

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS (SOCIAIS) E A ASSIM CHAMADA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: CONTRIBUTO PARA UMA DISCUSSÃO¹

Ingo Wolfgang Sarlet[†]



1) O ESTADO CONSTITUCIONAL, O DEVER DE PROGRESSIVA REALIZAÇÃO DOS DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS, CULTURAIS E AMBIENTAIS (DESCA²) E O “AVANÇO” DO PODER JUDICIÁRIO -

¹ O presente texto corresponde a uma versão apenas parcialmente alterada e atualizada de textos anteriores da nossa lavra, com destaque para o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 10ª Ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 433, bem como o artigo publicado sob o título “A assim designada proibição de retrocesso social e a construção de um direito constitucional comum latino-americano”, in: *Revista Brasileira de Estudos Constitucionais* n° 11, julho/setembro 2009, p. 167-206.

[†] Doutor e Pós-Doutor em Direito (Universidade de Munique e Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional, Alemanha). Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade e no Programa de Pós-Graduação em Direito (Mestrado e Doutorado) da PUC/RS e na Escola Superior da Magistratura do RS. Membro da Diretoria do IBEC – Instituto Brasileiro de Estudos Constitucionais. Professor do Doutorado em Direitos Humanos e Desenvolvimento da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Ex-Professor Visitante da Universidade Católica Portuguesa, Lisboa (bolsista do Programa *Erasmus Mundus*), Ex-Pesquisador Visitante nas Universidades de Georgetown e Harvard, EUA e no Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique, Alemanha), Pesquisador visitante como bolsista (fellow) do STIAS-Stellenbosh Institute for Advanced Studies, África do Sul. Juiz de Direito no RS.

² Ao longo do texto a expressão “direitos sociais” (nem sempre acompanhada da sigla DESCAs) estará sendo utilizada em perspectiva genérica, ou seja, como abrangendo os direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais.

APROXIMAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO TEMA

Considerando o quadro normativo constitucional contemporâneo dominante, pelo menos no que diz com a evolução em termos formais (textuais) e quantitativos, é possível endossar a afirmação de Peter Häberle no sentido de que os direitos sociais (aqui compreendidos em sentido amplo, abrangendo a dimensão cultural e ambiental), especialmente em virtude de sua umbilical relação com a dignidade da pessoa humana e a própria democracia, constituem parte integrante de um autêntico Estado (Constitucional) Democrático de Direito,³ à exceção, por evidente, daquilo que se pode designar de um constitucionalismo meramente textual ou aparente, lamentavelmente não raro de ser encontrado⁴. Com efeito, ainda de acordo com Peter Häberle, ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de “premissa antropológica” do Estado Constitucional e do Direito estatal, implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como os direitos político-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais, que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo de uma autêntica sociedade aberta⁵, da mesma forma como – cabe acrescentar – não se pode mais conceber uma existência humana digna sem a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável e sem que o Estado Democrático de Direito seja simultaneamente também um Estado Socioambiental, que tenha como tarefa permanente

³ Cf. Peter Häberle, “Dignità’Dell’Uomo e Diritti Sociali nelle Costituzioni degli Stati di Diritto”, in: *Costituzione e Diritti Sociali*, Éditions Universitaires Fribourg Suisse, 1990, p. 99-100-102.

⁴ Cf. Peter Häberle, in: *EuGRZ* 2006, cit., p. 533-34.

⁵ Cf., novamente, Peter Häberle, in: *Costituzione e Diritti Sociali*, cit., p. 100-101.

a proteção e promoção sustentável dos direitos fundamentais em todas as suas múltiplas dimensões.

De outra parte, em instigante e influente ensaio produzido há quase quatro décadas, o mesmo Peter Häberle (antes, portanto, de alguns autores mais recentes, festejados, neste particular sem razão, pela sua originalidade e pioneirismo) sublinha que precisamente o referido vínculo entre dignidade, democracia e os DESCAs (entre outros aspectos, importa frisar) evidencia o quanto, em certo sentido, todos os direitos fundamentais são sempre também direitos sociais, visto sempre terem uma dimensão comunitária, mas em especial por serem todos, em maior ou menor medida, dependentes de concretização também por meio de prestações estatais. Ao mesmo tempo, tais vínculos revelam a natureza meramente gradual e relativa das distinções entre os diversos tipos, manifestações e funções de direitos fundamentais, de tal sorte que tais funções e tipologias devem ser compreendidas e concretizadas em conjunto, no sentido de se complementarem e reforçarem mutuamente⁶. Aliás, é precisamente esta interdependência uma das razões que dão suporte à opção terminológica em prol de um Estado Socioambiental, e que, de outra parte, recomendam a inclusão, no mesmo plano, dos direitos e deveres ambientais (ecológicos) no rol dos direitos econômicos, sociais e culturais, não sendo o nosso propósito adentrar aqui a discussão a respeito da correção de tal opção terminológica e mesmo conceitual. Para salientar ainda mais tal perspectiva, basta, no momento, recordar que mesmo os direitos civis e políticos têm experimentado um processo de releitura e mesmo reconstrução, adquirindo, como de modo sugestivo formulou Vasco Pereira da Silva, uma tintura verde, ecológica⁷, como bem o demonstram, citando-se apenas alguns

⁶ Cf. Peter Häberle, “Grundrechte im Leistungsstaat”, in: *VVDStrL* 30, 1972, p. 76.

⁷ Cf. Vasco Pereira da Silva, *Verde Cor de Direito. Lições de Direito do Ambiente*, Coimbra: Almedina, 2005.

exemplos, o reconhecimento de uma função simultaneamente social e ambiental da posse e da propriedade, o direito a informações na esfera ambiental, a noção de uma ecocidadania⁸, assim como a conexão entre saúde, moradia, trabalho e meio-ambiente.

Por outro lado, para além da circunstância, muitas vezes apontada de forma crítica, de que muitas constituições (especialmente de países tidos como periféricos ou em desenvolvimento), dada a amplitude de seu catálogo constitucional de direitos sociais, talvez de fato tenham prometido mais do que o desejável ou mesmo possível de ser cumprido⁹, aspecto que também diz respeito ao que já se designou de uma banalização da noção de direitos fundamentais (fenômeno que não se manifesta apenas na seara dos direitos sociais)¹⁰, há que reconhecer que, transitando do plano textual para o da realidade social, econômica e cultural, a ausência significativa de efetividade do projeto social constitucional para a maioria das populações dos países designados de periféricos ou em desenvolvimento, marcados por níveis importantes de desigualdade e exclusão social, segue sendo um elemento caracterizador de uma face comum negativa. Tal crise, no sentido de uma crise de efetividade, por sua vez, é comum – em maior ou menor escala – a todos os direitos fundamentais, não podendo ser considerada uma espécie de triste privilégio dos direitos sociais, precisamente pela conexão entre os direitos sociais e o gozo efetivo dos assim designados direitos civis e políticos. Com efeito, também

⁸ Sobre o tema, v., entre outros Plauto Faraco de Azevedo, *Ecocivilização. Ambiente e Direito no Limiar da Vida*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

⁹ Cf. a ponderação de Peter Häberle, in: *Costituzione e Diritti Sociali*, cit., p. 102, mediante expressa referência aos exemplos de Portugal e do Brasil, embora a possibilidade de ampliar o leque de exemplos, em se considerando a evolução constitucional latino-americana mais recente.

¹⁰ Sobre José Casalta Nabais, *Por uma liberdade com responsabilidade. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 103, que aponta para os riscos daquilo que designa de uma *panjusfundamentalização*.

a democracia, a cultura e o ambiente se ressentem da fragilidade dos direitos sociais no que concerne à sua realização efetiva pelo menos para a ampla maioria dos cidadãos dos Estados Constitucionais que consagraram o projeto do Estado Socioambiental. Nesta mesma perspectiva, embora não seja nosso propósito desenvolver tal tópico, nunca é demais lembrar o quanto a exclusão social e econômica e a instauração de ambientes caracterizados pelo que Boaventura Santos chamou de “fascismos societais”¹¹, encontram-se vinculados a determinadas opções de política econômica e modelos desenvolvimentistas assumidamente excludentes e responsáveis pelos altos índices de concentração de renda e, portanto, de desigualdades.

Tais considerações, por sua vez, propiciam uma aproximação com o enfoque específico do nosso estudo, visto que também a noção de uma proibição de retrocesso, como se verá, é, em certo sentido, comum a todos os direitos fundamentais. De outra parte, considerando que a proibição de retrocesso em matéria de proteção e promoção dos DESCAs guarda relação com a previsão expressa de um dever de progressiva realização contido em cláusulas vinculativas de direito internacional (como é o caso do pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais, de 1966, ratificado pela ampla maioria dos estados latino-americanos, igualmente vinculados pela Convenção Americana de 1969 e pelo Protocolo de São Salvador, que, por sua vez, complementa a Convenção Americana ao dispor sobre os direitos sociais¹²), poder-se-á afirmar que pelo menos tanto quanto proteger o pouco que há em termos de direitos sociais efetivos, há que

¹¹ Cf. Boaventura Souza Santos. *Reinventar a Democracia: entre o Pré-Contratualismo e o Pós-Contratualismo* Coimbra: Oficina do CES, 1998.

¹² Sobre a evolução da proteção internacional dos direitos humanos, abrangendo o sistema interamericano, v., em especial, Flávia Piovesan, *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, São Paulo: Saraiva, 2006, designadamente p. 107 e ss. (parte I e II).

priorizar o dever de progressiva implantação de tais direitos e de ampliação da de uma cidadania inclusiva. Com efeito, progresso, aqui compreendido na perspectiva de um dever de desenvolvimento sustentável, necessariamente conciliando os eixos econômico, social e ambiental¹³, segue sendo possivelmente o maior desafio não apenas, mas especialmente para Estados Constitucionais tidos como periféricos ou em fase de desenvolvimento.

De outra parte, independentemente de o quanto os deveres de progressividade (em matéria de direitos sociais) e desenvolvimento possam (ou mesmo devam) ocupar um lugar de destaque, segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional. Especialmente considerando a seqüelas causadas (ainda que não exclusivamente) pelo do avanço da globalização econômica - e vinculadas ao ideário habitualmente designado como neoliberal - sobre os direitos humanos e fundamentais,¹⁴ verifica-se não ser possível simplesmente negligenciar a relevância do reconhecimento de uma proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional, ainda mais quando a expressiva maioria das reformas que têm sido levadas a efeito em todas as partes do Planeta envolve mudanças no plano das políticas públicas e da legislação. Com efeito, dentre os diversos efeitos perversos da crise e da globalização econômica (embora não se possa imputar à globalização todas as mazelas vivenciadas na esfera social e econômica), situa-se a disseminação de políticas

¹³ Sobre o desenvolvimento sustentável, v., por todos e recentemente, Klaus Bosselmann, *The principle of sustainability*, Ashgate, 2008.

¹⁴ Cf. Antônio José Avelãs Nunes, *Neoliberalismo & Direitos Humanos*, Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

de “flexibilização” e até mesmo supressão de garantias dos trabalhadores (sem falar no crescimento dos níveis de desemprego e índices de subemprego), redução dos níveis de prestação social, desmantelamento dos sistemas públicos de saúde, aumento desproporcional de contribuições sociais por parte dos participantes do sistema de proteção social, incremento da exclusão social e das desigualdades, entre outros aspectos que poderiam ser mencionados.

Por outro lado, pelo menos de acordo com setores importantes da doutrina e alguma jurisprudência, é perceptível que também na ordem jurídico-constitucional brasileira acabou encontrando receptividade o assim designado princípio da proibição de retrocesso social, temática que, de resto, nos tem sido particularmente cara, pelo menos desde as nossas primeiras publicações sobre o tema¹⁵. Desde então, especialmente nos últimos anos, constata-se que além de toda uma produção doutrinária brasileira mais recente¹⁶, também na

¹⁵ Cf. Ingo Wolfgang Sarlet. “O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS* nº 17, 1999, p. 111-132. No sentido do necessário reconhecimento de uma proteção contra o retrocesso em matéria de direitos sociais, v. também o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 10ª ed., op. cit., p., 433 e ss., com item específico sobre o tema inserido já na primeira edição, de 1998, periodicamente revisto e atualizado, por sua vez resultante da adequação de capítulo da nossa tese doutoral sobre os direitos sociais no Brasil e na Alemanha, apresentada em julho de 1996 e publicada em 1997, na Alemanha, sob o título *Die Problematik der sozialen Grundrechte in der brasilianischen Verfassung und im deutschen Grundgesetz – eine rechtsvergleichende Untersuchung*, Peter Lang: Frankfurt am Main, 1997, 629 p. Da mesma época do nosso artigo data a primeira edição da já clássica obra de Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e (m) Crise*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 39, com referência à decisão do Tribunal Constitucional de Portugal sobre o tema, invocando a noção de uma proibição de retrocesso social. Propondo, de modo pioneiro, a aplicação da proibição de retrocesso em relação à legislação de Direito Privado, v., entre nós, o artigo da lavra de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski Ruzik, “Um Projeto de Código Civil na Contramão da Constituição”, *Revista Trimestral de Direito Civil*, ano 1, vol. 4, Rio de Janeiro, out/dez. 2000, p. 243-263.

¹⁶ Cf., além de uma série de artigos já publicados, bem como inúmeras referências ao tema em cursos, manuais e obras que não versam exclusivamente sobre o tema,

esfera jurisprudencial, embora de modo ainda muito tímido, são encontradas referências à noção de proibição de retrocesso¹⁷. Já por esta razão, consideramos oportuno, ainda que com base em nossos escritos anteriores, retomar a discussão, pelo menos para o efeito de render homenagem aos novos aportes doutrinários, ampliando o debate quanto a alguns aspectos em particular, bem como refletindo sobre a correção das nossas próprias posições. Assim, é possível afirmar que o presente estudo tem por objetivo principal, a partir de textos anteriores, e mediante o diálogo com novas contribuições, revisitar o tema da assim designada proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais, especialmente retomando a discussão em torno dos limites e possibilidades de tal instituto para a promoção e proteção de tais direitos, sempre compreendidos em sentido amplo.

Considerando, por outro lado, o enfoque da obra coletiva

referem-se apenas as monografias sobre o tema, designadamente as obras de Felipe Derbli. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988*, Rio de Janeiro: Renovar, 2007, bem como Mario de Conto, *Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2008, Narbal Antônio Mendonça Fileti, *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*, São José: Conceito Editorial, 2009, Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, e, por último, Pablo Castro Miozzo, *A Dupla Face do Princípio da Proibição de Retrocesso Social e os Direitos Fundamentais no Brasil. Uma análise hermenêutica*. Porto Alegre: Editora Verbo Jurídico, 2010.

¹⁷ Cf., por exemplo, o Acórdão no Recurso Especial nº 567.873-MG, Relator Ministro Luiz Fux (DJ 25.02.2004), versando sobre a ilegitimidade da supressão da isenção do IPI para a aquisição de automóveis por parte de portadores de necessidades especiais. Apresentando um inventário de decisões onde houve referência à noção de proibição de retrocesso, v. em especial Felipe Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social...*, op. cit., p. 186 e ss., bem como, mais recentemente, Mario de Conto, *Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, op. cit.; Por último, v., priorizando a jurisprudência do STF, Adriano Sant’Ana Pedra, “Evolução de direitos e garantias fundamentais e vedação de retrocesso: uma abordagem da jurisprudência do STF nos vinte anos da Constituição Brasileira”, in: Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, Bruno Costa Teixeira e Paula Castello Miguel (Coord.). *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 173-206.

na qual se insere o presente texto, que privilegia questões relacionadas ao mundo do trabalho na sociedade tecnológica, no âmbito da qual, embora também um leque de possibilidades de melhoria das condições de trabalho e mesmo novas oportunidades para o trabalho, a existência de riscos e de novas (ou aperfeiçoadas) formas de violação ou, pelo menos, fragilização dos direitos humanos e fundamentais da pessoa que trabalha, apenas agravam os problemas gerados pela globalização econômica e a constante crise do capitalismo financeiro e produtivo. À vista de um leque de medidas que afetam posições fundamentais dos trabalhadores, também nesta seara a compreensão do conteúdo, limites e possibilidades da assim chamada proibição de retrocesso passa a constar da agenda emergencial dos que se ocupam da teoria e da prática dos direitos fundamentais em geral e dos direitos dos trabalhadores em particular.

2 – CONCEITO, FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL E POSSIBILIDADES (E LIMITES) DE APLICAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

2.1 – ASPECTOS TERMINOLÓGICOS E CONCEITUAIS

Se tomarmos a idéia da proibição de retrocesso em um sentido amplo, significando toda e qualquer forma de proteção de direitos fundamentais em face de medidas do poder público (com destaque para o legislador e o administrador!), que tenham por escopo a supressão ou mesmo restrição de direitos fundamentais (sejam eles sociais, ou não) constata-se, em termos gerais, que, embora nem sempre sob este rótulo, tal noção já foi recepcionada no âmbito do constitucionalismo luso-brasileiro e, em perspectiva mais ampla, no ambiente constitucional latino-americano e mesmo alguns países

européus, sem prejuízo da evolução na esfera do direito internacional.

Com efeito, desde logo se verifica que, num certo sentido, a garantia constitucional (expressa ou implícita) dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, assim como as demais vedações constitucionais de atos retroativos, ou mesmo – e de modo todo especial – as normas constitucionais, em especial, todavia, a construção doutrinária e jurisprudencial, dispondo sobre o controle das restrições de direitos fundamentais, já dão conta de o quanto a questão da proteção de direitos contra a ação supressiva e mesmo erosiva por parte dos órgãos estatais encontrou ressonância. Da mesma forma, a proteção contra a ação do poder constituinte reformador, notadamente no concernente à previsão de limites materiais à reforma, igualmente não deixa de constituir uma relevante manifestação em favor da manutenção de determinados conteúdos da Constituição, em particular de todos aqueles que integram o cerne material da ordem constitucional ou – para os que ainda teimam em refutar a existência de limites implícitos – pelo menos daqueles dispositivos (e respectivos conteúdos normativos) expressamente tidos como insuscetíveis de abolição mediante a obra do poder de reforma constitucional, limites que também (embora, é certo, com significativa variação) já constituem um elemento comum ao direito constitucional contemporâneo¹⁸.

¹⁸ Sobre o tema, v. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, 10ª ed., op. cit., p. 405 e ss. Para uma perspectiva de direito comparado, embora centrada na experiência norte-americana e europeia, v., em especial, Sergio M. Diaz Ricci, *Teoria de la Reforma Constitucional*, Buenos Aires, 2004. No âmbito da literatura específica dedicada ao tema da reforma constitucional no Brasil, confirmam-se, em especial, Edvaldo Brito, *Limites da Revisão Constitucional*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 1993, Oscar Vilhena Vieira, *A Constituição e sua Reserva de Justiça. Um ensaio sobre os limites materiais ao poder de reforma*, São Paulo: Malheiros, 1999, Walber de Moura Agra, *Fraudes à Constituição: um atentado ao poder reformador*, Porto Alegre: Sérgio Fabris, 2000, Gustavo Just Costa e Silva, *Os limites da reforma constitucional*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, Vladmir Oliveira da Silveira, *O Poder Reformador na Constituição Brasileira de 1988*, São Paulo: RCS Editor,

De outra parte, importa referir o reconhecimento, como se verifica, com particular agudeza, no direito constitucional brasileiro, de um direito subjetivo negativo, ou seja, da possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela normativa constitucional, mesmo na seara das assim designadas normas constitucionais programáticas (impositivas de programas, fins e tarefas) ou normas impositivas de legislação, o que também aponta para a noção de uma proibição de atuação contrária às imposições constitucionais, tal qual adotada no âmbito da proibição de retrocesso¹⁹. Neste sentido, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que se pode chamar, abrangendo todas as situações referidas, de uma eficácia negativa das normas constitucionais. Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais como direitos positivos, ou seja, direitos subjetivos a prestações sociais, no âmbito da assim designada eficácia negativa, se está em face de uma importante possibilidade de exigibilidade judicial dos direitos sociais como direitos subjetivos de defesa, em outros termos, como proibições de intervenção ou

2006, Rodrigo Brandão, *Direitos Fundamentais, Democracia e Cláusulas Pétreas*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, bem como, por último (com foco nos direitos sociais), Luísa Cristina Pinto e Netto, *Os Direitos Sociais como Limites Materiais à Revisão Constitucional*, Salvador: Editora Podivm, 2009.

¹⁹ Para o caso do Brasil, basta aqui recordar as contribuições indispensáveis, inclusive por terem influenciado fortemente o discurso da efetividade constitucional que tem caracterizado especialmente o momento constitucional posterior a 1988, de José Afonso da Silva. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*, 7ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 117 e ss., neste particular, embora a significativa atualização da obra, mantendo-se fiel, em termos gerais, ao entendimento sustentado nas edições publicadas ainda sob a égide da Constituição de 1967-69. Trilhando a mesma linha argumentativa, v. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*, Rio de Janeiro: Renovar, 1990, p. 106 e ss. (em edições mais recentes, o autor também se refere à proibição de retrocesso como princípio implícito do direito constitucional brasileiro). Igualmente associando a proibição de retrocesso à noção de eficácia negativa dos princípios constitucionais, v. também Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais, O princípio da dignidade da pessoa humana*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 70 e ss.

proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas.

A partir do exposto, já se percebe que não podem soar tão mal os argumentos daqueles que sustentam que a problemática da proibição de retrocesso social constitui, em verdade, apenas uma forma especial de designar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais sociais no âmbito mais amplo dos direitos fundamentais, visto que os direitos sociais, precisamente por serem também direitos fundamentais, encontram-se sujeitos, em termos gerais, ao mesmo regime jurídico-constitucional no que diz com os limites às restrições impostas pelo poder público.²⁰ Com efeito, admitir que apenas os direitos sociais estejam sujeitos a uma tutela contra um retrocesso poderia, inclusive, legitimar o entendimento de que existe uma diferença relevante no que diz com o regime jurídico (no caso, a tutela) constitucional dos direitos sociais e dos demais direitos fundamentais, visto que a estes se aplicariam os critérios convencionais utilizados para legitimar (limites) e controlar (limites dos limites) a constitucionalidade de medidas restritivas, reforçando, inclusive, a idéia – que segue encontrando adeptos – de que os direitos sociais, especialmente em relação aos direitos civis e políticos, ou não são sequer fundamentais, ou estão sujeitos a um regime jurídico diverso, seja ele menos reforçado, seja ele mais forte.

Justamente pelo fato de que importa reconhecer a força dos argumentos referidos, reitera-se a nossa posição em prol da possibilidade de uma aplicação da noção de proibição de retrocesso, desde que tomada em sentido amplo, no sentido de uma proteção dos direitos contra medidas de cunho restritivo, a todos os direitos fundamentais. Assim, verifica-se que a designação proibição de retrocesso social, que opera precisamente na esfera dos direitos sociais, especialmente no que diz com a proteção “negativa” (vedação da supressão ou

²⁰ Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 200.

diminuição) de direitos a prestações sociais, além de uma idéia-força importante (a iluminar a idéia de que existe de fato um retrocesso - e não um simples voltar atrás, portanto, uma mera medida de cunho regressivo) poderia ser justificada a partir de algumas peculiaridades dos direitos sociais, o que, importa sempre frisar, não se revela incompatível com a substancial equivalência – de modo especial no que diz com sua relevância para a ordem constitucional - entre direitos sociais (positivos e negativos) e os demais direitos fundamentais. Em primeiro lugar, o repúdio da ordem jurídica a medidas que, de algum modo, instaurem um estado de retrocesso (expressão que por si só já veicula uma carga negativa), sinaliza que nem todo ajuste, ainda que resulte em eventual restrição de direito fundamental, configura uma violação do direito, mesmo no campo da reversão (ainda mais quando parcial) de políticas públicas, mas que haverá retrocesso, portanto, uma situação constitucionalmente ilegítima, quando forem transpostas certas barreiras, representadas, por sua vez, por um conjunto de limites expressos e implícitos estabelecidos pela ordem jurídico-constitucional, sem prejuízo de barreiras inerentes ao processo político e social, em geral mais eficazes quando se trata de conter determinadas reformas.

No campo dos direitos sociais tal fenômeno talvez seja ainda mais perceptível, especialmente quando se trata de alterações legislativas que afetam um determinado nível de concretização de tais direitos. Ainda que se diga que no campo das restrições aos direitos fundamentais sociais a noção de limites dos limites dos direitos fundamentais (gênero ao qual pertencem os direitos sociais) substitui por completo e com vantagens a de proibição de retrocesso, percebe-se que a noção de proibição de retrocesso (aqui afinada com a idéia de proibição de regressividade difundida no direito internacional), especialmente quando empregada para balizar a tutela dos direitos sociais, assume uma importância toda especial, mesmo

que, como já frisado, atue como um elemento argumentativo adicional, a reforçar a necessidade de tutela dos direitos sociais contra toda e qualquer medida que implique em supressão ou restrição ilegítima dos níveis vigentes de proteção social. Também pelas razões ora colacionadas, justifica-se a nossa opção em seguir privilegiando, no plano terminológico, a expressão proibição de retrocesso, justamente pelo fato de que não será qualquer medida restritiva ou regressiva (que, de certa forma, sempre veicula uma restrição) que ensejará uma censura por força da violação da proibição de retrocesso, consoante, aliás, será examinado mais adiante. De outra parte, é preciso reconhecer que a noção de uma proibição de retrocesso (ou proibição de regressividade) tem encontrado crescente receptividade no âmbito da doutrina constitucional²¹.

O que já resulta do exposto, é que também a proibição de retrocesso, como categoria jurídico-normativa de matriz constitucional, está a reclamar uma definição jurídica, para que possa alcançar uma adequada aplicação e não se transformar – como, de resto, se suspeita já esteja sendo o caso – em mais um rótulo que se presta a toda a sorte de arbitrariedades, e que, não sendo devidamente compreendido e delimitado, acaba por inserir – de forma paradoxal - mais insegurança no sistema, justamente aquilo que pretende (também e em certa medida!) combater. Da mesma forma, não poderá a proibição de retrocesso servir para a chancela de privilégios por si só já questionáveis no que diz com a sua legitimidade constitucional, o que remete novamente à problemática do conteúdo e dos limites da proteção dos direitos adquiridos, que aqui não será enfrentada.

De outra parte, é preciso enfatizar que mesmo em se

²¹ Cf., em especial, se pode inferir da maior parte das contribuições sobre o tema, versando sobre a experiência de diversos países, além da perspectiva internacional, que integram a excelente e atualizada coletânea coordenada e organizada por Christian Courtis, *Ní un paso atrás. La prohibición de regresividad en matéria de derechos sociales*, Buenos Aires, 2006.

reconhecendo uma função autônoma para a proibição de retrocesso, especialmente na seara dos direitos sociais, tal autonomia sempre será parcial e relativa. Com efeito, se é verdade que a noção de proibição de retrocesso não se confunde com a de segurança jurídica e suas respectivas manifestações (com destaque para os direitos adquiridos e a proteção à confiança), o que sempre fizemos questão de sublinhar²², também resulta evidente que se registra, conforme já lembrado, uma incensurável conexão entre ambas as figuras (proibição de retrocesso e segurança jurídica), assim como incontornável o liame entre a proibição de retrocesso e outros princípios e institutos jurídico-constitucionais, com destaque para o da proporcionalidade e razoabilidade, assim como com a própria dignidade da pessoa humana.

Desenvolvendo um pouco mais o ponto, é preciso reconhecer que embora a proibição de retrocesso, segurança jurídica (incluindo a proteção da confiança, os direitos adquiridos e as expectativas de direitos) e dignidade da pessoa humana não se confundem, de tal sorte que o princípio da proibição de retrocesso poderá assumir algum contorno autônomo, não se poderá afirmar que tal autonomia implica uma aplicação isolada e sem qualquer relação com outros institutos, como, de resto, demonstram absolutamente todos os exemplos encontrados na doutrina e jurisprudência. Assim, como princípio implícito que é – já que não foi expressamente consagrada com este rótulo nas constituições - a proibição de retrocesso se encontra referida ao sistema constitucional como um todo, incluindo (mediante referência à noção de um bloco de constitucionalidade em sentido amplo) o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como bem atesta o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais e a correlata proibição de regressividade²³.

²² Confira-se o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 436 e ss.

²³ Sobre o tópico, na perspectiva internacional e do direito constitucional

Resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana. Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam – como, de resto, tem evidenciado toda a produção jurisprudencial sobre o tema – dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança (a depender da situação, é claro), da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes.

Por outro lado, é preciso admitir que a segurança jurídica e os institutos que lhe são inerentes, com destaque aqui para o direito adquirido, exigem uma compreensão que dialogue com as peculiaridades dos direitos sociais, inclusive no que diz com a própria proibição de retrocesso, abandonando-se uma perspectiva individualista e privilegiando-se, sem prejuízo da tutela dos direitos individuais, uma exegese afinada com a noção de justiça social, razão pela qual, há quem sustente a necessidade de se reconhecer um direito adquirido social²⁴, aspecto que, todavia, aqui não temos condições de aprofundar, mas que guarda relação com desenvolvimentos similares, como

comparado, v. em especial, Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, in: Christian Courtis (Comp.), *Ní un paso atrás*, op. cit., p. 3 e ss. Analisando detidamente o problema na perspectiva do direito internacional público, v. Magdalena Sepúlveda, *The Nature of Obligations under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, Antwerp: Intersentia, 2003.

²⁴Cf. Marcos Orione Gonçalves Correia, “Direito Adquirido Social”, in: Érica Paula Barcha Correia e Marcos Orione Gonçalves Correia, *Curso de Direito da Seguridade Social*, 4ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 01 e SS.

foi o caso, na Alemanha, da releitura e ampliação do âmbito de proteção da garantia da propriedade, no sentido de abranger algumas modalidades de direitos subjetivos públicos a prestações na esfera da seguridade social, justamente com o intuito de atribuir a tais posições jurídicas uma proteção jurídico-constitucional contra eventuais retrocessos²⁵.

Neste mesmo contexto, afirmar que a proibição de retrocesso encontra fundamento também (embora jamais exclusivamente) na segurança jurídica e na dignidade da pessoa humana, com as quais, embora guarde relação, não se confunde, também não implica reconhecer à proibição de retrocesso caráter meramente instrumental. Com efeito, além da circunstância de que a proibição de retrocesso não protege apenas a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, o que se afirma é que a própria noção de segurança jurídica, no âmbito de uma constituição que consagra direitos sociais, não pode ficar reduzida às tradicionais figuras da tutela dos direitos adquiridos ou da irretroatividade de certas medidas do poder público, exigindo, portanto, uma aplicação em sintonia com a plena tutela e promoção dos direitos fundamentais em geral, incluindo os direitos sociais. O reconhecimento de uma proibição de retrocesso como princípio-garantia jurídico (seja qual for o rótulo utilizado), se revela, portanto, como necessário, pois parte das medidas que resultam em supressão e diminuição de direitos sociais ocorre sem que ocorra uma alteração do texto constitucional, sem que se verifique a violação de direitos adquiridos ou mesmo sem que se trate de medidas tipicamente retroativas.

²⁵ Para maior desenvolvimento, v., de nossa autoria, “O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade”, in: *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, nº 17, Porto Alegre, 1999, p. 111 e ss., trabalho no qual, contudo, centramos a nossa atenção na apresentação da “solução” germânica, com algumas considerações juscomparativas, inclusive apontando para a inadequação (pelo menos em termos gerais) do modelo alemão ao sistema constitucional brasileiro.

Dando seqüência à tentativa de definir os contornos da proibição de retrocesso, é preciso lembrar aqui da hipótese – talvez a mais comum em se considerando as referências feitas na doutrina e jurisprudência – da concretização pelo legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social. Em suma, a questão central que se coloca neste contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber, se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso), voltar atrás no que diz com a concretização dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelas constituições em matéria de promoção da justiça social, designadamente no âmbito das normas impositivas de programas, fins e tarefas na esfera social, ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional.

Desde logo, à vista do que foi colocado, nos parece dispensar maiores considerações o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (embora também) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. Além disso, percebe-se nitidamente a complexidade da temática, especialmente no âmbito daquilo que pode ser designado como constituindo uma “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais. Portanto, mais uma vez vale repisar que estamos diante de um fenômeno, que, compreendido em sentido amplo, à feição, por exemplo, da proposta de acordo com a qual se

trata de um problema de limites dos limites próprio de todos os direitos fundamentais, não se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais, pelo menos se tomados em sentido estrito, como direitos a prestações sociais²⁶. Assim, por exemplo, dentre as diversas possibilidades que envolvem uma noção abrangente de proibição de retrocesso, designadamente em face das peculiaridades do direito ambiental, é possível, como bem aponta Carlos Alberto Molinaro, falar de um princípio de vedação da retrogradação, já que o direito ambiental cuida justamente da proteção e promoção dos bens ambientais, especialmente no sentido de impedir a degradação do meio ambiente, o que corresponde, por sua vez, a uma perspectiva evolucionista (e não involucionista) da vida.²⁷

Verifica-se, portanto, que insistir no fato de que a blindagem dos direitos fundamentais contra medidas retrocessivas (ou regressivas, se preferirmos) seja um “privilegio” dos direitos sociais, como se apenas nesta esfera se colocasse o problema (por mais que haja peculiaridades a serem consideradas e que justificam o reconhecimento de uma proibição de retrocesso social), significaria, ao fim e ao cabo, ou a exclusão dos demais direitos fundamentais de tal proteção (como se aqui a proteção com base na segurança jurídica fosse suficiente), ou a constatação – evidentemente equivocada – de que o sistema de limitações às restrições de direitos, designadamente a proporcionalidade e a garantia do núcleo essencial, apenas para citar os mais importantes, nada teria a ver com a proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais.

Sem que se pretenda, todavia, avançar no debate sobre o quão autônoma é (ou não) a garantia constitucional contra um retrocesso em relação a outros institutos jurídico-

²⁶ Neste sentido, v. também Luis Fernando Calil de Freitas, *Direitos Fundamentais: limites e restrições*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 216.

²⁷ Cf. Carlos Alberto Molinaro, *Direito Ambiental. Proibição de Retrocesso*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, especialmente p. 91 e ss.

constitucionais, partiremos aqui do pressuposto de que o princípio da proibição de retrocesso, em diálogo permanente com outros princípios e regras, tem assumido uma posição de destaque, seja na esfera constitucional, seja na esfera do direito internacional dos direitos humanos, como importante ferramenta contra uma evolução regressiva (retrocessiva) em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais. Aliás, apenas para que fique consignado, a possibilidade de se controlar medidas de cunho regressivo com base numa proibição jurídica de retrocesso pressupõe avaliação sempre em caráter relacional, pois um retrocesso (no sentido de uma supressão, diminuição, um voltar atrás, um regresso) somente se pode dar em relação a um estado anterior, que sirva de referência para tal avaliação. De outra parte, enfatizando a nossa opção (sumariamente justificada acima) pelo termo proibição de retrocesso, renunciamos à pretensão de aprofundar a querela em torno da terminologia mais apropriada, especialmente no que diz com a possibilidade de atribuição de um conteúdo e significado distintos aos demais rótulos convencionais, no caso, proibição de regressividade, proibição de evolução reacionária, princípio da não-reversibilidade, ou mesmo outros que possam ser utilizados²⁸. Tais expressões, para efeitos deste trabalho, serão tidas como equivalentes à proibição de retrocesso, não apenas pelo fato de a considerarmos a expressão mais apropriada, mas também em função da necessidade de um acordo semântico.

2.2 – FUNDAMENTAÇÃO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO NA PERSPECTIVA JURÍDICO-CONSTITUCIONAL

De partida, aderindo ao justificado ceticismo em relação

²⁸ A respeito da diversidade terminológica, v., por último, o documentado inventário oferecido por Narbal Antônio Mendonça Filleti, op. cit., p. 148 e ss.

à importação acrítica e muitas vezes inadequada de institutos oriundos de outras experiências jurídicas²⁹, convém sublinhar que, ao mesmo tempo em que a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte) do Estado social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que, de modo especial, abrangem a intensidade da proteção outorgada por àqueles aos sistemas de seguridade social, o que, à evidência, não poderá deixar de ser considerado nas linhas que se seguem. Assim, também a temática da proibição de retrocesso reclama um tratamento constitucionalmente adequado e, portanto, nos termos da lição de Peter Häberle, também exige uma interpretação contextualizada, referida à realidade (*kontextbezogene Auslegung*)³⁰.

Tal enfoque – diferenciado e contextualizado – assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que as constituições latino-americanas inserem-se num ambiente significativamente diverso, por exemplo, do experimentado pelo constitucionalismo europeu. Com efeito, além de as constituições terem, em boa parte e de modo diferenciado entre si, um caráter marcadamente compromissário e dirigente, importa endossar as palavras de Lenio Streck no sentido de que as promessas da modernidade sequer foram minimamente

²⁹ Cf., especialmente na seara dos direitos sociais, bem destaca Andreas Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os (Des) caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p. 42.

³⁰ Cf. Peter Häberle, “Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus”, in: *EuGRZ 2006*, p. 535

cumpridas para a maioria dos habitantes da América Latina, de tal sorte que a concepção de um Estado Constitucional, que mereça a qualificação de um autêntico Estado Democrático (e social) de Direito, compreendido como Estado da justiça material e que assegure uma igualdade de oportunidades não passa, no mais das vezes, de um simulacro³¹. Já por tais razões, verifica-se que se a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais constitui tarefa permanente, pelas mesmas razões resulta evidente que na perspectiva da cidadania e para o direito constitucional, o problema maior ainda é o de dar cumprimento eficiente e eficaz ao dever de progressiva concretização dos objetivos

³¹ Neste contexto insere-se a (entre nós) célebre discussão a respeito da “sobrevivência” do constitucionalismo dirigente, tal qual sustentado, originariamente, por José Joaquim Gomes Canotilho na sua obra *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador*, Coimbra: Coimbra Editora, 1982, justamente em função da revisão crítica levada a efeito pelo próprio Gomes Canotilho em diversos trabalhos mais recentes, especialmente a contar da década de 1990, no que diz com as premissas basilares de sua antiga tese, bastando aqui remeter o leitor ao prefácio redigido para a segunda edição da obra ora citada. Não sendo o caso de adentrar aqui esta controvérsia, o que se verifica é que as mudanças no âmbito do pensamento do Professor Gomes Canotilho sem dúvida devem ser enquadradas no seu devido contexto, já que nem o texto da Constituição Portuguesa de 1976 guarda o mesmo perfil revolucionário e dirigente que lhe foi originariamente atribuído, já que objeto de várias e relativamente profundas revisões, notadamente em face da inserção de Portugal na União Européia e, portanto, seu enquadramento em uma ordem jurídica supranacional. Por isso também nós – embora não de modo necessariamente coincidente com o de outros autores – seguimos sustentando que o paradigma da Constituição dirigente ainda cumpre um relevante papel no âmbito do constitucionalismo pátrio e apresenta – mesmo hoje (e talvez por isso mesmo) – todo um potencial a ser explorado. A respeito dessa temática, v., ainda, além do indispensável contributo de Lenio Luiz Streck, *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, especialmente p. 106 e ss., também as lições de Gilberto Bercovici, “A Problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro”, in: *Revista de Informação Legislativa*, nº 142, Brasília: Senado Federal, abril/junho de 1999, p. 35-51, assim como a oportuna coletânea organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, obra que reúne aportes de diversos autores nacionais e retrata uma discussão sobre o tema travada com o próprio Gomes Canotilho.

sociais e dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos e assegurados, o que não afasta a necessidade de se levar (muito) a sério a proibição de retrocesso, naquilo onde mesmo o pouco que foi alcançado possa estar em risco. Pelo contrário, onde a ampla maioria da população se situa na faixa do assim designado mínimo existencial ou mesmo aquém deste patamar, maior vigilância de impõe em relação a toda e qualquer medida potencialmente restritiva ou mesmo supressiva de proteção social. O dever de progressividade (e, portanto, de promoção e desenvolvimento) e a proibição de retrocesso (de uma evolução regressiva) constituem, portanto, dimensões interligadas e que reclamam uma produtiva e dinâmica compreensão e aplicação.

Por outro lado, embora se trate de instituto que recebeu ampla acolhida na comunidade internacional (pelo menos, no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais), não se pode afirmar que a proibição de retrocesso, especialmente na perspectiva aqui privilegiada, esteja ocupando um lugar de destaque similar nos diversos ordenamentos jurídicos, visto que não se pode afirmar que represente um amplo consenso no direito comparado. Pelo menos, há que reconhecer que em muitos países a proibição de retrocesso tem sido aplicada ou com outro rótulo ou mediante recurso a outras figuras jurídicas, embora cumprindo a função de garantia contra uma supressão e mesmo redução, a depender das circunstâncias, de conquistas na esfera dos direitos sociais. Assim, convém que se avance na identificação dos principais argumentos que sustentam, no plano da dogmática jurídico-constitucional, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso, designadamente em matéria de direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais (DESCA).

Como ponto de partida, é possível recolher a lição de Luís Roberto Barroso, que, aderindo à evolução doutrinária precedente, pelo menos no que diz com a literatura lusobrasileira, bem averba que, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional,

entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.³² Embora tal fundamentação seja insuficiente para dar conta da complexidade da proibição de retrocesso, ela demonstra que a noção de proibição de retrocesso segue, como já frisado acima, sendo vinculada à noção de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.³³ Em suma, colacionando, para este efeito, a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”.³⁴

De acordo com tal linha de entendimento, não é possível, portanto, admitir-se uma ausência de vinculação do legislador

³² Cfr. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas*, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

³³ Neste sentido, aponta-se, entre outros, além do já referido entendimento de Luís Roberto Barroso, a lição já clássica (mantida em edições mais recentes de sua obra) de José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, op. cit., p. 147 e 156 e ss.; Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, op. cit., p. 397-99, Lenio Luiz Streck, *Hermenêutica Jurídica e (m) crise*, op. cit., p. 31 e ss., assim como, Ana Paula de Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais...*, op. cit., p. 68 e ss., que sustenta tratar-se de um desdobramento de uma eficácia negativa dos princípios constitucionais. José Vicente dos S. Mendonça, *Vedação do Retrocesso...*, op. cit., p. 218 e ss., muito embora sinalando que não se trata de uma questão apenas atrelada à eficácia negativa das normas constitucionais.

³⁴ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*, Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

(assim como dos órgãos estatais em geral) às normas de direitos sociais, assim como, ainda que em medida diferenciada, às normas constitucionais impositivas de fins e tarefas em matéria de justiça social, pois, se assim fosse, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) que concretizam os direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.³⁵ Em outras palavras, mesmo tendo em conta que o “espaço de prognose e decisão” legislativo seja variável, ainda mais no marco dos direitos sociais e das políticas públicas para a sua realização,³⁶ não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados.³⁷ Tudo somado, constata-se que também a problemática da proibição de retrocesso acaba guardando forte relação com o tema da liberdade de conformação do legislador (em outras palavras, da margem de ação legislativa) e as possibilidades e limites de seu controle, em especial por parte da assim chamada jurisdição

³⁵ Cfr. Jorge Miranda, *Manual de Direito Constitucional*, vol. IV, Coimbra: Coimbra Editora, 2000, p. 397 e ss.

³⁶ Cf. Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 75. Desenvolvendo o tópico no âmbito da proibição de retrocesso, v., da mesma autora, *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 83 e ss., cuidando da vinculação do legislador aos direitos sociais.

³⁷ Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: Trunfos contra a maioria*, op. cit., p. 190.

constitucional, no marco do Estado Democrático de Direito.

A partir desta perspectiva e renunciando desde logo ao esgotamento e aprofundamento individualizado de todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, numa perspectiva jurídico-constitucional que pode ser considerada como sendo substancialmente comum às diversas constituições latino-americanas, o princípio da proibição de retrocesso social decorre – como já sinalizado – de modo implícito do sistema constitucional,³⁸ designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional, o que não vale dizer (insista-se!) que a proibição de retrocesso se confunda com tais institutos ou mesmo que deles decorra exclusivamente, ainda mais quando considerados de modo isolado.

a) Dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, em suma, daquilo que hoje corresponde ao modelo do Estado Constitucional, que exige a promoção e manutenção de um patamar mínimo tanto em termos de proteção social quanto em termos de segurança jurídica, o que necessariamente, dentre outros aspectos, abrange a garantia de um mínimo existencial, assim como a proteção contra medidas retroativa, e, pelo menos em certa medida, contra atos de cunho retrocessivo – ainda que de efeitos prospectivos - de um modo geral;

b) Do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar³⁹; Embora o conteúdo em dignidade da

³⁸ Neste sentido também Felipe Derbli, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social...*, op. cit., p. 199 e ss., igualmente adotando a concepção de que se cuida de um princípio implícito e bem desenvolvendo o ponto, bem como, por último e com alentada justificação, Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, Op. Cit., p. 101 e ss.

³⁹ Aderindo a tal entendimento e enfatizando a relação entre o princípio da dignidade

pessoa humana dos direitos fundamentais não possa, ainda mais no caso de constituições analíticas e muito pródigas em direitos, ser pura e simplesmente equiparado ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é certo que tanto a dignidade da pessoa humana quanto o núcleo essencial operam como limites dos limites aos direitos fundamentais, blindando tais conteúdos (dignidade e/ou núcleo essencial) em face de medidas restritivas, o que se aplica, em termos gerais, tanto aos direitos sociais quanto aos demais direitos fundamentais;

c) Do dever de assegurar a máxima eficácia e efetividade às normas definidoras de direitos fundamentais, que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais, exigindo um sistema de tutela isento de lacunas; Aliás, também neste sentido não se deve olvidar das lições de Peter Häberle, ao sustentar a necessidade de se ter sempre presente a máxima do desenvolvimento de uma “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais⁴⁰.

d) O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito (já em função de sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe aos órgãos estatais – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a um determinado nível de estabilidade e continuidade da ordem jurídica objetiva, assim como dos direitos subjetivos atribuídos às pessoas. A proteção da confiança, portanto, atua menos no sentido de um fundamento propriamente dito da proibição de retrocesso do que como critério auxiliar para sua adequada aplicação. Com efeito, parece evidente que os órgãos

da pessoa humana e o da proibição de retrocesso social, v., mais recentemente, Dayse Coelho de Almeida, “A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso”, in: *Inclusão Social*, vol. 2, n. 1, out. 2006/mar. 2007, p. 118-124.

⁴⁰ Cf. Peter Häberle, *Nueve ensayos constitucionales y una lección jubilar*, Lima: Palestra Editores, 2004, p. 95 e ss.

estatais, inclusive (mas não só!) por força da segurança jurídica e da proteção à confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas devem observar certo grau de vinculação em relação aos próprios atos já praticados.⁴¹ Tal obrigação, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, os órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

e) Além do exposto, constata-se que negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo

⁴¹ Cfr., dentre outros, Harmut Maurer, "Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz", in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, vol. III, p. 244 e ss., não obstante o autor – assim como a doutrina e jurisprudência em geral – sejam bastante restritivos no que diz com a admissão de uma auto-vinculação do legislador, temática que aqui não iremos desenvolver mas que tem sido objeto de uma certa discussão na Alemanha, sob a rubrica de uma vinculação sistêmica do legislador, desenvolvida essencialmente à luz do princípio da igualdade. Neste sentido, v., entre outros, Uwe Kischel, "Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz", in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 124, 1999, p. 174-211. Entre nós, confirma-se, sobre a proteção da confiança no Direito Público, o paradigmático contributo de Almiro do Couto e Silva, "O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)", in: *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, nº 237, jul./set. 2004; Mais recentemente, v. Também a monografia de Rafael Maffini, *Princípio da Proteção Substancial da Confiança no Direito Administrativo Brasileiro*, Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. Igualmente admitindo e explorando a relação entre proibição de retrocesso e segurança jurídica (em especial na perspectiva da proteção da confiança legítima) v., por último, no direito brasileiro, Luisa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Op. Cit., p. 211 e ss.

em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte.⁴² Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso, está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior.⁴³ Precisamente neste contexto, insere-se também a argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do conhecido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que “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 também a não aboli-los uma vez criados”, aduzindo que “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior.” Daí se extrai, na linha de pensamento do autor, que as instituições, serviços ou institutos jurídicos, uma vez criados pela lei ou por ato da administração pública, com o intuito de concretizar a proteção e promoção de direito fundamental ou finalidade constitucional, passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida, de tal sorte que uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode pura e simplesmente revogá-los.

⁴² Tal ponto de vista apenas poderia ser sustentado, em tese, em se partindo da premissa de que os direitos sociais não podem (mesmo no que diz com seu conteúdo essencial) ser definidos em nível constitucional, a exemplo do que parece propor Manuel Afonso Vaz, *Lei e Reserva de Lei...*, op. cit., p. 383-4, o que contraria até mesmo a lógica do sistema jurídico-constitucional, notadamente no que diz com a função concretizadora exercida pelo legislador e demais órgãos estatais.

⁴³ Cfr. Luís Roberto Barroso, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, op. cit., p. 158-9.

f) Os argumentos esgrimidos restam enrobustecidos por um importante fundamento adicional extraído do direito internacional, notadamente no plano dos direitos econômicos sociais e culturais. Com efeito, de acordo com arguta observação de Victor Abramovich e Christian Courtis,⁴⁴ sustentando que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados. Neste plano, aliás, percebe-se que a proibição de retrocesso (regressividade) atua como relevante ponto de encontro entre o direito constitucional dos estados e o direito internacional dos direitos humanos, operando, além disso, como elemento que impulsiona precisamente não apenas a formação, neste particular, de um direito constitucional interno (estatal) comum na esfera regional (no caso brasileiro, da América Latina), mas também de um direito constitucional internacional. Como já referido, a adesão por parte dos estados latino-americanos ao Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e ao Protocolo de San Salvador por si só já implica um comprometimento jurídico-constitucional com o dever de progressiva realização de tais direitos e, por via de consequência, com a correlata proibição de regressividade⁴⁵.

⁴⁴ Cf. Victor Abramovich e Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Madrid: Trotta, 2002, p. 92 e ss. Aprofundando o tema, com destaque para o direito internacional e comparado, v., ainda, Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”, in: Christian Courtis (Ed), *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 03-52., além dos demais ensaios constantes da coletânea, destacando-se os trabalhos de Julieta Rossi (p. 79-116) e Magdalena Sepúlveda (P. 117-152), ambos versando sobre a jurisprudência do Comitê de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, e de Magdalena Sepúlveda, portanto, com especial atenção para a perspectiva internacional.

⁴⁵ Em especial, v. a relação da noção de regressividade com a interpretação da noção de progressividade adotada pela Assembléia Geral da Organização dos Estados Americanos, no âmbito das normas para a confecção dos informes periódicos previstos no artigo 19 do Protocolo de San Salvador. Sobre o tema, v., por todos, Christian Courtis, in: *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 3-8, apresentando as diversas

Se em favor do reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais podem ser – para além da controvérsia sobre a terminologia - colacionados fortes argumentos de matriz jurídico-constitucional, também é verdade que há, ainda, considerável espaço para controvérsia em torno da amplitude da proteção outorgada pelo princípio da proibição de retrocesso social no direito comparado. Este, contudo, o tema do próximo segmento.

3 – ALGUNS CRITÉRIOS PARA AFERIÇÃO DO ALCANCE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

Parece correto apontar a existência de considerável aceitação, pelo menos no Brasil e em alguns outros países, assim como, de modo geral, na esfera do direito internacional, quanto à necessidade de uma proteção jurídica contra o retrocesso em matéria de realização dos direitos sociais e das imposições constitucionais na esfera da justiça social, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada. Assim,

facetas da noção de regressividade, bem como p. 11-17, onde apresenta a compreensão da noção de proibição de regressividade no sistema americano de tutela dos direitos sociais.

ilustrando as principais tendências no que diz com o reconhecimento de um valor jurídico à proibição de retrocesso, pode-se partilhar do entendimento de que entre uma negativa total da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso (que, ao fim e ao cabo, teria a função de mera diretriz para os agentes políticos) e o outro extremo, o que propugna uma vedação categórica de toda e qualquer ajuste em termos de direitos sociais, também aqui o melhor caminho é o do meio, ou seja, o que implica uma tutela efetiva, mas não cega e descontextualizada dos direitos fundamentais sociais⁴⁶.

Que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso não pode resultar na transformação do legislador em órgão de mera execução das decisões constitucionais e nem assegurar (caso compreendida como absoluta vedação de qualquer alteração ou ajuste) aos direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizados uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, já foi objeto de referência na doutrina⁴⁷. Posta a questão em outros termos, a aplicação de uma proibição de retrocesso por si só não veda uma diminuição dos níveis de proteção e promoção de direitos sociais, especialmente na perspectiva subjetiva, para assegurar outros interesses públicos urgentes e relevantes, pois do contrário poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos.⁴⁸ Em síntese, se uma posição preferencial das liberdades há de ser afastada, pelo menos no sentido de um caráter secundário dos DESCAs, no

⁴⁶ Neste sentido, v. Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, “Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, Ano 2 – Nr. 3 – Abr/Jun. 2008, especialmente p. 40 e ss.

⁴⁷ Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 391 e ss.

⁴⁸ Cfr. Andreas Krell, *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha...*, op. cit., p. 40.

Estado Democrático de Direito também não se poderia justificar uma posição preferencial (ou absolutamente preferencial) de tais direitos, tema que, à evidência, merece maior reflexão do que aqui se pode oferecer.

Aliás, bastaria esta linha argumentativa para reconhecer que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra de cunho absoluto,⁴⁹ seja pelo fato, já apontado, de que a atividade legislativa não pode ser reduzida à função de execução pura e simples da Constituição, seja pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.⁵⁰ Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido estrito aqui versado – inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários.

Resta, contudo, avaliar o mais difícil, qual seja, o como deve ocorrer o controle da limitação da aplicação da proibição de retrocesso. Nesta perspectiva, importa destacar a orientação doutrinária e jurisprudencial, de acordo com a qual qualquer redução do alcance de um direito social deverá, pelo menos *prima facie*, ser considerada como constituindo uma violação do dever de progressiva realização dos direitos sociais e, portanto, tida como ofensa à proibição de retrocesso, de tal sorte que a restrição do conteúdo protegido de um direito social

⁴⁹ Neste sentido, v. também, a reflexão de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, “A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico”, in: Emerson Garcia, (Coord), *A Efetividade dos Direitos Sociais*, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 408 e ss, bem como, mais recentemente, Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, Op. Cit., p. 167 e ss..

⁵⁰ Neste sentido v. também João Caupers, *Os Direitos Fundamentais dos Trabalhadores e a Constituição*, Coimbra: Almedina, 1985, p. 44, que, apesar de favorável à proibição de retrocesso social, considera que a proteção dos sistemas prestacionais existentes não pode ser maior do que a concedida aos direitos de liberdade (direitos de defesa).

apenas se revela constitucionalmente legítima quando cuidadosamente avaliada pelo órgão estatal (no mais das vezes, o legislador) que a promove e que se revela como razoável e proporcional, sendo mesmo necessária para alcançar propósitos constitucionais relevantes ou até cogentes⁵¹. Tal orientação, como se percebe sem esforço, guarda relação com a dogmática de há muito praticada no plano do controle das restrições dos direitos fundamentais em geral, visto que condiciona a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade administrativa aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, que balizam toda e qualquer restrição de direito fundamental⁵². Neste sentido, verifica-se que (aqui sem maior preocupação no que diz com a precisão terminológica) que a proibição de retrocesso opera como espécie de limite dos limites dos direitos fundamentais sociais. Por outro lado – o que inclusive é apontado como uma das principais vantagens desta metódica de controle das medidas supressivas ou restritivas de direitos sociais – preserva-se a necessária margem de ação e adequação do poder público em face dos câmbios sociais e econômicos e mesmo no que diz com a manutenção do equilíbrio e coerência interna do sistema jurídico-constitucional, além de se fomentar uma ampla e responsável deliberação pública no sentido de justificar a necessidade dos ajustes no campo dos direitos sociais⁵³.

Embora não se pretenda desenvolver aqui com a necessária profundidade os aspectos ventilados, vinculados aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade e ao dever de

⁵¹ Cf., por todos, Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, op. cit., p. 44 e ss.

⁵² Bem abordando, no direito brasileiro, tal perspectiva, mediante uma apresentação e discussão dos critérios para o controle de medidas de caráter retrocessivo, v., em especial, Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*, Op. Cit., p. 167 e ss. (especialmente p. 194 e ss.).

⁵³ Sobre o tópico, v. também Rodrigo Uprimny e Diana Guarizo, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, op. cit., p. 55 e ss., à luz de diversos exemplos extraídos da rica jurisprudência constitucional colombiana.

justificação das medidas restritivas, assume-se como correta, pelo menos em termos gerais, tal linha de entendimento, até mesmo pelo fato de que, em se cuidando de controlar a atuação do poder público resultante em restrições de direitos fundamentais sociais, não se poderia aqui deixar de operar com os correlatos critérios para o controle de tais restrições, ainda que com a eventualmente necessária adequação ao regime e peculiaridades dos direitos sociais e do contexto jurídico-constitucional, social, político e econômico.

De outra parte, também é perceptível que reduzir a proibição de retrocesso a um mero controle da razoabilidade e proporcionalidade, assim como de uma adequada justificação das medidas restritivas, poderá não ser o suficiente, ainda mais se ao controle da proporcionalidade não for agregada a noção de que qualquer medida restritiva deverá preservar o núcleo (ou conteúdo essencial) do direito fundamental afetado, o que, por sua vez, guarda relação com a opção, no que diz com os limites aos limites dos direitos fundamentais, entre a teoria externa e a teoria interna, sem prejuízo de outros aspectos relevantes a serem considerados e que aqui não serão desenvolvidos. É precisamente aqui, no que diz com o alcance da proteção assegurada por conta de uma proibição de retrocesso, que a dignidade da pessoa humana e o assim designado mínimo existencial (assim como a garantia do núcleo essencial dos direitos) podem assumir particular relevância, tal como tem apontado relevante doutrina e jurisprudência.

Com efeito, adentrando a problemática central deste capítulo, colaciona-se lição de Gomes Canotilho, a sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais concretizado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do

legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado.⁵⁴ O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, representa aquilo que efetivamente se encontra protegido.⁵⁵

Muito embora tal concepção possa servir como ponto de partida para a análise da problemática do alcance da proteção contra o retrocesso em matéria de direitos sociais, não nos parece dispensável algum tipo de aprofundamento, notadamente no que diz com a vinculação do problema às noções de dignidade da pessoa e da garantia das condições materiais mínimas para uma vida digna, que, por sua vez, guardam relação com a noção de núcleo essencial dos direitos sociais, embora não se confundam necessariamente. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável⁵⁶, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto

⁵⁴ Cfr. José Joaquim Gomes Canotilho, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, 7ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, p. 338 e ss.

⁵⁵ Neste sentido também, Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 81 e ss. e p. 101 e ss.

⁵⁶ Sobre o ponto, v. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, 6ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

para a definição do núcleo essencial (embora não necessariamente em todos os casos e da mesma forma), quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais,⁵⁷ ainda mais em se tratando de um “ambiente constitucional, marcado – pelo menos no plano formal - por um constitucionalismo socialmente comprometido.

Com efeito, em se partindo do pressuposto que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem parâmetro para a própria exigibilidade dos direitos sociais na sua condição de direitos subjetivos a prestações, que, neste caso, prevalecem, em regra, até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da “reserva do possível” [e da conexa reserva parlamentar em matéria orçamentária] e da separação dos

⁵⁷ A respeito da noção de mínimo existencial, remetemos ao indispensável e pioneiro estudo – atualizado e aprofundado em contribuições mais recentes - de Ricardo Lobo Torres, “O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais”, in: *Revista de Direito Administrativo*, nº 177, 1989, p. 29 e ss., muito embora o autor – a partir de uma profunda análise especialmente da doutrina norte-americana e germânica – esteja aparentemente a se inclinar em prol de uma noção liberal (embora não necessariamente reducionista) de mínimo existencial, já que bem destaca o papel da dignidade da pessoa na construção do conceito de mínimo existencial. Dentre as contribuições mais recentes, importa referir, além do nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 330 e ss., o já citado estudo de Ana Paula de Barcellos, *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais*, especialmente p. 247 e ss., assim como Paulo Gilberto Cogo Leivas, *Teoria dos Direitos Fundamentais Sociais*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. No que diz com a produção monográfica especializada, v. por todos, Ricardo Lobo Torres, *O Direito ao Mínimo Existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008 (reunindo e sistematizando ensaios anteriores), bem como, por último, a importante contribuição de Eurico Bitencourt Neto, *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

poderes)⁵⁸, resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais (e neste sentido não apenas dos direitos a prestações) – que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para alguém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos. Com isso também se percebe nitidamente que a proibição de retrocesso no sentido aqui versado representa, em verdade, uma proteção que vai além da proteção tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas.

Por outro lado, independentemente da discussão em torno da maior ou menor autonomia (se é que tal autonomia – no sentido de uma autonomia absoluta – de fato existe, dada a evidente conexão da proibição de retrocesso com outras categorias, como a segurança jurídica e a proporcionalidade, por exemplo) da proibição de retrocesso em relação ao regime jurídico dos limites dos direitos fundamentais, no contexto do qual a proibição de retrocesso atuaria, segundo já se apontou, como limite dos limites, merece acolhida a já lembrada tese de que uma medida restritiva em matéria de direitos sociais em princípio deve ser encarada com reservas, isto é, como uma medida “suspeita” e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte que sujeita a controle no que concerne à sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências.⁵⁹ Dentre tais

⁵⁸ Sobre o tema, remetemos ao nosso A Eficácia dos Direitos Fundamentais, especialmente p. 299 e ss. Discorrendo especificamente sobre as relações entre a assim chamada reserva do possível e a proibição de retrocesso v., por último, Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, “Os vinte anos da Constituição Brasileira: da reserva do possível à proibição de retrocesso social”, in: Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira, Bruno Costa Teixeira e Paula Castello Miguel (Coord.), *Uma homenagem aos 20 anos da Constituição Brasileira*, Florianópolis: Fundação Boiteux, 2008, p. 157-172.

⁵⁹ Cf. também Jorge Reis Novais, *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*, op. cit., p. 201.

exigências, situa-se precisamente a salvaguarda do núcleo essencial e, de modo especial, do conteúdo em dignidade humana do direito social objeto de restrição. Assim, se uma medida restritiva de direito social deve passar pelos testes da razoabilidade e da proporcionalidade, desafiando a declaração da sua ilegitimidade constitucional se não for adequada e necessária, também deverá – ainda que adequada e necessária – respeitar as barreiras da assim designada proporcionalidade em sentido estrito, salvaguardando o núcleo essencial dos direitos afetados e o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana⁶⁰.

Tais premissas, ainda que não mencionadas da mesma forma na fundamentação, encontram-se na base de julgado do Tribunal Constitucional de Portugal, que, por sua vez, tem sido reiteradamente citado em escritos sobre o tema, pelo menos no que diz com a literatura brasileira. Trata-se do Acórdão nº 509/2002, que versa sobre a inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembléia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluiu da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo

⁶⁰ Importa destacar que não desconhecemos a controvérsia que existe (cada vez mais forte) em relação à figura do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que, para significativa doutrina, acaba sendo sempre reconduzido ao controle da proporcionalidade, notadamente no que diz com a terceira fase, da assim designada proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, precisamente questionando a noção de um núcleo essencial na perspectiva de uma proibição de retrocesso (embora sem questionar o reconhecimento, em si, de uma proibição de retrocesso), v. Rodolfo Arango, “La prohibición de retroceso en Colombia” in: Christian Curtis (Comp), Ni un paso atrás, op. cit., p. 153 e ss. Para um maior desenvolvimento deste ponto, bem como de sua relação com os demais critérios para um controle dos atos do poder público com base na proibição de retrocesso, v., por todos e por último, Luísa Cristina Pinto e Netto, *O Princípio de Proibição de Retrocesso Social*, op. cit., especialmente p. 167 e ss.

garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre os 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia. Destaque-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização dos direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, *sob pressuposto de que, em qualquer caso* a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos.⁶¹

Da análise da paradigmática decisão ora citada, que guarda harmonia com a argumentação desenvolvida ao longo do presente texto, resulta que uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas. De tal sorte não há, de fato, como sustentar que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais (nos termos expostos) resultaria

⁶¹ Para quem deseja aprofundar a análise, vale a pena conferir na íntegra a fundamentação do já citado Acórdão nº 509/2002, Processo nº 768/2002, apreciado pelo Tribunal Constitucional de Portugal em 19.12.2002.

numa aniquilação da liberdade de conformação do legislador, que, de resto – e importa lembrar tal circunstância – nunca foi e nem poderia ser ilimitada no contexto de um Estado constitucional de Direito, como bem revelam os significativos limites impostos na seara das restrições legislativas ao exercício dos direitos fundamentais.

Considerando que o núcleo essencial dos direitos fundamentais, inclusive sociais, nem sempre corresponde ao seu conteúdo em dignidade (que poderá ser variável, a depender do direito fundamental em causa) é de se admitir até mesmo a eventual inconstitucionalidade de medidas que – mesmo não afetando diretamente a dignidade da pessoa humana – inequivocamente estejam a invadir o núcleo essencial. Que também no âmbito da proibição de retrocesso importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa, mas varia também conforme a natureza do direito social em particular (moradia, saúde, assistência social, apenas para mencionar alguns exemplos) resulta evidente e vai aqui assumido como pressuposto de nossa análise.

Com relação à objeção de que em função da incidência da assim designada “reserva do possível”, isto é, de uma justificativa calcada na falta de recursos e, portanto, fundada na necessidade de promover ajustes para menos ou mesmo a supressão de certas prestações sociais, não haveria como invocar, com sucesso, a proibição de retrocesso, importa ter presente alguns fatores que no mínimo não deveriam ser negligenciados. Em primeiro lugar, se tem sido geralmente admitido que na esfera da garantia do mínimo existencial existe um direito subjetivo definitivo às prestações que lhe são inerentes, ou seja, que eventual obstáculo de ordem financeira

e orçamentária deverá ceder ou ser removido, inclusive mediante a realocação de recursos, fixação de prioridades, ou mesmo outras medidas, também – e neste caso com maior razão ainda – não se poderá pretender suprimir ou esvaziar, pelo menos não aquém do mínimo existencial, a concretização já levada a efeito dos direitos sociais. Como exemplo desta tutela negativa do mínimo existencial colaciona-se a sua função como limite material ao poder de tributar do Estado, já que este, em regra, não pode tributar o mínimo existencial (no âmbito do imposto sobre a renda, por exemplo), ainda que mediante a alegação da necessidade de reforçar a arrecadação para promover os direitos sociais⁶². O que se percebe, à vista do exposto, é que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana operam tanto como fundamentos para a limitação de direitos, quando tal se revelar indispensável à salvaguarda da dignidade, quanto atuam como limites dos limites, pois constituem, ao mesmo tempo, o marco a ser respeitado pelas medidas restritivas⁶³.

Por outro lado, o que importa, nesta quadra, é enfatizar que embora a alegação da falta de recursos para a manutenção de determinados benefícios sociais ou, o que é mais comum, para a preservação de determinado patamar de proteção social, seja um possível fundamento para justificar uma medida restritiva, não poderá servir de justificativa para a afetação do núcleo essencial dos direitos sociais, ainda mais quando em causa as exigências mínimas para uma vida com dignidade. Com efeito, se o mínimo existencial é aquilo que o Estado em todo o caso deve assegurar positivamente, também é aquilo que

⁶² Especificamente sobre a função do mínimo existencial e da dignidade da pessoa humana como limites ao poder de tributar, v., no direito brasileiro, Ricardo Lobo Torres, *Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário: os direitos humanos e a tributação – imunidades e isonomia*, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 144 e ss., bem como Humberto Ávila, *Sistema Constitucional Tributário*, 3ª ed., São Paulo: Saraiva, 2008, p. 331 e ss.

⁶³ Cf. o nosso *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988*, op. cit., p. 123 e ss.

o estado deve respeitar por força de um dever de não-intervenção⁶⁴. Precisamente nesta perspectiva (ainda que não idêntica a argumentação) vale referir decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, de acordo com o qual a decisão de reduzir os recursos destinados a subsidiar habitações para a população de baixa renda, promovida pelo poder público municipal, embora em abstrato justificada pela necessidade de contenção de despesas (pela carência de recursos) e atendimento a outras demandas de cunho social, não resultou convincente no caso concreto, especialmente quando as dificuldades financeiras apontadas podem ser atribuídas à falta de planejamento e gestão deficiente do próprio poder público⁶⁵.

Em face do exposto, importa reafirmar, também no contexto da proteção dos direitos sociais na esfera de uma proibição de retrocesso, que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional, o que, à evidência, não afasta a discussão sobre qual o conteúdo do mínimo existencial em cada caso e no contexto de cada direito social e do estágio de desenvolvimento social e econômico de cada país.⁶⁶

Ainda no que diz com relevância do princípio da proporcionalidade na esfera da assim designada proibição de retrocesso e da salvaguarda dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, importa lembrar que a proporcionalidade

⁶⁴ Neste sentido, v., por todos, Ricardo Lobo Torres, *O Direito ao Mínimo Existencial*, op. cit., e, por último, Eurico Bitencourt Neto, *O Direito ao Mínimo para uma Existência Digna*, op. cit., especialmente p. 117 e ss.

⁶⁵ Cf. sentença T-1318 de 2005, referida e comentada por Rodrigo Uprimny e Diana Guarizo, in: *Direitos Fundamentais & Justiça*, op. cit., p. 48-49.

⁶⁶ Sobre o princípio da proporcionalidade e a função da dignidade da pessoa humana neste contexto, v., entre outros, Heinrich Scholler, "O princípio da proporcionalidade no direito constitucional e administrativo da Alemanha", in: *Revista Interesse Público* nº 2, 1999, p. 93-107.

opera tanto como uma proibição de excesso, quanto naquilo em que, vinculada aos deveres de proteção – com os quais não se confunde –, proíbe uma proteção insuficiente – exigindo, pelo contrário, uma proteção social compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana no marco de um Estado Democrático e Social de Direito.⁶⁷ A conexão entre a proibição de retrocesso social e a assim designada proibição de proteção insuficiente ou deficiente (o que abrange, no caso, a proteção social, em geral representada pela concretização dos direitos sociais) resulta evidente, pois atua tanto como parâmetro para o controle das omissões e ações insuficientes do poder público, quanto serve de critério para o controle de medidas que venham a resultar na supressão ou diminuição de direitos sociais antes concretizados em nível satisfatório, ou seja, em patamares correspondentes às exigências do mínimo existencial. Em outras palavras, a proibição de retrocesso implica - como já frisado- não apenas a vedação da recriação de um estado de omissão inconstitucional, mas também a proibição de uma ação insuficiente⁶⁸.

Em sintonia com tal linha argumentativa (de modo especial com a noção de uma garantia de um mínimo existencial), embora a ausência de referência direta a uma proibição de proteção insuficiente, como fundamento da decisão, é possível citar julgado proferido por Tribunal da Argentina (Câmara de Apelações do Contencioso Administrativo e Tributário da Cidade de Buenos Aires), onde igualmente estava em causa a garantia de uma habitação (moradia) digna para pessoas submetidas a condições de vida precárias em ambiente marcado por forte exclusão social. No

⁶⁷ Cf. bem apontado por Cristina Queiroz, *Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 117. Da mesma autora, com maior desenvolvimento, *O Princípio da Não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais*, op. cit., p. 76 e p. 100 e ss.

⁶⁸ Cf., por todos, Jorge Pereira da Silva, *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2003, p. 282 e ss.

caso concreto (que envolvia a negação do acesso à moradia por parte do autor da demanda judicial), o Tribunal argumentou que a descontinuidade das prestações sociais viola o princípio da proibição de retrocesso, pois uma vez reconhecido e efetivado um direito social, designadamente quando se trata de pessoas que se encontram em situação econômica e social precária, não é possível eliminar pura e simplesmente esta condição básica de inclusão social, ainda mais quando da falta de alternativas razoáveis adotadas por parte do poder público⁶⁹.

Para além do exposto e tendo em conta que a dignidade da pessoa humana e a correlata noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, importa relembrar aqui as noções de segurança jurídica e proteção da confiança, igualmente referidas em muitas das decisões sobre o tema, inclusive na decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, já citada⁷⁰. Assim – mesmo que não se pretenda desenvolver estes aspectos – é certo que também na esfera da proibição de retrocesso tal como versada, a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual.⁷¹ Com efeito, a partir do princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei

⁶⁹ Cuida-se de caso julgado em 08.10.2003, referido por Christian Courtis, in: Ni un paso atrás, op. cit., p. 22-23. Igualmente desenvolvendo o tema, com ênfase na experiência argentina, v. Horácio González, El desarrollo de los derechos a la seguridad social y la prohibición de regresividad en Argentina, in: Christian Courtis (Comp), Ni un paso atrás, op. cit., p. 193-253, mediante referência a outros casos.

⁷⁰ Para o caso da Colômbia, v. o elenco de decisões referido por Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, in: Direitos Fundamentais & Justiça, op. cit., p. 37 e ss.

⁷¹ Cfr. Winfried Boecken, *Der verfassungsrechtliche Schutz von Altersrentenansprüche und Anwartschaften in Italien und in der Bundesrepublik Deutschland sowie deren Schutz im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention*, Berlin: Duncker & Humblot, 1987, p 80.

restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade.⁷² Que tais questões – consoante já frisado – nos remetem novamente aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também dizem respeito ao princípio da isonomia, os quais igualmente devem ser observados neste contexto, salta aos olhos embora aqui não venha a ser mais desenvolvido.

4 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cientes de que deixamos muitas questões em aberto, pois a pretensão não era a de efetuar um inventário completo dos aspectos apresentados, seguem algumas conclusões e proposições, que, talvez, possam contribuir para o avanço no debate sobre as possibilidades e limites da proibição de retrocesso, especialmente quando compreendida como noção correlata aos deveres de desenvolvimento sustentável e de progressiva realização dos direitos econômicos, sociais, culturais e ambientais.

Quanto ao reconhecimento em si de uma proibição de retrocesso, é possível assumir como correta a constatação no que diz com uma crescente convergência entre o sistema

⁷² Cfr., dentre tantos, Dietrich Katzenstein, “Die bisherige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Eigentumsschutz sozialrechtlicher Positionen”, in: Festschrift für Helmut Simon, Baden-Baden: Nomos, 1987, p. 862, com apoio na jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal. Neste contexto, Hans-Jürgen Papier, “Der Einfluss des Verfassungsrechts auf das Sozialrecht”, in: Bernd Baron von Maydell/Franz Ruland (Org), *Sozialrechtshandbuch*, 3ª ed., Baden-Baden: Nomos, 2003, p. 120, lembra que no âmbito da ponderação de bens e interesses a ser procedida em cada caso, a regulação legislativa será inconstitucional apenas quando se verificar que a confiança do indivíduo na continuidade da situação legal atual pode ser tida como prevalente em face dos objetivos almejados pelo legislador com as alterações propostas, destacando, todavia, que tais critérios assumem um papel secundário na aferição da constitucionalidade de medidas retroativas. Tal fórmula tem sido largamente adotada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha (especialmente desde *BVerfGE* 24, p. 220, 230 e ss.), no sentido de que importa ponderar, em cada caso, entre a extensão do dano à confiança do indivíduo e o significado da medida adotada pelo poder público para a comunidade.

internacional dos direitos humanos e a gradativa incorporação da noção de proibição de retrocesso (insista-se, muitas vezes sob rótulo diverso e com manifestações distintas) à gramática jurídico-constitucional de uma série de países, pelo menos na esfera do constitucionalismo latino-americano e na Europa ocidental, muito embora se trate de uma noção carente de desenvolvimento em vários níveis.

De modo especial, atentando especialmente para os expressivos níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer, ainda mais, os deficitários patamares de segurança social vigentes em países tidos como periféricos, é de reafirmar que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática ora versada neste ensaio (que não possui mais do que caráter exploratório) assume caráter emergencial e segue reclamando uma atenção constante da doutrina e da jurisprudência, em especial no que diz com a construção de uma sólida e adequada dogmático jurídico-constitucional, definindo os contornos, os limites e possibilidades da proibição de retrocesso. Especialmente relevante é a necessária diferenciação, a despeito dos elos comuns, em relação ao que ocorre em países economicamente mais robustos, onde a noção de proibição de retrocesso igualmente assume importância (veja-se os casos da Alemanha e de Portugal, em caráter ilustrativo), mas onde os sistemas de proteção social, mesmo passando por um processo de “encolhimento”, em termos gerais alcançaram um patamar que corresponde às exigências de uma vida digna para as respectivas populações. Com efeito, embora desenvolvimento sustentável seja também no plano Europeu um dever jurídico-constitucionalmente relevante, o dever de progressiva realização dos DESCAs (que guarda relação, mas não se confunde, importa frisar, com o dever de sustentabilidade) – considerado o estágio relativamente salutar dos níveis de tutela social – já se manifesta como mais central para os países em

desenvolvimento. Da mesma forma, a própria forma de se compreender e aplicar a proibição de retrocesso em ambientes substancialmente distintos deve ser objeto de especial consideração.

Além disso, se faz necessária também a reconstrução (mas não o abandono) da noção de constitucionalismo dirigente, que, portanto, impõe uma vinculação do legislador ao postulado de uma eficiente e eficaz promoção e garantia dos direitos fundamentais, mesmo (e talvez por isso mesmo, como já o lembramos ao tratar da segurança jurídica) numa sociedade em constante processo de mudança. Com efeito, considerando os desenvolvimentos antecedentes, seguimos acreditando que o reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da proibição de retrocesso constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional⁷³, que além de vincular o legislador de forma direta à Constituição, também assegura uma vinculação, que poderíamos designar de mediata, no sentido de uma vinculação do legislador à sua própria obra, especialmente no sentido de impedir uma frustração da vontade constitucional. Também nesta esfera faz-se indispensável uma contextualização e adequação à realidade normativa e fática dos países em desenvolvimento e que, como é o caso, por exemplo, da maioria dos estados latino-americanos, possuem constituições analíticas e dirigentes, pena de chegarmos a resultados constitucionalmente inadequados e, portanto, ilegítimos, não sendo à toa que se fala em um constitucionalismo dirigente adequado aos países de modernidade tardia⁷⁴. Nesta mesma perspectiva, é necessário

⁷³ Cf. o nosso “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”, in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. LXXXII, 2006.

⁷⁴ Neste sentido, v. a referencial proposta de Lenio Luiz Streck, “A Concretização de

vincular o dever de desenvolvimento sustentável e a obrigação de uma progressiva realização (tutela e promoção) dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais à concepção de um constitucionalismo dirigente possível, já que somente neste contexto, como já frisado ao longo do texto, faz sentido insistir com uma proibição de retrocesso nesta seara.

Por outro lado, se o manejo constitucionalmente adequado e responsável do princípio da proibição de retrocesso (que definitivamente não se presta a blindar privilégios injustificáveis, pelo simples fato de terem sido, em determinado contexto, assegurados a certo grupo de pessoas) não constitui certamente a única via para proteger os direitos fundamentais sociais, também não restam dúvidas de que se trata de uma importante conquista da dogmática jurídico-constitucional (notadamente mediante o labor da doutrina e crescente incidência na esfera jurisprudencial) para assegurar, especialmente no plano de uma eficácia negativa, a proteção dos direitos sociais contra a sua supressão e erosão pelos poderes constituídos, ainda mais num ambiente marcado por acentuada instabilidade social e econômica, como é o caso – também – do espaço latino-americano, sem falar na vulnerabilidade das sociedades mais dependentes tecnologicamente em face do domínio excludente do conhecimento. Vinculado a tal problema, verifica-se a compressão dos direitos e garantias fundamentais sob o influxo das “exigências” da sociedade tecnológica, o que, se

Direitos e a Validade da Tese da Constituição Dirigente em Países de Modernidade Tardia”, in: António Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (orgs), *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, Rio de Janeiro: Renovar, 2004, p. 334, onde aponta – neste passo em sintonia com as lições de José Joaquim Gomes Canotilho – que a noção de constituição dirigente não implica a admissão da possibilidade de um normativismo constitucional revolucionário, capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias, mas sim, uma vinculação do legislador aos ditames da materialidade constitucional e a afirmação do papel do Direito (notadamente do direito constitucional) como instrumento de implementação de políticas públicas.

considerarmos o mundo do trabalho, se revela de forma particularmente preocupante.

Convém recordar, também nesta quadra, que entre dever de progressividade e proibição de retrocesso se estabelece uma conexão dinâmica e dialógica, visto que se a proibição de retrocesso, em primeira linha, serve de instrumento para a proteção dos níveis de proteção social atingidos, atuando, nesta perspectiva, como uma garantia para o “entrincheiramento” dos direitos fundamentais, na acepção entre nós adotada por Walber de Moura Agra⁷⁵ também é certo que da proibição de retrocesso decorrem efeitos de caráter prospectivo, já que tais posições sociais passam a ser blindadas com vistas à sua manutenção para o futuro, assegurando uma perspectiva concreta em termos de garantia jurídico-constitucional das bases para uma existência digna, assim como se sabe que também medidas de efeito prospectivo podem afetar e mesmo suprimir conquistas sociais e violar o núcleo essencial dos direitos sociais⁷⁶.

Por outro lado, convém não esquecer – na esteira do que sustenta Gilberto Bercovici - que nem a afirmação de um dirigismo constitucional, representado pelos deveres de desenvolvimento e progressividade em matéria de DESCA, nem a proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional (visto que, por si só, na sua condição jurídico-normativa, tais categorias não implicam substancial e efetiva mudança da realidade social), dispensam o resgate do verdadeiro papel da cidadania⁷⁷. Precisamente neste contexto assume relevância o resgate e valorização da noção de um

⁷⁵ Cf. Walber de Moura Agra, *A Reconstrução da Legitimidade do Supremo Tribunal Federal*, Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 300 e ss., igualmente reconhecendo que a proibição de retrocesso implica limitação da autonomia do poder legislativo.

⁷⁶ Cf. o nosso *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 435-436.

⁷⁷ Cf. aponta, com acuidade, Gilberto Bercovici, *Ainda Faz Sentido a Constituição Dirigente?*, in: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 2008, p. 155 e ss.

status activus processualis, tal qual cunhada por Peter Häberle⁷⁸, visto que a garantia da participação efetiva dos cidadãos nos processos de deliberação e decisão sobre as prioridades a serem atendidas na esfera das políticas públicas, assim como na discussão a respeito de eventuais ajustes e mesmo restrições, deveria necessariamente ser considerada tanto no que diz com a implantação, pela via da organização e procedimento, de mecanismos de participação e controle social, quanto por ocasião da maior ou menor intensidade do controle jurisdicional dos atos do poder público quando em causa uma medida de cunho regressivo⁷⁹.

Em suma, também para o domínio dos direitos fundamentais dos trabalhadores, que se articula com os demais direitos fundamentais, até mesmo pelo fato de que tais direitos encontrarem, na sua base - ainda que não de forma exclusiva - a dignidade da pessoa humana, a categoria (e garantia) da proibição de retrocesso, bem compreendida e bem manejada, poderá contribuir para a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais em face da lógica tecnicista e economicista exclusivamente guiada por uma lógica de custo-benefício e descomprometida com a justiça social. O quanto o direito e as garantias jurídicas poderão cumprir uma função efetiva em face da realidade nem sempre zelosa “dos direitos humanos”, diz respeito a uma reflexão que aqui não se poderá empreender e que não afasta o compromisso do Estado Democrático e Social de Direito com a garantia de uma existência digna para todos.

⁷⁸ Cf., por todos, Peter Häberle, “Grundrechte im Leistungsstaat”, in: VVDStrL 30, 1972, em especial, p. 86 e ss.

⁷⁹ Sobre o tópico, v., por último, Rogério Gesta Leal, *Condições e Possibilidades Eficaciais dos Direitos Fundamentais Sociais. Os Desafios do Poder Judiciário no Brasil*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

