

NOTAS SOBRE A ASSIM DESIGNADA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

Ingo Wolfgang Sarlet*

1 – INTRODUÇÃO

A demonstração de que existem referenciais que suportam a afirmação de que a formação de um Direito Constitucional comum no espaço latino-americano já constitui uma possibilidade real e não corresponde mais apenas ao devaneio de alguns juristas animados pelo relativo sucesso do processo de integração na Europa, pode ser efetuada de diversas maneiras. Numa determinada perspectiva, é certo que a análise dos textos constitucionais permite traçar um quadro comparativo e identificar convergências e divergências. Em outro plano, também o labor da doutrina e da jurisprudência, podem tanto contribuir para a construção de pontes e sua fortificação, quanto ser causa de desintegração, mediante a recusa de um olhar atento e receptivo para os lados. Em outras palavras, a sinergia textual pouco vale se não for correspondida no plano da doutrina e (o que acaba, na prática, sendo inclusive mais grave) se não for acompanhada de uma concretização pelo processo político e aplicação pela jurisdição constitucional. Assim, é a partir da tríade dinâmica constituída de textos normativos, doutrina (teorias) e jurisprudência, metódica difundida por Peter Häberle¹, que necessariamente se poderá obter e

* *Doutor e Pós-Doutor pela Universidade de Munique (Alemanha); Professor Titular de Direito Constitucional na Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul; Juiz de Direito; Professor da Escola Superior da Magistratura do Rio Grande do Sul; Professor Visitante da Universidade Pablo de Olavide (Sevilha) e da Universidade Católica Portuguesa (Lisboa); Bolsista e Pesquisador Visitante do Instituto Max-Planck de Direito Social Estrangeiro e Internacional (Munique) e Visiting Researcher nas Faculdades de Direito da Universidade de Georgetown e Harvard.*

1 Cf. Peter Häberle, “Neue Horizonte und Herausforderungen des Konstitutionalismus”, in: *EuGRZ* 2006, p. 535, apenas para referir uma das mais recentes referências a respeito do tópico.

avaliar adequadamente o processo evolutivo do constitucionalismo, inclusive no que diz respeito à formação de um Direito Constitucional comum.

De outra parte, é bom frisar que a identificação de elementos comuns acaba sendo viabilizada especialmente mediante a análise de um instituto jurídico em particular, notadamente quando se está submetido a severas limitações no que diz com a extensão do trabalho, de tal sorte que, considerada a sua relevância no contexto da proteção dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais (que englobam os assim chamados direitos dos trabalhadores), é na assim intitulada proibição de retrocesso social, por sua vez, conectada a outros princípios gerais e comuns aos estados constitucionais contemporâneos, que focaremos a nossa atenção, retomando, em termos substanciais, estudos anteriores, mas com alguma atualização e redirecionamento para a seara das relações de trabalho.

Antecipando já algumas das conclusões que deverão de seguir, o que buscamos é demonstrar que a proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais, a despeito de não ter sido expressamente agasalhada por nenhuma das constituições latino-americanas, representa hoje, ainda que não necessariamente sob o mesmo rótulo, uma categoria reconhecida e em processo de crescente difusão e elaboração doutrinária e jurisprudencial em várias ordens jurídicas, inclusive em função da sua consagração no âmbito do Direito Internacional dos direitos humanos.

No que diz com a estrutura do texto, iniciaremos com algumas observações sobre a constitucionalização dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, doravante designados, em caráter genérico, como direitos sociais, e a correlata noção de uma proibição de retrocesso, para, na sequência, abordarmos o conteúdo e alcance jurídicos de tal proibição de retrocesso, sempre buscando identificar, mediante recurso a exemplos, aspectos comuns no que diz com o seu reconhecimento no ambiente latino-americano, sem deixar de fazer a devida referência à experiência europeia, de modo especial, ao Direito Constitucional lusitano, dada a sua particular relevância para o desenvolvimento do tema no Brasil, mas também para a construção de uma dogmática constitucionalmente adequada em outros ambientes.

2 – BREVES NOTAS SOBRE A RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS E A ASSIM CHAMADA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Como bem averbou Peter Häberle, há precisamente vinte anos, muito embora o necessário cuidado com uma inflação indesejável em matéria de

direitos sociais (noção que para o autor abrange também os direitos culturais), tais direitos, em virtude de sua umbilical relação com a dignidade da pessoa humana e a própria democracia, constituem parte integrante de um autêntico Estado Constitucional de Direito². Com efeito e ainda de acordo com Peter Häberle, ao mesmo tempo em que a dignidade da pessoa humana, na sua condição de “premissa antropológica” do Estado Constitucional e do Direito estatal, implica o dever do Estado de impedir que as pessoas sejam reduzidas à condição de mero objeto no âmbito social, econômico e cultural, o princípio democrático-pluralista, como consequência organizatória da própria dignidade da pessoa humana, assim como os direitos político-participativos que lhe são inerentes, exige um mínimo de direitos sociais, que viabilizem a efetiva participação do cidadão no processo democrático-deliberativo de uma autêntica sociedade aberta³.

Observando-se a evolução constitucional mais recente, verifica-se que mesmo uma análise no plano da evolução textual demonstra que os direitos sociais são hoje – embora com importantes variações quanto à amplitude deste reconhecimento expresso – uma constante nas constituições latino-americanas vigentes, especialmente nas que foram promulgadas nos últimos vinte a trinta anos, destacando-se a relevância dos direitos dos trabalhadores neste contexto⁴. De outra parte, também para os direitos sociais, de acordo com entendimento amplamente difundido, vale a noção de abertura material (ou seja, da não taxatividade, portanto, da inexistência de um *numerus clausus*) a outros direitos além dos expressamente previstos nas constituições⁵, seja pela

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

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

4 Com exceção da Constituição da Argentina, que não dispõe propriamente de um catálogo de direitos sociais, além da previsão (art. 14) da proteção do trabalho, bem como a previsão da competência do Congresso para legislar em matéria de promoção de ações positivas para assegurar a igualdade de oportunidades em diversos campos (art. 75, nº 23), as demais constituições latino-americanas consagraram, em menor ou menor número, direitos sociais. Apenas para ilustrar, pois inviável a transcrição dos dispositivos de todas as constituições, refere-se, por último, a nova Constituição da Bolívia (2009), que consagra, dentre outros, o direito à proteção ambiental, o direito à saúde, o direito à seguridade social, a proteção do trabalhador, assim como o direito à educação. Precisamente os direitos à saúde, educação, seguridade social e os direitos à proteção do trabalhador são os direitos sociais mais reconhecidos no âmbito das constituições latino-americanas, com expressiva referência também à proteção da família e das crianças, assim como com crescente inserção da proteção da cultura.

5 Neste sentido, também a lição de Peter Häberle. In: *Costituzione e Diritti Sociali*, cit., p. 99. Dentre as constituições latino-americanas que contemplam cláusulas de abertura a outros direitos (embora não especificamente em matéria de direitos sociais), citam-se, em caráter exemplificativo: Constituição da Nação Argentina de 1853 (amplamente reformada em 1994): art. 33; Constituição Política do Estado da Bolívia de 2009: art. 13, II; Constituição Política da República do Chile de 1980 (com a reforma de

integração ao Direito Constitucional dos diversos estados latino-americanos dos direitos sociais, econômicos e culturais contemplados nos diversos pactos internacionais⁶, seja pelo reconhecimento de direitos sociais implicitamente positivados, como dá conta, entre outros, o exemplo do direito ao mínimo existencial⁷, tão caro, aliás, para a problemática da proibição de retrocesso.

Por outro lado, para além da circunstância de que também na América Latina algumas constituições, dada a amplitude de seu catálogo constitucional de direitos sociais, talvez de fato tenham prometido mais do que o desejável ou mesmo possível de ser cumprido⁸, aspecto que também diz respeito ao que já se designou de uma banalização da noção de direitos fundamentais (fenômeno que não se manifesta apenas na seara dos direitos sociais)⁹, 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 latino-americanos, marcados por níveis importantes de desigualdade e exclusão social, segue sendo um elemento caracterizador de uma face comum negativa. Tal crise, no sentido de uma crise de efetividade, por sua vez, é comum – em maior ou menor escala – a todos os

2005): art. 5º; Constituição Política da Colômbia de 1991 (com a reforma de 2005): art. 94; Constituição Política da República da Guatemala de 1985 (com a reforma de 1993): art. 44; Constituição Política da República da Nicarágua de 1987 (com a reforma de 2007): art. 46; Constituição Política do Paraguai de 1992: art. 45; Constituição Política do Peru de 1993 (com a reforma de 2005): art. 3º; Constituição da República do Uruguai de 1967 (com as reformas até 1996): art. 6º; Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999: art. 22. Importante sinalar que a Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, além de uma cláusula geral de abertura a outros direitos (art. 5º, § 2º), refere expressamente uma abertura a outros direitos dos trabalhadores (art. 7º, *caput*).

- 6 Com efeito, já se pode apontar como característica comum das constituições latino-americanas uma abertura aos tratados internacionais em matéria de direitos humanos, mediante a previsão, em muitos casos, de cláusulas expressas de recepção, ainda que variável a hierarquia atribuída aos documentos internacionais em relação ao direito interno. Podemos citar, a título exemplificativo, a Constituição da República de Honduras de 1982, disposto no art. 16; a Constituição Política da República da Nicarágua de 1987, especificamente no seu art. 5º; a Constituição da Nação Argentina, no art. 31; a Constituição Política do Estado da Bolívia de 2009, nos arts. 13, IV, e 410, II; a Constituição Política da República do Chile de 1980 (reformada de acordo com o plebiscito realizado em 1989), expresso no art. 5º; a Constituição Bolivariana da Venezuela de 1999, no art. 23; a Constituição Política do Paraguai de 1992, expresso no art. 145; a Constituição Política da República do Equador de 2008, em seu art. 11.3, dentre outras.
- 7 Sobre o tema, v., em língua portuguesa, por último, Ricardo Lobo Torres. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- 8 Cf. a ponderação de Peter Häberle, in: *Costituzione e Diritti Sociali*, cit., p. 102, mediante expressa referência aos exemplos de Portugal e do Brasil, embora a possibilidade de ampliar o leque de exemplos, em se considerando a evolução constitucional latino-americana mais recente.
- 9 Sobre José Casalta Nabais, *Por uma liberdade com responsabilidade*. Estudos sobre direitos e deveres fundamentais. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 103, que aponta para os riscos daquilo que designa de uma *panjusfundamentalização*.

direitos fundamentais, não podendo ser considerada uma espécie de triste privilégio dos direitos sociais, precisamente pela conexão entre os direitos sociais e o gozo efetivo dos assim designados direitos civis e políticos. Com efeito, também 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 latino-americanos.

Tais considerações, por sua vez, remetem ao enfoque específico do nosso estudo, visto que também a noção de uma proibição de retrocesso, como se verá, é, em certo sentido, comum a todos os direitos fundamentais. De outra parte, se considerarmos que a proibição de retrocesso em matéria de proteção e promoção dos direitos sociais guarda relação com a previsão expressa de um dever de progressiva realização contido em cláusulas vinculativas de Direito Internacional (como é o caso do pacto internacional de direitos sociais, econômicos e culturais, de 1966, ratificado pela ampla maioria dos estados latino-americanos, igualmente vinculados pela Convenção Americana de 1969 e pelo Protocolo de San Salvador, que, por sua vez, complementa a Convenção Americana ao dispor os direitos sociais¹⁰), poder-se-á mesmo afirmar que pelo menos tanto quanto proteger o pouco que há em termos de direitos sociais efetivos, talvez o que importa mesmo é priorizar o dever de progressiva implantação de tais direitos e de ampliação de uma cidadania inclusiva. Com efeito, progresso como desenvolvimento sustentável, conciliando os eixos econômico, social e ambiental, segue sendo possivelmente o maior desafio não apenas, mas especialmente para estados constitucionais tidos como periféricos ou em fase de desenvolvimento.

De outra parte, segue sendo necessária uma preocupação permanente com a consolidação e manutenção pelo menos dos níveis de proteção social mínimos, onde e quando alcançados, nas várias esferas da segurança social e da tutela dos direitos sociais compreendidos em toda a sua amplitude, inclusive como condição para a funcionalidade da própria democracia e sobrevivência do Estado Constitucional. Especialmente tendo em conta a instabilidade econômica que se verifica em escala global, assim como em virtude dos efeitos perversos da globalização, em particular no plano econômico, não se pode simplesmente negligenciar a relevância do reconhecimento de uma proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional, ainda mais quando a expressiva maioria das reformas não dispensa mudanças no plano das políti-

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

cas públicas e da legislação. Com efeito, dentre os diversos efeitos perversos da crise e da globalização econômica (embora não se possa imputar à globalização todas as mazelas vivenciadas na esfera social e econômica), situa-se a disseminação de políticas de flexibilização e até mesmo supressão de garantias dos trabalhadores (sem falar no crescimento dos níveis de desemprego e índices de subemprego), redução dos níveis de prestação social, aumento desproporcional de contribuições sociais por parte dos participantes do sistema de proteção social, incremento da exclusão social e das desigualdades, entre outros aspectos que poderiam ser mencionados. Assim, esquematizada, em termos gerais e conscientemente sumários e incompletos, a relação entre os direitos sociais e a assim designada proibição de retrocesso, passaremos, no próximo segmento, a focar mais de perto a proibição de retrocesso e seu possível papel no contexto da formação (e preservação) de um Direito Constitucional comum latino-americano.

3 – FUNDAMENTO E SIGNIFICADO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

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

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

insuscetíveis de abolição mediante a obra do poder de reforma constitucional, limites que também (embora, é certo, com significativa variação) já constituem um elemento comum ao Direito Constitucional latino-americano¹¹.

De outra parte, importa referir o reconhecimento, como se verifica, com particular agudeza, no Direito Constitucional brasileiro, de um direito subjetivo negativo, ou seja, da possibilidade de impugnação de qualquer medida contrária aos parâmetros estabelecidos pela normativa constitucional, mesmo na seara das assim designadas normas constitucionais programáticas (impositivas de programas, fins e tarefas) ou normas impositivas de legislação, o que também aponta para a noção de uma proibição de atuação contrária às imposições constitucionais, tal qual adotada no âmbito da proibição de retrocesso¹². Neste sentido, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se na esfera daquilo que se pode chamar, abrangendo todas as situações referidas, de uma eficácia negativa das normas constitucionais. Assim, independentemente da exigibilidade dos direitos sociais na condição de direitos subjetivos a prestações sociais, no âmbito da assim designada eficácia negativa, o que está em causa é a possibilidade de, com base nas normas de direitos sociais, reconhecer posições subjetivas de caráter defensivo (negativo), no sentido de proibições de intervenção ou mesmo proibições de eliminação de determinadas posições jurídicas.

11 Sobre o tema, v. o nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 404 e ss. Para uma perspectiva de direito comparado, embora centrada na experiência norte-americana e europeia, v., em especial, Sergio M. Diaz Ricci, *Teoría de la reforma constitucional*. Buenos Aires, 2004. No âmbito das constituições latino-americanas, verifica-se que pelo menos oito contemplam expressamente limites materiais, como dão conta: Constituição da República de Honduras de 1982, art. 374; a Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos de 1917, previsto no art. 136; a Constituição do Estado Livre Associado de Porto Rico de 1952, art. 7º, seção 3; a Constituição Política da República do Equador de 2008, art. 441; a Constituição da República Dominicana de 1994, disposto no art. 119; a Constituição Política de El Salvador de 1983, art. 248; a Constituição da República do Haiti, previsto no art. 284.4 e a Constituição da República Bolivariana da Venezuela de 1999, art. 342. A Constituição Política da Colômbia de 1991, da mesma forma como a Constituição da República de Cuba de 1976, embora não prevejam limites materiais, exigem, respectivamente nos arts. 337 e 137, um referendo quando as reformas se referirem a direitos e garantias fundamentais.

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

A partir do exposto, já se percebe que não podem soar tão mal os argumentos daqueles que sustentam que a problemática da proibição de retrocesso social constitui, em verdade, apenas uma forma especial de designar a questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais sociais no âmbito mais amplo dos direitos fundamentais, visto que os direitos sociais, precisamente por serem também direitos fundamentais, encontram-se sujeitos, em termos gerais, ao mesmo regime jurídico-constitucional no que diz com os limites às restrições impostas pelo poder público¹³. Com efeito, admitir que apenas os direitos sociais estejam sujeitos a uma tutela contra um retrocesso poderia, inclusive, legitimar o entendimento de que existe uma diferença relevante no que diz com o regime jurídico (no caso, a tutela) constitucional dos direitos sociais e dos demais direitos fundamentais, visto que a estes se aplicariam os critérios convencionais utilizados para legitimar (limites) e controlar (limites dos limites) a constitucionalidade de medidas restritivas, reforçando, inclusive, a ideia – que segue encontrando adeptos – de que os direitos sociais, especialmente em relação aos direitos civis e políticos, ou não são sequer fundamentais, ou estão sujeitos a um regime jurídico diverso, seja ele menos reforçado, seja ele mais forte.

Justamente pelo fato de que importa reconhecer a força dos argumentos referidos, reitera-se a nossa posição em prol da possibilidade de uma aplicação da noção de proibição de retrocesso, desde que tomada em sentido amplo, no sentido de uma proteção dos direitos contra medidas de cunho restritivo, a todos os direitos fundamentais. Assim, verifica-se que a designação proibição de retrocesso social, que opera precisamente na esfera dos direitos sociais, especialmente no que diz com a proteção “negativa” (vedação da supressão ou diminuição) de direitos a prestações sociais, além de uma ideia-força importante (a iluminar a ideia de que existe de fato um retrocesso – e não um simples voltar atrás, portanto, uma mera medida de cunho regressivo), poderia ser justificada a partir de algumas peculiaridades dos direitos sociais, o que, importa sempre frisar, não se revela incompatível com a substancial equivalência – de modo especial no que diz com sua relevância para a ordem constitucional – entre direitos sociais (positivos e negativos) e os demais direitos fundamentais. Em primeiro lugar, o repúdio da ordem jurídica a medidas que, de algum modo, instaurem um estado de retrocesso (expressão que por si só já veicula uma carga negativa), sinaliza que nem todo ajuste, ainda que resulte em eventual restrição de direito fundamental, configura uma violação do direito, mesmo no campo da reversão (ainda mais quando parcial) de políticas públicas, mas que

13 Cf. Jorge Reis Novais. *Direitos Fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 200.

haverá retrocesso, portanto, uma situação constitucionalmente ilegítima, quando forem transpostas certas barreiras.

No campo dos direitos sociais tal fenômeno talvez seja ainda mais perceptível, especialmente quando se trata de alterações legislativas que afetam um determinado nível de concretização de tais direitos, especialmente quando em causa hipóteses onde não incidem as demais garantias específicas que integram a noção de proibição de retrocesso em sentido mais amplo, como o caso da coisa julgada, da vedação de retroatividade etc., visto que existem situações onde, embora a medida restritiva não retroaja no tempo, acaba instaurando um evidente retrocesso em termos de proteção social¹⁴.

Ainda que se diga que no campo das restrições aos direitos fundamentais sociais a noção de limites dos limites dos direitos fundamentais (gênero ao qual pertencem os direitos sociais) substitui por completo e com vantagens a de proibição de retrocesso, percebe-se que a noção de proibição de retrocesso (aqui afinada com a ideia de proibição de regressividade difundida no Direito Internacional), especialmente quando empregada para balizar a tutela dos direitos sociais, assume uma importância toda especial, mesmo que, como já frisado, atue como um elemento argumentativo adicional, a reforçar a necessidade de tutela dos direitos sociais contra toda e qualquer medida que implique em supressão ou restrição ilegítima dos níveis vigentes de proteção social. Também pelas razões ora colacionadas, justifica-se a nossa opção em seguir privilegiando, no plano terminológico, a expressão proibição de retrocesso, justamente pelo fato de que não será qualquer medida restritiva ou regressiva (que, de certa forma, sempre veicula uma restrição) que ensejará uma censura por força da violação da proibição de retrocesso, consoante, aliás, será examinado mais adiante. De outra parte, é preciso reconhecer que os termos proibição de retrocesso e proibição de regressividade, seguramente os mais difundidos (e usualmente considerados como sinônimos), têm encontrado crescente receptividade no âmbito da doutrina constitucional latino-americana, como instrumento (garantia) jurídico de defesa dos direitos sociais¹⁵.

14 Neste sentido, v. também André Ramos Tavares. *Curso de Direito Constitucional*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. p. 733.

15 Cf., em especial, se pode inferir da maior parte das contribuições sobre o tema, versando sobre a experiência de diversos países, além da perspectiva internacional, que integram a excelente e atualizada coletânea coordenada e organizada por Christian Courtis, *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*. Buenos Aires, 2006 (com destaque para os relatórios da Argentina, Colômbia e Peru), assim como, mais recentemente, com destaque igualmente para o caso colombiano, Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, “Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”. In: *Revista Direitos Fundamentais & Justiça* n. 3, 2008, Porto Alegre: HS. p. 37 e ss.

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

De outra parte, é preciso enfatizar que mesmo em se reconhecendo uma função autônoma para a proibição de retrocesso, especialmente na seara dos direitos sociais, tal autonomia sempre será parcial e relativa. Com efeito, se é verdade que a noção de proibição de retrocesso não se confunde com a noção de segurança jurídica e suas respectivas manifestações (com destaque para os direitos adquiridos e a proteção à confiança), o que sempre fizemos questão de sublinhar¹⁶, também resulta evidente que se registra, conforme já lembrado, uma inquestionável conexão entre ambas as figuras (proibição de retrocesso e segurança jurídica), assim como se revela como sendo incontornável o liame entre a proibição de retrocesso e outros princípios e institutos jurídico-constitucionais, com destaque para o da proporcionalidade e razoabilidade, assim como com a própria dignidade da pessoa humana.

Desenvolvendo um pouco mais o ponto, é preciso reconhecer que embora a proibição de retrocesso, segurança jurídica (incluindo a proteção da confiança, os direitos adquiridos e as expectativas de direitos) e dignidade da pessoa humana não se confundem, de tal sorte que o princípio da proibição de retrocesso poderá assumir algum contorno autônomo, não se poderá afirmar que tal autonomia implica uma aplicação isolada e sem qualquer relação com outros institutos, como, de resto, demonstram absolutamente todos os exemplos encontrados na doutrina e jurisprudência. Assim, como princípio implícito que é – já que não foi expressamente consagrada com este rótulo nas constituições latino-americanas em vigor no momento – a proibição de retrocesso se encontra referida ao sistema constitucional como um todo, incluindo (mediante referência à noção de um bloco de constitucionalidade em sentido amplo) o sistema

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

internacional de proteção dos direitos humanos, como bem atesta o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais e a correlata proibição de regressividade¹⁷. Aliás, é precisamente a abertura das constituições latino-americanas (ainda que variável em sua intensidade) ao sistema internacional de reconhecimento e tutela dos direitos humanos, que permite, juntamente com a ampla positivação de direitos sociais, identificar na proibição de retrocesso (regressividade) um elemento comum ao Direito Constitucional latino-americano.

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

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

17 Sobre o tópico, na perspectiva internacional e do Direito Constitucional comparado, v. em especial, Christian Courtis, “La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios”. In: Christian Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 3 e ss. Analisando detidamente o problema na perspectiva do Direito Internacional Público, v. Magdalena Sepúlveda, *The Nature of Obligations under the International Covenant on Economic, social and cultural rights*. Antwerp: Intersentia, 2003.

direito adquirido social¹⁸, aspecto que, todavia, aqui não temos condições de aprofundar, mas que guarda relação com desenvolvimentos similares, como foi o caso, na Alemanha, da releitura e ampliação do âmbito de proteção da garantia da propriedade, no sentido de abranger algumas modalidades de direitos subjetivos públicos a prestações na esfera da seguridade social, justamente com o intuito de atribuir a tais posições jurídicas uma proteção jurídico-constitucional contra eventuais retrocessos¹⁹.

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

Assim, dando sequência à tentativa de definir os contornos da proibição de retrocesso, é preciso lembrar aqui da hipótese – talvez a mais comum em se considerando as referências feitas na doutrina e jurisprudência – da concretização pelo legislador infraconstitucional do conteúdo e da proteção dos direitos sociais, especialmente (mas não exclusivamente) na sua dimensão positiva, o que nos remete diretamente à noção de que o conteúdo essencial dos direitos sociais deverá ser interpretado (também!) no sentido dos elementos

18 Cf. Marcos Orione Gonçalves Correia. Direito adquirido Social. In: Érica Paula Barcha Correia e Marcos Orione Gonçalves Correia. *Curso de direito da seguridade social*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2008. p. 01 e ss.

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

nucleares do nível prestacional legislativamente definido, o que, por sua vez, desemboca inevitavelmente no já anunciado problema da proibição de um retrocesso social. Em suma, a questão central que se coloca neste contexto específico da proibição de retrocesso é a de saber, se e até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso), voltar atrás no que diz com a concretização dos direitos fundamentais sociais, assim como dos objetivos estabelecidos pelas constituições em matéria de promoção da justiça social, designadamente no âmbito das normas impositivas de programas, fins e tarefas na esfera social, ainda que não o faça com efeitos retroativos e que não esteja em causa uma alteração do texto constitucional.

Desde logo, à vista do que foi colocado, nos parece dispensar maiores considerações o quanto medidas tomadas com efeitos prospectivos podem representar um grave retrocesso, não apenas (embora também) sob a ótica dos direitos de cada pessoa considerada na sua individualidade, quanto para a ordem jurídica e social como um todo. Além disso, percebe-se nitidamente a complexidade da temática, especialmente no âmbito daquilo que pode ser designado como constituindo uma “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais. Portanto, mais uma vez vale repisar que estamos diante de um fenômeno, que, compreendido em sentido amplo à feição, por exemplo, da proposta de acordo com a qual se trata de um problema de limites dos limites próprio de todos os direitos fundamentais, não se manifesta apenas na seara dos direitos fundamentais sociais, pelo menos se tomados em sentido estrito, como direitos a prestações sociais²⁰. Assim, por exemplo, dentre as diversas possibilidades que envolvem uma noção abrangente de proibição de retrocesso, designadamente em face das peculiaridades do Direito Ambiental, é possível, como bem aponta Carlos Alberto Molinaro, falar de um princípio de vedação da retrogradação, já que o Direito Ambiental cuida justamente da proteção e promoção dos bens ambientais, especialmente no sentido de impedir a degradação do meio ambiente, o que corresponde, por sua vez, a uma perspectiva evolucionista (e não involucionista) da vida²¹.

De partida, aderindo ao justificado ceticismo em relação à importação acrítica e muitas vezes inadequada de institutos oriundos de outras experiências

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

21 Cf. Carlos Alberto Molinaro. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. Especialmente p. 91 e ss.

jurídicas²², convém sublinhar que embora a discussão em torno da redução (e até mesmo do desmonte) do Estado Social de Direito e dos direitos sociais que lhe são inerentes apresenta proporções mundiais, não há como desconsiderar que as dimensões da crise e as respostas reclamadas em cada Estado individualmente considerado são inexoravelmente diversas, ainda que se possam constatar pontos comuns. Diferenciadas são, por outro lado, as soluções encontradas por cada ordem jurídica para enfrentar o problema, diferenças que não se limitam à esfera da natureza dos instrumentos, mas que, de modo especial, abrangem a intensidade da proteção outorgada por aqueles aos sistemas de seguridade social, o que, à evidência, não poderá deixar de ser considerado nas linhas que se seguem. Assim, também a temática da proibição de retrocesso reclama um tratamento constitucionalmente adequado e, portanto, nos termos da lição de Peter Häberle, também exige uma interpretação contextualizada, referida à realidade (*kontextbezogene Auslegung*)²³.

Tal enfoque – diferenciado e contextualizado – assume feições ainda mais emergenciais quando nos damos conta que as constituições latino-americanas inserem-se num ambiente significativamente diverso, por exemplo, do experimentado pelo constitucionalismo europeu. Com efeito, além de as constituições terem, em boa parte e de modo diferenciado entre si, um carácter marcadamente compromissário e dirigente, importa endossar as palavras de Lenio Streck no sentido de que as promessas da modernidade sequer foram minimamente cumpridas para a maioria dos habitantes da América Latina, de tal sorte que a concepção de um Estado Constitucional, que mereça a qualificação de um autêntico Estado Democrático (e Social) de Direito, compreendido como Estado da justiça material e que assegure uma igualdade de oportunidades não passa, no mais das vezes, de um simulacro²⁴. Já por tais

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

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

24 Neste contexto insere-se a (entre nós) célebre discussão a respeito da “sobrevivência” do constitucionalismo dirigente, tal qual sustentado, originariamente, por José Joaquim Gomes Canotilho na sua obra *Constituição dirigente e vinculação do legislador*, Coimbra: Coimbra, 1982, justamente em função da revisão crítica levada a efeito pelo próprio Gomes Canotilho em diversos trabalhos mais recentes, especialmente a contar da década de 1990, no que diz com as premissas basilares de sua antiga tese, bastando aqui remeter o leitor ao prefácio redigido para a segunda edição da obra ora citada. Não sendo o caso de adentrar aqui esta controvérsia, o que se verifica é que as mudanças no âmbito do pensamento do Professor Gomes Canotilho sem dúvida devem ser enquadradas no seu devido contexto, já que nem o texto da Constituição Portuguesa de 1976 guarda o mesmo perfil revolucionário e dirigente que lhe foi originariamente atribuído, já que objeto de várias e relativamente profundas

razões, verifica-se que se a discussão em torno da proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais constitui tarefa permanente, pelas mesmas razões resulta evidente que para as populações e para o Direito Constitucional latino-americano, o problema maior ainda é o de dar cumprimento eficiente e eficaz ao dever de progressiva concretização dos objetivos sociais e dos direitos sociais constitucionalmente reconhecidos e assegurados, o que não afasta a necessidade de se levar (muito) a sério a proibição de retrocesso, naquilo onde mesmo o pouco que foi alcançado possa estar em risco. Pelo contrário, onde a ampla maioria da população se situa na faixa do assim designado mínimo existencial ou mesmo aquém deste patamar, maior vigilância se impõe em relação a toda e qualquer medida potencialmente restritiva ou mesmo supressiva de proteção social. O dever de progressividade e a proibição de retrocesso (de uma evolução regressiva) constituem, portanto, dimensões interligadas e que reclamam uma produtiva e dinâmica compreensão e aplicação.

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

revisões, notadamente em face da inserção de Portugal na União Europeia e, portanto, seu enquadramento em uma ordem jurídica supranacional. Por isso também nós – embora não de modo necessariamente coincidente com o de outros autores – seguimos sustentando que o paradigma da Constituição dirigente ainda cumpre um relevante papel no âmbito do constitucionalismo pátrio e apresenta – mesmo hoje (e talvez por isso mesmo) – todo um potencial a ser explorado. A respeito dessa temática, v., ainda, além do indispensável contributo de Lenio Luiz Streck, *Jurisdição constitucional e hermenêutica*, Porto Alegre: Livraria do Advogado, especialmente p. 106 e ss., também as lições de Gilberto Bercovici, A problemática da Constituição Dirigente: algumas considerações sobre o caso brasileiro, in: *Revista de informação legislativa*, n. 142, Brasília: Senado Federal, abr./jun. de 1999, p. 35-51, assim como a oportuna coletânea organizada por Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, *Canotilho e a Constituição Dirigente*, Rio de Janeiro: Renovar, 2002, obra que reúne aportes de diversos autores nacionais e retrata uma discussão sobre o tema travada com o próprio Gomes Canotilho.

Como ponto de partida, é possível recolher a lição de Luís Roberto Barroso, que, aderindo à evolução doutrinária precedente, pelo menos no que diz com a literatura luso-brasileira, bem averba que, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”²⁵. Embora tal fundamentação seja insuficiente para dar conta da complexidade da proibição de retrocesso, ela demonstra que a noção de proibição de retrocesso segue, como já frisado acima, sendo vinculada à noção de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição (inclusive com os objetivos estabelecidos nas normas de cunho programático), bem como rechaçar medidas legislativas que venham, pura e simplesmente, subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador²⁶. Em suma, colacionando, para este efeito, a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de caráter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”²⁷.

De acordo com tal linha de entendimento, não é possível, portanto, admitir-se uma ausência de vinculação do legislador (assim como dos órgãos estatais em geral) às normas de direitos sociais, assim como, ainda que em medida diferenciada, às normas constitucionais impositivas de fins e tarefas em matéria de justiça social, pois, se assim fosse, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, pois o legislador – que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição.

25 Cf. Luís Roberto Barroso. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

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

27 Cf. José Joaquim Gomes Canotilho e Vital Moreira, *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 131.

Valendo-nos aqui da lição de Jorge Miranda (que, todavia, admite uma proibição apenas relativa de retrocesso), o legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) que concretizam os direitos sociais, pois isto equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador²⁸. Em outras palavras, mesmo tendo em conta que o “espaço de prognose e decisão” legislativo seja variável, ainda mais no marco dos direitos sociais e das políticas públicas para a sua realização²⁹, não se pode admitir que em nome da liberdade de conformação do legislador, o valor jurídico dos direitos sociais, assim como a sua própria fundamentalidade, acabem sendo esvaziados³⁰. Tudo somado, constata-se que também a problemática da proibição de retrocesso acaba guardando forte relação com o tema da liberdade de conformação do legislador (em outras palavras, da margem de ação legislativa) e as possibilidades e limites de seu controle, em especial por parte da assim chamada jurisdição constitucional, no marco do Estado Democrático de Direito.

A partir desta perspectiva e renunciando desde logo ao esgotamento e aprofundamento individualizado de todo o leque de razões passíveis de serem referidas, verifica-se que, numa perspectiva jurídico-constitucional que pode ser considerada como sendo substancialmente comum às diversas constituições latino-americanas, o princípio da proibição de retrocesso social decorre – como já sinalizado – de modo implícito do sistema constitucional³¹, designadamente dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional, o que não vale dizer (insista-se!) que a proibição de retrocesso se confunda com tais institutos ou mesmo que deles decorra exclusivamente, ainda mais quando considerados de modo isolado.

a) Dos princípios do Estado Democrático e Social de Direito, em suma, daquilo que hoje corresponde ao modelo do Estado Constitucional, que exige a promoção e manutenção de um patamar mínimo tanto em termos de proteção social quanto em termos de segurança jurídica, o que necessariamente, dentre

28 Cf. Jorge Miranda. *Manual de Direito Constitucional*. v. IV. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 397 e ss.

29 Cf. Cristina Queiroz. *Direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 75. Desenvolvendo o tópico no âmbito da proibição de retrocesso, v., da mesma autora, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 83 e ss., cuidando da vinculação do legislador aos direitos sociais.

30 Cf. Jorge Reis Novais, *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*, op. cit., p. 190.

31 Neste sentido também Felipe Derbli, *O princípio da proibição de retrocesso social...*, op. cit., p. 199 e ss., igualmente adotando a concepção de que se cuida de um princípio implícito e bem desenvolvendo o ponto.

outros aspectos, abrange a garantia de um mínimo existencial, assim como a proteção contra medidas retroativas, e, pelo menos em certa medida, contra atos de cunho retrocessivo – ainda que de efeitos prospectivos – de um modo geral;

b) Do princípio da dignidade da pessoa humana que, exigindo a satisfação – por meio de prestações positivas (e, portanto, de direitos fundamentais sociais) – de uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a inviabilidade de medidas que fiquem aquém deste patamar³². Embora o conteúdo em dignidade da pessoa humana dos direitos fundamentais não possa, ainda mais no caso de constituições analíticas e muito pródigas em direitos, ser pura e simplesmente equiparada ao conteúdo essencial dos direitos fundamentais, é certo que tanto a dignidade da pessoa humana quanto o núcleo essencial operam como limites dos limites aos direitos fundamentais, blindando tais conteúdos (dignidade e/ou núcleo essencial) em face de medidas restritivas, o que se aplica, em termos gerais, tanto aos direitos sociais quanto aos demais direitos fundamentais;

c) Do dever de assegurar a máxima eficácia e efetividade às normas definidoras de direitos fundamentais, que necessariamente abrange também a maximização da proteção dos direitos fundamentais, exigindo um sistema de tutela isento de lacunas. Aliás, neste sentido convém colacionar a lição de Peter Häberle, ao sustentar a necessidade de se ter sempre presente a máxima do desenvolvimento de uma “eficácia protetiva” dos direitos fundamentais³³;

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

32 Aderindo a tal entendimento e enfatizando a relação entre o princípio da dignidade da pessoa humana e o da proibição de retrocesso social, v., mais recentemente, Dayse Coelho de Almeida, *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso*. In: *Inclusão social*. v. 2, n. 1, out. 2006/mar. 2007, p. 118-124.

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

não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas devem observar certo grau de vinculação em relação aos próprios atos já praticados³⁴. Tal obrigação, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, os órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

f) Além do exposto, constata-se que negar reconhecimento ao princípio da proibição de retrocesso significaria, em última análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral), a despeito de estarem inquestionavelmente vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispõem do poder de tomar livremente suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade expressa do Constituinte³⁵. Com efeito, como bem lembra Luís Roberto Barroso, mediante o reconhecimento de uma proibição de retrocesso, está a se impedir a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão (inconstitucional, como poderíamos acrescentar) anterior³⁶. Precisamente neste contexto, insere-se também a argumentação deduzida pelos votos condutores (especialmente do então Conselheiro Vital Moreira) do conhecido *leading case* do Tribunal Constitucional de Portugal, versando sobre o Serviço Nacional de Saúde, sustentando que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de

34 Cf., dentre outros, Harmut Maurer, *Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Org.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. v. III, p. 244 e ss., não obstante o autor – assim como a doutrina e jurisprudência em geral – sejam bastante restritivos no que diz com a admissão de uma autovinculação do legislador, temática que aqui não iremos desenvolver mas que tem sido objeto de uma certa discussão na Alemanha, sob a rubrica de uma vinculação sistêmica do legislador, desenvolvida essencialmente à luz do princípio da igualdade. Neste sentido, v., entre outros, Uwe Kischel, *Systembindung des Gesetzgebers und Gleichheitssatz*. In: *Archiv des öffentlichen Rechts*. v. 124, 1999, p. 174-211. Entre nós, confira-se, sobre a proteção da confiança no Direito Público, o paradigmático contributo de Almiro do Couto e Silva, *O princípio da segurança jurídica (proteção à confiança) no Direito Público brasileiro e o direito da administração pública de anular os seus próprios atos administrativos: o prazo decadencial do art. 54 da lei do processo administrativo da União (Lei nº 9.784/99)*. In: *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n. 237, jul./set. 2004. Mais recentemente, v. também a monografia de Rafael Maffini, *Princípio da proteção substancial da confiança no Direito Administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

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

36 Cf. Luís Roberto Barroso, *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas*, op. cit., p. 158-9.

direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados”, aduzindo que “após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar esta lei, repondo o estado de coisas anterior”. Daí se extrai, na linha de pensamento do autor, que as instituições, serviços ou institutos jurídicos, uma vez criados pela lei ou por ato da administração pública, com o intuito de concretizar a proteção e promoção de direito fundamental ou finalidade constitucional, passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida, de tal sorte que uma nova lei pode vir a alterá-los ou reformá-los nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode pura e simplesmente revogá-los;

g) Os argumentos esgrimidos restam enrobustecidos por um importante fundamento adicional extraído do Direito Internacional, notadamente no plano dos direitos econômicos sociais e culturais. Com efeito, de acordo com arguta observação de Victor Abramovich e Christian Courtis³⁷, sustentando que o sistema de proteção internacional impõe a progressiva concretização da proteção social por parte dos Estados, encontra-se implicitamente vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados. Neste plano, aliás, percebe-se que a proibição de retrocesso (regressividade) atua como relevante ponto de encontro entre o Direito Constitucional dos estados e o Direito Internacional dos direitos humanos, operando, além disso, como elemento que impulsiona precisamente não apenas a formação, neste particular, de um Direito Constitucional interno (estatal) comum na esfera regional (no caso que nos interessa de perto, da América Latina), mas também de um Direito Constitucional internacional. Como já referido, a adesão por parte dos estados latino-americanos ao Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais e ao Protocolo de San Salvador por si só já implica um comprometimento jurídico-constitucional com o dever de progressiva realização de tais direitos e, por via de consequência, com a correlata proibição de regressividade³⁸.

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

38 Em especial, v. a relação da noção de regressividade com a interpretação da noção de progressividade adotada pela Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos, no âmbito das normas para a confecção dos informes periódicos previstos no art. 19 do Protocolo de San Salvador. Sobre o tema, v., por todos, Christian Courtis, in: *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 3-8, apresentando as diversas facetas da noção de regressividade, bem como p. 11-17, onde apresenta a compreensão da noção de proibição de regressividade no sistema americano de tutela dos direitos sociais.

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

4 – ALGUMAS DIRETRIZES PARA UMA APLICAÇÃO CONSTITUCIONALMENTE ADEQUADA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

Se parece correto apontar a existência de considerável aceitação, pelo menos no Brasil e em alguns outros países latino-americanos, assim como, de modo geral, na esfera do Direito Internacional, quanto à necessidade de uma proteção jurídica contra o retrocesso em matéria de realização dos direitos sociais e das imposições constitucionais na esfera da justiça social, igualmente é certo que tal consenso (como já foi lembrado) abrange o reconhecimento de que tal proteção não pode assumir um caráter absoluto, notadamente no que diz com a concretização dos direitos sociais a prestações. Para além desse consenso (no sentido de que existe uma proibição relativa de retrocesso em matéria de direitos sociais), constata-se intensa discussão em torno da amplitude da proteção contra o retrocesso, sendo significativas as diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial, mas também na seara das soluções adotadas pelo direito positivo de cada ordem jurídica individualmente considerada. Assim, ilustrando as principais tendências no que diz com o reconhecimento de um valor jurídico à proibição de retrocesso, pode-se partilhar do entendimento de que entre uma negativa total da eficácia jurídica do princípio da proibição de retrocesso (que, ao fim e ao cabo, teria a função de mera diretriz para os agentes políticos) e o outro extremo, o que propugna uma vedação categórica de todo e qualquer ajuste em termos de direitos sociais, também aqui o melhor caminho é o do meio, ou seja, o que implica uma tutela efetiva, mas não cega e descontextualizada dos direitos fundamentais sociais³⁹.

39 Neste sentido, v. Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, “Es posible una dogmática adecuada sobre la prohibición de regresividad? Un enfoque desde la jurisprudencia constitucional colombiana”. In: *Direitos fundamentais & justiça*. Ano 2 – n. 3 – abr./jun. 2008, especialmente p. 40 e ss.

Que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso não pode resultar na transformação do legislador em órgão de mera execução das decisões constitucionais e nem assegurar (caso compreendida como absoluta vedação de qualquer alteração ou ajuste) aos direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizadas uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, já foi objeto de referência na doutrina⁴⁰. Posta a questão em outros termos, a aplicação de uma proibição de retrocesso por si só não veda uma diminuição dos níveis de proteção e promoção de direitos sociais, especialmente na perspectiva subjetiva, para assegurar outros interesses públicos urgentes e relevantes, pois do contrário poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos⁴¹. Em síntese, se uma posição preferencial das liberdades há de ser afastada, pelo menos no sentido de um caráter secundário dos direitos sociais, no Estado Democrático de Direito também não se poderia justificar uma posição preferencial dos direitos sociais, tema que, à evidência, merece maior reflexão do que aqui se pode oferecer.

Aliás, bastaria esta linha argumentativa para reconhecer que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra de cunho absoluto⁴², seja pelo fato, já apontado, de que a atividade legislativa não pode ser reduzida à função de execução pura e simples da Constituição, seja pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em Direito Constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste⁴³. Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido estrito aqui versado – inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários.

Resta, contudo, avaliar o mais difícil, qual seja, o como deve ocorrer o controle da limitação da aplicação da proibição de retrocesso. Nesta perspectiva, importa destacar a orientação doutrinária e jurisprudencial, de acordo com

40 Cf. José Carlos Vieira de Andrade, *Os direitos fundamentais...*, op. cit., p. 391 e ss.

41 Cfr. Andreas Krell, *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha...*, op. cit., p. 40.

42 Neste sentido, v. também, a reflexão de Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: Emerson Garcia (Coord.). *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 408 e ss.

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

a qual qualquer redução do alcance de um direito social deverá, pelo menos *prima facie*, ser considerada como constituindo uma violação do dever de progressiva realização dos direitos sociais e, portanto, tida como ofensa à proibição de retrocesso, de tal sorte que a restrição do conteúdo protegido de um direito social apenas se revela constitucionalmente legítima quando cuidadosamente avaliada pelo órgão estatal (no mais das vezes, o legislador) que a promove e que se revela como razoável e proporcional, sendo mesmo necessária para alcançar propósitos constitucionais relevantes ou até cogentes⁴⁴. Tal orientação, como se percebe sem esforço, guarda relação com a dogmática de há muito praticada no plano do controle das restrições dos direitos fundamentais em geral, visto que condiciona a liberdade de conformação do legislador e a discricionariedade administrativa aos critérios da proporcionalidade e razoabilidade, que balizam toda e qualquer restrição de direito fundamental. Neste sentido, verifica-se que (aqui sem maior preocupação no que diz com a precisão terminológica) que a proibição de retrocesso opera como espécie de limite dos limites dos direitos fundamentais sociais. Por outro lado – o que inclusive é apontado como uma das principais vantagens desta metódica de controle das medidas supressivas ou restritivas de direitos sociais – preserva-se a necessária margem de ação e adequação do poder público em face dos câmbios sociais e econômicos e mesmo no que diz com a manutenção do equilíbrio e coerência interna do sistema jurídico-constitucional, além de se fomentar uma ampla e responsável deliberação pública no sentido de justificar a necessidade dos ajustes no campo dos direitos sociais⁴⁵.

Precisamente neste contexto, assume relevância o resgate e valorização da noção de um *status activus processualis*, tal qual cunhada por Peter Häberle⁴⁶, visto que a garantia da participação efetiva dos cidadãos nos processos de deliberação e decisão sobre as prioridades a serem atendidas na esfera das políticas públicas, assim como na discussão a respeito de eventuais ajustes e mesmo restrições, deveria necessariamente ser considerada tanto no que diz com a implantação, pela via da organização e procedimento, de mecanismos de participação e controle social, quanto por ocasião da maior ou menor intensidade do controle jurisdicional dos atos do poder público quando em causa uma medida de cunho regressivo.

44 Cf., por todos, Rodrigo Uprimny e Diana Guarizo. In: *Direitos fundamentais & justiça*, op. cit., p. 44 e ss.

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

46 Cf., por todos, Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat. In: *VVDStRL* 30, 1972, em especial, p. 86 e ss.

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

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

Com efeito, adentrando a problemática central deste capítulo, colaciona-se lição de Gomes Canotilho, a sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais concretizado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado⁴⁷. O legislador (assim como o poder público em geral) não pode, portanto, uma vez concretizado determinado direito social no plano da legislação infraconstitucional, mesmo com efeitos meramente prospectivos, voltar atrás e, mediante uma supressão ou mesmo relativização (no sentido de uma restrição), afetar o núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social constitucionalmente assegurado. Assim, é em primeira linha o núcleo essencial dos direitos sociais que vincula

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

o poder público no âmbito de uma proteção contra o retrocesso e que, portanto, representa aquilo que efetivamente se encontra protegido⁴⁸.

Muito embora tal concepção possa servir como ponto de partida para a análise da problemática do alcance da proteção contra o retrocesso em matéria de direitos sociais, não nos parece dispensável algum tipo de aprofundamento, notadamente no que diz com a vinculação do problema às noções de dignidade da pessoa e da garantia das condições materiais mínimas para uma vida digna, que, por sua vez, guardam relação com a noção de núcleo essencial dos direitos sociais, embora não se confundam necessariamente. Além disso, a noção de mínimo existencial, compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável⁴⁹, ou seja, de uma vida que corresponda a padrões qualitativos mínimos, nos revela que a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial (embora não necessariamente em todos os casos e da mesma forma), quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais⁵⁰, ainda mais em se tratando de um “ambiente constitucional”, como é o caso do latino-americano, marcado – em termos majoritários, embora não uniformes – por um constitucionalismo socialmente comprometido, pelo menos no plano formal.

Com efeito, em se partindo do pressuposto que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa constituem parâmetro para a própria exigibilidade dos direitos sociais na sua condição de

48 Neste sentido também, Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 81 e ss. e p. 101 e ss.

49 Sobre o ponto, v. o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 63.

50 A respeito da noção de mínimo existencial, remetemos ao indispensável e pioneiro estudo – atualizado e aprofundado em contribuições mais recentes – de Ricardo Lobo Torres, O mínimo existencial e os direitos fundamentais, in: *Revista de Direito Administrativo*, n. 177, 1989, p. 29 e ss., muito embora o autor – a partir de uma profunda análise especialmente da doutrina norte-americana e germânica – esteja aparentemente a se inclinar em prol de uma noção liberal (embora não necessariamente reducionista) de mínimo existencial, já que bem destaca o papel da dignidade da pessoa na construção do conceito de mínimo existencial. Dentre as contribuições mais recentes, importa referir, além do nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, op. cit., p. 330 e ss., o já citado estudo de Ana Paula de Barcellos, *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*, especialmente p. 247 e ss., assim como Paulo Gilberto Cogo Leivas, *Teoria dos direitos fundamentais sociais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. Por último, v. Ricardo Lobo Torres, *O direito ao mínimo existencial*, Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

direitos subjetivos a prestações, que, neste caso, prevalecem, em regra, até mesmo em face de outros princípios constitucionais (como é o caso da “reserva do possível” [e da conexas reserva parlamentar em matéria orçamentária] e da separação dos poderes)⁵¹, resulta evidente – ainda mais em se cuidando de uma dimensão negativa (ou defensiva) dos direitos sociais (e neste sentido não apenas dos direitos a prestações) – que este conjunto de prestações básicas não poderá ser suprimido ou reduzido (para alguém do seu conteúdo em dignidade da pessoa) nem mesmo mediante ressalva dos direitos adquiridos. Com isso também se percebe nitidamente que a proibição de retrocesso no sentido aqui versado representa, em verdade, uma proteção que vai além da proteção tradicionalmente imprimida pelas figuras do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das demais vedações específicas de medidas retroativas.

Por outro lado, independentemente da discussão em torno da maior ou menor autonomia (se é que tal autonomia – no sentido de uma autonomia absoluta – de fato existe, dada a evidente conexão da proibição de retrocesso com outras categorias, como a segurança jurídica e a proporcionalidade, por exemplo) da proibição de retrocesso em relação ao regime jurídico dos limites dos direitos fundamentais, no contexto do qual a proibição de retrocesso atuaria, segundo já se apontou, como limite dos limites, merece acolhida a já lembrada tese de que uma medida restritiva em matéria de direitos sociais em princípio deve ser encarada com reservas, isto é, como uma medida “suspeita” e submetida a uma presunção (sempre relativa) de inconstitucionalidade, de tal sorte que sujeita a controle no que concerne à sua proporcionalidade ou mesmo no que diz com a observância de outras exigências⁵². Dentre tais exigências, situa-se precisamente a salvaguarda do núcleo essencial e, de modo especial, do conteúdo em dignidade humana do direito social objeto de restrição. Assim, se uma medida restritiva de direito social deve passar pelos testes da razoabilidade e da proporcionalidade, desafiando a declaração da sua ilegitimidade constitucional se não for adequada e necessária, também deverá – ainda que adequada e necessária – respeitar as barreiras do núcleo essencial e da dignidade da pessoa humana⁵³.

51 Sobre o tema, remetemos ao nosso *A eficácia dos direitos fundamentais*, especialmente p. 299 e ss.

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

53 Importa destacar que não desconhecemos a controvérsia que existe (cada vez mais forte) em relação à figura do núcleo essencial dos direitos fundamentais, que, para significativa doutrina, acaba sendo sempre reconduzido ao controle da proporcionalidade, notadamente no que diz com a terceira fase, da assim designada proporcionalidade em sentido estrito. Neste sentido, precisamente questionando a noção de um núcleo essencial na perspectiva de uma proibição de retrocesso (embora sem questionar o reconhecimento, em si, de uma proibição de retrocesso), v. Rodolfo Arango, *La prohibición de retroceso en Colombia*. In: Christian Courtis (Comp.), *Ni un paso atrás*, op. cit., p. 153 e ss.

Tais premissas, ainda que não mencionadas da mesma forma na fundamentação, encontram-se na base de julgado do Tribunal Constitucional de Portugal, que, embora se trate de uma fonte externa ao constitucionalismo latino-americano, tem sido amplamente referida pela doutrina brasileira, além de fornecer importantes subsídios para o debate na América Latina. Trata-se do Acórdão nº 509/2002, que versa sobre a inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembleia da República que, ao substituir o antigo rendimento mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluiu da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 e 25 anos. Em termos gerais e para o que importa neste momento, a decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre os 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia. Destaque-se, ainda, que o Tribunal Constitucional português reiterou pronunciamentos anteriores, reconhecendo que no âmbito da concretização dos direitos sociais o legislador dispõe de ampla liberdade de conformação, podendo decidir a respeito dos instrumentos e sobre o montante dos benefícios sociais a serem prestados, *sob pressuposto de que, em qualquer caso* a escolha legislativa assegure, com um mínimo de eficácia jurídica, a garantia do direito a um mínimo de existência condigna para todos os casos⁵⁴.

Da análise da paradigmática decisão ora citada, que guarda harmonia com a argumentação desenvolvida ao longo do presente texto, resulta que uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos

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

direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas. De tal sorte não há, de fato, como sustentar que o reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos sociais (nos termos expostos) resultaria numa aniquilação da liberdade de conformação do legislador, que, de resto – e importa lembrar tal circunstância – nunca foi e nem poderia ser ilimitada no contexto de um Estado Constitucional de Direito, como bem revelam os significativos limites impostos na seara das restrições legislativas ao exercício dos direitos fundamentais.

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

Com relação à objeção de que em função da incidência da assim designada “reserva do possível”, isto é, de uma justificativa calcada na falta de recursos e, portanto, fundada na necessidade de promover ajustes para menos ou mesmo a supressão de certas prestações sociais, não haveria como invocar, com sucesso, a proibição de retrocesso, importa ter presentes alguns fatores que no mínimo não deveriam ser negligenciados. Em primeiro lugar, se tem sido geralmente admitido que na esfera da garantia do mínimo existencial existe um direito subjetivo definitivo às prestações que lhe são inerentes, ou seja, que eventual obstáculo de ordem financeira e orçamentária deverá ceder ou ser removido, inclusive mediante a realocação de recursos, fixação de prioridades, ou mesmo outras medidas, também – e neste caso com maior razão ainda – não se poderá pretender suprimir ou esvaziar, pelo menos não aquém do mínimo existencial, a concretização já levada a efeito dos direitos sociais. Como exemplo desta tutela negativa do mínimo existencial, colaciona-se a sua função como limite material ao poder de tributar do Estado, já que este, em regra, não pode tributar o mínimo existencial (no âmbito do imposto sobre a renda, por exemplo), ainda que mediante a alegação da necessidade de reforçar a

arrecadação para promover os direitos sociais⁵⁵. O que se percebe, à vista do exposto, é que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana operam tanto como fundamentos para a limitação de direitos, quando tal se revelar indispensável à salvaguarda da dignidade, quanto atuam como limites dos limites, pois constituem, ao mesmo tempo, o marco a ser respeitado pelas medidas restritivas⁵⁶.

Por outro lado, o que importa, nesta quadra, é enfatizar que embora a alegação da falta de recursos para a manutenção de determinados benefícios sociais ou, o que é mais comum, para a preservação de determinado patamar de proteção social, seja um possível fundamento para justificar uma medida restritiva, não poderá servir de justificativa para a afetação do núcleo essencial dos direitos sociais, ainda mais quando em causa as exigências mínimas para uma vida com dignidade. Com efeito, se o mínimo existencial é aquilo que o Estado em todo o caso deve assegurar positivamente, também é aquilo que o estado deve respeitar por força de um dever de não intervenção⁵⁷. Precisamente nesta perspectiva (ainda que não idêntica a argumentação) vale referir decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, de acordo com o qual a decisão de reduzir os recursos destinados a subsidiar habitações para a população de baixa renda, promovida pelo poder público municipal, embora em abstrato justificada pela necessidade de contenção de despesas (pela carência de recursos) e atendimento a outras demandas de cunho social, não resultou convincente no caso concreto, especialmente quando as dificuldades financeiras apontadas podem ser atribuídas à falta de planejamento e gestão deficiente do próprio poder público⁵⁸.

Em face do exposto, importa reafirmar, também no contexto da proteção dos direitos sociais na esfera de uma proibição de retrocesso, que uma violação do mínimo existencial (mesmo em se cuidando do núcleo essencial legislativamente concretizado dos direitos sociais) significará sempre uma

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

56 Cf. o nosso *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*, op. cit., p. 123 e ss.

57 Aqui bastaria apontar para o exemplo da proteção do mínimo existencial contra o poder de tributar do Estado, atuando como um limite constitucional nesta seara.

58 Cf. sentença T-1318 de 2005, referida e comentada por Rodrigo Uprimny e Diana Guarizo. In: *Direitos fundamentais & justiça*, op. cit., p. 48-49.

violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e, portanto, inconstitucional, o que, à evidência, não afasta a discussão sobre qual o conteúdo do mínimo existencial em cada caso e no contexto de cada direito social⁵⁹.

Ainda no que diz com relevância do princípio da proporcionalidade na esfera da assim designada proibição de retrocesso e da salvaguarda dos direitos sociais vinculados ao mínimo existencial, importa lembrar que a proporcionalidade opera tanto como uma proibição de excesso, quanto naquilo em que, vinculada aos deveres de proteção – com os quais não se confunde –, proíbe uma proteção insuficiente – exigindo, pelo contrário, uma proteção social compatível com as exigências da dignidade da pessoa humana no marco de um Estado Democrático e Social de Direito⁶⁰. A conexão entre a proibição de retrocesso social e a assim designada proibição de proteção insuficiente ou deficiente (o que abrange, no caso, a proteção social, em geral representada pela concretização dos direitos sociais) resulta evidente, pois atua tanto como parâmetro para o controle das omissões e ações insuficientes do poder público, quanto serve de critério para o controle de medidas que venham a resultar na supressão ou diminuição de direitos sociais antes concretizados em nível satisfatório, ou seja, em patamares correspondentes às exigências do mínimo existencial. Em outras palavras, a proibição de retrocesso implica – como já frisado – não apenas a vedação da recriação de um estado de omissão inconstitucional, mas também a proibição de uma ação insuficiente⁶¹.

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

59 Sobre o princípio da proporcionalidade e a função da dignidade da pessoa humana neste contexto, v., entre outros, Heinrich Scholler, O princípio da proporcionalidade no Direito Constitucional e administrativo da Alemanha. In: *Revista Interesse Público*, n. 2, 1999, p. 93-107.

60 Cf. bem apontado por Cristina Queiroz, *Direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 117. Da mesma autora, com maior desenvolvimento, *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*, op. cit., p. 76 e p. 100 e ss.

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

argumentou que a descontinuidade das prestações sociais viola o princípio da proibição de retrocesso, pois uma vez reconhecido e efetivado um direito social, designadamente quando se trata de pessoas que se encontram em situação económica e social precária, não é possível eliminar pura e simplesmente esta condição básica de inclusão social, ainda mais quando da falta de alternativas razoáveis adotadas por parte do poder público⁶².

Para além do exposto e tendo em conta que a dignidade da pessoa humana e a correlata noção de mínimo existencial, a despeito de sua transcendental e decisiva relevância, não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, importa lembrar aqui as noções de segurança jurídica e proteção da confiança, igualmente referidas em muitas das decisões sobre o tema, inclusive na decisão do Tribunal Constitucional de Portugal, já citada⁶³. Assim – mesmo que não se pretenda desenvolver estes aspectos – é certo que também na esfera da proibição de retrocesso tal como versada, a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual⁶⁴. Com efeito, a partir do princípio da proteção da confiança, eventual intervenção restritiva no âmbito de posições jurídicas sociais exige, portanto, uma ponderação (hierarquização) entre a agressão (dano) provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade⁶⁵. Que tais questões – consoante já frisado – nos remetem novamente aos

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

63 Para o caso da Colômbia, v. o elenco de decisões referido por Rodrigo Uprimny e Diana Guarnizo, in: *Direitos fundamentais & justiça*, op. cit., p. 37 e ss.

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

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

princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, mas também dizem respeito ao princípio da isonomia, os quais igualmente devem ser observados neste contexto, salta aos olhos embora aqui não venha a ser mais desenvolvido.

De outra parte, na esfera das possíveis relações entre a proibição de retrocesso e a segurança jurídica, lembre-se aqui a lição de Hartmut Maurer, ao afirmar que segurança jurídica acaba por significar igualmente alguma garantia de continuidade da ordem jurídica, que, evidentemente, não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas⁶⁶. Que o princípio da proibição do retrocesso atua como relevante fator assecuratório também de um padrão mínimo de continuidade no plano do ordenamento jurídico objetivo, constitui mais um dado elementar a ser levado em conta, que apenas reforça as demais dimensões exploradas neste estudo. Com efeito, parece ter sido suficientemente demonstrado o quanto levar a sério a eficácia e efetividade de um direito à segurança (incluindo a segurança jurídica) também reclama certa proteção contra medidas do poder público que venham a aniquilar ou reduzir de modo desproporcional e/ou ofensivo à dignidade da pessoa (já que as duas situações nem sempre são coincidentes) os níveis já concretizados de proteção social.

5 – CONSIDERAÇÕES FINAIS

Cientes de que deixamos muitas questões em aberto, pois a pretensão não era a de efetuar um inventário completo dos aspectos apresentados, seguem algumas conclusões e proposições, que, talvez, possam contribuir para o avanço no debate sobre as possibilidades e limites da proibição de retrocesso no contexto da formação de um Direito Constitucional comum latino-americano. Já que no que diz respeito ao reconhecimento em si de uma proibição de retrocesso, a crescente convergência entre o sistema internacional dos direitos humanos e a gradativa incorporação da noção de proibição de retrocesso (insista-se, muitas vezes sob rótulo diverso e com manifestações distintas) à gramática jurídico-constitucional dos diversos países da América Latina, revelam que já se trata de uma noção suficientemente compartilhada para fins de caracterização de um Direito Constitucional comum, ainda que se trate de uma noção carente de desenvolvimento em vários níveis.

66 Cf. Hartmut Maurer, “Kontinuitätsgewähr und Vertrauensschutz”, in: *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, op. cit., p. 243 e ss., sinalando, todavia, a existência de uma distinção entre proteção de confiança e a garantia de continuidade da ordem jurídica, aspecto que aqui não iremos desenvolver e a respeito do qual, inclusive na doutrina germânica, não existe pleno consenso.

De modo especial, atentando especialmente para os expressivos níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer, ainda mais, os deficitários patamares de segurança social vigentes no “ambiente” latino-americano, é de reafirmar que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática ora versada neste ensaio (que não possui mais do que caráter exploratório) assume caráter emergencial e segue reclamando uma atenção constante da doutrina e da jurisprudência, em especial no que diz com a construção de uma sólida e adequada dogmática jurídico-constitucional, definindo os contornos, os limites e possibilidades da proibição de retrocesso.

Da mesma forma, se faz necessária também a reconstrução (mas não o abandono) da noção de constitucionalismo dirigente, que, portanto, impõe uma vinculação do legislador ao postulado de uma eficiente e eficaz promoção e garantia dos direitos fundamentais, mesmo (e talvez por isso mesmo, como já o lembramos ao tratar da segurança jurídica) numa sociedade em constante processo de mudança. Com efeito, considerando os desenvolvimentos antecedentes, seguimos acreditando que o reconhecimento de um princípio constitucional (implícito) da proibição de retrocesso constitui – pelo menos no que diz com a vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais) – uma manifestação possível de um dirigismo constitucional⁶⁷, que além de vincular o legislador de forma direta à Constituição, também assegura uma vinculação, que poderíamos designar de mediata, no sentido de uma vinculação do legislador à sua própria obra, especialmente no sentido de impedir uma frustração da vontade constitucional. Ainda que a concepção de uma constituição dirigente corresponda ao modelo originalmente assumido por muitas das constituições latino-americanas, é certo, por outro lado, que o dirigismo constitucional deve ser devidamente contextualizado e adequado à realidade normativa e fática da América Latina e dos diversos países que a integram, pena de chegarmos a resultados constitucionalmente inadequados e, portanto, ilegítimos, não sendo à toa que se fala em um constitucionalismo dirigente adequado aos países de modernidade tardia⁶⁸. Nesta mesma perspectiva, é necessário vincular o dever de desenvolvimento sustentável e a obrigação de uma progressiva realização (tutela

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

68 Neste sentido, v. a referencial proposta de Lenio Luiz Streck, “A concretização de direitos e a validade da tese da Constituição Dirigente em países de modernidade tardia”. In: António Avelãs Nunes e Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Orgs.). *Diálogos Constitucionais: Brasil/Portugal*, Rio de Janeiro: Renovar,

e promoção) dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais à concepção de um constitucionalismo dirigente possível, já que somente neste contexto, como já frisado ao longo do texto, faz sentido insistir com uma proibição de retrocesso nesta seara.

Por outro lado, se o manejo constitucionalmente adequado e responsável do princípio da proibição de retrocesso (que definitivamente não se presta a blindar privilégios injustificáveis, pelo simples fato de terem sido, em determinado contexto, assegurados a certo grupo de pessoas) não constitui certamente a única via para proteger os direitos fundamentais sociais, também não restam dúvidas de que se trata de uma importante conquista da dogmática jurídico-constitucional (notadamente mediante o labor da doutrina e crescente incidência na esfera jurisprudencial) para assegurar, especialmente no plano de uma eficácia negativa, a proteção dos direitos sociais contra a sua supressão e erosão pelos poderes constituídos, ainda mais num ambiente marcado por acentuada instabilidade social e econômica, como é o caso – também – do espaço latino-americano. Aliás, é a referida instabilidade, somada à tímida realização do dever de uma efetiva (embora progressiva) promoção pelo menos do mínimo existencial em matéria de direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, que atua também como um fator de distúrbio, assumindo a feição de obstáculo à afirmação de um Direito Constitucional comum latino-americano, que não seja meramente identificado pela convergência em matéria textual ou no plano da teorização por parte da doutrina.

Neste contexto, convém não esquecer que nem a afirmação de um dirigismo constitucional, nem a proibição de retrocesso como categoria jurídico-constitucional vinculante (que, por si só, na sua qualidade de normas jurídicas, não implicam substancial e efetiva mudança da realidade social), dispensam o resgate do verdadeiro papel da cidadania⁶⁹. Com efeito, sem o fortalecimento das bases da cidadania, mediante a superação também da instabilidade político-institucional que ainda se manifesta em boa parte do território latino-americano, um Direito Constitucional comum terá dificuldades de frutificar em sua desejável extensão. Aliás, como já antecipado, um Direito Constitucional comum pressupõe a existência de estados constitucionais autênticos e não meros simulacros.

2004, p. 334, onde aponta – neste passo em sintonia com as lições de José Joaquim Gomes Canotilho – que a noção de constituição dirigente não implica a admissão da possibilidade de um normativismo constitucional revolucionário, capaz de, por si só, operar transformações emancipatórias, mas sim, uma vinculação do legislador aos ditames da materialidade constitucional e a afirmação do papel do Direito (notadamente do Direito Constitucional) como instrumento de implementação de políticas públicas.

69 Cf. aponta, com acuidade, Gilberto Bercovici, Ainda faz sentido a Constituição Dirigente? In: *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, Porto Alegre, 2008, p. 155 e ss.