

A APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL DO ESTADO BRASILEIRO

Cristiana Araújo Teódulo*
Hertha Urquiza Baracho**

RESUMO: O presente artigo analisa a grave problemática do retrocesso social dirigido ao legislador de não retroceder na densificação das normas constitucionais que definem os direitos sociais e como o retrocesso social se revela no descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzido na violação do dever jurídico concreto de editar as leis que regulamentem as normas constitucionais definidoras de direitos sociais.

Palavras-chave: Retrocesso Social. Direitos Fundamentais. Concretização legal.

1 INTRODUÇÃO

A Carta Magna vigente determina a ampliação dos direitos sociais, consoante o artigo 5º, parágrafo 2º, e artigo 7º, *caput*, tendo em vista a progressiva redução das desigualdades regionais e sociais e a construção de uma sociedade livre e solidária, onde haja justiça social. Sendo também uma Constituição dirigente, impõe o desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais cumprindo a sua máxima efetividade em conformidade com o artigo 5º, parágrafo 1º.

Portanto, uma vez concretizadas em sede legislativa as normas definidoras de sociais, onde tais direitos passam a exibir o *status negativus jus* fundamental, pacificamente reconhecido como próprio dos direitos de liberdade, também oponível ao legislador.

Nesse diapasão, pode-se afirmar que o núcleo principal do Princípio da Proibição de Retrocesso social é a vedação ao legislador de suprimir simplesmente a concretização de norma constitucional que trate do núcleo essencial de um direito fundamental social, impedindo a sua fruição, sem que sejam criados instrumentos equivalentes ou compensatórios.

Vale salientar que o princípio da proibição de retrocesso social supera obscuras terminologias e definições que, de fato, poderiam transformar dito princípio numa panaceia para todos os males ocasionados por um legislador reacionário. Por isso, pode-se restringir o seu conteúdo e as suas hipóteses de aplicação, vencendo a opção de reconhecer a existência de um princípio que tornasse absolutamente imutável qualquer legislação de cunho notadamente social, o que daria ares à resistência contra a queda do constitucionalismo

* Mestranda do Mestrado em Direito do UNIPÊ.

** Doutora e Mestre em Direito do Estado pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo PUC/SP. Professor Associado da Universidade Federal da Paraíba (aposentado). Professora Titular do UNIPÊ e Professora Colaboradora da UFPB.

perante a nova ordem mundial e, em consequência, restaria frágil ou, quando menos, anacrônica.

A Constituição de 1988 posicionou o Estado como ator central na realização da justiça social, inserido na promoção dos direitos sociais e na formulação de políticas públicas voltadas para a complexa eliminação das desigualdades (BRASIL, 1988).

Diante do exposto, não se faz mister que a Constituição seja pródiga no balizamento dos direitos fundamentais de cunho econômico, social e cultural; é igualmente relevante que, em estrito cumprimento das disposições constitucionais, tais direitos sejam concretizados.

Nesse sentido, o dever do legislador é de máxima importância, na medida em que, por meio da atividade legiferante, os direitos sociais constitucionalmente previstos poderão atingir o nível de densidade normativo preciso para que possam, de fato, gerar direitos subjetivos para os cidadãos.

Desta forma, o enfrentamento da proibição de retrocesso social seguiu um rumo ditado preponderantemente pela contribuição do Tribunal Constitucional Federal para a discussão.

Nesse desiderato, o pensamento então atual rejeitou a dedução desse princípio da cláusula geral do Estado Social de Direito ou de outras formas de competência, calcando-se principalmente na garantia fundamental da propriedade.

44

Por conseguinte, temos a visão de Gomes Canotilho (1999) de que os direitos econômicos, sociais e culturais apresentariam uma dimensão subjetiva, decorrente não apenas da sua consagração como verdadeiros direitos fundamentais, bem como oriunda da radicação subjetiva, por lei e por outros atos normativos infraconstitucionais, das prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos reconhecidos em sede constitucional no cenário do direito lusitano.

Todavia, o debate na doutrina brasileira sobre o princípio do retrocesso social é relativamente recente, onde sempre vinculou a matéria das relações econômico-sociais às normas constitucionais de eficácia limitada e o princípio programático, a saber, aquelas normas da Constituição que se limita a traçar os programas das atividades dos órgãos estatais e os fins sociais cuja consecução incumbe ao Estado e, que, enquanto disponham de caráter vinculativo e imperatividade, exigem a interposição do legislador para que possam produzir todos os seus efeitos próprios.

Na ótica do ilustre doutrinador José Afonso da Silva, a legislação recente não pode desfazer o grau de efeitos da norma constitucional já alcançado através de legislação anterior (SILVA, 1998).

Além disso, ressalta-se que não foram muitos os doutrinadores a abordar tal questão suscitada. Assim, pode-se citar o autor Luís Roberto Barroso (1998), que compreende que o princípio do retrocesso social diga respeito à regulamentação infraconstitucional das normas constitucionais programáticas, considerando a possibilidade de que também se aplique as hipóteses nas quais o exercício de um direito constitucional dependa de intermediação legislativa, ou seja, será inconstitucional a lei que, revogando a disciplina legal que deu maior eficácia à norma constitucional, retornar a um preexistente estado de omissão legislativa.

No entendimento de Ingo Wolfgang Sarlet observa-se, no ordenamento constitucional pátrio, a existência de uma vedação ao menos relativa do retrocesso, que garanta a preservação dos direitos sociais em seu núcleo primordial (SARLET, 2002).

No entanto, a Constituição ora vigente no Brasil consagrou, em vários dispositivos, a proteção da confiança, pelo recurso à garantia de propriedade, para a proteção das posições jurídicas de direito público, faz-se desnecessária.

Destarte, se ao legislador se reconhecerá sempre algum grau de liberdade de conformação e mesmo de revisibilidade de suas decisões, sua atuação não poderá atingir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais.

Desse modo, a definição abrangente adotada de proibição do retrocesso vinculado intrinsecamente às ideias de segurança jurídica e dignidade da pessoa humana, que se manifesta: a) por meio da garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, bem como pelas limitações constitucionais às restrições legislativas aos direitos fundamentais; b) através da vedação ao legislador infraconstitucional de retroceder na concretização dos direitos fundamentais, particularmente daquilo que diz com o núcleo principal desses direitos.

Assim, Ingo Sarlet entende que o princípio da proibição de retrocesso também resulta diretamente do princípio constitucional da maximização da eficácia dos direitos fundamentais, reconduzindo-se, ainda, tanto ao princípio do Estado de Direito, quanto ao princípio do Estado social, voltado para a salvaguarda da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados (SARLET, 2002).

Em suma, sustenta que uma medida retrocessiva não pode atingir o núcleo essencial de um direito fundamental que tenha sido concretizado em nível legislativo, ainda que se trate de âmbito normativo que não corresponda ao conteúdo em dignidade humana desse direito fundamental, mas, por outro lado, assinala à luz da noção de mínimo existencial.

2 APORTES TEÓRICOS E A JURISPRUDÊNCIA BRASILEIRA ACERCA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Vale ressaltar o entendimento de José Vicente dos Santos Mendonça (2003), que confronta de forma evidente as várias concepções sobre o princípio do retrocesso social expondo a distinção que faz entre uma vedação genérica do retrocesso e uma proibição específica, esta dirigida para os direitos sociais, e a fundamentação do princípio da proibição do retrocesso na efetividade das normas constitucionais, ou melhor, se a Carta Magna não traz somente um ser, mas também um dever-ser, e se adquire força quando seus comandos são consolidados em sede legislativa e assim é consequência natural que se proíba ao legislador frustrar a efetividade e a eficácia já alcançadas pela Constituição perante a revogação de lei que regulamente suas disposições.

No que tange à jurisprudência, entretanto, ainda não se reconheceu tamanha relevância ao tema abordado. No STF, o assunto ora em análise foi objeto de pronunciamento expresso da Corte e pela primeira vez em um voto vencido, onde se tratava da referida ação direta de inconstitucionalidade, ajuizada pelos partidos PDT e PT, em que impugnava o artigo 17 da MP nº 1.911-10/99, extinguindo, com isso, o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

46

Nesse posicionamento sustentavam os autores que a MP em questão violava o princípio da proibição do retrocesso social, ao ponto em que o artigo 194, inciso VII, da CF imporia o caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social e, com isso, a revogação pura e simples dos dispositivos legais anteriormente citados acarretaria o retorno a um estado de omissão legislativa.

Posto isso, destaca-se também que por maioria, o STF não conheceu da ação, haja vista que o entendimento do Ministro Sepúlveda Pertence, vencido no julgamento, que admitia expressamente a inconstitucionalidade de uma lei derogatória de lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional, ou seja, de seu voto extrai-se a sua aceitação da tese da proibição de retrocesso social.

Neste contexto, a proibição do retrocesso social foi outra vez mencionada no Pleno do STF, no julgamento da ADIN nº 3. 105-DF, cujo relator para o acórdão foi o Ministro Cezar Peluso e a referida ADIN foi movida pela Associação Nacional dos membros do Ministério Público com vistas à declaração de inconstitucionalidade do artigo 4º, *caput*, bem como o parágrafo único da Emenda Constitucional que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas. E, por sua vez, a decisão tomada por maioria, foi no sentido da procedência parcial do pedido.

Nesta seara, o Ministro destacou o caráter de fundamentalidade dos direitos de natureza previdenciária e invocou o princípio de retrocesso social, com arrimo na doutrina brasileira e portuguesa. Contudo, não seria impróprio afirmar que o STF já havia considerado, de certa maneira, a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social ainda que implicitamente.

Nesta linha de entendimento, é possível, então, expressar que, muito embora a discussão ainda não tenha assumido contornos mais significativos no seio do STF, a tendência é que, em breve, retorne-se ao tema em nossa Corte Máxima, pois, por exemplo, no caso em que o TRF da 1ª Região, ratificando sentença concessiva de mandado de segurança, enfrentou a questão da limitação temporal, prevista no artigo 28 da Lei nº 9.711/98, para a conversão do tempo de trabalho em condições especiais para fins de aposentadoria comum com proventos proporcionais, a Corte assegurou, mediante o princípio da proibição do retrocesso social, a inconstitucionalidade parcial do artigo 28 da mesma lei anteriormente mencionada, na medida em que o mesmo revogava a concretização da legislação de um direito social constitucional.

Outro precedente importante, oriundo da jurisprudência do TRF da 4ª Região, trata de feito em que o menor postula a pensão previdenciária por morte de sua avó, sob cuja guarda vivia. Daí o Tribunal no caso em comento, afastou a incidência do artigo 16, parágrafo 2º, da lei nº 8.213/91, com redação conferida pela Lei nº 9.528/97, que excluiu da equiparação aos filhos, para fins de percepção da pensão, os menores que, por determinação judicial, estejam sob a guarda do segurado, de acordo com a fundamentação da proibição do retrocesso, onde fez preponderar à incidência do artigo 33 do Estatuto da Criança e do adolescente (Lei nº 8.069/90) que assegura a proteção previdenciária do menor sob a guarda.

3 UMA PROPOSTA DE SISTEMATIZAÇÃO COM RELAÇÃO AO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

A questão consiste que princípios são normas jurídicas de conteúdo finalístico, destinadas a promover um estado de coisas, e, portanto, dotadas de caráter prospectivo, segundo o ensinamento do autor Humberto Ávila (2004). E ainda preleciona que “não é possível avaliar qual comportamento é adequado à realização de um estado ideal de coisas sem considerar comportamentos passados e sua relação com um estado de coisas já conquistado”, isto é, garantir o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e, além disso, a permanente imposição constitucional de desenvolver essa concretização.

Importa observar que não se descrevem condutas permitidas, obrigatórias ou proibidas, pois se dirige a proibição de retrocesso social fundamentalmente ao legislador,

Assim, não é ocupação da norma em questão descrever a forma pela qual pode ou deve interferir na concretização legislativa já existente do direito fundamental social.

Destarte, a proibição de retrocesso social é um princípio constitucional, com caráter retrospectivo, na medida em que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária.

No âmbito do Direito Constitucional brasileiro, não é pertinente identificar o princípio da proibição de retrocesso social na garantia da propriedade, como também tal recurso seria ineficaz, visto que tais posições poderiam ser desapropriadas perante indenização e, dessa forma, representando mais uma ameaça do que propriamente uma garantia.

Nessa concepção, aduz que o princípio da segurança jurídica não trata da ideia de proibição de retrocesso social, ao menos da maneira que já se indicou em linhas gerais até então, e se pretende demonstrar, ainda, o que aponta Jorge Pereira da Silva, a formulação do princípio da proibição de retrocesso social que tenha efeitos própria ou impropriamente retroativos, de forma a modificar situações jurídicas pretéritas, a impor novos efeitos a situações jurídicas constituídas no pretérito ou intervir em expectativas de direitos.

Além disso, enquanto a segurança jurídica envolverá a defesa de direitos ou a permanência de relações ou situações jurídicas baseadas na lei em face da lei nova, em matérias nas quais o legislador tenha atuado dentro de sua liberdade de conformação, a proibição de retrocesso social será cabível somente nas hipóteses em que ao legislador se impunha a obrigação de concretização de uma norma constitucional.

Pode-se frisar que nem mesmo os autores que observam algum nível de conexão entre o princípio da proibição de retrocesso social e os da segurança jurídica e da dignidade humana negam a sua autonomia em relação a estes.

Para tanto, a localização da sede material remete ao reconhecimento de normas implícitas, vale dizer, aquelas que são dedutíveis dos preceitos escritos, mas não estão neles expressamente previstas.

De todo modo, assegura-se na Constituição de 88 o evidente impulso no sentido da progressiva ampliação dos direitos fundamentais sociais, em conformidade com o artigo 5º, parágrafo 2º e o artigo 7º, *caput*, com ênfase às desigualdades regionais e sociais e à construção de uma sociedade marcada pela solidariedade e pela justiça social.

Por conseguinte, o caráter dirigente da Constituição em vigor aduz para o desenvolvimento definitivo do grau de concretização dos direitos sociais nela previstos e para a sua máxima efetividade, dirigida ao legislador, de não retroceder na densificação das normas constitucionais que conceituam tais direitos sociais.

3.1 O CONTEÚDO MATERIAL DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

O princípio da proibição de retrocesso social veda ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando a sua exequibilidade. Vale dizer, haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social.

Nesse diapasão, o retrocesso social e omissão inconstitucional são conceitos correlatos, na medida em que significam que uma determinada norma constitucional está concretizada por lei aquém do seu objetivo.

A ideia do retrocesso social se traduz numa conduta comissiva do legislador, que, ao editar lei que revoga, total ou parcialmente, legislação anterior, retorna de maneira arbitrária ao estado originário de ausência de concretização legislativa da norma constitucional definidora de direito social ou reduz o nível dessa concretização a nível inferior ao compatível com a Constituição.

Assim, não se pode falar em retrocesso social senão nos casos em que, em tese, poderia ter havido omissão inconstitucional, onde num caso cuida-se do descumprimento, pelo legislador, de imposição legiferante, de concretizar o comando da norma constitucional. Então, considerando que as normas constitucionais programáticas não geram imposições legiferantes e, por isso, não requerem uma concretização legislativa propriamente dita, não se poderá falar em retrocesso social relativamente às mesmas.

Na realidade, pode-se citar a afirmação de Canotilho (1999), que a concretização legal de uma norma constitucional definidora de direito social pode alcançar tal grau de consenso básico e, com isso, radicar na consciência jurídica geral e passar a corresponder a uma complementação ou desenvolvimento do direito previsto na norma constitucional.

Em suma, sustenta-se que tal mitigação da liberdade do legislador, que lhe é típica, haverá de ser excepcional, de forma que, para radicar na consciência jurídica geral, a concretização legal de um direito social deverá ser objeto de consenso profundo, para além da “aceitação relativamente aparente e superficial da opinião política dominante”, que apenas se alcança com o tempo e não se estende a minúcias de regulamentação.

Finalmente, também parece compreender o próprio Canotilho (1999) que só alcança a consciência jurídica geral a concretização legislativa que, mais do que ser uma interpretação possível da norma constitucional definidora de direito social, tenha arrimo num consenso básico, justificador do reforço de sua força normativa.

4 DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Com efeito, a exemplo do princípio da proporcionalidade, o princípio da proibição do retrocesso social fornece um critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais. Ademais, se foram respeitados, a atividade restritiva apresenta-se juridicamente perfeita. Caso contrário, a restrição efetivada configura-se ilegal ou abusiva, portanto imperfeita.

Ante o exposto, podem-se estabelecer restrições aos direitos fundamentais. O legislador e o intérprete, na verdade, nada mais fazem do que definir o conteúdo e o alcance desses direitos, visando a manter não somente a harmonia do sistema jurídico, mas também o efetivo equilíbrio nas relações sociais.

Entretanto, dada a importância que esses direitos representam para o homem e para a sociedade, tanto que são denominados “fundamentais” pela Constituição, a atividade restritiva de tais direitos não pode ser exercida de forma livre pelo legislador e pelo intérprete, razão pela qual o sistema jurídico deve se munir de “instrumentos” de controle dessa atividade, por isso, entre esses mecanismos de controle, destacam-se o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição do retrocesso social.

50

Dessa forma, o princípio da proporcionalidade, mais conhecido na doutrina e na jurisprudência, consiste em analisar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins alcançados pelo legislador e pelo intérprete na atividade restritiva dos direitos fundamentais.

Já o da proibição do retrocesso social, ainda pouco manejado no meio jurídico, consiste em proteger um determinado direito fundamental já conquistado pelo homem, impedindo que a atividade restritiva do legislador e do intérprete suprima ou restrinja indevidamente dito direito, ocasionando um retrocesso na área social atingida.

O princípio da proibição do retrocesso social, que possui sede constitucional e já vem sendo estudado e aplicado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, afigura-se como importante mecanismo teórico-prático para a proteção da materialidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Assim, considerando o quadro normativo constitucional contemporâneo dominante, pelo menos no que diz respeito à evolução em termos formais (textuais) e quantitativos, é possível endossar a afirmação de Peter Häberle no sentido de que os direitos sociais (aqui compreendidos em sentido amplo, abrangendo a dimensão cultural e ambiental), especialmente em virtude de sua umbilical relação com a dignidade da pessoa humana e a

própria democracia, constituem parte integrante de um autêntico Estado (Constitucional) Democrático de Direito, à exceção, por evidente, daquilo que se pode designar de um constitucionalismo meramente textual ou aparente, lamentavelmente não raro de ser encontrado.

Nesse contexto, ainda de acordo com Peter Häberle (1998), ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de “premissa antropológica” do Estado Constitucional e do Direito estatal, implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como os direitos político-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo de uma autêntica sociedade aberta, da mesma forma como não se pode mais conceber uma existência humana digna sem a garantia de um ambiente ecologicamente equilibrado e saudável e sem que o Estado Democrático de Direito seja simultaneamente também um Estado Socioambiental, que tenha como tarefa permanente a proteção e a promoção sustentável dos direitos fundamentais em todas as suas múltiplas dimensões.

Vale salientar, por outro lado, para além da circunstância, muitas vezes apontada de forma crítica, que muitas constituições, dada à amplitude de seu catálogo constitucional de direitos sociais, talvez de fato tenham prometido mais do que o desejável ou mesmo possível de ser cumprido, aspecto que também diz respeito ao que já se designou de uma banalização da noção de direitos fundamentais, há que reconhecer que, transitando do plano textual para o da realidade social, econômica e cultural, a ausência significativa de efetividade do projeto social constitucional para a maioria das populações dos países designados de periféricos ou em desenvolvimento, marcados por níveis importantes de desigualdade e exclusão social, segue sendo um elemento caracterizador de uma face comum negativa.

Nessa conjuntura, tal crise, no sentido de uma crise de efetividade, por sua vez, é comum – em maior ou menor escala – a todos os direitos fundamentais, não podendo ser considerada uma espécie de triste privilégio dos direitos sociais, precisamente pela conexão entre os direitos sociais e o gozo efetivo dos assim designados direitos civis e políticos.

Ressalta-se, com efeito, também a democracia, a cultura e o ambiente se ressentem da fragilidade dos direitos sociais no que concerne à sua realização efetiva, pelo menos para a ampla maioria dos cidadãos dos Estados Constitucionais que consagraram o projeto do Estado Socioambiental.

Nessa mesma posição, embora não seja nosso propósito desenvolver tal tópico, nunca é demais lembrar o quanto a exclusão social e econômica e a instauração de ambientes caracterizados pelo que Boaventura Santos chamou de “fascismos societais” encontram-se vinculados a determinadas opções de política econômica e modelos desenvolvimentistas assumidamente excludentes e responsáveis pelos altos índices de concentração de renda e, portanto, de desigualdades.

Nessa linha de entendimento, parece correto apontar a existência de considerável aceitação, pelo menos no Brasil e em alguns outros países, assim como, de modo geral, na esfera do direito internacional, quanto à necessidade de uma proteção jurídica contra o retrocesso em matéria de realização dos direitos sociais e das imposições constitucionais na esfera da justiça social, igualmente é certo que tal consenso abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz respeito à concretização dos direitos sociais a prestações.

Vale mencionar que se constata intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada.

52

Da análise quanto ao reconhecimento em si de uma proibição de retrocesso, é possível assumir como correta a constatação de uma crescente convergência entre o sistema internacional dos direitos humanos e a gradativa incorporação da noção de proibição de retrocesso à gramática jurídico-constitucional de uma série de países, pelo menos na esfera do constitucionalismo latino-americano e na Europa ocidental, muito embora se trate de uma noção carente de desenvolvimento em vários níveis.

Os direitos fundamentais do homem estão consagrados como tais na Carta Magna, recebendo especial proteção jurídico-política do Estado.

Outrossim, nesse dever, como, por exemplo, a de proteção, o Estado, além de reconhecer e proclamar os direitos fundamentais, tem por obrigação implementar medidas que os preservem e os tornem efetivos.

Nesse desiderato, o princípio da proibição do retrocesso social assume papel relevante, posto que a sua aplicação tem por finalidade proteger os direitos fundamentais contra a atividade legislativa e hermenêutica que busca suprimir ou restringir indevidamente tal categoria de direitos.

Consoante o ilustre Bonavides aduz, com razão, na classificação dos direitos fundamentais, o vocábulo “dimensão” substitui com vantagem lógica e qualitativa a expressão

“geração”, a qual pode dar um sentido de sucessão cronológica de direitos, com a ideia de caducidade dos direitos antecedentes, o que não é verdade, à medida que os direitos fundamentais, em que pese situados em dimensões diferentes, convivem harmonicamente (BONAVIDES, 2000).

Segundo a classificação, os direitos fundamentais podem ser também enquadrados como “direito de defesa” ou como “direito a prestações”. Ademais, no primeiro caso, os direitos fundamentais são encarados como direitos a não intervenção ou, ainda, direitos de defesa, pressupondo uma ação negativa ou não intervencionista do Estado e dos demais indivíduos.

Contudo, o direito fundamental, em uma análise sistemática e contextualizada, na verdade, não pode ser entendido como um direito absoluto e irrestrito, uma vez que o seu conteúdo, alcance e eficácia encontram limite em outros bens ou direitos igualmente protegidos.

Em conformidade com essa realidade, o sistema jurídico estabelece restrições aos direitos fundamentais do homem, justamente como forma de garantir que tais direitos sejam reconhecidos, respeitados e cumpridos, nas múltiplas relações jurídicas que se operam na sociedade.

Vale citar que Canotilho (1999) identifica três espécies de restrições aos direitos fundamentais do homem.

A primeira, denominada “limites constitucionais imediatos”, consiste naquelas restrições estabelecidas na própria norma constitucional garantidora do direito fundamental. Assim, na espécie, a norma, além de declarar e garantir um determinado direito fundamental, traça limites ao seu exercício. Na Carta Magna encontram-se vários exemplos dessa espécie de restrição, valendo citar o caso do inciso XI do artigo 5º, segundo o qual “[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial”. Por conseguinte, observa-se no exemplo em tela, que o direito fundamental da “inviolabilidade do domicílio” sofre limitações na própria norma, já que a “inviolabilidade” é restringida em caso de “flagrante delito”, “desastre”, “prestação de socorro” e “determinação judicial”.

A segunda, conhecida como “limite definidos em lei” ou “reserva de lei restritiva”, ocorre quando a norma constitucional garantidora do direito fundamental admite, de forma expressa, a restrição desse mesmo direito por outra lei infraconstitucional. Do mesmo modo, na Constituição Federal de 1988 encontra-se um bom número de exemplos desse tipo de

restrição. É o caso do inciso XII do artigo 5º que diz: “[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, exceto, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal”. Ainda vale lembrar que o homem tem direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas (BRASIL, 1998). Todavia, para fins de investigação criminal ou para instrução processual penal a norma constitucional autoriza que a norma infraconstitucional estabeleça restrições a esse direito, por isso observa-se que a norma constitucional ao ser assim elaborada, nada mais fez do que remeter a outra lei à tarefa de “limitar” ou “restringir” o direito fundamental que ela mesma contemplou.

A terceira é denominada “limite imanente” ou “limite constitucional não escrito” e ocorre quando o texto da norma constitucional não estabelece nem remete a outra lei à restrição do direito fundamental que assegura.

Diante da exposição, tem-se que a espécie, em que pese o direito fundamental não possuir limites expressos específicos, nada obstante, sofre restrições pelo sistema jurídico como um todo como forma de salvaguardar outros direitos e bens igualmente protegidos.

Em outros termos, o direito fundamental de uma determinada pessoa encontra limites nos limites do direito fundamental de outra pessoa. Cientes de que os direitos fundamentais representam conquistas históricas do homem, consagradas na Constituição Federal, por isso mesmo, como “cláusulas pétreas”, vários autores veem com preocupação o problema das restrições desses direitos.

Nesse panorama, o problema está em estabelecer um procedimento que proporcione meios de controlar a atividade limitadora dos direitos fundamentais, ou seja, estabelecer limites aos limites dos direitos fundamentais.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

A doutrina e a jurisprudência desenvolveram dois princípios jurídicos que fundamentam e proporcionam meios para atingir esse objetivo. São eles: o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição do retrocesso social.

Em um aspecto abrangente, o princípio da proporcionalidade consiste em uma análise objetiva dos “meios” e dos “fins” empregados, no sentido de verificar se o legislador ou o intérprete utilizou os meios adequados, necessários e proporcionais, para atingir um fim igualmente adequado, necessário e proporcional.

Contudo, dada a relevância que esses direitos representam para o homem e para a sociedade, tanto que são denominados “fundamentais” pela Constituição, a atividade restritiva de tais direitos não pode ser exercida de forma livre pelo legislador e pelo intérprete, razão pela qual o sistema jurídico deve se munir de “mecanismos” de controle dessa atividade. Finalmente, entre esses instrumentos de controle, destacam-se o princípio da proporcionalidade e o da proibição do retrocesso social.

O princípio da proibição do retrocesso social, que possui sede constitucional e já vem sendo estudado e aplicado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, afigura-se como importante mecanismo teórico-prático para a proteção da materialidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Enfim, ancorado no princípio constitucional do Estado social estaria, então, para alguns, um princípio (constitucional) de proibição de retrocesso social que, pretensamente, teria a potencialidade de conferir resistência constitucional a tais realizações do legislador ordinário. E o que surpreende é o sucesso, que nas ordens constitucionais em que os direitos sociais são juridicamente considerados direitos fundamentais, direitos constitucionais, beneficiando, portanto, da proteção que decorre da sua natureza formal e materialmente constitucional, como é o princípio da proibição do retrocesso.

The applicability of the prohibition of social backlash of the Brazilian state

ABSTRACT: This article examines the serious question of the social regression, destined to the legislature, not to backdate the densification of constitutional norms that define the social rights, and how the social regression is revealed in the breach by commissive act, of the legal imposition, in violation of legal duty editing the laws governing the constitutional norms that define social rights.

Keywords: Social Regression. Fundamental Rights. Legal Effectiveness.

REFERÊNCIAS

- ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1998.
- _____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- BAUNGAURTNER, Roberto. **Conexões político-constitucionais sobre a fome no Brasil face aos direitos sociais**. São Paulo: inédito, 2000.
- _____. **Fome Zero e PAT-Programa de Alimentação do Trabalhador**. São Paulo, inédito, 2003.
- BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 10. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- BRASIL. **Constituição (1988)**. Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF: Senado 1988.

- CANOTILHO, J.J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- HÄBERLE, Peter. **Liberdad, igualdad, fraternidad. 1789 como historia, actualidad y futuro del Estado constitucional**. Madri: Editorial Trotta S. A., 1998.
- MELLO, Celso D. Albuquerque. O § 2^S do art. 5^o da Constituição Federal. In: TORRES, Ricardo Lobo (coord.). **Teoria dos direitos fundamentais**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.
- MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e com perder o medo. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Direitos fundamentais. **Revista da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, Rio de Janeiro, v. XII, p. 205-236, 2003.
- PEREIRA FILHO, Jorge; MERLI, Daniel. **Fome se mata com política**. Disponível em: <<http://www.emcrise.com.br/reportagem/reportransg2.htm>>. Acesso em: 20 jun. 2014.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.
- _____. **Eficácia dos direitos fundamentais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.
- SILVA, Jorge Alberto Ojiadros Carvalho. Alimentos transgênicos: aspectos ideológicos, ambientais, económicos, políticos e jurídicos. In: SANTOS, Maria Celeste (Org.). **Biodireito**. São Paulo: RT, 2001.
- SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.