

A UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Mateus da Jornada Fortes

Lucas Kayser Trevisol

INTRODUÇÃO

O princípio da proibição do retrocesso tem suas raízes no direito alemão, cuja finalidade precípua foi a de proteção dos direitos sociais. Naquele contexto jurídico-constitucional, diferente do brasileiro, a criação desse princípio jurídico encontra razão de ser para resguardar tais direitos da completa disponibilidade do legislador, porquanto a Norma Fundamental alemã não ostenta em seu catálogo os direitos fundamentais sociais. Pela estrutura jurídica germânica, os direitos sociais encontram previsão normativa infraconstitucional, o que resulta em uma mutabilidade mais flexível e sem qualquer garantia contra a revogação pelo legislador ordinário.

No Brasil, de outro lado, os direitos sociais estão positivados na Carta da República, com a qualificação jurídica de direitos fundamentais, o que lhes garante maior proteção. Ocorre que boa parte da doutrina e da jurisprudência brasileiras não se deu conta dessa distinção ao pretender encontrar mecanismos de proteção aos direitos de segunda dimensão no direito comparado, sem adequá-lo devidamente ao quadro normativo brasileiro.

Dessa maneira, releva-se oportuno contextualizar o cenário jurídico brasileiro para que se possa identificar o método mais adequado de proteção dos direitos sociais, em um contexto em que eles estão cobertos pelo manto constitucional, despindo-se do recurso ao direito comparado como mera transposição de um princípio de um sistema normativo para outro.

1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

O princípio da proibição do retrocesso teve origem no Direito alemão, com sua criação a partir do contexto normativo-constitucional específico daquele país. Trata-se de um país com grande preocupação com a realização de políticas públicas sociais sem, contudo, que tais direitos estejam positivados em nível constitucional. De outro lado, a ausência de

normatização constitucional dos direitos sociais, possibilitava a sua alteração facilitada e, conseqüentemente, a instituição de restrições, com menor controle sobre elas.

Enquanto a Alemanha progredia no setor econômico, não se pensava em situações de recessão e tampouco se questionava sobre a proteção dos direitos sociais caso fosse necessário revisitar os parâmetros até então fixados, pois não havia receio de supressões dessas prerrogativas.

Entretanto, com a crise do Estado-providência, afetando principalmente as posições jurídicas, implementadas em favor dos cidadãos, dificultou-se a manutenção das prestações sociais até então estabelecidas, iniciando-se uma série de questionamentos acerca da possibilidade de o Estado conseguir cumprir todas essas obrigações. Como consequência, iniciou-se discussão jurídica a respeito de um fundamento que possibilitasse uma proteção aos direitos sociais já implementados (NOVAIS, 2010, p. 240).

Diante desse quadro deficitário no âmbito econômico, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e parte da doutrina recorreram à construção de uma tese que proibisse o retrocesso dos direitos fundamentais sociais, para que essas disposições estivessem protegidas de eventuais restrições, calcada fundamentalmente no direito de propriedade, preconizado no art. 14 da Constituição Federal da Alemanha (NOVAIS, 2010, p. 240).

O cenário econômico da época, juntamente com a estruturação normativa dos direitos sociais alemães, constituiu o ponto de partida para a formação do princípio da proibição do retrocesso. A essência desse princípio reside na garantia de um direito subjetivo ao cidadão depois que lhe for concedida, atingindo um estágio de efetividade no qual o Estado não poderia retirar essa prerrogativa. Embora a proibição do retrocesso não estivesse interligada com as políticas governamentais outorgadas pelos gestores públicos, ela deveria ser respeitada como um direito adquirido, sem possibilidade de reversão (CANOTILHO, 2000, p. 338-339).

A partir da concepção alemã, o Brasil passou a utilizar o instituto como se o sistema jurídico-constitucional brasileiro fosse idêntico ao da Alemanha, sem a devida reflexão em relação à efetiva necessidade de se importar o aludido princípio. Aliás, releva-se nítido haver no âmbito do direito brasileiro, discussões acerca da proteção dos direitos sociais tendo como principal expoente a proibição do retrocesso sem perquirir se o sistema jurídico nacional não ostenta mecanismos protetivos suficientes para tanto.

O princípio do retrocesso ingressou no ordenamento jurídico brasileiro de forma muito receptiva, sob o potente argumento da necessidade de proteção de direitos imperiosos ao bem-estar social dos cidadãos. Os fundamentos jurídicos que embasam a sua construção brasileira estão amparados em diversos princípios de baixa densidade normativa, cuja abertura de

significação e alcance permite uma aglutinação de perspectivas para definir os contornos (bem imprecisos) do aludido princípio.

As acepções formuladas da não retrocessão dos direitos sociais decorrem de pequenas agremiações instituídas pelo princípio do estado democrático e social de direito, do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III, CRFB), do princípio da máxima efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (art. 5º, §1º, da CRFB) e de diversos outros dispositivos constitucionais (v.g. a coisa julgada, o ato jurídico perfeito etc.) (CANOTILHO et al., 2015, p. 69-71).

A carga valorativa impregnada no princípio em discussão também confere destaque à sua adoção no Brasil, porquanto amparado nos princípios reitores do constitucionalismo moderno, conferindo fundamento material a todo o ordenamento jurídico (SARLET, 2012, p. 69. A partir da sua introdução através da abertura principiológica está amparada em diplomas internacionais de direitos humanos.

Além disso, a amplitude conferida ao princípio da proibição do retrocesso no Brasil ultrapassa a própria criação alemã de ser um manto protetor dos direitos sociais, desamparados formalmente pela Constituição. A versão nacionalizada do Instituto pretende abranger todos os direitos fundamentais, resultante do contexto normativo jurídico existente de idêntico enquadramento constitucional dos direitos sociais como fundamentais. (CANOTILHO et al., 2015, p. 82-86). Inclusive essa formulação fora agasalhada em algumas hipóteses pelo Supremo Tribunal Federal, utilizando-a como (parte da) fundamentação para controle das restrições a direitos fundamentais.

A partir dessas premissas, percebe-se que independente da diferença normativa e hierárquica dos direitos sociais brasileiros e alemães, o princípio da proibição do retrocesso foi introduzido no cenário nacional, inclusive encontrando lugar na Suprema Corte brasileira. A sua utilização, no entanto, não se mostra pacífica e, tampouco, imune às críticas.

2 A CONTROVERSA UTILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO

A Constituição Federal brasileira, diferentemente do modelo alemão, estruturou os direitos sociais ao lado dos direitos de primeira dimensão, com a finalidade de evidenciar a sua natureza enquanto direito fundamental. O lugar de destaque conferido pelo constituinte originário aos direitos sociais resulta na necessidade de igual tratamento com os demais direitos que gozam de idêntica natureza (fundamental), a obrigar uma leitura diferente daquela

levada a efeito pela doutrina e jurisprudência alemãs, em que os direitos sociais estão no plano da legalidade, infraconstitucionais. Consequentemente, os direitos sociais estão resguardados pelo núcleo rígido conferido pela Carta da República aos direitos fundamentais, o que já demonstra incompatibilidade com o modelo jurídico alemão que originou o princípio ora debatido.

A utilização do princípio da proibição do retrocesso revela-se inapropriada na seara normativa que enquadra os direitos sociais como direitos fundamentais. O fato de os direitos de segunda dimensão estarem localizados no âmbito constitucional já lhes confere uma proteção especial em relação àqueles criados e conformados apenas no âmbito infraconstitucional, visto que existe um regramento específico para supressão dos direitos constitucionalmente assegurados. Nesses casos aplicam-se os limites aos limites dos direitos fundamentais, sendo prescindível o manejo da proibição do retrocesso (NOVAIS, 2010, p. 241).

A primeira disposição que fundamenta a não utilização desse princípio é o fato histórico de sua origem, já que a estrutura normativa ao qual o princípio é oriundo ostenta diferenças estruturais: ressalta-se que um modelo positivou os direitos sociais na legislação infraconstitucional e o outro concedeu-lhes caráter constitucional.

Outra questão a chamar atenção diz respeito à situação fática, da realidade constitucional (MIRANDA, 2012, p. 483), a exigir modificação dos direitos sociais, seja diminuindo-os, alterando-os ou substituindo-os. Assim como os fatos sociais são mutáveis e os próprios valores sociais, a criação de um princípio que proíba modificação constitucional terá o efeito negativo da petrificação da Constituição, desacompanhado da própria evolução do tecido social.

De igual modo não se pode perder de vista que os direitos sociais são direitos que, prioritariamente, custam ao Estado, não estando imunes às modificações de ordem financeira estatal e tampouco às suas consequências. Tratar os direitos sociais como imutáveis, insuscetíveis de sofrer alterações ou modificações, ainda que por vezes influenciados por argumentos econômicos, revela desconectar o direito do plano da realidade em que está inserido, por vezes obrigando o Estado a suportar o insuportável.

Insta rememorar que a concessão de benefícios sociais em determinado momento histórico nem sempre vem acompanhado de momentos que permitam a manutenção sempre progressiva dos direitos sociais. Aliás, no próprio Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (PIDESC) consta que os Estados integrantes do compromisso internacional devem empregar “o máximo de seus recursos disponíveis” para

assegurar a concretização de todos os direitos previstos no aludido diploma (art. 2º, 1), o que significa a necessidade de adequação dos mandamentos constitucionais ao orçamento estatal exequível. Isso denota a ineficácia do princípio da proibição do retrocesso enquanto princípio jurídico-constitucional, pois sem a possibilidade financeira para custear essas disposições, os direitos sociais serão apenas promessas em um pedaço de papel (NOVAIS, 2010, p. 243).

Insta ressaltar que a doutrina favorável à proibição do retrocesso divide-se em duas teorias: a absoluta e a relativa. A primeira defende a imutabilidade dos direitos sociais conformados, ensejando o chamado “efeito cliquet”. A segunda, relativista, admite a existência de eventuais restrições, desde que não viole outros princípios constitucionais, não adentre no núcleo essencial do direito e respeito à proporcionalidade da medida. Para ela, deve-se ponderar esses fundamentos de forma flexível e não como uma característica imutável, já que eventuais restrições são necessárias, mas devem ser compensadas com outros benefícios ou que não atinjam o núcleo essencial do direito em questão. (CANOTILHO, 2000. p. 337-339).

A teoria absoluta é impraticável por fossilizar a Constituição, dada a impossibilidade de qualquer retrocesso no âmbito dos direitos sociais, o que não encontra sustentabilidade nem sob o ponto de vista jurídico, nem sob o econômico. De acordo com a perspectiva jurídica, fossilizar os direitos sociais tornaria os direitos sociais absolutos, marca essa que sequer os direitos de liberdade ostentam. Sob o prisma econômico, crises econômicas são recorrentes no mundo capitalista, de maneira que se mostra economicamente impraticável não haver influência dessas questões em direitos que dependem da saúde financeira estatal.

A teoria relativa, por outro lado, em nada acrescenta ao nível de proteção aos direitos sociais em relação àquilo que já está previsto no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e na técnica empregada para tratar de restrição a direitos fundamentais, o que torna a utilização do princípio da proibição do retrocesso desnecessária. Os postulados utilizados para fins de controle das restrições aos direitos sociais são, em verdade, os atributos elementares dos chamados “*limites aos limites*” das restrições aos direitos fundamentais, o que demonstra a dispensabilidade do princípio em contextos normativos que os direitos sociais estão positivados na Constituição (NOVAIS, 2010, p. 246), pois basta utilizar os mecanismos já existentes e experimentados, sem a necessidade da criação de um novo princípio.

A desnecessidade da utilização de um princípio de questionável aplicabilidade no ordenamento jurídico brasileiro mostra-se evidente, mesmo em sua feição relativa. Não há razão alguma para se buscar conferir uma proteção extra aos direitos sociais em detrimento

daquela proteção conferida aos direitos de liberdade. Sustentar o contrário releva uma preocupação maior em relação àqueles direitos em relação a esses, sem que exista qualquer cientificidade na sua aplicação. Ao contrário, o manejo da proibição do retrocesso acaba por se constituir um atalho quanto ao dever de fundamentação das restrições, bem como um argumento irretorquível, já que inexistente outro que possa contrapô-lo de forma sistemática, justamente pela sua aplicação sem critérios definidos.

Aliado a isso, outra problemática surgida pelo princípio da proibição do retrocesso está atrelada à solução de eventual necessidade da restrição de determinado direito social para garantir a execução de outro mais importante (NOVAIS, 2010, p. 573). Vale dizer, caso o Estado tenha implementado uma política pública para construção de quadras de esporte, mas necessite ampliar o atendimento para a saúde, ele não poderá fazê-lo porque o direito social ao lazer, garantido constitucionalmente como Direito Social (art. 6º, CRFB), seria reduzido ou até mesmo suprimido, violando frontalmente o princípio da proibição do retrocesso.

Seguindo essa linha, mesmo em sendo constatada a ineficácia de uma determinada política social, por não atingir os objetivos pretendidos, por não ser mais necessária ou por ter ela uma relação “custo x benefício” desproporcional, não seria possível descontinuar a prestação social, diante da impossibilidade de retrocessão dos direitos sociais consagrados, isso sem mencionar no potencial benefício da realocação em outro programa social que traria efeitos positivos para toda coletividade (MARMELSTEIN, 2016, p. 283).

A partir das premissas até aqui estabelecidas, constata-se que a utilização do princípio da proibição do retrocesso desgarrar o modelo para o qual fora criado, não encontra base jurídica sólida no Direito brasileiro, além de ensejar uma fossilização da Constituição, resultando em um descompasso entre as pretensões dos cidadãos e os direitos conferidos pelo Estado.

Por outro lado, também não se pode permitir que os direitos sociais estejam ao completo alvedrio do Estado, sob o prisma da legalidade. Nessa hipótese, os direitos fundamentais como um todo e não apenas os sociais, correm o risco de sofrer restrições indesejadas, exageradas, o que deve ser passível de controle pelo Poder Judiciário nas hipóteses submetidas ao seu escrutínio. Para tanto, insta referir que o manejo dos instrumentos adequados tem o condão de propiciar o controle adequado de constitucionalidade das medidas restritivas, afastando-se a proibição do retrocesso para tanto, porque despida de alicerce sólido para aplicação no contexto normativo brasileiro.

3 MÉTODO DE CONTROLE DAS RESTRIÇÕES AOS DIREITOS FUNDAMENTAIS: A APLICAÇÃO DA TEORIA DOS “LIMITES AOS LIMITES”

Imperioso ressaltar nessa altura que a crítica ao princípio da proibição do retrocesso não tem o condão de torná-los direitos à livre disposição do legislador, no sentido de permitir a mais ampla possibilidade de revisão, redução ou extinção. Trata-se de estabelecer um modelo de controle da jurisdição constitucional sobre as restrições aos direitos sociais, tendo como premissa básica o fato de estarem na categoria de direitos fundamentais, os quais já possuem metodologia própria de controle de suas restrições.

Partindo-se do pressuposto de que os Direitos Sociais estão expressos na Constituição da República Federativa do Brasil juntamente com os demais direitos fundamentais, inexistem razão para conferir-se tratamento distinto quanto às restrições aos direitos de liberdade e aos direitos sociais. Ambos merecem o idêntico método de controle sobre suas restrições, o que resulta no reconhecimento de que eventuais restrições deverão ter como parâmetro as mesmas formas de proteção: a teoria dos limites aos limites (SARLET; MARINONI; MITIDIERO, 2015, p. 611-613).

O princípio da proibição do retrocesso encontra aceitação nos estados em que as estruturas normativas dos direitos sociais estejam afastadas da Carta da República, limitadas aos textos legais. Todavia, em países que adotam os direitos sociais como valores fundamentais e que insiram no texto constitucional esses dispositivos sua aplicação será dispensável (NOVAIS, 2010, p. 246).

Aliás, tanto a doutrina favorável à proibição do retrocesso quanto à jurisprudência que a aplica, sempre exprimem a ideia de análise da vedação do retrocesso em conjunto com os demais princípios constitucionais, observando a proteção ao núcleo essencial do direito *sub examine*. Cabe ressaltar que tais meios de controle, em verdade, dizem respeito aos limites dos direitos fundamentais (CANOTILHO et al., 2015, p. 92-96), o que torna redundante recorrer a um princípio integrado por aquela carga principiológica que depois será com ele analisada.

Oportuno rememorar que nas restrições aos direitos fundamentais de primeira dimensão - v.g. liberdade de imprensa, de religião, de ir e vir -, a fórmula adotada para proteção de suas restrições perpassa pelos chamados “limites aos limites”. A análise das medidas restritivas é levada a efeito através do filtro dos princípios constitucionais como da proporcionalidade, da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proteção da confiança,

da garantia do conteúdo essencial, entre outros, a denotar serem esses limites suficientes para a proteção de todos os direitos fundamentais contra a instituição de medidas restritivas.

Dessa maneira, pode-se afirmar que restrições aos direitos sociais deve seguir a mesma lógica, haja vista que as estruturas normativas de ambos os direitos são semelhantes. Revela-se oportuno mencionar que as próprias restrições às disposições dos direitos de liberdade não observam a proibição do retrocesso e não há encontram qualquer desproteção por utilizarem “apenas” a teoria dos limites aos limites como escudo protetivo, como se pretende fazer crer em relação aos direitos de segunda dimensão quando se recorre inadvertidamente à proibição do retrocesso.

Por essa razão, nos países adotantes dos direitos sociais no bojo da Carta da República há uma proteção especial para as restrições a esses direitos, ainda mais quando inseridos no âmbito dos direitos fundamentais, a revelar a carga valorativa impregnada em seus preceitos, resultando na aplicação das mesmas formas de proteção às restrições de todos os direitos fundamentais garantidos constitucionalmente.

CONCLUSÃO

Levando em consideração os aspectos apresentados, constata-se que a utilização do princípio da proibição do retrocesso no âmbito jurídico brasileiro é desnecessária, bem como oportuna sua não aplicação. Essa constatação emerge da análise da natureza jurídica dos direitos sociais e dos mecanismos aplicáveis a todos os direitos fundamentais para controle de suas restrições pela jurisdição constitucional.

A criação de um princípio para proteção dos direitos sociais no Brasil não faz sentido quando são disponibilizados fundamentos jurídicos suficientes para tanto, diferentemente do que acontece na Alemanha, país de criação do princípio da proibição do retrocesso e de onde ele foi importado. O fato de os direitos de segunda dimensão ocuparem lugar de destaque no ordenamento jurídico-constitucional brasileiro confere a eles uma especial proteção, bastando o acionamento dos mecanismos protetivos já existentes para garantir a sua não violação arbitrária.

Revela-se oportuna a utilização do princípio em locais que inexistem proteção alguma dos direitos sociais contra a atuação do legislador. Em tais hipóteses pode-se aceitar uma construção relativa ao princípio da proibição do retrocesso, tendo como suplementação a teoria dos “limites aos limites”. Todavia, o inverso não é válido. Nos países que estruturaram os direitos sociais no âmbito da Carta Constitucional em companhia com os demais direitos

fundamentais, deve-se utilizar apenas a proteção trazida a todos os direitos de assegurada fundamentalidade, aplicando-lhes como freios os princípios constitucionais incidentes.

Digno de registro inexistir prejuízo na aplicação isolada dos “limites aos limites” para proteção dos direitos sociais, sem aplicação suplementar e criativa do princípio da proibição do retrocesso, na medida em que a sistemática já adotada para os demais direitos fundamentais torna mais claro o efetivo controle exercido pela jurisdição constitucional sobre as restrições, sem o manejo a recursos meramente retóricos e de aplicação casuística.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. AG. REG. No Recurso Extraordinário com Agravo. ARE 727864PR. Paraná. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 04/11/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25311019/agreg-no-recurso-extraordinario-com-agravo-are-727864-pr-stf>>. Acesso em: 12 out. 2016.

_____. Ação Declaratória de Constitucionalidade: ADC 30/DF. Rel. Ministro Luiz Fux. Brasília, 16/02/2012. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/22085813/acao-declaratoria-de-constitucionalidade-adc-30-df-stf>>. Acesso em: 11 out. 2016.

_____. Reclamação 19696. Goiás. Rel. Ministra Rosa Weber. Brasília, 23/02/2015. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25363082/reclamacao-rcl-19696-go-stf>>. Acesso em: 07 set. 2016.

_____. Recurso Extraordinário com Agravo: ARE 839579. Mato Grosso. Rel. Ministro Luiz Fux. Brasília, 10/10/2014. Disponível em: <<http://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/25294333/recurso-extraordinario-com-agravo-are-839579-mt-stf>>. Acesso em: 08 set. 2016.

CANOTILHO, J. J. GOMES et al. **Direitos Fundamentais Sociais**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **Direito Constitucional e a Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra, Portugal: Editoria Almedina, 2000.

MARMESLSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 6. ed. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2016.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional: direitos fundamentais**. tomo IV. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. **As restrições aos Direitos Fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

_____. **Direitos sociais: Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais**. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

