esclarecer, porém, que a influência do Estado Social não permeou de forma homogênea os diversos ordenamentos jurídicos ocidentais, alcançando maior ou menor densidade de acordo com o contexto de cada país. Dessa forma, ao passo que alguns Estados chegaram a consagrar direitos sociais nas suas cartas constitucionais, ainda que não os realizassem satisfatoriamente no plano da realidade, outros optaram por não cristalizar esses direitos na constituição, tutelando-os, contudo, com a devida atenção na órbita do legislador ordinário, como foi o caso da Alemanha com sua Lei Fundamental de 1949.

1.3 ESTADO SOCIAL: DO ENCANTO À REALIDADE

Narra a mitologia grega que Asclépio, filho do deus Apolo, gerou duas filhas, entre elas Panaceia, a quem se atribuiu a capacidade curar qualquer enfermidade. Daí a generalização da expressão *panaceia* para designar o remédio para todos os males.

O movimento de resistência ao tratamento indigno conferido pelo constitucionalismo liberal às carências comunitárias divisou no Estado Social - pelo menos no limiar da construção desse novo modelo e entre os mais empolgados com ele - a panaceia para o sintomático recrudescimento do quadro de miséria da maioria da população; afinal, propugnava-se por acentuada alteração do perfil do ente estatal, o qual deveria abandonar sua postura letárgica e intervir diretamente na atividade econômica para proteger os hipossuficientes.

Elevadas, pois, foram as expectativas criadas com o advento dessa conformação constitucional, notadamente nos países onde mais crônicas apresentavam-se as condições de desi-

gualdade material. Isto naturalmente se refletiu na promulgação de novas constituições que incluíram no seu texto o resguardo de direitos sociais. Tais previsões normativas, contudo, não implicariam a implementação automática de prestações positivas em favor dos cidadãos, na medida em que, no contexto jurídico da época, os direitos sociais debutavam na lei maior com uma essência proclamatória, ou seja, para firmar o compromisso do Estado de atendimento às aspirações sociais⁸.

Sob a nítida influência da ideologia constitucional francesa, a concepção de constituição como proclamação - e não como força normativa - dominou o pensamento jurídico na Europa, bem como nos países de tradição romano-germânica, até meados do século XX. Por esse sistema, a Constituição representaria um norte interpretativo, axiológico e teleológico que orientaria o Parlamento na produção de atos destinados à promoção dos direitos (clássicos e sociais) dos cidadãos.

Nesse ambiente jurídico as leis e códigos figuravam como as únicas balizas a fundamentar as decisões do Poder Judiciário garantidoras dos direitos fundamentais. Não poderia a autoridade judicial, portanto, desviar a atenção das normas do Poder Legislativo, compreendidas como manifestações da vontade do próprio povo, para aplicar ao caso concreto diretamente as disposições constitucionais.

Por conseguinte, na prática os direitos sociais, conquanto lembrados no texto constitucional, somente alcançariam os seus destinatários através da imprescindível atuação do legislador. A contrário senso, estaria proscrito ao Poder Judiciário a *criação* de direitos sociais sem específica fonte legislativa.

Esse perfil do constitucionalismo perdurou até aproximadamente o fim da II Guerra Mundial, quando então mudou a percepção de como deveria ser a influência efetiva da constituição na vida social e política, especialmente para proteger os direitos fundamentais gravemente violados pelos regimes tota-

⁸ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais...*, cit., p. 70.

litários que fomentaram o conflito armado na Europa, com destaque para o nazismo. Buscou-se a partir daí garantir a efetividade da constituição por meio da atuação do Poder Judiciário, ou seja, a lei maior foi permeada de direitos fundamentais, inclusive sociais em muitos Estados, que poderiam ser concretamente aplicados por decisão judicial independentemente da vontade do legislador ordinário. Consagrou-se a noção de força normativa da constituição.

Positivados como direitos fundamentais, os direitos sociais deveriam ser levados a sério pelo Estado e realizados de acordo com a dimensão por este mesmo assumida na carta constitucional. Apareceram evidentemente várias dificuldades para promover e manter as prestações sociais, sobretudo quando os recursos financeiros apresentavam-se insuficientes para tanto. Em virtude disso, vários países resistiram à opção de inscrever nas suas constituições os direitos sociais como direitos fundamentais. Assim ocorreu com a Alemanha e com os Estados Unidos da América. Porém, nem mesmo os Estados que conferiram expresso *status* constitucional aos direitos sociais foram uniformes no tratamento jurídico dessas posições jurídicas, alguns preferindo considerá-los meros objetivos ou diretrizes de política social e econômica⁹.

Bem resumiu Jorge Miranda ao consignar que a passagem dos direitos sociais das constituições para a prática ocorreu de forma sucessiva e com reflexos¹⁰. Embora com muitas variantes e oscilações, o fato é que depois do segundo pós-guerra e no decorrer da segunda metade do século XX os direitos sociais permearam a pauta do constitucionalismo ocidental, até se deparar com severa crise ao final do referido século, que se tornou mais aguda quando o decantado *modelo social europeu*, com seu pródigo financiamento da segurança social, es-

⁹ *Ibidem*, p. 72.

¹⁰ MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado social. *ICJP*. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em 28.9.2013.

moreceu diante da instabilidade econômica. Vivencia-se no quadro hodierno o problema da diminuição dos níveis de proteção social, cambiante conforme as condições de desigualdade da população presentes em cada país.

Vários são os fatores que resultaram no enfraquecimento da realização material dos direitos sociais. A citada questão do custeio das prestações e a constatação cada vez mais inequívoca da incapacidade do Estado de implementar progressivamente políticas públicas de inclusão estimulou, segundo muitos autores, o pensamento neoliberal que, a par da globalização econômica, sustenta a redução do tamanho do Estado, com mais controle dos gastos sociais e afrouxamento da regulamentação econômica¹¹, o que simboliza o regresso ao modelo não-intervencionista do constitucionalismo liberal.

É evidente que hoje o capitalismo financeiro internacional, com seus riscos, oscilações e nervosismo¹², é verdadeiro regente do planejamento estatal, demarcando nitidamente seu território em praticamente todos os setores públicos, ainda que por via indireta. Por isso não há exagero na afirmação de que contra os *mercados* pouco êxito têm as políticas públicas¹³.

A inspiração inicial do Estado Social fica também corrompida quando se observa em muitos países a desvirtuação do amparo aos hipossuficientes para uma forma de assistência populista, na qual os indivíduos passam a ser de fato *clientes* do amparo público, gerando o que se conhece por clientelismo, fator que contribui sobremaneira para o inchaço e endividamento estatais.

Não menos erosivas para debilitar o princípio da socialidade são as gestões inconsequentes e venais do erário, que

¹¹ SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional...*, cit., p. 83.

¹² No ponto, sempre merece ser lembrada a crise global desnudada com a falência do banco Lehmann Brothers, em setembro de 2008, que provocou, como anunciou a mídia internacional, verdadeiro *tsunami* no mercados e governos do mundo.

¹³ MIRANDA, Jorge. *Os novos...*, cit.. Acesso em 28.9.2013.

sacrificam a eficiência em favor de inconfessos interesses divorciados das reais prioridades da coletividade, não raramente em relação de promiscuidade do público com o privado.

Em meio ao turbulento cenário mundial hodierno, todos esses fatores amplificam o desafio não só de avançar na realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, mas até mesmo de preservar as prestações já efetivadas para densificá-los, sobretudo nos países com baixos índices de desenvolvimento humano ou acentuada desigualdade social.

Até que ponto é justificável regredir na concretização de um direito social? Aliás, seria possível dar um passo atrás nesse sentido? É exatamente nessas indagações que avulta o debate sobre a existência de um princípio da proibição do retrocesso social.

CAPÍTULO 2 – RESISTÊNCIA AO RETROCESSO

2.1. O ENGENHOSO RACIOCÍNIO JURÍDICO ALEMÃO

A Constituição alemã de 1919, miticamente conhecida como Constituição de Weimar, marcou seu lugar na história, ao lado da Constituição mexicana de 1917, como um dos primeiros textos constitucionais a consagrar a proteção aos direitos sociais, abordando nos seus quarto e quinto capítulos (A formação escolar e a escola; A vida econômica) temas como a garantia de segurança social, o subsídio de desemprego, gratuidade escolar, entre outros. Apesar de sua curta vigência (perdurou até 1933), influenciou fortemente o pensamento jurídico ocidental na tutela dos chamados direitos de segunda dimensão.

Sem negar a relevância da carta alemã de 1919 para a evolução dos direitos fundamentais, o fato é que ela não produziu bons resultados para a população germânica, naturalmente em virtude do precário estado em que ficou o país após a derro-

ta na I Guerra Mundial. A promessa constitucional não cumprida fomentou profundo sentimento de frustração no povo, que acabou seduzido pelo contundente discurso do partido nacional-socialista.

Após o período da II Guerra Mundial e com nova derrota militar germânica, o Estado de Direito constitucional retornou à Alemanha com a Lei Fundamental de 1949, a qual dispensou enorme atenção aos direitos fundamentais, que passaram a influenciar direta e concretamente a legislação e a jurisprudência em todos os domínios do Direito. A nova carta constitucional, contudo, renunciou conscientemente aos direitos sociais, não os incluindo entre os direitos fundamentais em grande parte em virtude da experiência negativa com a Constituição de Weimar¹⁴, que, segundo muitas opiniões, teve sua parcela de contribuição para a ascensão do nazismo, na medida em que os integrantes da extrema direita ridicularizavam as disposições dessa carta sobre os direitos de segunda dimensão, chamando-os até de “promessas vazias” e “contos de lenda”¹⁵.

A recusa de fundamentalidade aos direitos sociais e econômicos, apesar de denotar aparente paradoxo em relação ao novo e vigoroso momento do constitucionalismo alemão, representou na realidade significativa preocupação com a preservação da própria força normativa da constituição, cujas disposições concernentes à tutela de posições jurídicas essenciais deveriam ser levadas a sério e materializadas na sociedade, sob pena de retorno ao sentimento de decepção e desalento experimentados no passado. Em vista disso, seria arriscado para o constituinte germânico sacralizar os direitos sociais na constituição para depois não conseguir efetivá-los na prática, o que

¹⁴ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais* [ebook]. Tradução de António Francisco de Souza e António Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 37.

¹⁵ KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. de 1999.

somente debilitaria a Lei Fundamental.

A recuperação da força da economia da Alemanha nos anos seguintes, porém, favoreceu no país a atividade parlamentar voltada para a implementação de prestações sociais, ou seja, o legislador passou a outorgar com propriedade à população direitos sociais, econômicos e culturais. Mesmo no contexto de uma constituição sem direitos sociais, a sociedade alemã, ante a pujança da iniciativa legislativa, atribuía aos benefícios uma dimensão materialmente constitucional¹⁶.

A história, ao mesmo tempo cíclica e surpreendente, interrompeu a bonança alemã com outra crise econômica, sobretudo na década de 1970 com a desregulamentação do sistema monetário internacional e a crise do petróleo, além da onda de desemprego que fustigou a Europa. Esses problemas impeliram o Estado a refletir seriamente sobre possibilidade de progredir na concretização de benefícios sociais ou mesmo manter aqueles já realizados. A indagação principal era esta: produzida uma lei que assegura certa prestação à sociedade, poderia uma lei posterior suprimir ou reduzir o benefício concedido?

Em virtude da ausência de direitos fundamentais sociais na Lei Fundamental alemã, a resposta precipitada à pergunta seria sim, por não existir aparente vedação constitucional. Alguns juristas preocupados com a preservação dos direitos sociais, porém, a partir dos enunciados da Constituição alemã do artigo 20, 1¹⁷, que consagrou o princípio da socialidade ao designar a Alemanha como Estado social, e do art. 28, 1¹⁸ – vin-

¹⁶ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais...*, cit., p. 241.

¹⁷ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Artigo 20 [Princípios Constitucionais – Direito de Resistência] (1) A República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social.

¹⁸ Lei Fundamental da República Federal da Alemanha. Artigo 28 [Constituições estaduais – Autonomia administrativa dos municípios] (1) A ordem constitucional nos Estados tem de corresponder aos princípios do Estado republicano, democrático e social de direito, no sentido da presente Lei Fundamental. Nos Estados, distritos e municípios, o povo deverá ter uma representação eleita por sufrágios gerais, diretos, livres, iguais e secretos. De acordo com o direito da Comunidade Europeia, as pes-

culação dos entes federados aos princípios de Estado de Direito social -, cunharam a *teoria da irreversibilidade* ou, como é mais conhecida, a fórmula da *proibição do retrocesso*, segundo a qual os benefícios sociais instituídos pelo legislador estariam imunes contra novos atos legislativos que os suprimissem, atingissem seu conteúdo essencial ou resultassem em retrocesso sem plausível motivação constitucional¹⁹.

O raciocínio jurídico desses *amigos dos direitos sociais* assenta-se na indiscutível premissa de que a Lei Fundamental alemã alçou o conceito Estado social ao nível de *norma fim-de-Estado (Staatszielbestimmung)*²⁰, verdadeira diretriz de atuação para as instituições públicas, conformadora sobretudo das ações do Parlamento, em favor das presentes e futuras gerações.

Percebe-se, portanto, que a ideia de proibição do retrocesso germinou da crescente apreensão da sociedade alemã - perante agudo quadro de crise econômica - com a vitalidade de prestações sociais realizadas com fulgor pelo Poder Legislativo ao longo nos anos, mas que, a princípio, não gozariam de expressa salvaguarda decorrente do texto constitucional. A engenharia jurídica germânica pareceu inspirar-se em Goethe, a quem se atribui a frase: *poderosa é a lei; mais poderosa, contudo, é a necessidade*.

2.2. A RÁPIDA INFLUÊNCIA DA FÓRMULA DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Em seguida à concepção germânica, a defesa da proibição do retrocesso social transpôs fronteiras e permeou o constitucionalismo moderno, transformando-se quase em mantra de

soas que possuam a cidadania de outro país membro da Comunidade Europeia também têm o direito de votar e de ser eleitas nas eleições distritais e municipais. Nos municípios pode existir uma assembleia comunal em vez de um organismo eleito.

¹⁹ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais...*, cit., p. 240.

²⁰ KRELL, Andreas. *Realização dos direitos...*, cit..

afirmação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Foi tão intensa a adesão que mesmo países consagradores dos direitos sociais entre os direitos fundamentais passaram a decantar a vedação de irreversibilidade. É o caso, por exemplo, do Brasil, onde a doutrina constitucional majoritária empreende significativo esforço para justificar a existência na ordem nacional de um princípio constitucional implícito de proibição do retrocesso, apesar de contarmos com amplo rol de direitos sociais na Constituição da República, principalmente a partir do artigo 6º, no qual estão garantidos o seguro-desemprego, o salário mínimo, a irredutibilidade de salário, o pagamento do terço constitucional de férias, a licença maternidade, entre outros.

Dessa forma, a ideia de proibição do retrocesso – também batizada como *entrenchment* ou *entrincheiramento* dos direitos fundamentais - foi importada com generosidade por grande parte dos ordenamentos jurídicos empáticos com as construções da jurisprudência germânica.

Em Portugal, a tese encontrou acolhida nas lições do professor Gomes Canotilho, o qual, com a formulação da existência de uma constituição dirigente que obrigava o legislador a editar normas realizadoras de prestações positivas, pugnou pela impossibilidade de redução de direitos sociais já efetivados. Nas primeiras defesas teóricas da proibição do retrocesso, o catedrático de Coimbra professava que as normas infraconstitucionais realizadoras dos direitos sociais, econômicos e sociais passariam a representar *direito negativo* exercitável contra o Estado, que deveria abster-se de atentar contra as prestações sociais produzidas pelo legislador. Qualquer afetação a esses direitos necessariamente seria submetida ao crivo das regras constitucionais para as restrições dos *direitos, liberdades e garantias*, com exame da necessidade, proporcionalidade e do conteúdo mínimo necessário desses direitos²¹.

²¹ CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

Nas edições mais recentes das suas obras, Gomes Canotilho, consciente de que a atividade legislativa dos Estados não fica incólume aos revezes da economia, relativizou a formulação da proibição do retrocesso – chamada igualmente pelo autor de *proibição da contra-revolução social* ou da *evolução reaccionária* -, destacando que estará evitada de inconstitucionalidade medida desvantajosa para direito social satisfeito pelo legislador que, sem estabelecer esquemas compensatórios ou alternativos para a tutela do interesse atingido, resultar na aniquilação ou anulação do núcleo essencial do direito²².

Em perspectiva realista, o constitucionalista lusitano na realidade entende que pode ocorrer retrocesso, desde que se observem certos limites à afetação do direito social. Isto fica muito claro quando o autor conecta a ideia de proibição de retrocesso a outros princípios e institutos constitucionais reconhecidos pela doutrina, como a dignidade da pessoa humana e o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o que denota a fragilidade da tentativa de conferir autonomia à fórmula da irreversibilidade.

Em elaborada síntese sobre a aceitação da proibição do retrocesso em Portugal, Jorge Miranda relaciona outros autores lusitanos que, em diferentes graus de intensidade, flertaram com a fórmula, não sem agregar a ela a utilização de diversos parâmetros constitucionais de controle da medida retrocessiva. David Duarte, por exemplo, assevera que a proibição do retrocesso é imposição de um princípio de socialidade juridicamente atuante, que impedirá a *regressão real* de uma prestação social, isto é, quando não for previsto mecanismo de compensação para recuperar a situação anterior à desvantagem gerada pelo ato do Estado²³. No mesmo sentido de proscriver a eliminação de prestações sociais realizadas pelo legislador sem a corres-

²² CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003, p. 340.

²³ MIRANDA, Jorge. *Manual...*, cit., p. 486.

pondente alternativa ou compensação, manifesta-se Cristina Queiroz, para quem o cumprimento pelo Estado do dever de legislar e concretizar um direito fundamental social converte-se no dever de não suprimir ou revogar a lei concretizadora²⁴.

Após aludir a vários autores em princípio refratários à proibição de retrocesso, mas que perfilham algum grau de salvaguarda das prestações sociais materializadas pelo legislador, como é o caso de João Caupers, Vasco Pereira da Silva, Rui Medeiros, Jorge Pereira da Silva, Vieira de Andrade, Tiago Fidalgo de Freitas e Paulo Otero, o professor Jorge Miranda, embasando-se na força normativa da Constituição, alberga a tese de que o legislador não tem livre disponibilidade das normas que densificam os direitos fundamentais sociais em prestações alcançáveis pela comunidade. Essas normas, conforme afirma, embora não ostentem a mesma força jurídica própria dos preceitos constitucionais - passíveis, portanto, de modificações e revisões pelo legislador ordinário -, não podem ser pura e simplesmente ab-rogadas pelo Parlamento, na medida em que formam uma unidade de sistema com as normas da Lei Fundamental que representam manifestações do princípio da socialidade²⁵.

Com a ressalva de que os direitos econômicos, sociais e culturais encontram-se limitados pela reserva do possível, Jorge Miranda faz as seguintes anotações em relação às normas que os efetivam: a) presentes condições econômicas favoráveis, o Estado deve outorgar plenamente as prestações para conferir o máximo de satisfação às carências sociais; b) é constitucionalmente razoável a conformação das prestações sociais, inclusive com redução dos beneficiários ou do alcance dos benefícios, em face de contextos econômicos adversos, como recessão ou crise financeira; c) quadros agudos de escassez de recursos ou de exceção constitucional (estado de sítio ou de

²⁴ *Idem*.

²⁵ *Ibidem*, p. 494.

emergência) podem fundamentar a suspensão de normas instituidoras de prestações sociais, que devem ser resgatadas com o retorno da sociedade à normalidade²⁶.

José de Melo Alexandrino, por seu turno, em notas sobre o tema, consigna que poderia parecer sarcasmo, em pleno período de crise econômica que atravessa Portugal nos correntes dias, indagar sobre eventual vinculação do legislador a um princípio de proibição do retrocesso, que lhe impeça de sacrificar ou abolir benefícios, sistemas ou regimes de proteção sociais já instituídos. Segundo o autor, não existiria um princípio constitucional autônomo de proibição do retrocesso, a despeito de ser viável a proteção de alguma prestação social à luz de princípios extraídos da Constituição como um todo. Por fim, salienta que o Tribunal Constitucional português, o qual somente no Acórdão 39/84 externou aderência à proibição do retrocesso, mostra-se atualmente mais contido em face das dificuldades de sustentabilidade do Estado de bem-estar²⁷.

2.3. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PORTUGUÊS

A doutrina constitucional lusitana cita o Acórdão nº 39/84, cujo relator foi o conselheiro Vital Moreira, como exemplo de aplicação do princípio da proibição do retrocesso pelo Tribunal Constitucional de Portugal. Nesse emblemático julgamento, a Suprema Corte debateu sobre a constitucionalidade do artigo 17º do Decreto-Lei nº 254/82, que, ao revogar várias disposições da Lei nº 56/79, afetou seriamente o Sistema Nacional de Saúde criado por este diploma. Apesar de o debate ter principiado com a alegação de inconstitucionalidade orgânica (formal) do Decreto-Lei nº 254/82, que teria invadido a

²⁶ *Ibidem*, pp. 494-495.

²⁷ ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*. Cascais: Principia, 2011, p. 158-159.

competência legislativa reservada da Assembleia da República ao promover a referida revogação, também foi suscitada discussão acerca da inconstitucionalidade material daquele diploma, em virtude da grave restrição efetivada na tutela do direito constitucional à saúde.

No desfecho do caso, entendeu o Tribunal Constitucional que a extinção do Sistema Nacional de Saúde pelo Decreto-Lei nº 254/82, que optou por atribuir a administrações regionais (administrações distritais de saúde) os cuidados com a saúde pública, violou o dever do Estado de tutelar esse direito adequadamente através da criação de estruturas e complexos de serviços integrados em todo o país. Daí resultaria clara inconstitucionalidade por ação, e não por omissão, pois o ato legislativo do governo desfez norma produzida pelo Parlamento (Assembleia da República) que materializava corretamente a assistência à saúde por meio de sistema unitário de âmbito nacional (Lei nº 56/79).

Conforme o raciocínio do relator Vital Moreira, se o Estado cumpriu sua tarefa de zelar pela saúde instituindo, de acordo com a vontade da Constituição, um sistema nacional de saúde, ele não poderia voltar atrás suprimindo esse sistema e colocando-se novamente na posição de devedor, pois, se assim proceder, estará a sacrificar o próprio direito fundamental à saúde. Nas palavras do conselheiro, *as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados*²⁸.

Nessa linha de compreensão, o Tribunal Constitucional português declarou a inconstitucionalidade material do artigo 17º do Decreto-Lei nº 254/82 por vulnerar o direito à saúde,

²⁸ Acórdão nº 39/84. *Tribunal Constitucional de Portugal*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em 07/10/2013.

consignado no artigo 64º da Constituição da República portuguesa, ao extinguir o Sistema Nacional de Saúde.

Embora o Acórdão nº 39/84 seja referência constante na doutrina de aplicação da fórmula da proibição do retrocesso pelo Tribunal Constitucional lusitano, seria exagero sustentar que a tese encampada pela Corte consagrou o reconhecimento da existência de um princípio constitucional autônomo e implícito de proibição do retrocesso social, porquanto a conclusão de não reversibilidade decorreu da aplicação de diretrizes próprias estabelecidas pela Carta Magna, notadamente a necessidade de proteção do direito fundamental à saúde debilitado por ato normativo governamental.

De qualquer forma, a doutrina também converge no sentido de que a defesa de uma proibição do retrocesso foi gradualmente perdendo fôlego no Tribunal Constitucional e mitigada na sua jurisprudência, ao tempo em que se valorizou a liberdade de conformação do legislador (princípio da alternância democrática) para proceder - quando necessário e no interesse da coletividade - à revisão de políticas públicas.

Esse abrandamento pode ser observado no Acórdão nº 509/2002, relatado pelo conselheiro Luís Nunes de Almeida, que versou sobre a apreciação da constitucionalidade do artigo 4º, nº 1, do Decreto da Assembleia da República nº 18/IX (recebido na Presidência da República para ser promulgado como lei), revogador do *rendimento mínimo garantido* criado pela Lei nº 19-A/96 e instituidor, em substituição, do *rendimento social de inserção*. O debate gravitou em torno da possibilidade de aquele decreto (pretensa lei) excluir do rol de beneficiários da nova prestação social os indivíduos com idade igual ou superior a 18 anos - antes titulares do rendimento mínimo garantido - e contemplar somente as pessoas com idade igual ou superior a 25 anos.

Interessante observar que o Presidente da República, requerente do exame de constitucionalidade, legitimado pelo

artigo 278º, nº 1, da Constituição da República Portuguesa²⁹, salientou nas razões do pedido que mesmo nas situações nas quais os direitos sociais devem ceder em virtude da reserva do possível ou do financeiramente possível, não se sustentando, em tal contexto, conforme parte da doutrina, a existência de um princípio constitucional de proibição do retrocesso, o Estado somente poderia atingir o conteúdo realizado dos direitos sociais ou dos direitos derivados a prestações neles baseados diante de inequívoca incapacidade material ou para atender a outra medida respaldada em valor constitucional. Percebe-se já nesse excerto da argumentação do Presidente da República atitude claudicante quanto à invocação da fórmula da proibição do retrocesso³⁰.

O acórdão em questão foi explícito na abordagem teórica do que se denominou princípio do não retrocesso social, bem como textual ao concluir pela convergência doutrinária na direção da harmonização da estabilidade dos atos normativos realizadores dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador e de revisão das opções político-legislativas.

No mérito da decisão, o Tribunal Constitucional perfilhou o entendimento de que o artigo 4º, nº 1, do Decreto da Assembleia da República nº 18/IX era inconstitucional não por implicar retrocesso vedado pela Constituição, mas por vulnerar o princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que excluiu do rol de beneficiários das prestações de segurança do rendimento social de inserção os jovens com idade entre os 18

²⁹ Constituição da República Portuguesa. Artigo 278º (Fiscalização preventiva da constitucionalidade) 1. O Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de tratado internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como lei ou como decreto-lei ou de acordo internacional cujo decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

³⁰ Acórdão nº 509/02. *Tribunal Constitucional de Portugal*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em 07/10/2013.

e 25 anos, sem remanescerem outros instrumentos para assegurar aos integrantes dessa faixa etária o amparo para o mínimo de uma existência condigna³¹.

Emerge do julgamento, pois, que perdeu interesse e relevância, inclusive em outros precedentes do Tribunal Constitucional, o debate sobre o invocado princípio da proibição do retrocesso social, fórmula incapaz de se firmar com autonomia dogmática em face de outras reflexões e institutos constitucionais mais coerentes com o problema do redimensionamento de prestações positivas implementadas pelo Estado no domínio dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Seguindo essa tendência, no Acórdão nº 590/2004 a Corte não declarou a inconstitucionalidade dos artigos 1º e 2º do Decreto-Lei nº 305/2003, de 09 de dezembro, por força do qual foram revogados os regimes de crédito bonificado para contratação de novas operações de crédito para a aquisição, construção e realização de obra de conservação ordinária e de beneficiação de habitação própria permanente. Ao analisar a suposta violação ao “princípio” da proibição do retrocesso, o conselheiro Artur Maurício (relator) consignou que a revisibilidade empreendida pelas normas objeto de exame de constitucionalidade deve ser compreendida no contexto das opções legislativas respaldadas no princípio da alternância democrática, sem ofensa à Lei Fundamental³².

2.4. NEM UM PASSO ATRÁS?

A corrente doutrinária que propugna a existência de um princípio constitucional da proibição do retrocesso recorre ain-

³¹ A questão da proibição do retrocesso social e da preservação do núcleo essencial do direito fundamental será discutida adiante, na análise da influência dessa fórmula na doutrina constitucional brasileira.

³² Acórdão nº 590/04. *Tribunal Constitucional de Portugal*. Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040590.html>>. Acesso em 07/10/2013.

da às normas de direito internacional, constantes de tratados e convenções, para ampliar a fundamentação em favor da vedação de regressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Nesse sentido, Chistian Courtis, emérito professor de Direito da Universidade de Buenos Aires, afirma que a proibição de regressividade encontra suporte teórico tanto no direito internacional dos direitos humanos como no direito constitucional doméstico. Em trabalho de fôlego sobre o tema, o mestre argentino desenvolve argumentos para identificar a exigência de proibição de retrocesso no Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (Protocolo de San Salvador)³³.

Courtis distingue duas materializações de retrocesso: regressividade de resultados e regressividade normativa. No primeiro caso, o retrocesso decorre da mudança das políticas públicas desenvolvidas pelo Estado, que acabam por piorar o contexto social. Na segunda situação, o retrocesso é promovido pela alteração do direito positivo que afeta a extensão dos benefícios sociais concedidos pela lei anterior. Assevera o docente que ambas as noções de regressividade são incompatíveis com a obrigação de progressividade no domínio dos direitos sociais assumida pelos Estados signatários do Protocolo de San Salvador. Pondera ainda que a noção de regressividade normativa é mais adequada para a deliberação judicial sobre a exigibilidade dos direitos sociais, haja vista as dificuldades – sobretudo no campo probatório - de o Poder Judiciário aferir a ocorrência de regressividade de resultados.

Como afirmado, a vertente que estabelece conexão en-

³³ COURTIS, Christian. La prohibición de regressividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios, in: COURTIS, Christian (Comp.), *Ni un paso atrás – La prohibición de regressividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006, p. 3.

tre a proibição do retrocesso e as normas de direito internacional aponta o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) como forte paradigma dessa linha de pensamento. O tratado, adotado pela XXI Sessão da Assembleia-Geral das Nações Unidas em 19 de dezembro de 1996, com início de vigência na ordem internacional em 03 de janeiro de 1976, conforme o seu artigo 27º, figura como significativo compromisso multilateral de concessão e promoção de direitos sociais. Consoante a inteligência dos artigos 2º.1³⁴ e 11º.1³⁵ do PIDESC, os Estados signatários, agindo com mútua assistência e cooperação, *no máximo dos recursos disponíveis*, devem envidar os esforços necessários para assegurar a evolução progressiva e contínua das condições de existência da comunidade.

A par dessas diretrizes, Courtis infere que os Estados, ao tempo em que firmam o pacto de melhoria progressiva dos direitos sociais, assumem igualmente a proibição de reduzir os níveis de proteção em vigor desses direitos, em observância a uma verdadeira obrigação de não regressividade. Em reforço à tese, o autor cita, entre outras, a Observação Geral 3, parágrafo 9, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas – órgão criado para fiscalizar o cumprimento do PIDESC -, segundo a qual qualquer medida deliberadamen-

³⁴ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Art. 2º. 1. Cada um dos Estados Partes no presente Pacto compromete-se a agir, quer com o seu próprio esforço, quer com a assistência e cooperação internacionais, especialmente nos planos econômico e técnico, no máximo dos seus recursos disponíveis, de modo a assegurar progressivamente o pleno exercício dos direitos reconhecidos no presente Pacto por todos os meios apropriados, incluindo em particular por meio de medidas legislativas.

³⁵ Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Art. 11º. 1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem o direito de todas as pessoas a um nível de vida suficiente para si e para as suas famílias, incluindo alimentação, vestuário e alojamento suficientes, bem como a um melhoramento constante das suas condições de existência. Os Estados Partes tomarão medidas apropriadas destinadas a assegurar a realização deste direito reconhecendo para este efeito a importância essencial de uma cooperação internacional livremente consentida.

te regressiva será objeto de cuidadosa consideração e deverá ser justificada plenamente em face da totalidade dos direitos previstos no PIDESC e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que se dispõe³⁶.

A Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica)³⁷, subscrita em 22 de novembro de 1969, com entrada em vigor no dia 18 de julho de 1978, é outra constante referência desse segmento doutrinário para respaldar a proibição de retrocesso dos direitos sociais, especificamente o seu artigo 26, por força do qual os Estados-partes comprometem-se a adotar providências para conferir plena efetividade aos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos³⁸.

Em que pese a energia canalizada para convencer sobre o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social nas normas de direito internacional aludidas, os entusiastas da ideia acabam por admitir que a vedação de regressividade na seara dos direitos sociais não se reveste de caráter absoluto e tem de ceder perante certas condições insuperáveis ou incontornáveis pelos Estados. A decantada obrigação de progressividade desses direitos encontra seus freios no incontornável problema da disponibilidade de recursos materiais – ressalva sempre feita nos dispositivos acima comentados - e na realidade econômica cambiante.

³⁶ COURTIS, Christian. *La prohibición de regresividad...*, cit., p. 10.

³⁷ Ratificada pelo Brasil através do Decreto nº 678, de 06 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm>. Acesso em 07/10/2013.

³⁸ Convenção Americana de Direitos Humanos. Art. 26 – Desenvolvimento Progressivo. Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Coerente com esse ponto de vista, Courtis pondera que a medida regressiva de direito social é *prima facie* inválida, cabendo ao Estado, em indispensável inversão do ônus da prova, a demonstração de fatores que *justifiquem* o retrocesso, tais como: a) existência de interesse estatal qualificado; b) imprescindibilidade da medida; c) inexistência de ações alternativas menos restritivas para o direito afetado. Exige ainda que a nova legislação, em que pese o efeito retrocessivo em relação a algum direito, implique avanço em face da totalidade dos direitos previstos no PIDESC, bem com que o Estado tenha empregado todos os recursos disponíveis, incluindo aqueles decorrentes de cooperação internacional, para impedir o retrocesso³⁹.

É plenamente razoável a conclusão, assim, de que mesmo à luz dos tratados que demandam dos países signatários a realização progressiva dos direitos econômicos, sociais e culturais, o passo atrás nesse domínio não está proscrito, mas, sim, condicionado.

CAPÍTULO 3 – PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NO BRASIL

3.1. RECEPÇÃO

A despeito de previsões esparsas nas constituições anteriores, no Brasil os direitos sociais debutaram na tradição constitucional com a Carta de 1934, na linha de influência das primeiras constituições do Estado Social, principalmente da Constituição de Weimar⁴⁰. As constituições vindouras (Cartas de 1937, 1946, 1967 e EC 1/1969) seguiram a tradição de previsão desses direitos, naturalmente com variações. Apenas na Constituição promulgada em 05 de outubro de 1988 os direitos soci-

³⁹ COURTIS, Christian. *La prohibición...*, cit., pp. 37-39.

⁴⁰ SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. *Curso...*, cit., p. 542.

ais foram consagrados como direitos fundamentais. Embora a constituição vigente não faça referência textual ao país como um Estado Social, a essência da socialidade e da busca da justiça social permeia diversos dos seus dispositivos e de modo mais visível o artigo 6º, onde estão relacionados os direitos sociais básicos.

A partir da consolidação no Brasil da fundamentalidade dos direitos sociais e do entendimento dominante de que eles estão submetidos ao mesmo regime dos demais direitos fundamentais – salvo algumas adaptações e particularidades -, a ideia de proibição do retrocesso encontrou boa ressonância na doutrina constitucional brasileira, que, ao contrário da tendência acadêmica europeia de mitigar essa construção, inclusive entre os seus mais conhecidos defensores, vem ao longo dos anos desenvolvendo ensaios e articulando argumentos para cristalizar a tese de não regressividade dos direitos sociais, potencializado a dimensão negativa deles contra atos do Estado que sinalizem diminuição da assistência prestada à comunidade através da atividade legislativa ou administrativa.

Na esteira desse movimento doutrinário, atento também às dificuldades inerentes à exigibilidade dos direitos sociais, são entrelaçados variados institutos já densificados na teoria constitucional para extrair da Carta Magna a base de sustentação de um princípio implícito de vedação do retrocesso, proposta que vem paulatinamente influenciando a jurisprudência pátria em decisões concernentes a políticas públicas, com aplicação não raramente indiscriminada, sem consistência científica e superficial. O fenômeno é observável até mesmo em precedentes do Supremo Tribunal Federal, como será adiante analisado.

Em manifesta aproximação com a doutrina de Gomes Canotilho, Luís Roberto Barroso anota que a vedação do retrocesso, enquanto derivação da eficácia negativa dos princípios constitucionais, possibilita que se vindique à autoridade judici-

al o reconhecimento da incompatibilidade vertical com a Carta Magna de medidas revocatórias de normas concessivas ou ampliadoras de direitos fundamentais sem que a revogação apresente política substitutiva ou equivalente para compensar a afetação ao direito⁴¹.

Em idêntico sentido, ressalva Ana Paula de Barcellos, contudo, que a eficácia vedativa do retrocesso não significa a obstrução da liberdade do Parlamento para modificar a regulamentação infraconstitucional de um direito fundamental, sob pena de se atentar contra o pluralismo político e invadir-se o espaço reservado à deliberação democrática⁴². Assim, propõe a professora da Universidade do Rio de Janeiro a realização do seguinte teste para se diagnosticar uma iniciativa normativa inválida (retrocessiva) em relação a um direito fundamental regulamentado⁴³: a) de início, procede-se ao cotejo da nova legislação com o texto constitucional regulamentado, e não com a regulamentação anterior; b) verifica-se, em seguida, se a nova disciplina tutela de forma minimamente adequada a garantia constitucional em questão; c) por fim, resta conferir se a regulamentação pretendida assegura a aplicabilidade real e efetiva do direito fundamental pelos destinatários da norma. Se em qualquer dessas fases o resultado for negativo, a atividade legislativa será inválida por resultar em retrocesso constitucionalmente inadmitido.

Com adesão ao entendimento de que a proibição do retrocesso é norma implícita na Constituição da República, Felipe Derbli argumenta que os artigos 5º, § 2º, e 7º, cabeça, da Carta de 1988 ordenam o impulso da progressiva ampliação

⁴¹ BARROSO, Luís Roberto. O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil. Belo Horizonte: Fórum, 2013, pp. 172-173.

⁴² BARCELLOS, Ana Paula de. A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 89.

⁴³ *Ibidem*, pp. 92-93.

dos direitos fundamentais sociais, realçando ainda para respaldar esta assertiva os objetivos constitucionais de redução das desigualdades regionais e sociais – problema crônico no Brasil - e de construção de uma sociedade justa e solidária, consoante a inteligência dos artigos 3º, incisos I e III, e 170, incisos VII e VIII, da Lei Fundamental⁴⁴.

Observa-se nesse contexto doutrinário, repise-se, que os autores que localizam na Constituição o princípio da proibição do retrocesso estabelecem necessariamente âncoras em princípios e regras constitucionais expressos no texto da Carta Magna, de modo a constituir um bloco de constitucionalidade para conferir profundidade, oxigênio e vitalidade à fórmula de não regressividade. As matrizes mais recorrentes serão objeto de exposição nas próximas linhas deste trabalho.

3.2. CONEXÕES CONSTITUCIONAIS

O constitucionalismo vigente em quase todos os países latino-americanos criou os alicerces para a instituição de Estados com regimes democráticos e comprometidos na ordem jurídica interna com a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesses espaços os entes públicos trabalham com a diretriz de promover proteção social pelo menos em níveis mínimos, através de ações ou programas assistenciais e de seguridade. Tal obrigação revela-se mais acentuada – e, por conseguinte, mais fiscalizada - em Estados onde maior for a desigualdade verificada na comunidade com relação às condições econômicas e ao acesso a bens e serviços essenciais.

Com respaldo nessa premissa, os juristas brasileiros simpáticos à proibição do retrocesso extraem dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito a gênese primordial

⁴⁴ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007, pp. 221-222.

dessa teoria⁴⁵. Eles argumentam que, na condição de corolários da socialidade constitucionalmente contemplada, as prestações e realizações que desdobram no plano fático o conteúdo dos direitos sociais, atuando como autênticos elementos de cidadania inclusiva, estariam incólumes contra medidas retroativas tendentes a sacrificar a substância desses direitos. Em tal perspectiva, os direitos econômicos, sociais e culturais possuem - assim como todas as posições jurídicas fundamentais - eficácia negativa, ou seja, figuram como direitos subjetivos de defesa em face de intervenções do poder público cerceadoras do seu alcance.

A vertente hodierna desse pensamento doutrinário, premida pela observação de que a capacidade prestacional do Estado possui tênue resistência contra os refluxos da economia globalizada e interdependente dos países, contextualiza a aferição de um recuo constitucionalmente censurável da realização dos direitos sociais à ponderação do grau de vulneração do *núcleo essencial* do direito fundamental social comprimido e do *mínimo existencial*. Assim, o alcance da proibição do retrocesso estaria delimitado por esses dois postulados.

Por esse prisma, o núcleo essencial do direito fundamental social é a primeira preocupação para o reconhecimento da inconstitucionalidade de uma medida retrocessiva, porquanto o ato estatal cerceador de prestação social estará impedido de irradiar os seus efeitos corrosivos sobre esse conteúdo essencial⁴⁶. A identificação do conteúdo essencial do direito fundamental pode ser realizada através de duas teorias:

a) *teoria do conteúdo essencial relativo*: o conteúdo es-

⁴⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 446.

⁴⁶ Na Lei Fundamental da República Federal da Alemanha a defesa do núcleo essencial dos direitos fundamentais está prevista no seguinte dispositivo: Artigo 19 [Restrição dos direitos fundamentais – Via judicial] (2) Em nenhum caso, um direito fundamental poderá ser violado em sua essência.

sencial deve ser verificado em relação a cada direito fundamental examinado, bem como de acordo com cada caso em que ele apresente relevância. A conclusão sobre a vulneração ou não do núcleo essencial resultará da ponderação dos bens e interesses públicos e privados concernentes ao caso concreto. Não haverá vulneração se o direito fundamental tiver peso menor na questão a ser dirimida, fórmula que se aproxima do exame da proporcionalidade⁴⁷;

b) *teoria do conteúdo essencial absoluto*: o caso concreto não é relevante para a definição do conteúdo essencial, pois este corresponderá à substância mínima que deverá permanecer protegida pelo direito fundamental, na medida em que a afetação dela implicará a própria aniquilação do direito.

Na doutrina brasileira e em relação à proibição do retrocesso, entende-se, pois, que o ato do Estado mitigador do direito social não poderá representar a supressão dos *elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido*⁴⁸. Tem-se aí evidente limitação principalmente ao poder do legislador de conformar e restringir o âmbito de tutela do direito fundamental.

Com relação ao mínimo existencial, renunciando de logo à intenção de aprofundar a análise da construção e das variações concernentes ao conceito, ele pode ser identificado na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão - segundo anotação de Pieroth-Schlink⁴⁹ - como o direito que tem o particular “àqueles pressupostos materiais... que são indispensáveis para a sua existência física e para um mínimo de

⁴⁷ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais*. Tradução de Antônio Francisco de Souza e Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012, pp. 109-110 (*Ebook*, parágrafo 313).

⁴⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. *RIDB*. Ano 2 (2013), nº 1. Disponível em: <http://www.idb-ful.com/uploaded/files/2013_01_00769_00820.pdf>. Acesso em 28.9.2013.

⁴⁹ PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos...*, op. cit., p. 133 (*Ebook*, parágrafo 378).

participação na vida social, cultural e política” (BVerfG, 9-2-2010). Com a leitura atenta da definição, aclara-se – seguindo-se a evolução das reflexões jurídicas sobre o tema - que o mínimo existencial não corresponde tão somente às prestações necessárias à sobrevivência física do indivíduo (mínimo vital), pois supera o âmbito estrito da existência fisiológica e acrescenta, além disso, o sentido de integrar a pessoa ao ambiente dinâmico da cidadania e conferir-lhe acesso às possibilidades de desenvolvimento e progresso no seio comunitário, no que Reis Novais denomina *mínimo existencial sócio-cultural*, resultado da influência do princípio da socialidade⁵⁰.

Seja pela análise da proibição de regressividade do ponto de vista da afetação do núcleo essencial do direito, seja pela consideração da manutenção do mínimo existencial, o fato é que essa posição doutrinária reconduz sempre o debate do retrocesso à proteção da dignidade da pessoa humana, sendo esta, de fato, a barreira constitucional ao passo atrás na condução das políticas sociais.

O mesmo esforço hermenêutico é empreendido para alicerçar a vedação de retrocesso na exigência de segurança jurídica - subprincípio do Estado de Direito - e de sua dimensão subjetiva, a proteção da confiança, por meio das quais se impõe às entidades estatais que resguardem a estabilidade da realização do Direito, no sentido de promover – com ressalva das intervenções ditadas pela dinâmica social – a continuidade da ordem jurídica sem sobressaltos ou rupturas drásticas que frustrem as legítimas expectativas da coletividade. Para lograr esse fim, a própria Constituição estabelece vedações explícitas a atos retroativos que provoquem insegurança malferindo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada⁵¹, o

⁵⁰ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 195.

⁵¹ Constituição da República Federativa do Brasil. Art. 5º. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: (...) XXXVI - a lei não prejudica-

que naturalmente já tornaria proscrito o retrocesso de prestações sociais em situações consolidadas e incorporadas ao patrimônio jurídico do particular⁵².

Além desses expressos limites previstos na Lei Fundamental, a segurança jurídica e a proteção da confiança igualmente fixariam limites a medidas com efeitos prospectivos – provenientes de qualquer dos três Poderes - que subtraíssem da comunidade prestações materiais representativas da evolução do Estado no cumprimento dos deveres constitucionais de inclusão social, diminuição das desigualdades e amparo aos hipossuficientes. A quebra da confiança, na hipótese, teria muito mais impacto nos países pobres ou emergentes, onde cada ação do poder público de avanço na área social sinaliza um passo adiante na escala de desenvolvimento humano.

Pertinente recordar, no ponto, o pensamento de Sarlet, para quem o princípio da proteção da confiança demanda, no caso de intervenção restritiva em posições jurídicas sociais, ponderação entre o prejuízo decorrente da nova lei à confiança individual e a relevância – naturalmente de fundo constitucional – do fim colimado pelo poder público para o bem da coletividade⁵³.

Com essas poucas linhas, já é possível concluir com facilidade que o magistério jurídico brasileiro aderente à existência de um princípio constitucional implícito da proibição do retrocesso acaba sempre por convergir para a necessidade de ponderação, com lastro nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, como método de solução das situações em que a fórmula de não regressividade, na sua pretensiosa pureza conceitual, é confrontada com a premente revisão pelo Estado do modo de realizar os direitos econômicos, sociais ou cultu-

rá o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada;”.

⁵² Ressalvam-se aqui as divergências doutrinárias e jurisprudenciais sobre o alcance da proteção do direito adquirido e seus institutos correlatos, tema que não será aprofundado por não ser o foco deste trabalho.

⁵³ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais (sociais)...*, cit.

rais por motivos de ordem financeira, por alteração das diretrizes de governo ou simplesmente para efetivar o rearranjo da gestão dos recursos públicos, normalmente em períodos de instabilidade econômica.

Na esteira dessa orientação jurídica, o ato compressor de direito fundamental social deve ser *prima facie* considerado como *suspeito* de inconstitucionalidade, devendo ser submetido a acurado escrutínio (*strict scrutiny*) para verificar-se a sua proporcionalidade e compatibilidade com os limites aos limites dos direitos fundamentais. Os limites aos limites, relevante averbar, devem ser compreendidos, consoante a doutrina constitucional influente no Brasil e em Portugal, como as vedações formais e materiais decorrentes da Constituição ao cerceamento ou compressão da efetividade dos direitos fundamentais pelo Estado, especialmente no que concerne à liberdade de conformação do legislador. Daí se assevera que não pode a efetividade dos direitos sociais ficar ao alvedrio do Poder Legislativo, a pretexto de prestigiar-se a legitimidade democrática majoritária, sob pena de frustração dos objetivos e compromissos constitucionais de promoção da igualdade material e do bem-estar do povo.

Em tal contexto, ocorreria verdadeira inversão do ônus da prova a exigir do Estado a demonstração inequívoca de que a medida retrocessiva é imprescindível para resguardar o interesse da coletividade e não transborda a margem outorgada pela Constituição para o redimensionamento ou redução da efetividade do direito fundamental atingido. Por conseguinte, impõe-se ainda ao ente estatal demonstrar com transparência e exatidão, considerando os recursos disponíveis, que cogitou todas as alternativas menos lesivas à comunidade antes de proceder à restrição do direito social, deixando essa providência como a derradeira opção de condução da política pública. Seguindo a lógica, não logrando o Estado convencer quanto à racionalidade da medida regressiva, restando dúvidas nesse

ponto, deverá o juiz inclinar-se pela inconstitucionalidade.

Com o objetivo de justificar esse entendimento no plano do Direito Internacional, a doutrina brasileira alude, entre outras disposições, ao Comentário Geral nº 13 (direito à educação), parágrafo 45, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais⁵⁴, bem como à alínea *d.1* do princípio 29 da Declaração de Quito⁵⁵, encampados pelo Brasil, que cometem ao Estado a obrigação de justificar a regressividade na tutela dos DESC.

Como será adiante expandido, os artifícios hermenêuticos utilizados pela doutrina nacional para conferir substância à proibição do retrocesso, não muito diferentes dos argumentos da doutrina estrangeira simpática à ideia, somente produzem o efeito inverso de desnudar o fracasso dessa fórmula na sua pretensão de revestir-se da condição de princípio constitucional implícito com autonomia dogmática. Não bastasse isso, o ape-

⁵⁴Observación general Nº 13 – El derecho a la educación (artículo 13). 45. La admisión de medidas regresivas adoptadas en relación con El derecho a la educación, y otros derechos enunciados en el Pacto, es objeto de grandes prevenciones. Si deliberadamente adopta alguna medida regresiva, el Estado Parte tiene la obligación de demostrar que fue implantada tras la consideración más cuidadosa de todas las alternativas y que se justifica plenamente en relación con la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga el Estado Parte. Disponible em: <http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/Observacoes_Gerais_O NU.pdf>. Acesso em 28.9.2013.

⁵⁵Declaración de Quito. IV. Obligaciones del estado y otros actores implicados en la observancia de los Desc. A. Obligaciones del Estado. (...) 29. Además, el Estado tiene las siguientes obligaciones: (...) d. La obligación de progresividad y su correlativa prohibición de regresividad: el Estado tiene el deber de encaminarse hacia la plena efectividad de los derechos, por lo que viola la idea de progresividad su inacción, su irrazonable demora y/o la adopción de medidas que impliquen el retroceso de tales derechos. Es prohibido al Estado la implementación de políticas regresivas, entendiendo por tales aquellas que tengan por objeto o como efecto la disminución del estado de goce de los derechos económicos, sociales y culturales. En este sentido: d.1 Las normas reglamentarias aparentemente regresivas conllevan una presunción de invalidez que obliga al Estado a justificarlas plenamente bajo condiciones de escrutinio estricto. Disponible em: <<http://www.derechos.org/nizkor/la/declaraciones/quito.html>>. Acesso em 28.9.2013.

go à proposta de proibição do retrocesso para resguardar os direitos sociais em um país que os consagra expressamente na Lei Maior como direitos fundamentais desvia a atenção da própria essência constitucional do princípio da socialidade, debilitando, em preocupante paradoxo, os objetivos desses mesmos direitos sociais.

3.3. INFLUÊNCIA JURISPRUDENCIAL

A concepção de vedação do retrocesso como princípio implícito na Constituição brasileira vem paulatinamente encontrando espaço na nossa jurisprudência, naturalmente por forte influência da doutrina constitucional portuguesa afinada à ideia - que tem como principal fonte as lições de Gomes Canotilho - e dos juristas conterrâneos seduzidos pelo virtual reforço de proteção às conquistas sociais através do controle dos atos estatais pela proibição de não regressividade, entendimento perfiilhado, entres outros, por Ingo Wolfgang Sarlet, como ficou nítido no desenvolvimento deste trabalho.

O Supremo Tribunal Federal expressamente fez referência ao reconhecimento de um princípio constitucional de proibição do retrocesso em seus precedentes, assim como o Superior Tribunal de Justiça. Nas instâncias ordinárias é possível identificar também o recurso à fórmula, muito utilizada em questões referentes à seguridade social.

No âmbito da Suprema Corte, é bastante lembrada a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 1.664-0, na qual, por ocasião do julgamento do pedido de medida cautelar, o relator ministro Octavio Gallotti aludiu rapidamente à tese de proibição de regressividade na sua decisão. A ação, proposta pelo Partido Democrático Trabalhista – PDT, pelo Partido Comunista do Brasil – PC do B e pelo Partido dos Trabalhadores – PT (este, na época, ainda na condição de intensa oposição ao governo federal), insurgiu-se contra o art. 2º da Medida Provisó-

ria nº 1523-11, de 26 de agosto de 1997, que alterou disposições da Lei nº 8.213/91 (Lei de Benefícios da Previdência Social) proibindo a percepção acumulada de proventos de aposentadoria e tornando mais gravosa a forma de contagem do tempo de serviço/atividade do trabalhador rural para o direito à reforma.

Os requerentes da declaração de inconstitucionalidade relacionaram entre seus argumentos a ofensa pela legislação vergastada à proibição constitucional ao retrocesso social. Consignou o relator, nesse particular, que no limiar do processo não divisava substância na alegação de impossibilidade de regressividade, destacando a delicadeza dessa tese, porquanto poderia resultar na constitucionalização ou petrificação das condições de expectativa de aquisição dos direitos previdenciários, impedindo a sua revisão por lei ordinária produzida conforme os limites da Constituição⁵⁶. Percebe-se no precedente, portanto, postura cautelosa do Supremo Tribunal Federal quanto à fórmula de proibição do retrocesso e salutar preocupação com o não engessamento da atividade legislativa na conformação e concreção dos direitos sociais. O mérito da ação direta de inconstitucionalidade não foi enfrentando, em face da superveniente perda do objeto da demanda reconhecida pela Corte.

Outro caso de relevância apreciado pelo STF onde novamente o chamado princípio da proibição do retrocesso figurou no debate foi o RE 351.750/RJ, no qual a Excelsa Corte foi instada a pronunciar-se sobre a regência da Lei nº 8.078/91 (Código de Defesa do Consumidor) em litúgio em que a parte demandante vindicava indenização por danos morais por motivo de atraso ocorrido em voo internacional. A demandada (recorrente), empresa aérea de grande porte no Brasil, sustentou o

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal. ADI 1.664-0/DF (medida liminar). Relator: Min. Octavio Gallotti. Julgamento em: 13/11/1997, publicado no D.J. em 19/12/1997. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=347198>>. Acesso em 15.06.2013.

afastamento das normas da lei consumerista à questão, que, conforme argumentou, deveria ser regida pelo Código Brasileiro de Aeronáutica e pela Convenção de Varsóvia. No voto-vista do ministro Carlos Ayres Britto, seguido por maioria pela Corte, embora concluindo pelo não conhecimento do recurso, restou explicitamente averbado que a indenização plena dos prejuízos suportados pela parte prejudicada, assegurada pelo Código de Defesa do Consumidor, não poderia ser restringida ou tabelada por aqueles outros estatutos legais, claramente mais restritivos, por força da vedação constitucional ao retrocesso. Assentou o ministro, no particular, que *tendo o direito do consumidor status de princípio constitucional, não é dado a outras disposições legais* [em afronta à disciplina mais vantajosa para o consumidor da Lei nº 8.078/91] *restringir indenizações por mau uso do serviço*⁵⁷.

Ao ancorar-se na proibição do retrocesso como uma das suas razões de solução do litígio, o voto não articulou essa tese em conjunto com ponderações sobre o núcleo essencial do direito fundamental, proporcionalidade – notadamente no que concerne à proteção deficiente - ou com outros elementos de Direito Constitucional invocados pela doutrina⁵⁸.

A tese retornou com força à pauta do Supremo Tribunal Federal no controle incidental de constitucionalidade realizado no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo 639337/SP, relatado pelo ministro Celso de Mello⁵⁹, decano da

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal. RE 351.750/RJ. Relator: Min. Marco Aurélio. Relator para acórdão: Ministro Carlos Britto. Julgamento em: 13/07/2009, publicado no DJe em 25/09/2009. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=603051>>. Acesso em 15.06.2013.

⁵⁸ Na conclusão do julgamento, o STF resumiu o tema da seguinte forma na ementa do acórdão: “Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor”.

⁵⁹ Supremo Tribunal Federal. ARE 639337 AgR/SP. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 23/08/2011, publicado no DJe em 15/09/2011. Disponível em:

Corte e um dos seus membros mais respeitados pela comunidade jurídica. A controvérsia apreciada no recurso versou sobre sentença proferida em ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Estado de São Paulo, confirmada pelo Tribunal de Justiça daquele Estado, que obrigou o Município de São Paulo a matricular crianças de até cinco anos de idade em unidades de ensino infantil (creches e pré-escola) próximas às suas residências ou aos locais de trabalho dos seus responsáveis legais, sob pena de multa diária. Inconformado com a decisão, o Município de São Paulo levou o caso à Suprema Corte.

O decano do STF lavrou bem fundamentado voto em que discorre sobre vários argumentos nevrálgicos aduzidos pelas partes, onde adere ao princípio da proibição do retrocesso acompanhando-o com o exame de proposições acerca dos direitos sociais. Salientou, de início, que a educação, principalmente infantil, representa prerrogativa constitucional de todos - por força dos artigos 205, 208, IV, e 227 da Lei Fundamental brasileira -, afigurando-se como um dos direitos sociais mais relevantes que obrigam o Estado a envidar esforços, no sentido de implementação de política prestacional, para gerar condições fáticas dos titulares da posição jurídica de acesso pleno ao sistema educacional. Esse dever de agir com eficiência para a materialização do direito à educação assume feição prioritária quando se tem como destinatários do amparo as crianças, ainda mais as que dependem de vagas em creches e no ensino pré-escolar. Foi contundente o ministro ao registrar que a inércia do Estado nesse campo legitima a dimensão política da atuação da jurisdição constitucional para, em prestígio à efetividade do direito fundamental negativamente violado pela apatia da esfera oficial competente, intervir junto ao Poder Público compelindo-o a satisfazer a prestação positiva da qual se omitiu. Em tal hipótese, haveria, conforme assentou, autorização excepcio-

nal ao Poder Judiciário para, em substituição à competência primária do Legislativo e do Executivo, na prática implementar a política pública ausente.

Celso de Mello não deixou de comentar sobre a questão da reserva do possível, sempre presente na linha de defesa do Estado quando questionado judicialmente sobre a falta de concreção de direitos sociais. Sem olvidar o enorme grau de influência da realidade financeira na materialização desses direitos, obtemperou que é proscrito ao poder público engendrar barreira artificial, através da “manipulação da sua atividade financeira e/ou político-administrativa”, para esvaziar ou frustrar o estabelecimento e a preservação em favor das pessoas de condições materiais mínimas de existência. Prossegue asseverando que, em que pese a insuficiência de recursos financeiros para a tutela adequada de todos os direitos sociais, contexto que impele o Estado a fazer verdadeiras “escolhas trágicas” na alocação dos recursos, a escusa da cláusula da reserva do possível, quando for realmente pertinente na situação concreta, estará limitada pela preservação constitucional de salvaguarda do mínimo existencial, corolário do princípio da dignidade da pessoa humana.

Logo em seguida à apresentação de todas essas reflexões sobre os direitos sociais, o ministro relator invocou e decantou como parâmetro constitucional relevante para o desfecho do litígio o princípio da proibição do retrocesso, perfilhando este como tradução da dimensão negativa inerente aos direitos sociais com vocação prestacional, na linha das lições do professor Gomes Canotilho, textualmente lembradas no voto.

Observa-se, pois, que nesse precedente o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade na votação realizada na sua 2ª Turma, acolheu sem discricção a fórmula de vedação do retrocesso, procurando-a reforçar com farta argumentação acerca da relevância de se conferir efetividade aos direitos sociais, bem como da necessidade de protegê-los contra a nefasta inativida-

de estatal. A deferência à ideia de proibição do retrocesso ficou inequívoca na redação da ementa do acórdão, mormente no seguinte excerto⁶⁰:

A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. - O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. - A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Doutrina. 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, abstando-se de frustrar - mediante supressão total ou parcial - os direitos sociais já concretizados.

A proposição da proibição do retrocesso como princípio constitucional e como vetor de controle de atos comissivos ou omissivos do Estado conservou seu prestígio na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, inclusive voltou a ser fundamento de decisão neste ano no julgamento do Agravo de Instrumento 598212/PR, outra vez sob a relatoria do ministro Celso de Mello⁶¹, em demanda onde se deliberou sobre a legitimidade

⁶⁰ Disponível também em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28ARE%24.SC.LA.+E+639337.NUME.%29+OU+%28ARE.ACMS.+ADJ2+639337.ACMS.%29&base=baseAcordaos&url=http://tinyurl.com/dxww8nv>>. 15.06.2013.

⁶¹ Supremo Tribunal Federal. AI 598212 /PR. Relator: Min. Celso de Mello. Julgamento em: 10/06/2013, publicado no DJe em 18/06/2013. Disponível em: <<http://stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28AI%24.SCL.A.+E+598212.NUME.%29&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/kdhbftn>>. Acesso em 15.09.2013.

constitucional de decisão judicial que obrigou o Estado do Paraná a instituir e estruturar a Defensoria Pública para prestar assistência jurídica aos hipossuficientes. Em decisão monocrática, o relator conheceu e deu provimento ao recurso para reconhecer a omissão do ente público e compeli-lo à implantação do mencionado órgão de assistência. Na fundamentação do julgado, em desenvolvimento teórico bastante semelhante ao examinado no precedente anterior (ARE 639337 AgR/SP), o ministro manifesta apreço à proibição de retrocesso, interligando-o na argumentação aos parâmetros do mínimo existencial, da vedação de proteção insuficiente e da proibição do excesso.

Também na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) - última instância das questões infraconstitucionais e órgão com a função precípua de uniformizar a interpretação da legislação federal brasileira - a proibição do retrocesso apareceu como princípio norteador da ação do Estado em políticas sociais. Precedente nesse sentido lembrado pela doutrina é o Recurso Especial 567.873/MG, relatado pelo ministro Luiz Fux⁶² (hoje membro do Supremo Tribunal Federal), que tratou sobre a isenção do imposto sobre produtos industrializados (IPI) na aquisição de veículos por portadores de deficiência, prevista na Lei nº 8.989/95. A recorrente, autora da ação, pessoa acometida por deficiência que lhe impedia totalmente de conduzir automóvel, dependendo da condução de terceiros para o transporte, teve a isenção negada pela Fazenda Nacional sob o argumento de que o benefício somente atenderia aos portadores de deficiência capazes de, sem o auxílio de ninguém, dirigir veículos devidamente adaptados a sua condição. Argumentou ainda o ente público que a interpretação extensiva da isenção poderia dar ensejo a fraudes, tendo em vista que permitiria a

⁶² Superior Tribunal de Justiça. REsp 567.873/MG. Relator: Min. Luiz Fux. Julgamento em: 10/02/2004, publicado no DJ em 25/02/2004. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/Abre_Documento.asp?sLink=ATC&sSeq=1019102&sReg=200301510401&sData=20040225&sTipo=51&formato=PDF>. Acesso em 15.09.2013.

qualquer deficiente físico, sem mínima possibilidade de conduzir o próprio veículo, adquirir o bem para a utilização por terceiros.

O STJ, dando provimento ao recurso e reformando a decisão do tribunal de origem, acolheu no voto do ministro Luiz Fux estudo realizado por membro do Ministério Público Federal no sentido de que a limitação hermenêutica da isenção do IPI para portadores de necessidades especiais implicaria indisfarçável retrocesso social.

Resta evidente que a fórmula de vedação de regressividade está a gerar empatia nos tribunais brasileiros, marcando presença em julgamentos importantes da Suprema Corte, o que naturalmente se reflete nas decisões das instâncias inferiores. Não está sendo objeto de muita reflexão nesse processo, contudo, qual seria o custo da importação do chamado princípio da proibição do retrocesso na nossa ordem jurídica, consagrada, como visto, da fundamentalidade dos direitos sociais, econômicos e culturais.

3.4. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO: IMPORTAÇÃO DESNECESSÁRIA

Foi explicado alhures que a tese de proibição do retrocesso, surgida na Alemanha e posteriormente difundida na Europa e América Latina, teve gênese e motivação plenamente justificáveis no contexto da ordem constitucional alemã, que, por razões históricas relevantes, optou por não prever os direitos sociais como direitos fundamentais, reservando-se a declarar em caráter geral a socialidade do Estado germânico.

Em minucioso estudo sobre os direitos sociais, o constitucionalista português Jorge Reis Novais articula lúcidas e contundentes críticas à construção do princípio da proibição do retrocesso em ordenamentos onde aqueles direitos possuem natureza jusfundamental. Averba o notável professor da Uni-

versidade de Lisboa que tal princípio não tem previsão positiva em qualquer ordem constitucional, muito menos densidade dogmática, razão pela qual ele foi significativamente relativizado pela doutrina que o defende⁶³.

Analisando-se à exaustão grande parte das opiniões favoráveis ao princípio em debate, bem como as respectivas ressalvas apresentadas por elas, não há como discordar da conclusão de Novais de que é insustentável – e até mesmo utópico, acrescento – falar-se em proibição, vedação ou impossibilidade de reversão de benefícios ou vantagens no domínio dos direitos sociais concretizados pela atuação do poder público.

De plano, objetiva-se que os direitos sociais não gozam de proteção extremada, não existente para os demais direitos fundamentais, que os tornem imunes à compressão ou modulação pelo legislador infraconstitucional. Se gozassem, haveria o completo engessamento da atividade estatal perante as contingências da realidade e a anulação da margem de discricionariedade conferida pela Constituição aos representantes eleitos democraticamente pela maioria. Do mesmo modo que os direitos de liberdade não são absolutos e podem ser restringidos como forma de salvaguardar posições jurídicas igualmente relevantes, os direitos sociais estão sujeitos a idêntico tratamento.

O denominado “retrocesso”, assim, significaria o recuo do Estado nos níveis de tutela social para assegurar a integridade de outros valores constitucionais. Isto, é claro, com freios em certos limites resultantes de parâmetros consolidados pela dogmática constitucional construída com rigor ao longo dos anos (limites aos limites). Por isso, destaca novamente Novais, os dedicados defensores da proibição *relativa* de retrocesso apegam-se aos critérios e padrões de controle de constitucionalidade utilizados pela teoria das restrições dos direitos fundamentais para aferir a compatibilidade da medida retrocessiva

⁶³ REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais...*, cit., pp. 244-245.

com a Lei Fundamental⁶⁴, especialmente às noções de dignidade da pessoa humana (verdadeiro *coringa* nesses casos), proibição do excesso, igualdade, proporcionalidade, razoabilidade, segurança jurídica, máxima efetividade, mínimo existencial etc.

Do contexto, é sensato ponderar que a proibição do retrocesso nada tem de matriz principiológica, pois extrai sua essência vital de institutos constitucionais reconhecidos e aplicados com tradição. Essa vedação pode, sim, existir enquanto resultado do controle de constitucionalidade de ações ou omissões do Estado que debilitem os direitos econômicos, sociais e culturais.

O fato é que no Brasil e nos países em que os direitos sociais figuram na Constituição como direitos fundamentais, é desnecessário e até mesmo pernicioso, do ponto de vista dogmático, o esforço de plasmar o chamado princípio da proibição do retrocesso, o qual, aliás, acaba paradoxalmente por fragilizar a aplicação e defesa daqueles direitos, na medida em que, conforme o atual pensamento sobre a matéria entre os simpatizantes da fórmula, apenas protegeria o núcleo essencial do direito objeto de compressão pelo Estado.

Se o foco de defesa dos direitos sociais for a sua natureza de posição jurídica fundamental, possuem os tribunais com jurisdição constitucional amplo manancial de parâmetros e critérios para sindicar os atos do poder público que impõem à comunidade o sacrifício do encolhimento da assistência social. Deve-se proteger os estatutos jurídicos fundamentais da pessoa pela sua essência e finalidade no Estado de Direito, não por meio de mecanismos falhos, incoerentes e claudicantes como a apregoada fórmula de não regressividade.

Por esse prisma, a cultura jurídica brasileira tem a responsabilidade de evoluir na tutela dos direitos sociais, econômicos e culturais em caminho consistente, com densidade

⁶⁴ *Ibidem*, p. 29.

dogmática e argumentação desenvolvida com rigor científico para legitimar as censuras à compressão dos direitos em tela.

CONCLUSÃO

Nos tempos de crises e instabilidades que atravessamos é árido o terreno de defesa dos direitos sociais. Não por deficiência da doutrina e do pensamento constitucionais sobre a matéria, muito bem desenvolvidos em excelentes trabalhos elaborados por autores empáticos com aderência dos ordenamentos à ideia de socialidade. O grande desafio que se impõe nesse domínio é progredir na implementação das prestações sociais ou mesmo manter o financiamento delas, notadamente em contexto de revisão pelos países das suas despesas com prestações positivas.

É plausível concluir que no cenário hodierno é sintomático o apego da comunidade jurídica de muitos países à proposta de proibição do retrocesso social, originada na Alemanha em momento histórico perfeitamente compreensível. Isto é observado com maior nitidez nas regiões com pouco desenvolvimento humano ou enormes discrepâncias nas camadas da sociedade, onde qualquer conquista alcançada no campo das prestações sociais é recebida com entusiasmo e deflagra o sentimento de preservação a todo custo da vantagem obtida.

Na América Latina é antiga a baixa autoestima dos Estados em relação aos países ricos e colonizadores, o que naturalmente oferece campo fértil para iniciativas populistas e assistencialistas que nada de sólido acrescentam ao desenvolvimento da região. Ainda que essa tendência não explique por completo a recepção eufórica dos constitucionalistas com relação à teoria da proibição do retrocesso, certamente auxilia na compreensão do fenômeno.

Apreciados os argumentos e teorias que procuram atribuir à vedação de regressividade a natureza de princípio consti-

tucional, sintetizados neste trabalho, remanesce forte a impressão de que tal concepção de fato é inconsistente e incapaz de fundamentar, com rigor dogmático, a existência do afirmado princípio.

Reafirma-se a conclusão, portanto, de que a impossibilidade de retrocesso na maneira de realizar no plano legislativo ordinário os direitos sociais somente poderá ocorrer na moldura de resultado de controle de constitucionalidade do ato praticado pelo Estado, com recurso a princípios e parâmetros sólidos e testados pela doutrina e jurisprudência constitucionais ao longo dos anos, como foi acima expandido.

Com relação à experiência constitucional brasileira, a utilização pelo Supremo Tribunal Federal e por outros juízos da fórmula de proibição do retrocesso social, normalmente de forma genérica e superficial, desconsidera a realidade jurídica de que os direitos sociais figuram no catálogo de direitos fundamentais da nossa Lei Fundamental. Assim, proteger esses direitos com o argumento da impossibilidade de retrocesso debilita a força normativa jusfundamental dessas posições jurídicas.

A Suprema Corte brasileira, como instância máxima do Poder Judiciário e farol de interpretação da Constituição para a sociedade, precisa evoluir na metódica e na argumentação referentes ao controle de constitucionalidade dos atos do Estado que afetam os direitos sociais, sem necessidade de apelar para teorias alienígenas inadequadas e supérfluas para o nosso ordenamento jurídico.



REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALEXANDRINO, José de Melo. *Direitos Fundamentais – Introdução Geral*. Cascais: Principia, 2011.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*. 3ª Ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.
- BARROSO, Luís Roberto. *O novo direito constitucional brasileiro: contribuições para a construção teórica e prática da jurisdição constitucional no Brasil*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2003.
- CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.
- COURTIS, Christian. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios, in: COURTIS, Christian (Comp.), *Ni um paso atrás – La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro/São Paulo/Recife: Renovar, 2007.
- KRELL, Andreas. Realização dos direitos fundamentais sociais mediante controle judicial da prestação dos serviços públicos básicos (uma visão comparativa). *Revista de informação legislativa*, v. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. de 1999.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: Direitos Fundamentais*. Tomo IV. Coimbra: Coimbra, 2012.
- MIRANDA, Jorge. Os novos paradigmas do Estado social. *ICJP*. Disponível em: <<http://www.icjp.pt/sites/default/files/media/1116-2433.pdf>>. Acesso em 28.9.2013.
- PIEROTH, Bodo; SCHLINK, Bernhard. *Direitos Fundamentais* [ebook]. Tradução de António Francisco de Souza e

- Antônio Franco. São Paulo: Saraiva, 2012.
- REIS NOVAIS, Jorge. *Direitos Sociais – Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. Coimbra: Coimbra, 2010.
- REIS NOVAIS, Jorge. *Os Princípios Constitucionais Estruturantes da República Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.
- SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2012.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos fundamentais (sociais) e a assim chamada proibição de retrocesso: contributo para uma discussão. *RIDB*. Ano 2 (2013), nº 1. Disponível em: http://www.idb-fdul.com/uploaded/files/2013_01_00769_00820.pdf. Acesso em 28.9.2013.
- SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel. *Direito Constitucional: teoria, história e métodos de trabalho*. Belo Horizonte: Fórum, 2013.

SÍTIOS ELETRÔNICOS

www.planalto.gov.br

www.stf.jus.br

www.tribunalconstitucional.pt