

PROIBIÇÃO DO RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS FUNDAMENTAIS: UMA PERSPECTIVA DE DIREITO COMPARADO LUSO-BRASILEIRO

José Mário Porto Neto
Advogado

Resumo

O artigo pretende instigar uma nova perspectiva ao debate envolvendo a proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais, investigando-os com foco no estudo do Direito comparado entre os ordenamentos jurídico do Brasil e de Portugal, bem assim adicionando uma visão interpretativa dada pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e do Tribunal Constitucional Português e, diante de tais considerações, apresentar um novo enfoque e agregar novos elementos à já intensa contenda doutrinária.

Palavras-Chave: Direitos fundamentais. Proibição. Retrocesso.

Abstract

The article intends to instigate a new perspective to the debate involving the prohibition of regression in the matter of fundamental rights investigating with focus in the study of comparative Law between the Brazilian's Law System and the Portuguese's, as well as, adding an interpretative view from the constitutional precedents of Federal Supreme Court of Justice in Brazil and also from the Portuguese Constitutional Court Tribunal and as result os these considerations present a new prospect which seek to add new elements to the already intense doutrinary discussion.

Key Words: Fundamental rights. Prohibition. Regression.

1 Introdução

A grande maioria das Constituições modernas expressa e reconhece, em seus extensos catálogos de direitos, o árduo processo histórico de evolução dos direitos fundamentais. Tanto é assim que não é difícil perceber a existência de inúmeros direitos fundamentais de primeira, segunda e até de terceira dimensões positivados.

Essa generosidade no rol fundamental é característica presente tanto

na Carta Política portuguesa como na brasileira, conduzindo, de modo cristalino, à ideia da mutabilidade dos direitos fundamentais. Essa variabilidade é perceptível ao longo dos tempos e dos reclamos da sociedade em prol do avanço e de alcançarem-se níveis cada vez mais alargados de proteção, seja individual, ou mesmo coletiva.

Assim aconteceu quando os direitos fundamentais brotaram nas Declarações de Direitos e forneceram o alicerce do Estado Liberal, de igual modo, sob a influência do ideário socializante, acentuadas na passagem para o *Welfare State*. E, desse modo, será progressivamente ao longo dos anos, também nas exigências da pós-Modernidade, quando, por exemplo, já se reivindica a aplicabilidade dos direitos fundamentais nas relações jurídico-privadas¹.

No entanto, em épocas de crises como esta, de falência do poderio estatal e suas políticas públicas, faz-se necessário debater se o ordenamento jurídico será capaz de suportar a manutenção de certos paradigmas de vida. Ou, em outras palavras, se, após este excruciante percurso, é possível *retroceder* a antigos estágios, cuja proteção era menos exaustiva e com um menor âmbito de tutela e ferramentas protetivas.

Sem receio, aspira-se, com o presente, adicionar novos elementos à discussão e quiçá levar-se a um novo pensar sobre o tema, posto que “a ordem jurídica não é mero retrato instantâneo de uma dada situação de fato, nem o Direito uma ciência subalterna de passiva descrição da realidade”².

2 Apontamentos acerca da evolução jurídico-constitucional dos direitos fundamentais: entre o Estado liberal e a “pós-modernidade”

Modernamente, observa-se um processo de constante evolução dos direitos fundamentais, buscando-se fazê-los voltar, mais diretamente, aos anseios da vida contemporânea. Evidente que os objetivos modernos não mais se traduzem nas remotas necessidades de prestações negativas ou nas

¹Cf. ANDRADE, José Carlos Viera de. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Documentação e Direito Comparado*, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.5, p. 243-244, 1981. Separata.

²Cf. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. p.220.

tímidas obrigações positivas do paradigma liberal do Estado³, assim como não é mais época da ingerência burguesa tendente a vetar, no maior grau possível, a influência estatal sobre a vida dos particulares⁴, lastreada no liberalismo e individualismo sociopolíticos⁵.

O estágio atual da sociedade mudou, e muito, desde a longínqua era do nascer dos direitos fundamentais. Assim, alinhado a este indiscutível avanço nas searas econômica, social, estrutural e política, é preciso, de igual maneira, atestarem-se novos conceitos também no citado campo programático constitucional, notadamente no que diz respeito às liberdades individuais positivadas nas Cartas Supremas nacionais.

Aliás, exatamente por tais acentuadas razões é que não se desconhece a essencialidade do percurso histórico dos direitos fundamentais⁶, cujo resultado imediato foi alcançar um patamar absoluto de máxima tutela a referidos direitos. Inclusive, esse “Estado dos direitos fundamentais”⁷ tem que ser interpretado, em especial, a partir do contínuo embate entre Estado e cidadãos, essencial à época para a concretização do Estado Democrático de Direito. Não é demais esclarecer que o estágio inicial dessa evolução remete à chamada “concepção unidirecional”⁸, circunscrevendo o estatuto jurídico dos indivíduos apenas em relação às autoridades públicas, porquanto, dentro do contexto individual, preponderava a autonomia privada nas relações, consistindo em um verdadeiro contorno a maiores intervenções.

³Cf. TARELLO, Giovanni. *Storia della cultura giuridica moderna*. Bologna: Il Mulino, 1976. p.250.

⁴CAMBI, Eduardo Augusto. *Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009. p.19.

⁵STRECK, Lênio Luiz; BOLZAN DE MORAIS, José Luiz. *Ciência política e teoria geral do Estado*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. p.55

⁶Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; GARCIA, Eusebio Fernandez (Org.). *Historia de los derechos fundamentales*, t. I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dickinson, 2003. p.15.

⁷Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p.12.

⁸Cf. UBILLOS, Juan María Bilbao. *La eficacia de los derechos fundamentales frente a particulares: análisis de la jurisprudencia del tribunal constitucional*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales/ Dickinson, 1997. p. 234.

Além do mais, dentro deste contexto, foram editadas as Declarações de Direito americanas, notadamente a Declaração da Virgínia que alcançou maior identidade enquanto marco da proteção à liberdade e à propriedade, direitos em ascensão e reivindicados pela burguesia à época⁹ que assumia a condição de protagonista àquele momento histórico.

Dentro desse contexto, observa-se o alvorecer do constitucionalismo¹⁰, que passa a atuar conformando o poder absoluto, estabelecendo as premissas do Estado Liberal e, como faz alusão Konrad Hesse¹¹, outorgaram-se e estabilizaram-se os pressupostos e fundamentos das legislações de direito privado, em especial, o *Code Napoléon*.

Consolidou-se, portanto, um sistema jurídico sob os auspícios da liberdade e autonomia individual, mas, sobretudo, pela segurança jurídica formal decorrente de um prestígio desmedido à interpretação meramente literal da letra fria da norma e que, em regra, festejava uma igualdade formal entre classes absolutamente díspares, o que acarretava a “pauperização”¹² do proletariado, elo mais fraco da sociedade.

Com efeito, o processo irretratável de industrialização, o progresso técnico e a massificação do desnivelamento econômico entre as classes

⁹Destaque-se a opinião, a esse respeito, de Carl Schmitt, porquanto, apesar da Magna Carta de João Sem Terra, 1215, *Habeas Corpus* Act, 1679, e o *Bill of Rights* usualmente serem citados como primeiras declarações de direitos fundamentais, estes instrumentos representam, muito mais, regulamentos protetivos inerentes aos barões e à elite da época. (SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza, 1996. p.164)

¹⁰A propósito, “em termos rigorosos, não há um constitucionalismo, mas vários constitucionalismos (o constitucionalismo inglês, o constitucionalismo americano, o constitucionalismo francês). Será preferível dizer que existem diversos movimentos constitucionais com corações nacionais, mas também com alguns momentos de aproximação entre si”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.48).

¹¹Cf. HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995. p.34.

¹²Registre-se a opinião de Fábio Konder Comparato: “em contrapartida a essa ascensão do indivíduo na História, a perda da proteção familiar, estamental ou religiosa, tornou-o muito mais vulnerável às vicissitudes da vida. A sociedade liberal ofereceu-lhe, em troca, a segurança da legalidade, com a garantia da igualdade de todos perante a lei. Mas essa isonomia revelou-se uma pomposa inutilidade para a legião crescente de trabalhadores, compelidos a se empregarem nas empresas capitalistas. [...] O resultado dessa atomização social, como não poderia deixar de ser, foi a brutal pauperização das massas proletárias” (COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. p.54)

irremediavelmente influenciariam os desígnios da estrutura até então vigente¹³. Os setores marginalizados não apenas reclamavam participação política - intervenção igualitária no processo eleitoral¹⁴ - como também pleiteavam interferência estatal nas várias áreas da vida em coletividade, notadamente para se reparar e transformar o sistema social caótico da época¹⁵, com vias a estancar o processo crescente das desigualdades estamentais.

E é, verdadeiramente, com esse esmorecer da concepção liberalista, aliado à quebra do paradigma da isonomia meramente formal que vão brotando as premissas de um Estado mais social, pautado sob a égide do “protagonismo do proletariado” na consciência de classe que, a partir de então, se inspira na valorização e promoção de direitos, por intermédio de um aparato estatal que precisa dirigir efetivamente a economia e intervir, necessária, em busca do almejado equilíbrio social¹⁶, em contraponto aos arcaicos conceitos erigidos unicamente a reconhecer uma perspectiva negativa dos direitos.

Esta revolução¹⁷, concretizada no século XX, operou o reconhecimento

¹³Sobre este ponto, vide: SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e estado, serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, 2008. p.15-40.

¹⁴Neste sentido, Peces-Barba sustenta que os direitos políticos não pertencem à mesma ‘geração’ que os direitos e liberdades civis. (MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”. *Derechos y Libertades. Revista Del Instituto Bartolomé las Casas*. Ano III, n.6, p.15, 1998.)

¹⁵“A industrialização e o progresso técnico desenraizaram os homens das suas terras, amontoaram-nos nas cidades, impuseram-lhes um ritmo acelerado de vida e desenharam-lhes os horizontes de um bem-estar material. Privados de seu espaço e do seu tempo, arregimentados em estruturas intermediárias, desde a fábrica ao sindicato e ao partido... Revelam-se as diferenças mal escondidas e, com a divisão do trabalho, das atividades e das profissões, os interesses multiplicam-se ainda mais entre si, uns contra os outros, procurando a melhor posição num mundo social sem lugares marcados e em movimento contínuo... o Estado começa a ser cada vez mais solicitado a intervir na vida social e a Administração ultrapassa definitivamente a sua condição aparente de esquadra de polícia e repartição de finanças.” (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4 ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.56-57.

¹⁶Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998. p.38-40.

¹⁷A propósito: “século marcado por convulsões bélicas, crises económicas, mudanças sociais e culturais e progresso técnico sem precedentes (mas não sem contradições), o século XX é, muito mais que o século anterior, a era das revoluções. Desembocam nele todas as grandes correntes filosóficas e acelera-se o ritmo dos eventos políticos. É, portanto, um século em que o Direito Público sofre poderosíssimos embates e em que à fase liberal do estado constitucional vai seguir-se a uma fase social”. (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6.ed. Coimbra: Coimbra, 1997. P. 96-97.

dos direitos a uma prestação estatal positiva ou, como assenta Canotilho¹⁸, a partir de um modelo estadual de “proibição de omissão”, e, neste sentido, alcançar-se a concretização dos direitos econômicos, sociais e culturais.

Com efeito, esse novo paradigma impactou decisivamente as estruturas estatais, especialmente porque as políticas públicas passam a se inserir no universo privado dos indivíduos a fim de se alcançar uma igualdade material mais efetiva exigindo, por conseguinte, uma reformulação das margens entre o público e o privado¹⁹ e, ao mesmo tempo, essa redefinição conceitual e política, visto que, além da esfera de abstenção estatal, passava-se a reconhecer prestações positivas, consubstanciadas à concretização dos direitos sociais. Essas novas exigências da sociedade fizeram ser possível o reconhecimento, na senda dos direitos fundamentais, de uma dimensão objetiva com eficácia geral e não apenas circunscrita ao Estado²⁰.

No entanto, a utopia de acreditar que o Estado poderia, de fato, intervir equitativa e constantemente, em todos os domínios da sociedade evanesceu. O processo (até então recente) de globalização, trazendo consigo a perda gradual do domínio estatal sob a economia, o enfraquecimento da formulação e a regulação das políticas governamentais juntamente ao surgimento de estruturas, forças e problemas transnacionais junto a fortíssimos oligopólios e trustes supranacionais²¹, sem falar nos

¹⁸Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. Coimbra: Coimbra, 1994. p.364.

¹⁹Sobre o tema: “a tradicional dicotomia, de origem romana, Direito Público/Direito Privado, sofre grande impacto, em razão da progressiva publicização do Direito Privado, e de sua ‘invasão’ pela normativa constitucional. Se no Estado Liberal havia o primado do privado sobre o público, seja pelo domínio da ‘liberdade dos modernos’ sobre a ‘liberdade dos antigos’, seja em razão do respeito não apenas ao sacrossanto espaço da autonomia individual, mas também ao livre jogo das forças do mercado, no Estado Social se invertem os termos desta equação”. (SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2008. p.24).

²⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993. 600p.

²¹Sobre a influência dos oligopólios e trustes no processo de globalização e crise do Estado Social: FIORI, José Luis. *Os moedeiros falsos*. Petrópolis: Vozes, 1998. p.26 e BORDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 101.

problemas decorrentes de uma crescente multidiversidade social da população e a consequente incapacidade do “Estado-Providência”²² de responder aos anseios de uma sociedade cada vez mais complexa, implicou a derrocada do tradicional modelo jurídico.

Essas dúvidas quanto à eficácia jurídica do “projeto da modernidade”²³ vão materializando a mutação de vários institutos, inclusive, a afirmação da dimensão objetiva dos direitos fundamentais congregada à “crise do conceito clássico de autoridade”²⁴, desde que o Estado vai abdicando de parcelas consideráveis do poder às entidades privadas.

A vulnerabilidade das instituições estatais aliada ao agravamento das adversidades econômicas - que, agora, alcançam, inclusive, os países ditos desenvolvidos - decorrentes das cíclicas crises financeiras observa, ao largo, o fortalecimento do poderio privado²⁵ no âmbito da economia globalizada.

E, com a assunção das entidades privadas à primazia do poder, torna-se mais evidente o descompromisso com o bem-estar coletivo já que o objetivo maior dos negócios particulares é o lucro. Assim, essa situação invariavelmente pode acarretar a diminuição do âmbito de proteção dos indivíduos, mormente porque o Estado vai deixando à iniciativa privada serviços que antes era exclusivamente públicos. Basta verificar a privatização que mundialmente ocorre nas áreas da saúde, educação e previdência social.

²²“O que está em causa é o próprio paradigma de intervenção estatal, sobretudo depois da derrocada dos modelos socialistas colectivistas. O equívoco de ligar indissolavelmente a justiça social à igualdade, em termos de a vincular à construção de uma sociedade igualitária, pode revelar-se, se não tão grave, pelo menos tão ineficaz como aquele que fez depender a liberdade da igualdade.... Como era de esperar, a globalização transportou os problemas dos direitos fundamentais para o âmbito mundial”. (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p. 65-67).

²³Sobre este ponto, vide: HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes. 2000. p.109

²⁴Cf. ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990. p. 26.

²⁵Cf. SARMENTO, Daniel. “Direitos Sociais e globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 223, p. 154, 2001.

Ademais, conforme exposto, faz-se necessário investigar os reflexos que essa privatização social pode causar aos direitos humanos positivados, porque a escrita histórica já evidenciou que o mercado, por si só, não é o bastante para amparar os indivíduos mais carentes²⁶, mormente quando não contam, em seu favor, com a rede de proteção pública típica do *Welfare State*.

Entretanto, não pode negar-se que a questão é, efetivamente, deveras intrigante, principalmente porque diz respeito a um processo complexo de evolução histórica na definição de direitos essenciais e que trazem consigo também imbrincado progresso inerente à própria ciência do direito constitucional contemporâneo.

Assim, justifica-se a concepção de que, além da tradicional proteção subjetiva para tutela da posição jurídica individual, há ainda uma dimensão objetiva que deve ser definitivamente consagrada, marcada pela aceitação do fato de que os direitos fundamentais implicam valores ou fins que a sociedade deseja respeitar²⁷, constituindo verdadeiros “valores nucleares de uma ordem jurídica democrática”²⁸ que se irradiam a todos os âmbitos e que dizem respeito a toda a coletividade²⁹.

E justamente por essa razão - por meio da qual os direitos fundamentais ocupam posição privilegiada, expandindo-se e influenciando nas demais áreas³⁰ - que se coloca o problema da possibilidade, ou não, do retrocesso neste âmbito de direitos e questiona-se se o *standard* de proteção alcançado encontra-se integralmente protegido no atual sistema jurídico.

²⁶Cf. CLAPHAN, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Oxford: Claredon Press, 1989. p. 124 e ss.

²⁷ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.141 e ss.

²⁸Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998. p.32.

²⁹Sobre o tema é precisa a síntese de Pérez Luño: “*los derechos fundamentales han dejado de ser meros límites al ejercicio del poder político, o sea, garantías negativas de los intereses individuales, para devenir un conjunto de valores o fine directivos de la acción positiva de los poderes*”. (PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos S.A, 1998. p. 21).

³⁰Cf. MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. *Curso de derechos fundamentales: teoría General*. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999. p. 353-361.

3 Proibição do retrocesso em matéria de direitos fundamentais: uma perspectiva de direito comparado luso-brasileiro

O inexorável processo de evolução dos direitos fundamentais, apesar de, na maior parte das vezes, ser árduo e delicado, tem-se mostrado deveras fecundo, alcançado inegáveis avanços em todas as áreas. Várias e importantes vitórias podem ser comemoradas: direitos essenciais passam a ser reconhecidos e catalogados na Constituição, sendo elevados a um nível de proteção que, quiçá, jamais foi visto.

Tamanha é a relevância de tais institutos que já se sustenta o irromper de um “Estado dos direitos fundamentais”³¹, erigido sob o rigoroso alicerce da dignidade da pessoa humana.

As Cartas Magnas contemporâneas vão, paulatina e inevitavelmente, perdendo a primazia enquanto norma de organização do poder político, para se transformarem, com absoluta prioridade, em instrumento de consagração e garantia efetiva dos direitos fundamentais³². Finca-se, como característica marcante, a afirmação desses direitos, acompanhada de ferramentas capazes de assegurar sua íntegra concretização³³.

E é, exatamente neste horizonte, característico do pós-apogeu do Estado Social, pautado pela sensível e destacada evolução dos direitos fundamentais a patamares distintamente notáveis, ao menos na regra geral, que o regime constitucional enfrenta uma emblemática encruzilhada. Isto porque, nos tempos de crises, evidenciam-se as vicissitudes sociais e

³¹Cf. NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p.12.

³²Cf. PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005. p.116-119.

³³A propósito leciona Luís Roberto Barroso: “já não cabe negar o caráter jurídico e, pois, a exigibilidade e acionabilidade dos direitos fundamentais, na sua múltipla tipologia... A afirmação dos direitos fundamentais como um todo, na sua exequibilidade plena, vem sendo positivada nas Cartas Políticas mais recentes, como se vê do art. 2º da Constituição portuguesa e do Preâmbulo da Constituição brasileira, que proclama ser o país um Estado Democrático, ‘destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais’. (BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*: limites e possibilidades da Constituição brasileira. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p.102).

constata-se, efetivamente, que o “Estado Social encontra-se severamente enfermo”³⁴ e, não há certezas jurídicas, se o Estado pós-social, repleto dos abismos pós-modernos, será capaz de suportar a manutenção de certos paradigmas de vida.

Esse penoso entroncamento jurídico consubstancia-se, então, na indagação se, depois de um lancinante percurso histórico dos direitos fundamentais tendentes sempre a um maior espectro do rol de liberdades, é possível retornar aos patamares anteriores? É dizer, em outras palavras, se é possível *retroceder* a antigos estágios, cuja proteção era menos exauriente e efetiva e com um menor âmbito de tutela e ferramentas protetiva?

Aliás, esse conceito de proteção ao *standard fundamental*, em matéria de direitos constitucionalmente assegurados, é expressão da segurança jurídica, identificado como elemento basilar e, para além deste atributo, verdadeiro ingrediente concretizador dos nobres fins e da incolumidade da ordem jurídica do Estado Democrático de Direito³⁵. Contrapõe-se, neste sentido, à insegurança institucional e aos anseios reformistas inerentes à alternância democrática de governos e dos mercados globalizados que trazem consigo, inevitavelmente, incertezas estruturais de índole política, econômica e social.

Ademais, não pode perder-se de vista que o reconhecimento e a garantia dos direitos fundamentais se justificam pela relação intrínseca e pela projeção de cada um deles sob a dignidade da pessoa humana³⁶, ungida, hodiernamente, a verdadeiro cânone e fundamento da Constituição.

Como corolário dessa discussão e justo nessa senda, coloca-se precisamente o problema da existência, quer no ordenamento constitucional brasileiro, quer no português, de instrumento que impeça o retorno ao *status*

³⁴Para melhor compreensão, vide: ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel Ulhôa. Brasília: UnB, 1997. p.7

³⁵Cf. MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.112 e ss.

³⁶Cf. ROUSSEAU, Dominique. *Les libertés individuelles et la dignité de la personne*. Paris: Montchrestien, 1998. p.70.

quo ante ou, em outras palavras, se o sistema normativo admite a incidência do princípio da vedação ao retrocesso³⁷.

Na seara lusitana, a questão da existência de uma vedação ao retrocesso, em matéria de direitos fundamentais, apresenta-se em duas vertentes distintas: a primeira delas, de certo modo, livre de maiores controvérsias, é a que diz respeito aos direitos, liberdades e garantias, os quais, por força de mandamento categórico previsto no art. 288³⁸ da Constituição da República Portuguesa, promulgada em 1976, os direitos essenciais restam plenamente assegurados como limites materiais a alterações e a reformas pelo constituinte derivado; a segunda vertente é a que trata dos chamados direitos sociais, sendo, todavia, mais traumática, e envolve significativos influxos tanto na doutrina³⁹ como na jurisprudência do Tribunal Constitucional.

E, dentro da contenda, Canotilho e Vital Moreira⁴⁰ asseveram que os direitos sociais, posteriormente à sua concretização legislativa, transmudam-se em verdadeiros direitos subjetivos a prestações estatais institucionalizadas, as quais não mais poderiam ser suprimidas, assim, sob essa perspectiva subjetiva; o *facere* do Estado se aproximaria de uma garantia institucionalizada e exigível que redundaria em uma proibição da “contra revolução social”. De modo semelhante, posiciona-

³⁷Vem a calhar o escólio esclarecedor de Luís Roberto Barroso: “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido. Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição.” (BARROSO, Luís Roberto. *O Direito constitucional e a efetividade das normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158-159).

³⁸Artigo 288.º. Limites materiais da revisão. As leis de revisão constitucional terão de respeitar:

- d) Os direitos, liberdades e garantias dos cidadãos;
- e) Os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais.

³⁹Para elucidar, autores que rejeitam a proibição do retrocesso, vide, v.g. VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva de lei: a causa da Lei na Constituição de 1976*. 1ª reimpressão. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1996. p. 384-386.

⁴⁰CANOTILHO, José Joaquim Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p.131 e ss.

se Jorge Miranda⁴¹, para quem nem mesmo nas hipóteses de normas pendentes de concretização poderia o legislador subtrair, *a posteriori*, as prestações adquiridas pelos cidadãos.

Parecendo trilhar o mesmo percurso doutrinário, o Tribunal Constitucional deixou vestígios que iria encampar tal posição quando teve oportunidade de analisar a constitucionalidade do dispositivo normativo que revogava a lei instituidora do Sistema Nacional de Saúde lusitano e, por essa razão, terminava por extingui-lo, deixando, assim, desamparado o direito a proteção à saúde, referendado que é no art. 64 da Constituição Portuguesa. A Excelsa Corte, naquele caso, arrematou, por maioria de votos, no Acórdão n.º. 39/1984 (Diário da República, I Série, de 5 de Maio de 1984), o seguinte:

Ao extinguir o Serviço Nacional de Saúde, o Governo coloca o Estado, de novo, na situação de incumprimento da tarefa constitucional que lhe é cometida pelo artigo 64.º, n.º 2 da Constituição. Que o Estado não dê a devida realização às tarefas constitucionais, concretas e determinadas, que lhe estão cometidas, isso só poderá ser objecto de censura constitucional em sede de inconstitucionalidade por omissão. Mas, quando desfaz o que já havia sido realizado para cumprir essa tarefa, e com isso atinge uma garantia de um direito fundamental, então a censura constitucional já se coloca no plano da própria inconstitucionalidade por acção.

Se a Constituição impõe ao Estado a realização de uma determinada tarefa — a criação de uma certa instituição, uma determinada alteração na ordem jurídica —, então, quando ela seja levada a cabo, o resultado passa a ter a protecção directa da Constituição. O Estado não pode voltar atrás, não pode descumprir o que cumpriu, não pode tornar a colocar-se na situação de devedor. [...]

Quer isto dizer que, a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente

⁴¹A esse respeito: “Poderá supor-se que sim: o legislador tem, certamente, a faculdade de modificar qualquer regime legislativo; o que parece não ter é a faculdade de subtrair supervenientemente a qualquer norma constitucional a exequibilidade que tenha adquirido.” (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. Coimbra: Coimbra, 1981. p.670). E, novamente, em outras palavras: “Logo não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais.” (op. cit., p. 397).

impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar (ou passar também a ser) numa obrigação negativa⁴².

As assertivas lançadas no corpo do julgado e as premissas tomadas em consideração pelo Tribunal pareciam não deixar sombra de dúvidas acerca do acolhimento integral da tese da proibição do retrocesso social.

Nada obstante e em que pese a taxatividade do pronunciamento jurisdicional, é certo que um único precedente não é suficiente para caracterizar a adoção de um entendimento firme e pacífico, mormente quando a deliberação se deu por maioria de votos. Nessa quadra de ideias, foi essa a precisa advertência reportada por Casalta Nabais⁴³, ao comentar a decisão, assinalando que o Tribunal Constitucional não havia perfilhado expressamente a posição vedando o retrocesso social, mas apenas declarado inconstitucional o retorno a uma situação de omissão constitucional resultante da extinção de um serviço social.

Essa repreensão, ao que parece, no entanto, não se fez ouvir na doutrina constitucional dos demais países, por exemplo, em território brasileiro, onde se vocifera, em consideráveis estudos, ser a jurisprudência assente e remansosa do Pretório Excelso lusitano o acolhimento, na íntegra, da proibição do retrocesso social⁴⁴.

Em verdade, não demorou muito para o Tribunal Constitucional realinhar sua esteira de posicionamento, para se estabelecer substanciais ressalvas no tocante ao princípio em tela. Essas reservas podem ser percebidas em caso bastante semelhante ao outrora decidido, quando, em seguida, se analisou a

⁴²Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

⁴³NABAIS, José Casalta. “Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n. LXV, p.10-11, 1989-1990. Separata.

⁴⁴Destaca-se, neste sentido e apenas para ilustrar: CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romero. “O Princípio da proibição do retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro”. *Revista de Direito Público do Instituto Brasileiro de Direito Público IDP*, v. I, n. 34, p. 31, jul/ago, 2010. Apud ZUBA, Thais Maria Riedel de Resende. *O Direito à seguridade social na Constituição de 1988 e o princípio da vedação do retrocesso*. Dissertação de Mestrado apresentada, em 2001, junto a Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 2001.

constitucionalidade de norma que estabelecia condições para o acesso de determinadas classes sociais ao Serviço Nacional de Saúde, criando, em certos estamentos, taxas financeiras a serviços que antes eram gratuitos. A propósito, neste Acórdão n.º 330/1989 (Diário da República, II Série, de 22 de Junho de 1989), da relatoria do Conselheiro Cardoso da Costa, restou edificada a seguinte linha argumentativa:

o conceito constitucional de «gratuidade» do serviço nacional de saúde comporta, afinal, um certo halo de indeterminação, no qual cabe designadamente a possibilidade da existência de taxas «moderadoras» do acesso a tal serviço, claro que dispunha o legislador de legitimidade - dispunha de «liberdade constitutiva» - para preenchê-lo nesses termos [...]

Posto isto - tendo o legislador parlamentar podido legitimamente incluir entre as bases do serviço nacional de saúde a da exigibilidade de «taxas moderadoras» - claro que legitimado estava também o Governo (vistas agora as coisas sob um prisma substancial) para no Decreto-Lei n.º 57/86 proceder ao estabelecimento efectivo dessas mesmas taxas. Donde que - em suma - não possa ver-se na edição das correspondentes normas desse diploma (ou não possa aí ver-se, sem mais) uma violação do princípio da «gratuidade» consignado no artigo 64.º da Constituição [...]

Por outro lado, teve o legislador desse diploma o cuidado de delimitar o âmbito da incidência dessas taxas - seja no n.º 2 do mesmo artigo 4.º, ao prever o estabelecimento e um quadro de isenções genéricas do seu pagamento (o que veio a concretizar-se na Portaria n.º 344-A/86, de 5 de Julho); seja no artigo 5.º, ao excluí-las quanto a certos tipos de prestações do SNS (cf., *supra*, no n.º 3, a transcrição dos preceitos ora referidos) - em termos tais que pode seguramente afirmar-se que dessa forma ficou afastado o risco de a exigência das taxas moderadoras vir afinal (pelas razões ou nas situações antes apontadas) a «subverter» o princípio da «gratuidade» ou a comprometer os princípios da «universalidade» e «generalidade»⁴⁵

Os precedentes, apesar de conterem similitudes concretas nas questões discutidas, explicitam uma verdadeira guinada da Corte no enfrentamento e

⁴⁵Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19890330.html>>. Acesso em: 07 mar. 2013.

na definição da problemática, adotando uma postura menos protetiva dos direitos fundamentais e aceitando um maior espaço de conformação legislativa na concretização desses direitos.

Ademais, esse novel entendimento parece ser corroborado no Acórdão nº. 101/92 (Diário da República, II Série, de 18 de Agosto de 1992), quando se assenta, de modo inequívoco, que somente seria hipótese de *retrocesso social* constitucionalmente proibido quando fossem reduzidos ou afetados “direitos adquiridos” subjetivamente pelos indivíduos, ou seja, “em termos de se gerar violação do *princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural*”⁴⁶, que se perfectibilizaria quando houvesse uma prévia subjectivação desses mesmos direitos.

É invocado, portanto, um novo elemento, antes ignorado pelos precedentes, que é a necessidade de se subjetivar a prestação, é dizer, somente após a inserção do direito social na esfera jurídica individual e, assim, integrado ao “património jurídico” do cidadão, não seria lícito ao poder público subtrair essa prestação, sob pena de menoscabo ao *princípio da protecção a confiança*⁴⁷, que somente seria tutelada quando a concretização já estivesse subsumida ao horizonte individual do cidadão, como referido alhures.

Se já não fossem suficientes os correntes pronunciamentos, o Tribunal Constitucional reiterou, de uma vez por todas, sua posição, admitindo a cláusula da proibição do retrocesso apenas quando se pretender aniquilar o

⁴⁶Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19920101.html>>. Acesso em: 07 mar. 2013. Grifos no original.

⁴⁷A esse propósito é lapidar a lição de Canotilho: “Estes dois princípios - segurança jurídica e protecção da confiança - andam estreitamente associados a ponto de alguns autores considerarem o princípio da protecção de confiança como um subprincípio ou como uma dimensão específica da segurança jurídica. Em geral, considera-se que a segurança jurídica está conexcionada com elementos objectivos da ordem jurídica - garantia de estabilidade jurídica, segurança de orientação e realização do direito - enquanto a protecção da confiança se prende mais com as componentes subjectivas da segurança, designadamente a calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos actos dos poderes públicos. A segurança e a protecção da confiança exigem, no fundo: (1) fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos actos do poder; (2) de forma que em relação a eles o cidadão veja garantida a segurança nas suas disposições pessoais e nos efeitos jurídicos dos seus próprios actos. Deduz-se já que os postulados da segurança jurídica e da protecção da confiança são exigíveis perante ‘qualquer acto’ de ‘qualquer poder’ - legislativo, executivo e judicial.” (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3.ed. Coimbra: Almedina, 1999. p.250)

direito social constitucionalmente assegurado sem quaisquer medidas compensatórias. Com efeito, no Acórdão nº. 509/2002, restou expresso que “a proibição do retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o carácter de opções legislativas fundamentais.”⁴⁸

A Excelsa Corte cuidou de ser ainda mais precisa, ao explicitar os casos-limite que atrairiam o amparo constitucional, desenvolvendo a hipótese a partir do conceito de mínimo existencial⁴⁹, consignando que, na hipótese debatida, não haveria retrocesso defeso, porquanto “a norma questionada não procede a uma pura e simples eliminação da prestação de segurança social destinada a assegurar o direito a um mínimo de existência condigna, mas apenas a uma reformulação do seu âmbito de aplicação”.

Em verdade, essa oscilação jurisprudencial originou dois relevantes resultados. O primeiro deles e, evidentemente, mais natural foi a onda de influência junto à doutrina constitucional⁵⁰ - bem como chegando, em até certas situações, a conformar íncultas opiniões⁵¹ -, mas também produziu importante reflexo jurídico, talvez o fato mais pertinente, consubstanciado em uma nova tendência interpretativa que, grosso modo, promove um rebaixamento do princípio da proibição do retrocesso, expurgando-lhe sua autonomia natural e vinculando sua tutela constitucional à coexistência

⁴⁸Disponível em: <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>>. Acesso em: 07 mar. 2013. Grifos no original.

⁴⁹Sobre este ponto, Ricardo Lobo Torres define-o como “um direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que exige prestações estatais positivas.” (TORRES, Ricardo Lobo. *A cidadania multidimensional na era dos direitos*. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 266-267).

⁵⁰Cita-se, vg., ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 4. ed. Coimbra: Almedina, 2009. p.390 e ss.

⁵¹Neste ponto, Canotilho reformulou seus pensamentos para admitir a proibição do retrocesso apenas quando for alvejado o “núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana”, desde que desprovidos de “esquemas alternativos ou compensatórios”. (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 338-340)

com o princípio da proteção da confiança e à cláusula do mínimo existencial⁵².

Tem-se, em síntese, que, no tocante à proibição do retrocesso, na vertente alusiva aos direitos sociais, a doutrina e a jurisprudência portuguesa, após a mencionada reviravolta de posições, deixou de lado a proibição de retrocesso absoluta do modo como enunciava o preambular julgado, para amparar uma proibição relativa ou *de prima facie*⁵³, é dizer, acolheu-se uma vedação que somente incidira sobre retrocessos que influenciassem o *mínimo existencial*, ou que se revelem desproporcionais ou desarrazoáveis, ou, por último, que promovessem ingerência indevida sobre a proteção da confiança dos indivíduos ou a dignidade da pessoa humana.

Mesmo diante de algumas particularidades próprias, natural de sistemas constitucionais diversos, impressiona o nível de semelhança entre as questões debatidas e os eventuais problemas enfrentados no universo português e sua aproximação natural com a controvérsia tupiniquim⁵⁴. Revela-se notável, nessa quadra de ideias, a defluência recíproca das experiências normativas, fruto, quem sabe, de uma contínua comunicação e do aprofundamento do diálogo, que tem sido a tônica de um verdadeiro intercâmbio jurídico de doutrina e de conceitos.

Nesse sentido, portanto, importante ressaltar que também, no Brasil, a questão desdobra-se em dupla tendência, que, em linhas gerais, apresentam pontos de vistas diferenciados. Uma das vertentes apresenta-se sob a perspectiva do retrocesso em matéria dos direitos fundamentais *clássicos*⁵⁵

⁵²No particular, sintetiza Fernando Alves Correia: “Parece assim resultar da jurisprudência do Tribunal Constitucional que o *princípio da proibição o retrocesso* não é um *princípio autónomo*, porquanto só é violado quando o legislador introduz uma alteração redutora do direito violadora do *princípio da proteção da confiança* ou quando a modificação legislativa colidir com o *conteúdo mínimo do direito a um mínimo de existência condigna*” (CORREIA, Fernando Alves. “A concretização dos direitos sociais pelo Tribunal Constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. VII, p. 39, 2010. Separata).

⁵³Cf. SILVA, Jorge Pereira da. *Dever de legislar e proteção jurisdicional contra omissões legislativas*: contributo para uma teoria da inconstitucionalidade por omissão. Lisboa: Universidade Católica, 2003. p.247 e ss.

⁵⁴Neste ponto, são inúmeras as obras científicas brasileiras que aprofundam esse diálogo comparado, dentre as quais: PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *O Princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p.150 e ss

⁵⁵Cf. PINTO E NETTO, Luísa Cristina, op. cit., p.111-114.

(ou de primeira geração ou dimensão, quer ainda direitos de liberdade, apenas para se diferenciar dos direitos sociais), já que, em tese, seria possível um governo querer, por exemplo, restringir direitos políticos ou mesmo as garantias processuais, asseguradas constitucionalmente.

Todavia, no que tange a esta primeira face da problemática no horizonte brasileiro também é possível perceber claramente que o próprio constituinte originário pareceu se precaver contra *influxos reacionários*, até então rotineiros à atordoadá democracia que se reinstalava.

Com efeito, um dos primeiros indícios é a circunstância de a Carta Política de 1988 ter consignado textualmente, como direito fundamental dos indivíduos, a proteção ao direito adquirido, amparando-o, inclusive, contra eventual supressão mediante lei⁵⁶.

A esse respeito, já se observa uma leve tendência do ordenamento brasileiro em conferir guarida à ideia de segurança jurídica, conectando-a diretamente, inclusive, com o primado da dignidade da pessoa humana, de modo que, em última análise, essa dignidade não restaria protegida quando fosse tamanha a instabilidade e a incerteza das posições jurídicas que os indivíduos não fossem capazes confiar, com tranquilidade e segurança, no regime estatal⁵⁷.

Maior razão ainda se evidencia, tal qual acontece no domínio português, quando é expressamente cravado, como cláusula pétrea e, por essa razão, limite material incontornável à eventual reforma constitucional, a tentativa de abolir e de excluir direitos e garantias individuais⁵⁸ correntemente assegurados. Registre-se, como tem sido patrocinado na doutrina, que a “barreira” pétrea reprime toda e qualquer tentativa de restrição do núcleo essencial dos direitos fundamentais⁵⁹, ainda que em sede de conformação normativa.

⁵⁶Art. 5º. Inc. XXXVI - a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

⁵⁷Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais”. *Direito & Justiça*, v.32, n.1, p.11, jan./jun. 2006. e ss.

⁵⁸Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

⁵⁹AWAD, Fahd Medeiros. “Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos

Portanto, no que tange aos direitos fundamentais de primeira geração⁶⁰, a matéria é, majoritariamente, remansosa, em especial, à vista da taxatividade da cláusula pétrea constitucional. A esse respeito, inclusive, é bastante oportuna a síntese de Ingo Sarlet⁶¹:

A garantia de intangibilidade desse núcleo ou conteúdo essencial de matérias (nominadas de cláusulas pétreas), além de assegurar a identidade do Estado brasileiro e a prevalência dos princípios que fundamentam o regime democrático, especialmente o referido princípio da dignidade da pessoa humana, resguarda também a Carta Constitucional dos ‘casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares’.

O problema, de fato, coloca-se e ganha relevo quando o eixo da discussão é transmutado ao segundo sentido alusivo à incidência da proibição do retrocesso, a qual é, precisamente, relacionada à regressão na disciplina e na concretização dos direitos sociais.

E, justo nessa senda, um dos primeiros embargos que são invocados pela doutrina, na análise da querela, é conexo ao não reconhecimento da estatura fundamental aos direitos sociais⁶². Nada obstante, esse argumento tem sido rotineiramente rebatido, não apenas no cenário brasileiro, principalmente sob a justificativa de que o *facere*⁶³,

⁶⁰Ou dimensão, como prefere Paulo Bonavides. BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º - Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais.

⁶¹SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 354.

⁶²Cf. LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <<http://www.6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

⁶³Aprofundando-se um pouco mais a visão: “Assim, e no que concerne especificamente aos direitos fundamentais sociais (direitos fundamentais a prestações em sentido estrito), a pretensão não corresponde a uma omissão, mas a uma ação. Na terminologia de Georg Jellinek, os direitos fundamentais sociais correspondem essencialmente ao *status positivus*, isto é, reclamam por uma ação, um *facere*, por parte dos poderes públicos. Traduzem pretensão de cuidado e proteção com ajuda da actividade público-estadual em ordem à realização dos respectivos interesses”. (QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justicialidade*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 32)

por parte dos poderes públicos tem como objetivo assegurar a igualdade de condições para o exercício das liberdades clássicas⁶⁴, inclusive, os direitos civis e políticos decorrentes do regime democrático, razão pela qual se fala, hodiernamente, na “indivisibilidade” e na “interdependência” dos direitos humanos⁶⁵.

Outro argumento argutamente suscitado pela corrente contramajoritária é o imobilismo⁶⁶ que indigitada vedação acarretaria no legislador ordinário, chegando a agitar-se um engessamento dos sistemas de governos, impedindo-os de optar pelas políticas públicas mais relevantes. No tocante a esse empecilho, faz-se mister, sucintamente, destacar que não seria o caso de imobilismo, porquanto a vedação às medidas retrógradas não assume feições absolutas⁶⁷, aplicando-se apenas quando houver a depuração integral de direitos, sem outras medidas semelhantes ou de reparação. Ademais, restrições pontuais ao poder de legislar não são novidades e, até certo ponto, são naturais em um ordenamento jurídico que outorga força normativa e supremacia à Constituição da República.

Para além desses óbices - que, diga-se, de passagem, são absolutamente inerentes à atividade jurídica -, a doutrina brasileira dominante tem se posicionado pela defesa da existência de uma proibição ao retrocesso social, é dizer, o ordenamento constitucional vedaria a revogação pura e simples de normas que regulamentassem direitos reconhecidos na Carta

⁶⁴Cf. RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p.235

⁶⁵Cf. FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p.74

⁶⁶A esse propósito aduz Suzana de Toledo Barros: “a admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflita com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum” (BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996. p. 163)

⁶⁷Cf. MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. “A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico”. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004. p.408 e ss.

Magna, obliteração que seria defesa, patentemente, quando desprovida de políticas substitutivas ou compensatórias⁶⁸.

No mesmo sentido, é o entendimento de Ingo Sarlet⁶⁹, para quem rejeitar a vedação às medidas de regressão seria permitir o desrespeito solene à “vontade expressa do Constituinte”, incitando a ideia de que a *Lex Mater* brasileira conferiu prestígio fundamental, em uma verdadeira “nota de jusfundamentalidade”⁷⁰, também a vários direitos sociais, o que os incluiriam no rol, privilegiado e maximamente protegido, das cláusulas pétreas⁷¹.

Registre-se, ainda, que, semelhante ao que se levanta em Portugal, agita-se o princípio da proteção à confiança dos cidadãos como elemento imunizador da concretização legislativa dos direitos sociais, inclusive, reafirmando sua ligação à segurança jurídica, uma das vigas do Estado Democrático de Direito. Aliás, nessa esteira, Rafael Maffini⁷² alude que assegurar a confiança dos indivíduos implica um mínimo de estabilidade, previsibilidade e até calculabilidade dos atos e comportamentos do poder público, razão pela qual retroceder a patamares de menor proteção legislativa

⁶⁸Cf. BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p.370.

⁶⁹Nesta toada: “Negar reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte” (SARLET, Ingo Wolfgang. “Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, p.162, 2004.)

⁷⁰Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. “O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade”. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. V, p.146-147, 2000.

⁷¹Na mesma linha do que defende PIOVESAN, Flávia. *Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2000. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: 10 ago. 2011.

⁷²MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p.55

e a prestações sociais menos abrangentes seria ofensivo à segurança jurídica e, por isso, defeso pelo ordenamento constitucional.

Todavia, de modo diverso ao que ocorre em terras lusitanas, na quadra brasileira, o Supremo Tribunal Federal, em sua jurisprudência, jamais teve oportunidade de enfrentar diretamente a questão da proibição do retrocesso, razão pela qual, a rigor, não pode registrar-se qual a orientação da Corte Constitucional brasileira no que tange à temática. Com efeito, somente é lícito mencionar o entendimento adotado pelo Ministro Sepúlveda Pertence nas suas razões de voto divergente, acompanhado pelo Ministro Marco Aurélio Mello, quando da apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº. 2.065-DF, que transpareceu indícios de acolhimento da vedação à regressão, na hipótese, vedando a restauração de uma omissão legislativa decorrente da revogação de norma concretizadora⁷³.

De outra forma, pode ser invocada, como vestígio de uma apreciação do tema, a justificativa de voto vencido do Ministro Celso de Mello, quando do julgamento da ADIn nº. 3.105-DF, ao consignar que um direito, mesmo social, ao ser inserido no patrimônio jurídico subjetivo do indivíduo, passa a ser amparado, inclusive, contra supressão decorrente do poder constituinte de segundo grau⁷⁴.

⁷³“Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder - sem violar a Constituição - ao momento anterior da paralisação de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional. [...] Mora inconstitucional quando inexistente lei integradora; quando esta já existe, não se pode voltar ao status quo anterior de vazio normativo e de ineficácia consequente de norma constitucional. Quer dizer que a implementação da Constituição não pode sofrer retrocesso.” (Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=375320>>. Acesso em: 20 mar. 2013.)

⁷⁴“O Congresso Nacional, após haver consagrado a imunidade em favor dos servidores inativos e pensionistas, não podia, ainda que mediante emenda à Constituição, suprimir, em momento posterior, quando já adquirido esse direito por seus titulares, a prerrogativa que derivava dessa particular situação subjetiva de vantagem, legitimamente assegurada pela própria Lei Fundamental, aos destinatários desse especial garantia de índole social” (Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=363310>>. Acesso em: 22 mar. 2013.)

Destaca-se, portanto, que, a míngua de um pronunciamento da jurisdição constitucional expresso, a tese dominante na senda tupiniquim se assemelha àquele defendido na Europa, o qual, a propósito, revela-se sinteticamente demonstrado por Felipe Derbli⁷⁵, ao espelhar as linhas gerais da posição brasileira:

É certo, no entanto, que o próprio princípio da proibição do retrocesso social possui um núcleo essencial, que veda ao legislador a supressão pura e simples da concretização de norma constitucional que permita a fruição, pelo indivíduo, de um direito fundamental social, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios. Se existe, por um lado, espaço para ponderação do princípio da proibição de retrocesso social, estará, em regra, excluída dessa ponderação a possibilidade de extinção completa da regulamentação infraconstitucional de um direito social ou de uma garantia constitucional relacionada com a preservação de um direito social.

O que se impede é, bem entendido, o completo descumprimento da imposição legiferante, com o retorno a um estado de ausência de concretização legislativa da norma constitucional, correlato à omissão legislativa – será defeso ao legislador restabelecer vácuo normativo no nível da lei ordinária, que deixe o núcleo essencial de direito fundamental descoberto de regulamentação legal e, com isso, impeça seu exercício. Para além desse núcleo essencial, é possível admitir que se altere o grau de concretização legislativa da norma constitucional. Até mesmo a regulamentação legislativa concernente ao núcleo essencial de um direito fundamental social pode ser modificada, mediante o estabelecimento de disciplina alternativa em sede infraconstitucional, desde que não haja supressão completa.

É natural, pois, concluir-se que o entendimento majoritário, consolidado na doutrina constitucional, é no sentido da existência, no

⁷⁵DERBLI, Felipe. “A Aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 378.

ordenamento brasileiro, de um princípio⁷⁶ que proíbe o retrocesso social e, além disso, que o sistema jurídico vedaria a revogação pura e simples de normas que regulamentassem e/ou concretizassem direitos reconhecidos na Carta Magna, em especial, prestações sociais, e, por essa razão, essa oclusão de direitos seria defesa, quando privada de políticas públicas substitutivas ou de compensação. Posição essa que, aliás, se revela bastante próxima da que tem sido defendida na Itália por Gustavo Zagrebelsky⁷⁷, ao sustentar a impossibilidade de retrocessão dos direitos sociais, porquanto seja mandamento constitucional seu progressivo desenvolvimento.

4 Considerações Finais

Ante o exposto, na época da velocidade da informação, com o homem contemporâneo seguindo conceitos padronizados, verdades compartilhadas e soluções divididas, é necessário se refletir acerca do atual estágio do percurso dos direitos fundamentais. Por essa razão, faz-se necessário retomar, à ordem do dia, o debate a respeito da proibição do retrocesso e o seu eventual acolhimento nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira. Nesse sentido, não se procura, *prima facie*, responder definitivamente os consagrados dilemas da doutrina abalizada, mas, de fato, renovar o debate com novos elementos.

Com efeito, essa discussão passa, necessariamente, pelo lancinante processo de evolução histórica dos direitos fundamentais, consequência direta

⁷⁶A respeito deste princípio, há controvérsia doutrinária a respeito se seria implícito ou expreso. Para Felipe Derbli seria categórico, invocando como sede material deste princípio, a efetividade e “a progressiva ampliação dos direitos sociais”, aliado à “redução das desigualdades” no intuito de se alcançar uma sociedade pautada na “solidariedade e pela justiça”. (DERBLI, Felipe. “A aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social no direito brasileiro”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direitos Sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008. p. 366 - 367.) Já de outra banda, que, data venia, acreditamos ser mais plausível, se defende o caráter implícito da proibição do retrocesso que no panorama brasileiro “adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas.” (STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p.706)

⁷⁷Cf. ZAGREBELSKY, Gustavo. “El Tribunal Constitucional”. In: FAVOREU, Louis et al. *Tribunales Constitucionales Europeos y derechos fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984. p. 450.

do “progresso” irreversível da humanidade.

Assim, como corolário da decisiva influência da burguesia e seus objetivos na luta contra o absolutismo monárquico, foram alcançadas as liberdades e garantias marcantes do Estado Liberal.

Da mesma forma, na luta proletária contra a igualdade meramente formal, que acarreta o empobrecimento, a miséria e a exclusão das classes menos favorecidas⁷⁸, em prol da concentração da riqueza nas elites industriais. Fruto imediato dessa contenda, granjeou-se a concretização dos direitos sociais, consubstanciados em obrigações positivas por parte do Estado.

Ou seja, não há como negar que a história foi palco, ao longo dos anos, de uma intensa disputa por reconhecimento e garantia de direitos. Daí porque se faz necessário enfrentar o problema da existência de uma cláusula de proibição de retrocesso nos direitos fundamentais.

E, dentro desse glorioso contexto evolutivo, indaga-se: pode o Direito, enquanto Ciência, cancelar uma diminuição do *standard fundamental*, em matéria de proteção e de garantia de direitos, ou, em outras palavras, se o sistema normativo admite a incidência do princípio da vedação ao retrocesso?

A resposta, como evidenciado, não é tão simples e envolve, ainda, a autonomia legislativa, razão pela qual é defesa a revogação pura e simples de normas que concretizassem direitos reconhecidos na Constituição, quando desprovidos de políticas públicas substitutivas ou de compensação.

Seja como for, sob a égide do direito contemporâneo, inexistente justificativa plausível para o presente debate não se encontrar na ordem do dia do neoconstitucionalismo em voga, deixando os indivíduos lançados ao sabor de sua própria sorte.

⁷⁸Cf. CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direitos fundamentais sociais: o direito constitucional como ciência de direção, o núcleo essencial de prestações sociais ou a localização incerta da socialidade* (contributo para a reabilitação da força normativa da “constituição social”). São Paulo: Saraiva, 2010. p.19.

Referências

ABRANTES, José João Nunes. *A vinculação das entidades privadas aos direitos fundamentais*. Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, 1990.

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

_____. Os direitos fundamentais nas relações entre particulares. *Documentação e Direito Comparado*, Boletim do Ministério da Justiça, Lisboa, n.5, 1981. Separata.

AWAD, Fahd Medeiros. “Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais”. *Justiça do Direito*, v. 24, n. 1, 2010.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). *A nova interpretação constitucional: ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

_____. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

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

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BORDIEU, Pierre. *Contrafogos*. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

CAMBI, Eduardo Augusto. *Neoprocessualismo e neoconstitucionalismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romero. “O princípio da proibição do retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional Brasileiro”. *Revista Direito Público do Instituto Brasiliense de Direito Público IDP*, v. I, n.34, jul./ago.2010.

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

_____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

CLAPHAN, Andrew. *Human rights in the private sphere*. Oxford: Clarendon Press, 1989.

COMPARATO, Fábio Konder. *Afirmção histórica dos direitos humanos*. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

CORREIA, Fernando Alves. “A Concretização dos Direitos Sociais pelo Tribunal Constitucional”. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, v. VII, 2010.

DERBLI, Felipe. “A Aplicabilidade do Princípio da Proibição do Retrocesso Social no Direito Brasileiro”. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

FIORI, José Luis. *Os moedeiros falsos*. Petrópolis: Vozes, 1998.

FLORES, Joaquín Herrera. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia et al. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.

HABERMAS, Jürgen. *O discurso filosófico da modernidade*. Trad. Luiz Sérgio Repa, Rodnei Nascimento. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

HESSE, Konrad. *Derecho constitucional y derecho privado*. Madrid: Civitas, 1995.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível: <<http://www.6.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>>. Acesso em: 10 jun. 2010.

MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba; GARCIA, Eusebio Fernandez (org.). *História de los derechos fundamentales*, t. I: Transito a la Modernidad. Siglos XVI y XVII. Madrid: Dickinson, 2003.

MARTÍNEZ, Gregorio Peces-Barba. “Los derechos económicos, sociales y culturales: su génesis y su concepto”. *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé las Casas*, ano 3, n. 6. 1998.

_____. *Curso de derechos fundamentales: teoría general*. Madrid: Coedición de la Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1999.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. “A proibição do retrocesso

social como fenômeno jurídico”. In: GARCIA, Emerson (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Coimbra, 1997. t. I e IV.

NABAIS, José Casalta. “Os direitos fundamentais na jurisprudência do Tribunal Constitucional”. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, n.LXV, 1989-1990. Separata.

NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los derechos fundamentales*. 7. ed. Madrid: Tecnos, 1998.

_____. *Derechos humanos, estado de derecho y Constitución*. 9. ed. Madrid: Tecnos, 2005.

PINTO E NETTO, Luísa Cristina. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

PIOVESAN, Flávia. *Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*. São Paulo: Consultor Jurídico, 2000. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas>. Acesso em: 10 ago. 2011

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

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

ROSANVALLON, Pierre. *A crise do estado-providência*. Tradução de Joel Pimentel Ulhôa. Brasília: UnB, 1997.

ROUSSEAU, Dominique. *Les libertes individuelles et la dignité de la personne*. Paris: Montchrestien, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. “Algumas notas em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos fundamentais”. *Direito & Justiça*, v.32, n.1, jan./jun.2006.

_____. “Direitos fundamentais sociais e proibição de retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos direitos sociais num contexto de crise”. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, n. 2, 2004.

_____. “O Estado Social de Direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade”. *Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, v. V, p. 131-150, 2000.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2008.

_____. “Direitos Sociais e Globalização: limites ético-jurídicos ao realinhamento constitucional”. *Revista de Direito Administrativo*, n. 223, 2001.

SCHIMITT, Carl. *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza, 1996.

SILVA, João Nuno Calvão da. *Mercado e estado, serviços de interesse económico geral*. Coimbra: Almedina, 2008.