

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO MEIO PROTETIVO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

*THE PROHIBITION PRINCIPLE OF SOCIAL REGRESSION AS
PROTECTIVE MEAN OF FUNDAMENTAL RIGHTS*

João Paulo Reis de Deus¹

¹ Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Advogado. e-mail: joapauloreis86@gmail.com

RESUMO: O presente artigo pondera a relação existente entre o princípio da proibição do retrocesso social e a proteção dos direitos fundamentais sociais. Partindo-se da premissa que os direitos fundamentais sociais carecem de prestações positivas do Estado e que, por isso, demandam um esforço maior do Poder Público para a sua concretização, o objetivo deste trabalho é perquirir acerca da evolução dos direitos fundamentais e discutir a importância de tratá-los como pressupostos legitimadores de um Estado que se pretenda Democrático e de Direito. Assim, diante da confrontação existente entre a possibilidade do Estado garantir um direito fundamental social e das condições orçamentárias para a sua concretização, surge a necessidade de analisar o princípio em comento, a sua incidência e os seus limites, de forma a garantir que os cidadãos de determinado governo não sejam surpreendidos com a supressão ou diminuição de direitos sociais já implementados.

PALAVRAS-CHAVE: Estado Democrático de Direito. Direitos Fundamentais. Direitos Sociais. Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

ABSTRACT: This paper is to ponder the relationship between the principle, implicit in the Constitution, of retrocession prohibition and the protection of social fundamental rights. Our objective consists basically in analyzing the evolution of fundamental rights and argues about the importance of treating them as presumption of legitimacy of a Democratic and Social Estate of rights. This paper consider the social fundamental rights as those who needs positive benefits from the state and those who require an effort by the government to its completion. Therefore, before the confrontation between the possibilities of government guarantee a fundamental

social right and budgetary conditions for achieving them, the need arises to analyze the principal of retrocession prohibition, its incidence and limits, to ensure that the citizens of a state are not surprised with the suppression or reduction of implemented social rights.

KEYWORDS: Democratic and social estate of rights. Fundamental rights. Social rights. Principle of prohibition of retrogression.

1. INTRODUÇÃO

As revoluções burguesas, próprias do final do século XVIII, foram essenciais para a história da humanidade e para a teoria da Constituição. Como resposta aos Estados absolutistas, cujos governantes concentravam em si todas as funções públicas em detrimento da participação e da liberdade individual dos governados, os burgueses, que detinham os meios de produção de uma sociedade cada vez mais industrializada, passaram a reivindicar maior participação política no Estado, a partir da limitação dos poderes do monarca, cuja função seria precipuamente garantir direitos.

Concomitantemente às referidas revoluções, surgiram as primeiras Constituições escritas, que erigiam o povo como titular legítimo do poder e que primavam por valores fundamentais a abstenção do Estado na vida privada dos seus governados e a proteção dos direitos de liberdade, igualdade (ainda que num plano formal) e de propriedade.

Contudo, as Constituições liberais foram claramente promulgadas com o objetivo de garantir os direitos de uma parcela mínima da população, na medida em que a política de abstenção do Estado na sociedade e

na economia teve como consequência a concentração de riquezas e a miserabilidade daqueles que eram explorados pela lógica capitalista, própria do liberalismo político e econômico.

À vista disso, as classes oprimidas se insurgiram, o que corroborou para o surgimento de um constitucionalismo social comprometido em garantir os denominados direitos sociais, tais quais a saúde, a educação, a previdência e o direito ao trabalho digno. Esse Estado Social foi sistematizado pelas Constituições promulgadas no início do século XX, como a Constituição Mexicana de 1917 e a Alemã de 1919.

De conseguinte, é imprescindível a análise dos marcos constitucionais supra, para que se compreenda a importância dos direitos fundamentais. Os direitos individuais à liberdade e propriedade foram maximizados, num primeiro momento, ao *status* de direitos constitucionalmente previstos, quando da vigência das Constituições liberais, já os direitos sociais foram erigidos ao patamar de fundamentais no momento em que passou a ser prioridade do Poder Público concretizar medidas de cunho socializante, a fim de proteger a dignidade da pessoa humana.

Diante do exposto, surgiu na segunda metade do século XX, muito em razão das falhas do projeto constitucional liberal e social, o Estado Democrático de Direito, cuja função foi sintetizar e proteger os direitos fundamentais sejam eles de origem liberal ou social. O Estado Democrático de Direito, portanto, tem por finalidade promover a manutenção dos direitos fundamentais individuais, de origem liberal, e a concretização dos direitos fundamentais sociais, de modo a preservar a interdependência desses direitos. Não há mais uma hierarquização dos direitos fundamentais, que passam a ter o mesmo grau de importância na implementação do projeto constitucional social e de direito.

Nesse apanágio, o objetivo desse trabalho é investigar a respeito do

grau de efetividade da Constituição Federal brasileira de 1988, no que se refere aos direitos fundamentais sociais, na medida em que essa espécie de direitos demanda do Estado a adoção de políticas públicas que exorbitam a mera abstenção e garantia dos direitos individuais.

Para tanto, eleger-se-á o princípio da proibição do retrocesso social como forma de garantir a efetividade da promessa constitucional de concretização dos direitos fundamentais sociais, confrontando o referido princípio com outros de previsão constitucional, com o fim de pesquisar as hipóteses de sua ocorrência e os seus limites, para em conclusão tentar apresentar uma resposta para o problema da efetividade dos direitos fundamentais sociais na conjuntura atual do ordenamento jurídico brasileiro.

2. DIREITOS FUNDAMENTAIS

A primeira questão relevante para se confrontar no corrente trabalho é a delimitação de um conceito de *direitos fundamentais*, para que a expressão seja empregada de modo idôneo e correlato às definições já sedimentadas por autores que dedicaram seus estudos à Teoria da Constituição.

Paulo Bonavides, excepcional autor e pesquisador do direito pátrio, começa a delinear o conceito de direitos fundamentais a partir do pensamento de dois juristas clássicos do direito alemão contemporâneo, a saber, Konrad Hesse e Carl Schmitt.

Segundo o autor, enquanto o primeiro, numa acepção ampla do termo, expõe que os direitos fundamentais são pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna, o segundo dita dois critérios para a sua caracterização, ao dizer que: a) são denominados direitos fundamentais aqueles nomeados em específico pelo Texto Constitucional como tais e; b)

são os direitos eleitos pela Constituição como aqueles com um grau mais elevado de garantia, dotados de uma imutabilidade, ou quando possível a mudança, essa será dificultada, dado ao caráter singular dessa espécie de direitos. (BONAVIDES, 2009, p. 561-562). Destarte, dentre os conceitos sobre expostos, o segundo conceito é o que melhor se coaduna com o contexto e a proposta do atual escrito.

Todavia, Konrad Hesse, em uma concepção mais reduzida e normativa do termo direitos fundamentais, definiu-os como aqueles que o direito vigente dita como tais. Esse entendimento, também se afilia a essa proposta, no sentido de que cada Estado elege os direitos fundamentais que melhor manifeste as ideologias e finalidades do seu povo. Nessa senda, continua Paulo Bonavides:

Corresponde assim, por inteiro, a uma concepção de direitos absolutos, que só excepcionalmente se relativizam “segundo o critério da lei” ou “dentro dos limites legais” [...] as limitações aos chamados direitos fundamentais genuínos aparecem como exceções, estabelecendo-se unicamente com base em lei, mas lei em sentido geral; a limitação se dá sempre debaixo do controle da lei, sendo mensurável na extensão e no conteúdo. (BONAVIDES, 2009, p. 561-562).

Nota-se, portanto, a partir da formulação encabeçada por Bonavides, que subsiste uma intrincada relação entre o Texto Constitucional e os direitos fundamentais, vez que, a Constituição, em uma apertada síntese da expressão, é a exteriorização da vontade popular de estabelecer um novo ordenamento jurídico que melhor reflita os anseios, ideologias e valores de um povo. Inobstante ser, portanto, um marco que delimita uma cisão entre uma ordem jurídica que não mais se compatibiliza com a vontade popular para outra que melhor se apraz com o alvedrio do povo.

Da mesma forma expõe o constitucionalista José Afonso da Silva:

A Constituição do Estado, considerada sua lei fundamental, seria, então, a organização dos seus elementos essenciais: um sistema de normas jurídicas, escritas ou costumeiras, que regula a forma do Estado, a forma de governo, o modo de aquisição e o exercício de poder, o estabelecimento de seus órgãos e os limites de sua ação, os direitos fundamentais do homem e as respectivas garantias[...]. (SILVA, 2005, p. 37-38).

Diante do exposto, é lógica a conclusão que leva a crer, que o surgimento dos direitos fundamentais e do próprio Estado é coetâneo à própria Constituição. Não há que se falar, assim, de uma Constituição que não se preste a delimitar e explicitar os direitos fundamentais basilares de sua validade. De tal sorte, continua José Afonso da Silva:

Direitos fundamentais do homem constitui a expressão mais adequada a este estudo, porque, além de referir-se a princípios que resumem a concepção do mundo e informam a ideologia política de cada ordenamento jurídico, é reservada para designar, no nível do direito positivo, aquelas prerrogativas e instituições que ele concretiza em garantias de uma convivência digna, livre e igual de todas as pessoas. (SILVA, 2005, p. 37-38).

Neste ponto, conclui-se pela indissociável noção que os direitos fundamentais são pressupostos essenciais para a formação de uma ordem jurídica nova, que reflita de modo real um Estado sensível as necessidades e vontades dos seus governados. Mencionados direitos são concebidos, assim, como elementos que definem e legitimam toda ordem jurídica positivada de um Estado. A Constituição é base e fundamento de toda atividade estatal.

2.1 Direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 determina em seu artigo 1º, inciso III, que a dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos da ordem constitucional democrático e de direito que se pretendia inaugurar com a promulgação do novo Texto Constitucional.²

Neste sentido, é pertinente mencionar, que a dignidade da pessoa humana foi sob elevada ao *status* de princípio fundamental e à condição de fundamento da República, o que permite afirmar que o indivíduo é o epicentro de toda ordem constitucional e a sua proteção é o núcleo dos direitos fundamentais. Deste modo, estabelece-se o caráter indissociável e de concatenação entre a guarda da dignidade do indivíduo e a proteção dos direitos fundamentais que o representam.

Os doutrinadores Gilmar Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco consideram em obra analítica do tema, que o princípio da dignidade da pessoa humana é respeitado quando o indivíduo é tratado como sujeito com valor intrínseco e resta violado quando a pessoa é reduzida à condição de objeto para a satisfação de um interesse imediato. (BRANCO; MENDES, 2014, p. 280-281).

Essa vedação ao reducionismo do homem à condição de objeto para a satisfação das necessidades de outrem pode ser interpretada como um complemento da teoria do filósofo Immanuel Kant, que defendia que o homem é um fim em si mesmo e não um meio que Estado dispõe para a consecução de suas finalidades. O homem deve ser individualmente considerado para que subsista de maneira digna. (BALERA, 2009, p. 124).

A dignidade da pessoa humana enquanto qualidade intrínseca do indivíduo o torna merecedor do respeito e consideração do Estado e dos

² A dignidade da pessoa humana, segundo o art.1º, III, da CF de 1988, encontra-se no Título I da Constituição, que trata dos princípios fundamentais.

membros da comunidade em que está inserido, sendo a ele assegurado proteção contra qualquer ato desumano e degradante, garantindo-lhe, em contrapartida, as condições de existência mínima para uma vida saudável e condizente à realidade pretendida pelo Texto Constitucional.

Ingo Wolfgang Sarlet ratifica o entendimento de complementaridade entre os conceitos de Constituição, dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais, quando aduz que:

Os direitos fundamentais, como resultado da personalização e posituação constitucional de determinados valores básicos (daí seu conteúdo axiológico), integram, ao lado dos princípios estruturais e organizacionais (a assim denominada parte orgânica ou organizatória da Constituição), a substância propriamente dita, o núcleo substancial, formado pelas decisões fundamentais, da ordem normativa, revelando que mesmo num Estado constitucional democrático se tornam necessárias (necessidade que se fez sentir da forma mais contundente no período que sucedeu à Segunda Grande Guerra) certas vinculações de cunho material para fazer frente aos espectros da ditadura e do totalitarismo. (SARLET, 2005, p.70).

Noutros termos, justamente por representarem os valores básicos de uma sociedade, os direitos fundamentais delimitam o núcleo substancial da Constituição. Assim, com a finalidade de evitar os governos totalitários e ditatoriais, a posituação destes direitos e a sua consagração em normas jurídicas, que são verdadeiros pressupostos de validade, são absolutamente necessários.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não unicamente se empenhou em conjecturar a dignidade da pessoa humana com fundamento, como também se encarregou de maximizar consideravelmente o elenco de direitos e garantias fundamentais, conforme se depreende com a leitura do artigo 5º da CF de 88 e seus setenta e oito incisos.

Além disso, a Constituição de 1988 foi responsável por todo um realojamento topográfico da previsão dos direitos fundamentais, defrontado-se com as Constituições brasileiras que o antecederam, as quais previam os direitos e garantias fundamentais ao final do texto, logo após a regulamentação da organização do Estado. Mencionada mudança, consoante Kildare Carvalho, não representa tão somente um remanejamento, conquanto sedimenta de vez que os direitos fundamentais são condicionantes de validade para todo Texto Constitucional. (CARVALHO, 2008, p. 693).

Diante das considerações elaboradas, a finalidade das análises dispostas neste capítulo não foi outra que investigar a extensão do conceito de direitos fundamentais e a intrínseca correspondência entre essas garantias e a dignidade da pessoa humana, pois, o presente trabalho pretende elaborar proposições que otimizem a implementação dos chamados direitos fundamentais sociais, para que se atinja uma efetivação real dos preceitos constitucionais elencados na atual Constituição brasileira.

3. EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

No capítulo anterior pretendeu-se sumariamente expor a relação de influência entre os direitos fundamentais e a Constituição, que é o documento jurídico-político responsável por inaugurar uma nova ordem jurídica no Estado. Para tanto, partiu-se do conceito de direitos fundamentais, entendidos como o núcleo da Constituição, para depois se perquirir sobre o caráter indissociável deles com o princípio da dignidade da pessoa humana. A idéia preliminar foi, portanto, demonstrar que em um Estado, cuja Constituição inaugura um regime político democrático e de direito, a

previsão dos chamados direitos fundamentais é absolutamente inafastável.

Cumprе demonstrar, neste momento, que os direitos fundamentais tiveram seu alcance ampliado no decorrer da história, isto é, a noção de direitos que devem ser preservados pelo Poder Público e a própria função do Estado na manutenção destes se alterou com o avançar do tempo. Portanto, esse capítulo tratará dos direitos fundamentais nos Estados absolutistas, liberais, sociais e democráticos de direito, para que se possa inquirir a relevância dos direitos fundamentais no Constitucionalismo atual e se apure o alcance e os limites do princípio da proibição de retrocesso social, como princípio implícito do Texto Constitucional, que auxilia na democratização de acesso a determinados bens e serviços.

3.1 Do Estado absolutista ao Liberal

O Estado Absolutista surgiu na modernidade³ e foi responsável pela unificação do Poder Político, em contraposição a dispersão do governo próprio dos regimes feudais. Nele a figura do monarca se confundia com o próprio Estado, pois a vontade do governante se sobrepunha ao exercício das liberdades individuais dos governados. O poder do soberano se justificava numa compreensão de predestinação divina, o que por si só, não permitia nenhuma interpelação em sentido contrário:

A desigualdade perante a lei, que era mantida pelo sistema político dos “estados”, com seus privilégios fiscais para as ordens da nobreza e do clero e acesso limitado aos cargos públicos, às limitações impostas às pessoas e à propriedade; a servidão; a exclusão da participação popular nos assuntos públicos; a intolerância religiosa; a

³ Expoente das ciências políticas, Nicolau Maquiavel, em sua obra “*O Príncipe*”, de 1513, define Estado como todos os domínios que tiveram e têm império sobre os homens. É na modernidade que surgiu, portanto, a noção de Estado tal qual conhecemos hoje, a partir da teoria defendida por Maquiavel.

desumanidade do direito penal, que infligia penas capitais e horríveis castigos corporais e mutilações; o processo penal que ainda utilizava a tortura como método de investigação. (CAENEGEM, 1995, p.117-118).

Nesta conjuntura, era inevitável a tentativa de reforma das bases do regime que se impunha, visto que os burgueses detentores do poder econômico, não gozavam de nenhum poder político, na medida em que subjugavam seus interesses ao alvedrio de um monarca muitas vezes alheio aos seus interesses. As revoluções burguesas liberais tinham por finalidade, então, limitar o exercício arbitrário do poder de império do Estado, que ultrapassava a vontade dos seus súditos a proveitos que extrapolavam o interesse público.

José Afonso da Silva sintetizou os ideais do Estado Liberal, a saber: a) A submissão do império à lei, sendo essa um ato emanado de um Poder Legislativo, composto por representantes do povo-cidadão; b) A divisão institucionalizada dos poderes do Estado, em Legislativo, que garantiria a produção das leis e a imparcialidade do poder Executivo, que por sua vez tinha por função proteger os direitos fundamentais dos seus cidadãos; e Judiciário, cuja competência era solucionar os conflitos entre os particulares; c) além da previsão e garantia dos direitos individuais. (SILVA, 2005, p. 113).

O primeiro elemento, que determina o subjuço do monarca à lei, surgiu com as revoluções burguesas próprias do século XVIII, que tinham por propósito prevaemente derrogar os privilégios de uma nobreza de procedência feudal e garantir a não intervenção do Estado na privacidade do indivíduo. O indivíduo passa a ser livre para agir conforme seus próprios ditames, sem a intervenção de seus semelhantes e ou do próprio Estado, que passa a garantir o exercício dessa liberdade, entendida como direito fundamental, juntamente com a igualdade formal e o direito a proteção

da propriedade. Surgem nessa época a compreensão dos direitos civis e políticos como direitos fundamentais.⁴

Quanto à tripartição dos poderes, o filósofo francês Montesquieu, em sua obra *O Espírito das Leis* (1748), teorizou acerca da necessidade de criação de órgãos distintos para o desempenho das funções fundamentais do Estado:

Quando, na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura, o poder legislativo está reunido ao poder executivo, não existe liberdade; porque se pode temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado crie leis tirânicas para executá-las tiranicamente. Tampouco existe liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. Se estivesse unido ao poder legislativo, o poder sobre a vida e a liberdade dos cidadãos seria arbitrário, pois o juiz seria legislador. Se estivesse unido ao poder executivo, o juiz poderia ter a força de um opressor. (MONTESQUIEU, 1998, p.167-168).

Na teoria tripartita dos poderes de Montesquieu, a concentração de funções atenta contra a própria idéia de Constituição e, portanto, contra a noção de direitos fundamentais. Logo, sem separação das funções do Estado, não há garantia de previsão e implementação de direitos fundamentais.

Finalmente, os direitos civis e políticos próprios dessa época, que por inspiração do filósofo inglês, John Locke, eram ligados à liberdade individual, a igualdade formal e a propriedade privada, foram classificados pela Teoria da Constituição como de primeira geração ou dimensão.⁵ No que diz respeito a esses direitos fundamentais, o principal empecilho a ser

⁴ Sobre o tema, Paulo Bonavides enuncia que: “*A burguesia, classe dominada, a princípio e, em seguida, classe dominante, formulou os princípios filosóficos de sua revolta social.*” (SILVA, 2006, p. 113).

⁵ Foi o filósofo político Norberto Bobbio que delimitou as três gerações clássicas dos direitos fundamentais, na obra “*A Era dos Direitos.*” (BOBBIO, 2004, p. 32).

superado era a criação de um bojo de direitos que fossem considerados indispensáveis à condição humana, naquele dado momento histórico. O Estado Liberal, em razão disso, é assim denominado em alusão as ideais do liberalismo político e econômico, cujo fundamento é o poder político que passa a emanar do povo ou da nação, vislumbrando-se, assim, o surgimento das Constituições escritas, que representam a idéia da lei como manifestação racional do poder que o povo atribui ao Estado. A lei, nesse sentido, é verdadeiro limite de atuação do Estado e é responsável pela igualdade (de todos perante a lei) entre os sujeitos que a ela se submetem.

3.2 Estado Social

O Estado Liberal, a despeito do progresso em termos de direitos fundamentais, não logrou êxito em evitar que os excluídos das benesses do capitalismo se voltassem contra a política minimalista de intervenção do Estado. A realidade social da má distribuição de riquezas entre os segmentos da sociedade tornou inócuo o conteúdo dos direitos fundamentais de primeira geração, em razão da miséria de um proletariado marginalizado. O Estado Social, que data do início do século XX, despontou com o objetivo de apontar as falácias do discurso liberal, que se mostrou, principalmente no contexto de crise pós-guerra, insuficiente para garantir a existência digna da pessoa humana.

Por conseqüência desse levante, no início do século XX surgiram Constituições que prescreviam como direitos fundamentais os reclames sociais: A Constituição mexicana de 1917 foi a primeira, seguida da alemã de 1919 ⁶, a espanhola de 1931 e a Constituição russa de 1936.

Nesse contexto, os direitos de primeira geração precisavam de uma

⁶ Também conhecida como Constituição de Weimar.

reformulação, para que se conseguisse amenizar as desigualdades de acesso a bens e serviços mínimos para a manutenção da subsistência do indivíduo. A mencionada reformulação implicou no aumento das funções estatais, para que se garantisse uma igualdade material do povo, pois segundo as teorias socializantes, só é livre o sujeito que detém condições materiais mínimas de sobreviver de forma digna, sendo dever de o Estado evitar as mazelas das classes oprimidas pelo poderio político-econômico dos burgueses.

De tal sorte, a respeito das funções que o Estado passa a desempenhar, nos ensina Paulo Bonavides:

Quando o Estado, coagido pela pressão das massas, pelas reivindicações que a impaciência do quarto estado faz ao poder político, confere, no Estado constitucional ou fora deste, os direitos do trabalho, da previdência, da educação, intervém na economia como distribuidor, dita o salário, manipula a moeda, regula os preços, combate o desemprego, protege os enfermos, dá ao trabalhador e ao burocrata a casa própria, controla as profissões, compra a produção, financia as exportações, concede crédito, institui comissões de abastecimento, provê necessidades individuais, enfrenta crises econômicas, coloca na sociedade todas as classes na mais estreita dependência de seu poderio econômico, político e social, em suma, estende sua influência a quase todos os domínios que dantes pertenciam, em grande parte, à área de iniciativa individual, nesse instante o Estado pode, com justiça, receber a denominação de Estado social. (BONAVIDES, 2008. p. 186).

O Estado Social é ainda um Estado Constitucional, pois tem por princípio a proteção dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana – ainda que esses conceitos tenham sido ampliados para se compatibilizarem com as demandas sociais– a preservação da separação dos poderes e o reconhecimento que o poder político emana do povo. (CARVALHO, 2008. p.83).

Conseqüentemente, em que pese ser o Estado responsável por promover os direitos sociais para toda a coletividade, o titular desses direitos fundamentais ainda eram as pessoas humanas, consideradas individualmente:

O princípio da igualdade de fato ganha realce nessa segunda geração dos direitos fundamentais, a ser atendido por direitos a prestação e pelo reconhecimento de liberdades sociais – como a de sindicalização e o direito de greve. Os direitos de segunda geração são chamados de direitos sociais, não porque sejam direitos de coletividades, mas por se ligarem a reivindicações de justiça social – na maior parte dos casos, esses direitos têm por titulares indivíduos singularizados. (MENDES; BRANCO, 2014, p. 151).

Os direitos fundamentais sociais, também denominados direitos de segunda dimensão, são aqueles que dependem de uma prestação positiva do Estado e implicam no acesso das pessoas a bens sociais como a saúde, a educação, a previdência social e os direitos decorrentes das relações de trabalho. São direitos, acrescenta-se, que protegem uma “liberdade real”, pois compreendem verdadeiros deveres dirigidos aos Poderes Executivo e Legislativo, que deverão criar pressupostos reais para o exercício dessa liberdade (QUEIROZ, 2006, p. 16). Tal afirmação, por fim, coaduna-se com a idéia que se apresenta neste trabalho, pois os direitos fundamentais sociais prescrevem verdadeiras obrigações a serem cumpridas pelo Poder Público, o qual as promoverá conforme os ditames do Texto Constitucional.

3.4 Estado Democrático de Direito

Segundo o constitucionalista Raul Machado Horta:

Na classificação dos cientistas políticos, os direitos individuais são direitos da primeira geração, fundados no

primado da liberdade, enquanto os direitos sociais são os direitos da segunda geração, edificados sob a primazia da igualdade. [...] A relação de anterioridade dos direitos individuais conduziu à relação de sucessividade dos direitos sociais, para alcançar a relação de coexistência, responsável pela inseparabilidade entre direitos individuais e direitos sociais no domínio supremo da Constituição. (HORTA, p. 87).

A despeito do exposto, o advento do Estado Social e maximização das suas funções falharam em evitar a eclosão de governos autoritários e ditatoriais. A Alemanha Nazista, a Itália Fascista, a Espanha Franquista, Portugal Salazarista e o Estado-Novo Brasileiro eram exemplos de Estados Sociais, porém, antidemocráticos. (BONAVIDES, p. 2008, 70).

O Estado Social, de forma similar aos governos absolutistas, de tão intervencionista, passou a cercear os direitos fundamentais de primeira geração, tão caros à história da humanidade. Esse macro Estado foi duramente criticado por Bonavides, o qual percebeu que após a concepção dos direitos fundamentais sociais, ocorreu um erro de ordem interpretativa: os direitos individuais liberais e os direitos sociais foram compreendidos como mutuamente excludentes, como se a valorização da sociedade implicasse na diminuição do valor dos direitos e liberdades individuais do homem.

Para evitar a repetição das atrocidades históricas cometidas no período da Segunda Grande Guerra, que ocorreram pelo fortalecimento exacerbado das funções estatais, o Estado Democrático de Direito surgiu em contraposição ao Estado Social.

Os direitos fundamentais sejam eles econômicos, sociais, culturais e humanos ou direitos civis e políticos devem ser concebidos como um “todo” indivisível, devendo ser interpretados em suas múltiplas dimensões (QUEIROZ, 2006, p. 94). São direitos interdependentes, pois um direito fundamental não pode ser garantido em detrimento de outro, justamente

porque ele deriva e subsiste da observância dos demais. Logo, conclui-se que:

Sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto que, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos sociais e culturais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível, em que os diferentes direitos estão necessariamente inter-relacionados e são interdependentes entre si. (PIOVESAN, 1997, p. 161).

Foi tão-somente a partir da teorização de um Estado Democrático e de Direito que se admitiu que os direitos de primeira e segunda dimensão podiam conviver em um mesmo ordenamento jurídico, em um plano de igualdade. Afinal de contas, compete ao Estado garantir os direitos civis e políticos dos seus governados, sem, no entanto, se descuidar de atuar na proteção dos direitos sociais. A proteção do homem e da sua dignidade depende dessa conciliação.

Os direitos de terceira geração foram concebidos no Estado Democrático de Direito e dizem respeito aos direitos fundamentais que não pertencem a um indivíduo em específico, mas a toda coletividade. Esses direitos foram pensados a partir dos ideais de fraternidade e solidariedade, como o direito ao meio ambiente sustentável, o direito do consumidor e até o direito da autodeterminação dos povos.⁷

Assim, é lógica a conclusão que leva a crer que o Estado Democrático de Direito conseguiu conciliar os direitos fundamentais do Estado de

⁷ As teorias constitucionais mais recentes tratam dos direitos fundamentais de quarta e quinta geração. Essas classificações, conquanto, extrapolam as finalidades desse trabalho.

Direito Liberal e do Estado Social, na medida em que ambos, considerados isoladamente, foram incapazes de atender às exigências populares.

O conceito de Estado Democrático de Direito, supera, no entanto, a simples junção dos conceitos supramencionados e se coaduna com uma nova definição baseada na idéia de soberania popular. O próprio Texto Constitucional de 1988 determina que a democracia pretendida pelo Estado Democrático de Direito deriva de um processo de convivência social, numa sociedade livre, justa e solidária (artigo 3º, III). Para tanto, o poder emana do povo e deve ser realizado em proveito do próprio povo, ainda que por representantes eleitos. A democracia é participativa, porque o povo é parte ativa no processo decisório e nos atos do governo; é pluralista, porque respeita a manifestação de idéias antagônicas, culturas diferentes e etnias variadas; pressupõe, no mais, o diálogo e a convivência pacífica entre pensamentos diferentes na sociedade. (SILVA, 2005, p. 119-120).

A terceira geração de direitos fundamentais, típicos das democracias pluralistas da modernidade, dizem respeito a direitos metaindividuais, seja porque protegem os indivíduos como seres humanos, seja porque os protegem enquanto participantes de um grupo social específico. Os direitos metaindividuais também são conhecidos por *difusos*, justamente por se remeterem a pessoas indeterminadas. (VILANI, 2002, p. 58).

Inobstante os direitos fundamentais sociais, como o direito à saúde, à educação, ao trabalho digno, ao transporte público de qualidade, à cultura e à previdência social, possuem previsão expressa no Texto Constitucional brasileiro, ainda hoje, depois de vinte e seis anos de Constituição democrática, esses direitos demandam um esforço maior do Estado para serem efetivados, pois ao contrário do que acontece com os direitos e liberdades individuais, os direitos sociais, comumente, demandam uma prestação positiva do Estado, o que implica em gastos para o erário público. Sobre a

temática, Ingo Wolfgang Sarlet ensina:

O Constituinte de 1988, além de ter consagrado expressamente uma gama variada de direitos fundamentais sociais, considerou todos os direitos fundamentais como normas de aplicabilidade imediata. Além disso, já se verificou que boa parte dos direitos fundamentais sociais (as assim denominadas liberdades sociais) se enquadra, por sua estrutura normativa e por sua função, no grupo dos direitos de defesa, razão pela qual não existem problemas em considerá-los normas auto-aplicáveis, mesmo de acordo com os padrões da concepção clássica referida. (SARLET, 2009, p. 267).

Ressalta-se, todavia, que os direitos fundamentais sociais e as normas programáticas possuem aplicabilidade imediata quanto a sua proteção, gerando inclusive direitos subjetivos para os cidadãos. Contudo, a autoaplicação dos direitos fundamentais pelo Estado não se refere à prestação desses direitos, na medida em que sua execução é diferida no tempo.

Por Estado Democrático de Direito entende-se o resultado das revoluções que ocorreram ao longo da história da humanidade, que tinham por principal demanda o reconhecimento de direitos como fundamentais, sem os quais a dignidade da pessoa restaria comprometida. É, por fim, modelo de Estado que conciliou os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão e tratou-os como iguais e interdependentes, uma vez que é um Estado de Direito, pois prevê uma série de direitos e garantias individuais, que salvaguardam as liberdades civis e políticas de seus governados. Ademais, é Democrático, na proporção em que lançará mão de recursos para promover a igualdade de acesso a bens a todos os seus cidadãos, propõe-se a diminuir as desigualdades existentes e a promover uma vida saudável e digna.

4. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O que se vislumbrou nos tópicos antecedentes foi a construção histórica de todo o arcabouço teórico concernente aos direitos fundamentais, remontando num primeiro momento a conceituação doutrinária do termo, a sua consolidação que ocorreu de modo coetâneo à promulgação das Constituições, além da compatibilidade da noção de direitos inerentes à condição humana e à proteção decorrente da previsão dessa categoria de direitos no texto Constitucional. Nesta senda, procurou-se conceber os direitos fundamentais como condicionantes de uma vida condigna e correspondente aos valores máximos de uma sociedade.

A partir do descrito, procurou-se averiguar a evolução do conceito de direitos fundamentais nos paradigmas do Estado Liberal, Social e Democrático de Direito. Nesse sentido, é imperiosa a análise do princípio objeto de estudo deste artigo, o da proibição de retrocesso social, a sua relação com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, sem se descurar de perquirir sobre a sua abrangência, limite e auxílio na edificação de uma sociedade mais justa.

4.1 Regras e Princípios

Antes de enumerar algumas das possíveis classificações entre as espécies de normas jurídicas, Canotilho nos ensina que a distinção entre regras e princípios não é tarefa das mais simples no campo da teoria do direito. Em síntese, para o autor, as normas jurídicas podem ser categorizadas de acordo com: a) o grau de abstração, posto que os princípios são normas mais abstratas que as regras; b) o grau de determinabilidade, haja vista que no caso concreto os princípios carecem de medidas concretizadoras, enquanto as

regras podem ser imediatamente aplicadas; c) o caráter de fundamentalidade no sistema das fontes do direito, pois os princípios são normas de natureza fundamental no ordenamento jurídico devido a sua posição hierarquicamente superior no sistema de fontes do direito; d) a proximidade com a idéia de direito, pois os princípios são juridicamente vinculantes, já as regras podem ser juridicamente vinculantes ou serem meramente funcionais; por fim, e) a natureza normogenética dos princípios, vez que os princípios são fundamentos das regras. (CANOTILHO, 2003, p. 1.160-1.161).

Contudo, para o autor lusitano, a classificação só é possível se duas questões fundamentais forem respondidas, a saber: os princípios têm uma função retórica ou são normas de conduta? Existe um denominador comum entre princípios e regras, para que depois seja feita uma distinção qualitativa? (CANOTILHO, 2003, p. 98).

Quanto à primeira questão, responde Canotilho, que os princípios podem desempenhar função argumentativa e revelar normas que não são expressas em nenhum enunciado legislativo. No que se refere à segunda ponderação, dispõe que há distinção qualitativa entre princípios e regras, sendo os primeiros, normas impositivas de uma otimização, que possuem vários níveis de concretização e que as últimas são normas que prescrevem uma exigência de cunho imperativo. Nesses termos, justamente por serem mandados de otimização, os princípios podem ser balanceados, conforme seu peso e a ponderação de outros princípios conflitantes, na medida em que as regras devem ser cumpridas de acordo com suas prescrições. Isso ocorre, pois enquanto a convivência de dois princípios é meramente conflitual, a distinção entre duas regras é antinomia. (CANOTILHO, 2003, p. 97).

Ainda sobre o tema, na obra *“Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação”*, Marcelo Galuppo, retoma e sistematiza os estudos no campo da teoria do direito, que tratam

da natureza e do conceito dos princípios jurídicos, principalmente no que se refere ao reconhecimento da força vinculante dos mesmos. Notadamente, o objetivo deste trabalho não é abordar de modo completo e definitivo os argumentos e falácias das teorias do direito que se ocupam da distinção entre normas e princípios. Utilizar-se-á neste escrito o conceito elaborado por Alexy, suficiente para se tirar as conclusões pretendidas. Os princípios serão aqui entendidos como mandados de otimização ou espécies de normas jurídicas que determinam que algo seja realizado na melhor medida possível. De acordo com o autor:

Princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e reais existentes. Portanto, os princípios são mandados de otimização, que estão caracterizados pelo fato de que podem ser cumpridos em diferentes graus, e que a medida devida de seu cumprimento não só depende das possibilidades reais, como também das jurídicas [...]. De outro lado, as regras são normas que só podem ser cumpridas ou não. Se uma regra é válida, então deve-se (sic) fazer exatamente o que ela exige, nem mais nem menos. Portanto, as regras contêm determinações no âmbito fático e juridicamente possível (GALUPPO, 1999, p. 192).

Cumpra-se perquirir, que consonante à teoria de Alexy, as normas jurídicas podem ser classificadas em regras e em princípios, o que implica que ambos são enunciados jurídicos que possuem uma diferença estrutural, pois as regras descrevem comportamentos sem se ocupar com a finalidade e os princípios descrevem finalidades, mas não dispõem, necessariamente, sobre os meios necessários para a consecução dos fins pretendidos. (CONTINHO, 2007, p. 109).

Além do mais, anota-se outra diferença fundamental entre as espécies de normas jurídicas, quanto a sua aplicação numa situação de fato. Pois

bem, na análise de um caso concreto, em que duas ou mais regras jurídicas contradizem, uma das normas deverá ser afastada, indispensavelmente. Afasta-se uma regra para que a outra possa prevalecer. Os princípios, ao revés, por serem mandos de aprimoramento, devem ser cumpridos na melhor medida possível. Assim, havendo colisão entre princípios num caso concreto, deve-se utilizar o método da ponderação, ou seja, recorre-se a uma tentativa de conciliá-los. (COUTINHO, 2007, p. 109).

A distinção entre regras e princípios e a conceituação dos últimos é de essencial relevância para esse escrito, na medida em que o objeto dessa discussão é a interpretação do princípio da proibição do retrocesso social, como forma de maximização da efetividade dos direitos fundamentais sociais.

4.2 O Princípio da Proibição do Retrocesso Social

Os princípios da democracia social e econômica remontam o Princípio da proibição do retrocesso social. É o que elucida Canotilho, responsável por delimitar o conceito e dispor sobre a aplicação do princípio objeto deste trabalho. Segundo o autor, os direitos sociais e econômicos já conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. Desta forma, a diminuição de direitos adquiridos pelo legislador, configura violação ao princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural. Destarte, o reconhecimento dessa proteção é um limite jurídico a atividade do legislador, que deverá agir de forma a continuar garantindo os direitos já concretizados. (CANOTILHO, 2003, p. 469).

Diante do exposto, pode-se concluir que às normas que se destinem, portanto, a diminuir as conquistas sociais serão aplicadas sanções de inconstitucionalidade.

Complementando o supra-exposto, a doutrinadora Cristina Queiroz, na obra “*O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*”, dispõe que a proibição de retrocesso social determina que uma vez consagradas legalmente determinadas prestações sociais, o legislador não pode eliminá-las sem oferecer alternativas ou compensações ao cidadão, pois concretizado o direito fundamental social, o dever de legislar se transfigura num dever de proteção, ou seja, no dever de não suprimir ou restringir o direito social efetivado. (QUEIROZ, 2006, p. 70). De outro modo diz-se que, o legislador infraconstitucional não pode deliberadamente dispor dos direitos fundamentais sociais concretizados por meio de legislações ordinárias, sendo proibido o retorno ao estado anterior à efetivação dos mesmos.

Diante do exposto, repisa-se que os direitos fundamentais sociais, seja qual for a classificação em que se queira enquadrá-los, devem ser concebidos como direitos fundamentais, de maneira que gozam do regime jurídico dispensado a tal espécie de direitos, ou seja, não apenas são considerados como cláusulas pétreas do Texto Maior, mas também devem ser considerados como fundamentos de todo o ordenamento jurídico, servindo tanto de norte para a sua interpretação quanto de limites à ação do Estado (devendo tal controle ser exercido através do controle de constitucionalidade dos atos administrativos e normativos). Tal idéia fica bastante clara nesta passagem de J. J. Gomes Canotilho:

A constituição é uma lei dotada de características especiais. Tem um brilho autônomo expresso através da forma, do procedimento de criação e da posição hierárquica das suas normas. Estes elementos permitem distingui-la de outros atos com valor legislativo presentes na ordem jurídica. Em primeiro lugar, caracteriza-se pela sua posição hierárquico-normativa superior relativamente às outras normas do ordenamento jurídico. Ressalvando algumas particularidades do direito comunitário, a su-

perioridade hierárquico-normativa apresenta três expressões: (1) as normas constitucionais constituem uma *lex superior* que recolhe o fundamento de validade em si própria (*autoprímazia normativa*); (2) as normas da constituição são normas de normas (*norma enormarum*) afirmando-se como uma fonte de produção de outras normas (leis, regulamentos, estatutos); (3) a superioridade normativa das normas constitucionais implica o princípio da conformidade de todos os atos dos poderes públicos com a Constituição. (CANOTILHO, 1996, p. 1131).

Nesse apanágio, o poder legislativo, conforme apontado pela autora Cristina Queiroz, tem o dever de proceder com a configuração e a posterior conformação dos direitos fundamentais sociais. (QUEIROZ, 2006). Em decorrência dessa conformação, faz-se necessário o destaque da cumplicidade existente entre o princípio da proibição do retrocesso social e o princípio da segurança jurídica, pois o conjunto de leis de um Estado Democrático de Direito deverá encontrar fundamento numa estabilidade das relações jurídicas. Devendo dessa estabilidade, inobstante, decorrer a confiança que o cidadão deposita nos órgãos estatais criados para acautelar os seus interesses.

Por conseguinte, o princípio da segurança jurídica impõe a proteção dos direitos fundamentais da pessoa humana, contra medidas de caráter retrocessivo, que tenham por finalidade suprimir ou reduzir posições jurídicas já implementadas. Um Estado Democrático de Direito é, portanto, um Estado da segurança jurídica, visto que pretende vedar o retrocesso dos direitos adquiridos pelo cidadão (SARLET, 2006, p. 294). É preciso estabelecer um padrão mínimo de conexão entre o cidadão e a segurança jurídica, para que se configure uma confiança entre o titular de direitos fundamentais e a ordem constitucional vigente.

A proibição de adoção de medidas retrocessivas pelo Estado, enquanto princípio implícito da Constituição de 1988 deve ser ponderada numa

perspectiva progressiva dos direitos fundamentais sociais, posto que, tais direitos, principalmente os contidos em normas constitucionais programáticas, têm a sua efetivação diferida no tempo, além de dependerem de recursos financeiros para a sua ultimação. Assim, já que não são realizados somente pela previsão na Constituição, os direitos sociais devem ser interpretados progressivamente, de forma a ampliar as garantias já titularizadas pelos cidadãos.

A execução dos direitos fundamentais sociais não depende exclusivamente da institucionalização de uma ordem jurídica ou da tomada de uma decisão política, individualmente concebida, pelos órgãos do governo, mas da conquista de uma ordem social baseada na justa distribuição dos bens, que somente poderá ser auferida de forma progressiva. (QUEIROZ, 2006, p. 26).

Outro questionamento importante, quando o assunto é a proibição de retrocesso social, é o conceito e extensão do denominado núcleo essencial dos direitos fundamentais, que está intimamente relacionado não somente ao princípio da proibição do retrocesso social, mas também ao princípio da dignidade da pessoa humana, apesar de com ele não se confundir.

O núcleo essencial dos direitos fundamentais define-se pela afinidade existente entre o direito fundamental e a própria dignidade da pessoa humana, pois, levando-se em conta que os direitos fundamentais surgiram para garantir que as pessoas pudessem viver com dignidade, sendo imprescindível a realização dos mesmos, ao se suprimir um direito ao ponto de comprometer a dignidade daquele que o titulariza, o direito fundamental inexistente, afetando, assim, o seu núcleo essencial. (COUTINHO, 2007, p.135). A dignidade da pessoa que é diretriz jurídico-material para a definição do núcleo essencial dos direitos fundamentais, por isso, diz-se que, este mínimo é garantido para assegurar que a pessoa exercite suas liberdades

fundamentais. (SARLET, 2006, p. 326).

Nesse cenário, sustenta Gomes Canotilho que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados pelo legislador está constitucionalmente garantido e protegido contra medidas estatais que resultem na sua anulação, revogação ou aniquilação. (SARLET, 2006, p. 319).

O legislador infraconstitucional não pode se eximir de efetivar os direitos sociais com previsão constitucional, nem tão pouco adotar medidas de caráter retrocessivo contra os direitos já concretizados, de modo que o núcleo essencial do direito fundamental seja suprimido. A dignidade da pessoa humana configura limite para a atuação do Estado, que ao erigir, por razões históricas, determinado direito ao patamar de direito fundamental, deverá se organizar de tal modo que o núcleo essencial desse direito não seja abolido.

O princípio do núcleo essencial e a definição de mínimo existencial relacionam-se intrinsecamente com o fundamento constitucional da dignidade da pessoa humana. Nesse sentido, segundo Ricardo Lobo Torres, o mínimo existencial pode ser conceituado como: *“um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas”* (TORRES, 1999, p. 141).

Deste modo, o mínimo existencial pode ser entendido como um padrão básico de implementação de direitos fundamentais sociais, de forma a não comprometer a dignidade da pessoa humana. Em razão disso, deverá o Estado dispor de meios para garantir a manutenção desse mínimo, para não incorrer na inefetividade do seu projeto Constitucional.

Nos dizeres de Otávio Henrique Martins Port:

O conteúdo mínimo ou núcleo essencial dos direitos fundamentais é, [...], a dignidade da pessoa humana. Esta

é o denominador comum de todos os direitos fundamentais, ao qual todos eles podem ser reduzidos. Ou seja, a dignidade da pessoa humana é um princípio de natureza absoluta, devendo ser preservada e respeitada por todos, constituindo o piso mínimo ao qual estão inexoravelmente adstritos todos os direitos fundamentais. A pessoa deve ser vista como fundamento primeiro e último do Estado, conferindo a dignidade da pessoa humana uma unidade de sentido e de valor aos direitos fundamentais. (PORT, 2005, p. 30).

Diante da citação supra, é possível concluir que os direitos que foram erigidos ao patamar de fundamentais são aqueles eleitos pelo legislador originário como indispensáveis ao exercício pelo cidadão de uma vida digna. Nesse sentido, uma ação ou omissão do Poder Público que comprometa o direito fundamental ao ponto de atingir a dignidade da pessoa que o titulariza configurará o desrespeito aos limites do núcleo essencial desse direito fundamental.

4. 2. 1 Limites do Princípio da Proibição de Retrocesso Social

No concernente aos limites do princípio da proibição de retrocesso social, apesar do consenso existente na doutrina e na jurisprudência quanto ao seu *status* de princípio fundamental, não pode o mesmo ser interpretado de forma absoluta. Conforme exposto no início deste capítulo, os princípios são mandados de otimização, por isso diante de uma eventual colisão entre o princípio da proibição do retrocesso social e outro princípio será preciso ponderá-los na análise do caso concreto. Ora, determina Alexy, que somente nas especificidades do caso concreto é que os prejuízos decorrentes do descumprimento de um dos princípios em colisão serão analisados. (GALUPPO, 1999, p. 194).

No mais, dentre as justificativas apontadas por Ingo Wolfgang Sarlet,

o princípio que proíbe o retrocesso em matéria de direitos fundamentais sociais não pode ser avaliado como regra geral, pois coloca em risco a autonomia do Poder Legislativo, vez que pode reduzir a função legiferante a uma mera execução das decisões constitucionais. Fora que, uma leitura do princípio sem qualquer restrição, acabaria por elevá-lo a um grau superior aos direitos fundamentais que não os sociais, sendo que, esses últimos podem ser restringidos pelo legislador, desde que respeitado seu núcleo essencial. A interpretação irrestrita do princípio atribuiria aos direitos sociais uma proteção maior do que os direitos de liberdade, o que, como visto nos tópicos anteriores, é inadmissível em um Estado Democrático de Direito. Por fim, importa esclarecer que, caso o princípio não fosse relativizado, as leis infraconstitucionais que efetivaram direitos sociais, seriam equiparadas as leis constitucionais, que possuem limites materiais de alteração. (SARLET, 2006, p. 321). Portanto:

A dinâmica das relações sociais e econômicas, notadamente no que concerne às demandas de determinada sociedade em matéria de segurança social, e por via de consequência, em termos de prestações sociais asseguradas pelo poder público, por si só já demonstra a inviabilidade de se sustentar uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais. (SARLET, 2006, p. 324).

O trecho acima traz a lume a compreensão que a variação e instabilidade das necessidades públicas e até mesmo da capacidade do Estado de promover determinado serviço social, não permitem a aplicação absoluta do princípio da proibição de retrocesso social. Afinal, uma garantia social que um dia foi indispensável para a sociedade em determinada época, pode não o ser em outro período, posto que as necessidades prementes são, também, mutáveis.

O exemplo traçado por Carlos Mardem Cabral Coutinho se coaduna

com a idéia acima exposta. O Brasil, que nas últimas décadas tinha uma população essencialmente jovem, demandava prestações de medidas como a expansão do ensino público fundamental e médio. Contudo, de modo similar ao que vem acontecendo nos países europeus, em alguns anos a quantidade de idosos na população brasileira crescerá e a taxa de natalidade diminuirá, o que não obstará que o Estado reduza os gastos com a educação básica e média e passe a investir mais em outra área social, como a saúde e a previdência. (COUTINHO, 2007, p. 134).

Cumpre aduzir, conquanto, que a despeito das justificativas mencionadas, é relevante pontuar que a redução das conquistas sociais realizadas, por meio de legislações infraconstitucionais, não pode acontecer de forma pura e simples. O núcleo essencial do direito social garantido e efetivado a partir da produção legislativa está constitucionalmente protegido, de tal sorte que, a interpretação restritiva do princípio da proibição de retrocesso social está limitada ao núcleo essencial do direito social já efetivado. (SARLET, 2006, p. 321).

Finalmente, para que não se viole o princípio da proibição de retrocesso social, a adoção de uma medida de supressiva ou reducionista deve sempre contar com uma premissa com suporte na Constituição e salvaguardar o núcleo essencial do direito fundamental concretizado, principalmente no que concernir às prestações materiais indispensáveis à dignidade da pessoa humana. Além disso, os órgãos estatais não poderão se descurar de considerar os demais princípios constitucionais, como o da confiança e da segurança jurídica.

Com a finalidade de ilustrar a preservação do núcleo essencial dos direitos fundamentais como forma de se garantir o princípio da proibição de retrocesso social, pode-se dar continuidade ao exemplo supra exposto, uma vez que, aumentadas as demandas sociais em prestações como saúde

e previdência social e diminuídas a necessidade de investimento em educação infantil, em razão da diminuição da taxa de natalidade e do aumento da expectativa de vida, é natural que haja uma redução dos investimentos do Poder Público no segmento educação. Todavia, cumpre advertir que, essa redução não poderá comprometer o direito social educação ao ponto de suprimir ou abolir esse direito, em outras palavras, o núcleo essencial deverá ser preservado, pois o seu descumprimento implica na nulificação do próprio direito fundamental social, a educação.

4.3 Princípio da Proibição do Retrocesso Social x Princípio da Reserva do Possível

Em conformidade do que fora discutido nos tópicos precedentes, os direitos fundamentais sociais dependem de prestações positivas do Estado, e por isso, diferente dos direitos civis e políticos não são autoaplicáveis, em decorrência da sua execução diferida no tempo. Isso significa que, além de prever e classificar tais direitos como fundamentais, o Estado disporá de meios para efetivá-los, a luz do disposto no Texto Constitucional. Nessa condição, assevera Cristina Queiroz:

[...] Concretamente, a dependência desses direitos “dos recursos disponíveis”, querendo com isso acentuar a dependência dos direitos fundamentais sociais dos “recursos econômicos” existentes e, designadamente, relevar a necessidade da sua cobertura orçamental ou financeira. No mínimo, uma qualificação que se traduz no reconhecimento de que a inexistência de recursos econômicos força os poderes públicos a fazer menos do que aquilo que em princípio se encontravam obrigados a fazer. (QUEIROZ, 2006, p. 99).

O princípio da reserva do possível é um dos que mais se relaciona

com o da proibição de retrocesso social, na medida em que o primeiro trata das possibilidades reais do Estado em concretizar e promover os direitos fundamentais sociais enunciados pela Constituição. Logo, deduz-se que, os direitos de segunda geração dependem da existência de recursos financeiros para as políticas públicas destinadas a sua efetivação.

Que os direitos fundamentais sociais serão implementados paulatinamente, não sendo possível que as pretensões constitucionais sejam concretizadas todas ao mesmo tempo é algo irrefutável, vez que as políticas públicas dependem de recursos financeiros para a sua ultimação. Contudo, ainda que se tolere um avanço gradual dos direitos de natureza prestacional, não se admite a retrocessão dos direitos sociais já alcançados.

Os direitos sociais, econômicos, humanos e culturais dependem e só existem quando houver disponibilidade financeira por parte do Estado (CANOTILHO, 2003, p. 481). Em vista disso, o princípio da reserva do possível implica que as prestações estatais, em termos de efetivação dos direitos fundamentais sociais, dependem, necessariamente, da existência de recursos financeiros.

Não há que se duvidar, nesse sentido, que o princípio da reserva do possível limita a efetividade dos direitos fundamentais sociais e pode ser utilizado como matéria de defesa do Estado que se escusa a efetivar os direitos fundamentais de segunda geração. Sobre o assunto dispôs o já mencionado Jayme Benvenuto Lima Júnior:

A excessiva importância dada aos recursos financeiros, na verdade tem impossibilitado a realização de muitos direitos humanos, econômico, sociais e culturais, mediante a acomodação do Estado, nos seus diversos níveis, as situações de vulnerabilidade de amplos setores sociais. O argumento da mera escassez de recursos financeiros, usado com frequência pelos administradores públicos, resulta na postergação da realização prática dos direi-

tos humanos, econômico, sociais e culturais. (LIMA JR., 2001, p.101).

À vista das ponderações realizadas, o argumento de escassez de recursos financeiros para a concretização dos direitos sociais, econômicos, humanos e culturais não pode ser utilizado para restringir o cumprimento dos direitos fundamentais sociais a uma questão meramente orçamentária.

Dentre os críticos à aplicação do princípio da reserva do possível, encontra-se Andréas Krell, que defende a impossibilidade de se importar para o Brasil uma teoria desenvolvida na Alemanha, um país no qual os direitos sociais já atingiram um alto nível de realização (COUTINHO, 2007, p. 126). O autor, portanto, só faz corroborar com a tese que os direitos fundamentais sociais, em que pese à dependência de recursos materiais para sua realização, não podem ficar ao alvedrio do Poder Público, que pode se escusar em realizá-los sob a justificativa de ausência de recursos financeiros.

Outra desaprovação realizada pela doutrina, quando da utilização injustificada e em demasia do princípio da reserva do possível, diz respeito ao fato que os entes da federação possuem suas fontes de receitas com estipulação da própria Constituição, ou seja, as verbas destinadas à efetivação das políticas públicas estão previstas no texto constitucional. Além do que, a ineficiência das prestações do Estado muitas vezes está ligada à má gestão das verbas existentes (COUTINHO, 2007, p. 126).

Sob essa perspectiva, depreende-se que, a justificativa para a utilização do princípio da reserva do possível estará condicionada ao grau em que o Estado esteja implementando os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos e não para justificar a sua omissão em concretizá-los. O princípio da reserva do possível não poderá, ademais, atentar contra a dignidade da pessoa humana (COUTINHO, 2007, p. 128-129). Isso posto, o mencionado

princípio encontra verdadeiro limite na concretização mínima dos direitos fundamentais, que não podem ser diminuídos a um patamar aquém do já implementado pelas políticas públicas estatais.

O Supremo Tribunal Federal se manifestou a respeito dos limites da aplicação do princípio da reserva do possível na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Nesta decisão, o ministro Celso de Mello fundamentou as razões de seu despacho de modo coetâneo aos argumentos apresentados no presente trabalho, vejamos:

[...] É que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais - além de caracterizar-se pela gradualidade de seu processo de concretização - depende, em grande medida, de um inescapável vínculo financeiro subordinado às possibilidades orçamentárias do Estado, de tal modo que, comprovada, objetivamente, a incapacidade econômico-financeira da pessoa estatal, desta não se poderá razoavelmente exigir, considerada a limitação material referida, a imediata efetivação do comando fundado no texto da Carta Política. Não se mostrará lícito, no entanto, ao Poder Público, em tal hipótese - mediante indevida manipulação de sua atividade financeira e/ou político-administrativa - criar obstáculo artificial que revele o ilegítimo, arbitrário e censurável propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor da pessoa e dos cidadãos, de condições materiais mínimas de existência.⁸

Por conseguinte, com base no posicionamento jurisprudencial supra, é verdadeira a afirmação que o Supremo Tribunal Federal, órgão político e jurídico máximo do Poder Judiciário brasileiro, responsável precipuamente pela guarda da Constituição Federal de 1988, adota o posicionamento defendido neste tópico, a saber: os direitos fundamentais sociais dependem,

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Rel: Min. Celso de Mello. Publicado no D.J.U em 04 de mai. 2004.

quase sempre, de prestações estatais e estão subordinados à capacidade econômico-financeira do Estado, justamente por demandarem gastos por parte do Poder Público. No entanto, não poderá o Estado, evocar de modo a frustrar o estabelecimento de condições mínimas existenciais de seus cidadãos o princípio da reserva do possível, quando o referido princípio importar na nulificação ou aniquilação de direitos fundamentais constitucionalmente garantidos.

Importa destacar, em conclusão do que foi explicado que, estabelece-se a relação entre o princípio da não retrocessão e da reserva do possível, na proporção em que o Estado deverá maximizar a efetividade dos direitos sociais, dentro dos limites da sua possibilidade. O Estado além de garantir os direitos fundamentais sociais na medida do possível, não poderá, sobremaneira, atuar de forma a abolir aqueles direitos já efetivados. Por mais que não seja o objetivo deste trabalho apresentar uma solução para a aplicação em demasia do princípio da reserva do possível pelo Poder Público, é importante mencionar que o Estado deverá demonstrar que as verbas para a implementação dos direitos fundamentais sociais não estão disponíveis porque estão sendo utilizadas para outros fins públicos. Sem a comprovação, é lícita a intervenção do Poder Judiciário para garantir efetividade da Constituição e mínimo existencial para a manutenção da integridade do indivíduo.

4.4 Princípio da proibição do Retrocesso Social como meio de cumprir o projeto social Democrático da Constituição de 1988

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 possuía dois objetivos bem delineados, o primeiro diz respeito à superação do modelo constitucional anterior, de bases ditatoriais, no qual os direitos civis e políticos foram duramente restringidos e o segundo consistia em erigir os

direitos fundamentais, sejam eles individuais ou sociais, como verdadeiros condicionantes da democracia que se pretendia inaugurar. Nos anos que antecederam a redemocratização lenta e gradual do Brasil, os direitos fundamentais, tais como definidos pela Constituição atual, praticamente inexistiam, enquanto os direitos individuais eram diariamente violados pela censura e pela impossibilidade de participação na vida cívica do país, os direitos sociais ocupavam posição periférica e não constituíam fundamentos essenciais do governo imposto.

Na atual conjuntura, no que se refere à proteção dos direitos e garantias individuais e a superação do modelo militar autoritário, ao que parece, a Constituição Federal foi bem sucedida ao promover, dentre outros direitos: a cidadania e o pluralismo político como fundamentos da república (art. 1º, III, da CF), a livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV, da CF), a liberdade de consciência e de crença (art. 5º, VI, da CF), a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação (art. 5º, IX, da CF), a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas (art. 5º, X, da CF).

Contudo, no que tange os direitos fundamentais sociais, parece haver um consenso que a promessa constitucional resta pendente de concretização. Desta maneira, o que se buscou foi demonstrar que a Constituição possui funções para além da organização do Estado, pois os direitos nela previstos devem ser implementados de forma a garantir, num plano real, uma democracia efetiva.

O princípio da proibição de retrocesso social é princípio que auxilia todos os destinatários da Constituição que também são seus intérpretes, vez que, os direitos sociais demandam do Poder Público uma prestação positiva, o que implica no dispêndio de recursos pelo Estado, é inadmissível que o cidadão fique vulnerável às decisões estatais que de qualquer forma supri-

mam ou diminuem os direitos sociais já implementados, noutros termos, os direitos fundamentais sociais no Brasil ainda estão longe de alcançarem o patamar desejado pelo legislador constituinte originário.

A proibição de retrocesso social, ainda que não configure princípio expresso da Constituição brasileira, pode ser entendido como princípio integrante do nosso ordenamento jurídico, a partir de um esforço interpretativo que leva em conta as previsões do próprio Texto Constitucional. Com efeito, ressalta-se que:

Assim, a proibição de retrocesso assume feições de verdadeiro princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica) quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2006, p. 223).

O que se exige do princípio supra, é que ele passe a orientar o Poder Público que deve pautar suas ações na busca constante de efetivar os direitos fundamentais sociais. Essa idéia está diretamente vinculada à progressividade dessa espécie de direitos, que não podem ser concretizados de uma vez só, já que previsão deles não enseja na implementação dos mesmos. A regressão a situação pior, anterior a concretização ao direito fundamental é, em regra, inadmissível.

Portanto, quando o Estado, no exercício das suas funções, tiver de suprimir qualquer direito fundamental social, somente poderá fazê-lo se, primeiro, não ofender o núcleo essencial do direito e nem tão pouco comprometer a dignidade da pessoa que o titulariza. Ainda assim, além desses

limites, o Poder Público deverá justificar suas ações apresentando alguma compensação pela perda social.

Nos dizeres de Canotilho, o princípio da proibição de retrocesso social relaciona-se diretamente com o núcleo essencial dos direitos sociais realizados por meio de medidas legislativas, restando inconstitucionais as medidas estatais tendentes a anular, revogar ou aniquilar o núcleo essencial destes direitos. A liberdade de conformação do legislador possui limite no núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sobremaneira daqueles já efetivados. (CANOTILHO, 2003, p. 340).

Nesses termos, acredita-se que o princípio da proibição do retrocesso social poderá orientar uma transformação efetiva da sociedade brasileira, em uma realidade em que os direitos sociais façam parte do dia-a-dia dos seus cidadãos, para que se atinja em definitivo a democracia de direito e social tão exaustivamente prevista Constituição de 1988.

5. CONCLUSÃO

A dignidade da pessoa humana é fundamento e princípio previsto na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, o que implica na primazia do ordenamento jurídico pátrio pela promoção da vida condigna dos seus cidadãos, sob pena de frustrar todo o cerne do Estado Democrático de Direito que se pretendeu implementar.

A relação de interdependência entre os direitos sociais e a dignidade da pessoa humana se estabelece na medida em que o próprio Estado lançará mão de meios para minimizar as desigualdades ao promover o acesso de todos aos bens e serviços que permitem que o indivíduo possa subsistir de modo compatível com os ditames Constitucionais.

É justamente por isso, que o presente trabalho apresentou argumentos que justificassem a implementação de um princípio capaz de auxiliar a difícil tarefa que é a implementação dos direitos fundamentais sociais no Brasil, principalmente se comparados aos direitos individuais, muito em razão do alto custo para concretização daqueles. Além disso, pode-se afirmar que os direitos sociais nunca serão exauridos ou plenamente alcançados, pois o Estado sempre poderá melhorar o desempenho das prestações dos bens e serviços cujo objeto seja garantir um direito social.

A despeito da dificuldade de realização desses direitos, sobretudo no concernente aos direitos fundamentais sociais como saúde (art. 196 a 200 da CF), educação (art. 205 a 214) e a segurança pública (art. 144 da CF) é possível vislumbrar no Brasil uma carência na realização do projeto social constante no Texto Constitucional atual. Por conseguinte, buscou-se nesta pesquisa situar o princípio da proibição de retrocesso social como princípio implícito no Texto Constitucional, com o fim de propor uma atividade hermenêutica comprometida com a realização progressiva dos direitos fundamentais sociais. Para tanto, colocou-se em evidência as hipóteses que o referido princípio incidiria e as situações em que seria relativizado, na medida em que nenhum princípio pode ser considerado de forma absoluta.

Em suma, concluiu-se que, a indisponibilidade de recursos financeiros por parte do Estado, que muitas vezes ocorre em razão da corrupção e da má gestão do dinheiro público, não pode ser invocada em defesa do governo, que deverá se empenhar no sentido de garantir os direitos sociais que possuem previsão constitucional. Esses direitos, na maioria dos casos previstos em normas constitucionais programáticas, deverão ser garantidos de forma gradual pelo Poder Público, sobremaneira pelo legislador infraconstitucional, na medida em que possuem execução diferida no tempo. De tal, ainda que não se possa compelir o Estado a substancializar os direi-

tos sociais previstos na Constituição, o princípio da proibição de adoção de medidas de cunho retrocessivo corrobora a construção progressiva de um projeto social efetivo, além de salvaguardar a confiança que o cidadão deposita no Estado, que a princípio não poderá suprimir nem diminuir direitos sociais já conquistados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BALERA, Wagner. A dignidade da pessoa e o mínimo existencial. In: IRANDA, Jorge; SILVA, M. A. Marques da (Coord.). **Tratado Luso-Brasileiro da dignidade humana**. São Paulo: QuartierLatin, 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

BARROSO, Luis Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição: fundamentos de uma dogmática constitucional transformadora**. 3. ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. 9 ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BONAVIDES, Paulo. **A Constituição aberta: temas políticos e constitucionais da atualidade, com ênfase no federalismo das regiões**. 3. ed. São Paulo: Malheiros. 2004.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 26. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

BONAVIDES, Paulo. **Do Estado liberal ao social**. 8. ed. São Paulo: Malheiros. 2008.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. 19. ed. São Paulo: Riddel, 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 45. Relator: Min. Celso de Mello. Publicado no **Diário de Justiça da União**, Brasília, 04 de maio. 2004. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao67.htm>.

Acesso em 04 out. 2014.

CAENEGEM, R.C. van. Iluminismo, Direito Natural e os Códigos Modernos: da Metade do Século XVIII ao Início do Século XIX. In: CAENEGEM, R.C. van. **Um introdução histórica ao direito privado**. Martin Fontes: São Paulo. 1995. p.117-118.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. **Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição**. 14. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2008.

COUTINHO, Carlos Mardem Cabral. **Hermenêutica Social: Uma Proposta para a Efetividade dos Direitos Fundamentais Sociais**. 2007. 235 f. Dissertação (Mestrado)- Programa de Pós-Graduação em Direito, Fortaleza.

GALUPPO, Marcelo Campos. Os princípios jurídicos no Estado Democrático de Direito: ensaio sobre o modo de sua aplicação. In: **Revista de Informação Legislativa**. Brasília, n.143. 1999.

HESS, Konrad. **A Força Normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre. 1991.

HORTA, Raul Machado. Constituição, Direitos Sociais e Normas Programáticas. **Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, v. 29, n. 4, p. 15-39, out./dez. 1998.

LASLETT, Peter. “Introdução”. In: LOCKE, John. **Dos tratados sobre o governo**. (Tradução de Julio Fischer; introdução de Peter Laslett). São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 95-96.

LIMA JR., Jayme Benvenuto. **Os Direitos Humanos, Econômicos, Sociais e Culturais**. Rio de Janeiro: Renovar. 2001.

MONTESQUIEU. **O Espírito das Leis**. 8. ed. São Paulo: Saraiva. 2008.

PORT, Otávio Henrique Martins. **Os direitos sociais e econômicos e a discricionariedade da Administração Pública**. São Paulo: RCS, 2005.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Max Limonad, 1997.

QUEIROZ, Cristina. **Direitos Fundamentais Sociais: Funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade**. Edição Universitária. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

QUEIROZ, Cristina. **O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais**: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra Editora. 2006.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição de Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. **Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado**. Salvador. n. 121, mai. 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso e Dignidade da Pessoa Humana; in: Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Canotilho. São Paulo: Malheiros.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 25. ed. São Paulo: Malheiros, 2005.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 8. ed. Saraiva: São Paulo. 2012.

TORRES, Ricardo Lobo. **Tratado de Direito Constitucional Financeiro e Tributário**: Os Direitos Humanos e a Tributação – Imunidades e isonomia. Rio de Janeiro. Ediora Renovar. 1999.

VILANI, Maria Cristina Seixas. Cidadania Moderna: Fundamentos Doutrinários e Desdobramentos Teóricos. **Caderno Ciências Sociais**. Belo Horizonte, v. 8, p. 47-64, dez. 2002.

Recebido em 22/02/2015 - Aprovado em 11/09/2015.