

PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

Glênia Rayane Rosa Santos¹

Fábio Lasserre Sousa Borges²

RESUMO

Por intermédio do presente estudo tem-se por escopo demonstrar a possibilidade do princípio da proibição do retrocesso social proteger os direitos sociais diante de um contexto de crise econômico-financeira. De igual modo, analisa o modo de incidência e manifestação do princípio da proibição do retrocesso social em casos concretos, pretendendo identificar o alcance e os reflexos dele na efetividade dos direitos sociais. Procura-se analisar se a previsão do princípio da proibição do retrocesso social é suficiente para proteção dos direitos sociais e compreender o dever de aplicação progressiva dos direitos sociais. Com base em uma revisão bibliográfica e através da abordagem qualitativa, é possível afirmar que, o princípio em comento geralmente é definido como garantia contra a supressão e redução dos direitos sociais, pois traz consigo a noção de que após a implementação de um direito fundamental, o Estado não pode retroceder neste direito, sem que haja uma medida alternativa efetiva. Os direitos sociais são direitos fundamentais garantidos no texto constitucional, que visam assegurar existência digna ao cidadão. Em virtude da característica de fundamentalidade e do caráter progressivo dos direitos sociais, traz por consequência a proibição ao retrocesso como fundamento para o Estado resguardar o núcleo essencial desses direitos.

Palavras-chave: Proibição do retrocesso. Direitos sociais. Direitos fundamentais.

¹ Acadêmica do nono período de Direito, pela Universidade de Rio Verde, Campus Caiapônia, GO.

² Orientador, Mestre em Direito, Relações Internacionais e Desenvolvimento. Professor da Universidade de Rio Verde Campus Caiapônia.

1 INTRODUÇÃO

Valendo-se do presente estudo desenvolve-se abordagem acerca da problemática existente no fato do Estado garantir direito fundamental social e as condições orçamentárias para a sua efetivação. A proteção e a garantia dos direitos fundamentais sociais apresentam relação com o princípio da proibição do retrocesso social, que preconiza que os direitos sociais já positivados não podem retroagir, sem que haja medidas compensatórias. Assim, tais direitos não podem ser reduzidos nem suprimidos de maneira irregular.

É possível afirmar que o Estado não tem cumprido com a obrigação de concretização dos direitos sociais, uma vez que as pessoas têm buscado pela proteção jurisdicional, com intuito de que o Poder Judiciário possa determinar a concretização desses direitos. Diante disso, indaga-se o princípio da proibição do retrocesso social é capaz de proteger os direitos sociais em um contexto de crise econômico-financeira?

Desse modo algumas hipóteses foram elencadas: a) o princípio da proibição do retrocesso social consiste em verdadeiro óbice que se erige contra atos normativos os quais se destinam a reduzir ou extinguir direitos sociais já alcançados; b) a proibição do retrocesso social demonstra-se como mecanismo de garantia e proteção aos direitos considerados inerentes e indispensáveis ao indivíduo, serve como parâmetro para assegurar certos níveis de proteção aos direitos fundamentais sociais; c) em um contexto de crise econômico-financeira o princípio da proibição ao retrocesso social se revela insuficiente, em que pese, sua indubitável relevância vislumbra-se a violação a tal paradigma revelando a ausência de alinhamento entre a teoria e prática; e d) a progressividade no que tange à realização dos direitos sociais deve ser sempre perseguida pelos Estados, respeitando os limites de orçamento existentes.

A escolha do tema justifica-se pela percepção de que no Brasil há uma dificuldade na realização do projeto social preconizado no texto constitucional. Ainda perduram certos problemas relacionados aos direitos fundamentais sociais, uma vez que a aplicabilidade e efetivação de tais direitos, de certa forma não possuem garantias, posto que em determinadas ocasiões são violados, ignorados e muitas vezes afastados. Consequentemente a não observância dos preceitos relativos aos direitos sociais geralmente geram uma vida indigna, desigualdades e injustiça. É possível vislumbrar a utilização do argumento de que não existem recursos financeiros disponíveis, de maneira irregular, isto é, sem comprovação consistente, para a não concretização de um direito social.

Desse modo, em termos metodológicos utilizando de um referencial bibliográfico, com fontes em livros, leis, jurisprudências e artigos científicos e através da abordagem qualitativa, o objetivo deste estudo fora demonstrar a possibilidade do princípio da proibição do retrocesso social proteger os direitos sociais diante do atual contexto de crise econômico-financeira, bem como analisar o modo de incidência e manifestação do princípio da proibição do retrocesso social em casos concretos, pretendendo identificar o alcance e os reflexos dele na efetividade dos direitos sociais, além de verificar se a previsão do princípio da proibição do retrocesso social é suficiente para proteção dos direitos sociais e compreender o dever de aplicação progressiva dos direitos sociais.

2 ASPECTOS HISTÓRICOS E CONCEITUAIS DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

O princípio da proibição do retrocesso social tem origem na doutrina alemã, na qual encontraram as bases doutrinárias que levaram a criação desse princípio. No século XX, mas especificadamente nos anos setenta, a Alemanha diante da crise econômica, enfrentou a dificuldade na progressão das prestações sociais proporcionados pelo Estado Social e até mesmo em manter tais prestações inalteradas, gerando insegurança a respeito da ação do legislador. Perante este cenário, desenvolveu-se discussões doutrinárias e jurisprudenciais, na tentativa de obstaculizar intervenções legislativas sobre benefícios proporcionados aos indivíduos.

Por conseguinte, surge a teoria da irreversibilidade ou como posteriormente designada proibição do retrocesso, sem caráter absoluto, como forma de proteção aos benefícios sociais já proporcionados pelo Estado, impedindo o retrocesso social. Tendo como pilar a garantia fundamental da propriedade, prevista no ordenamento jurídico alemão (FILETI, 2007).

O ponto de partida para a construção do princípio da proibição do retrocesso social é atribuído ao ensinamento de Martin Wolff, conforme afirma Ingo Wolfgang Sarlet:

A gênese filosófica que embasa a proibição do retrocesso é atribuída a Martin Wolff que, ao analisar o artigo 153 da Constituição de Weimar, defendia que o conceito de propriedade abrange todos os direitos subjetivos patrimoniais e resulta no conceito funcionalista da propriedade. Assim, a garantia do direito de propriedade não se encerra nos direitos reais, mas lhes atribui função conservadora de direitos de modo a assegurar à pessoa segurança jurídica quanto aos direitos patrimoniais reconhecidos pelo ordenamento jurídico e gerar confiança quanto ao conteúdo dos direitos (SARLET, 1999, p. 111).

Além da Alemanha, países como Portugal e França desenvolveram a proibição do retrocesso, adotando suas premissas na doutrina e jurisprudência. Em Portugal, destaca-se o teórico Joaquim Gomes Canotilho, constituindo um dos maiores defensores do instituto, que ensina:

O princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizados e efetivados através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam na prática em uma anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial. A liberdade do legislador tem como limite o núcleo essencial já realizado (CANOTILHO, 1999, p. 327).

Desta forma, a proibição do retrocesso se traduz em uma forma de proteção aos direitos sociais, vedando medidas que culminam na diminuição dos direitos incorporados ao patrimônio jurídico da pessoa, sem que crie outros dispositivos que compensem o direito restringido.

Por outro lado, na França, a vedação ao retrocesso é chamada de *effet cliquet*, esta nomenclatura está ligada ao alpinismo, ou seja, quando o alpinista estiver em um determinado ponto da escalada ele não poderá retroceder, somente ir adiante. Dessa forma, concretizado determinado direito não poderia ser reduzido ou exaurido (LENZA, 2012).

É importante frisar que não existe uma unanimidade terminológica concernente ao princípio em discussão. Há expressões que significam o mesmo conceito como vedação ao retrocesso, não regressividade, efeito cliquet, proibição da evolução reacionária.

Partindo do conceito do princípio da proibição do retrocesso social, ele se enquadra na seara dos direitos sociais, uma vez que está relacionado à garantia das prestações sociais do Estado, para evitar riscos a sua estabilidade jurídica. Neste contexto, o princípio pode se formular como uma imposição ao legislador infraconstitucional de não desregulamentar ou flexibilizar os direitos sociais. Barroso explica que:

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior (BARROSO, 2006, p. 150).

Assim, o princípio em comento pode ser definido como uma garantia contra a supressão e redução dos direitos sociais, pois traz consigo a noção de que após a implementação de um direito fundamental, o Estado não pode retroceder neste direito, sem que haja uma medida alternativa efetiva.

2.1 O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO

No direito brasileiro há controvérsias a respeito da (in)existência e aplicação do princípio que impede o retrocesso social. Sarlet (2012) afirma que a proibição ao retrocesso está implícita na Constituição Federal de 1988, fundamentando sua existência com base no sistema jurídico constitucional e em princípios como a proteção da confiança; o Estado democrático e social de direito; a segurança jurídica, a dignidade da pessoa humana; o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, o princípio da proibição do retrocesso não é previsto expressamente no ordenamento jurídico brasileiro, porém emana do sistema jurídico constitucional vigente, por esse princípio “entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido” (BARROSO, 2006, p. 152).

Sob outra perspectiva, Bühring (2015) sustenta que o princípio da proibição do retrocesso social provém da aplicação progressiva dos direitos sociais previsto no Pacto de São José da Costa Rica, em que o Brasil é signatário.

Em matéria de direitos sociais, o princípio da proibição do retrocesso foi adotado pelo Supremo Tribunal Federal em ARE 639337, cujo Relator foi Min. Celso de Mello em 23 de agosto de 2011:

[...] A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLENTO, PELO PODER PÚBLICO, DE DIREITOS PRESTACIONAIS. – O princípio da proibição do retrocesso impede, em tema de direitos fundamentais de caráter social, que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive. – A cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, v.g.) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. Em consequência desse princípio, o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar – mediante supressão total ou parcial – os direitos sociais já concretizados. [...]

Observa-se que tal posicionamento sustenta que a proibição ao retrocesso social funciona como um limite a liberdade do legislador, que percebe obrigação no tocante a almejar e buscar sempre o progresso e ampliação do bem-estar social, impedindo medidas retrocessivas que afrontem as conquistas já atingidas pelo cidadão.

Nesse contexto, o Tribunal de Justiça do Piauí no julgamento do Mandado de Segurança 00026809720118180000 PI 201100010026801, sendo relator o desembargador José Ribamar Oliveira, menciona o princípio da proibição do retrocesso social, colhendo-se da ementa:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SOLIDARIEDADE ENTRE OS ENTES FEDERATIVOS. DIREITO À SAÚDE. INTERNAÇÃO HOSPITALAR. SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE. PRINCÍPIO DA SEPARAÇÃO DOS PODERES. PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL. MÍNIMO EXISTENCIAL. PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. [...] 3. O princípio da proibição do retrocesso impede o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à saúde) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado. [...]

Outro caso em que foi citado o princípio da vedação ao retrocesso, pode ser observado no Recurso Ordinário nº 00005012020175170014 do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região:

AVISO PRÉVIO PROPORCIONAL. LEI Nº 12.506/2011. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL. DIREITO EXCLUSIVO DO TRABALHADOR. Em respeito ao princípio do não-retrocesso social, o aviso prévio proporcional instituído pela Constituição Federal (art. 7º, inciso XXI) e regulamentado pela Lei nº 12.506/2011 é direito exclusivo do trabalhador.

O princípio em tela vem ganhando adeptos, sendo perceptível que os tribunais brasileiros em algumas oportunidades o mencionaram em suas decisões demonstrando de forma inequívoca a construção e consolidação de importante paradigma.

3 RELAÇÃO ENTRE OS DIREITOS SOCIAIS COMO DIREITOS FUNDAMENTAIS

No Brasil, os direitos sociais são assegurados na Constituição Federal de 1988, se revelam como condições básicas para garantia de uma vida digna. O art. 6º da Constituição Federal de 1988, estabelece: “São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição” (BRASIL, 1988). Constituem direitos essenciais que o Estado deve proporcionar à sociedade.

Sarlet e Figueiredo (2007), defende que todos os direitos sociais são direitos fundamentais:

[...] embora existam possíveis distinções de tratamento, este fato não afasta a elevação dos direitos sociais à categoria de fundamentais, pois se sujeitam à lógica do art. 5º, § 1º, da CF, no significado de que, por serem imediatamente aplicáveis todas as normas de direitos fundamentais, deverá ser buscada a máxima eficácia e efetividade possível, inclusive no tocante aos direitos sociais, com a ressalva de que é evidente que a eficácia e efetividade irão variar conforme o direito em questão, pois as circunstâncias do caso concreto são fatores determinantes. (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p.177).

Os direitos sociais são direitos de segunda geração, estão ligados a uma atuação positiva do Estado em prol dos indivíduos. Moraes (2007) esclarece que esses direitos são fundamentais, devendo o Estado fazer o máximo para concretizar os direitos sociais, isto é, demandam uma prestação positiva do Estado Social de Direito, seja regulamentando-os através de leis ou concretizando-os por meio de políticas públicas, a fim de desencadear os efeitos pretendidos pela norma, visando à igualdade entre os cidadãos.

Nessa perspectiva, a natureza dos direitos sociais exige para concretizá-los gasto público, implicando escolhas determinantes a serem implementadas através de políticas públicas para atingir um dos propósitos da Constituição que é uma sociedade solidária, justa e livre (ALMEIDA, 2007).

Nota-se quanto aos direitos sociais que a ideia do princípio da proibição do retrocesso “está ligada à proteção dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais. Serve para limitar a liberdade de conformação e a possibilidade de arbítrio do legislador, a fim de evitar a destruição do mínimo de garantias necessárias à realização desses direitos fundamentais” (CAMBI, 2009, p. 228).

Assim sendo, conforme entendimento supracitado a vedação ao retrocesso preconiza o impedimento de haver revogação no plano normativo de medidas que garantem o mínimo para a execução de determinado direito fundamental.

Conforme se extrai da análise inicial, os direitos sociais são direitos fundamentais, e estes possuem uma evidente ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, posto que este princípio é algo inerente a todo ser humano, independentemente de qualquer condição ou requisito, como religião, posição social, sexo, entre outros. Além disso, a não efetivação dos direitos fundamentais resulta em afronta a dignidade da pessoa humana, visto que esta é considerado como núcleo axiológico da constituição:

(...) a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (SARLET, 2012, p. 80).

Diante do exposto, o princípio da dignidade da pessoa humana é tido como norteador da aplicabilidade dos direitos e garantias, logo o Estado tem como dever se abster de praticar atos que violem a dignidade humana.

Em relação aos direitos fundamentais utiliza-se como sinônimo a expressão “direitos humanos”, entretanto há diferenciação entre essas terminologias, conforme elucida Sarlet:

Assume atualmente especial relevância a clarificação da distinção entre as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos”, não obstante tenha também ocorrido uma confusão entre os dois termos (...) Neste particular, não há dúvidas de que os direitos fundamentais, de certa forma, são também sempre direitos humanos, no sentido de que seu titular sempre será o ser humano, ainda que representado por entes coletivos (...) Em que pese sejam ambos os termos comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo “direitos fundamentais” se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão “direitos humanos” guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional). (SARLET, 2012, p. 18)

Pelo exposto, a diferenciação consiste na localização da norma que dispôs sobre os direitos fundamentais e os direitos humanos, pois possuem a mesma finalidade. Os direitos humanos são aqueles que se encontram no plano internacional, são direitos comuns a todos os povos civilizados. Por outro lado, os direitos fundamentais são os direitos humanos positivados na Constituição Federal.

4 DA RESERVA DO POSSÍVEL E DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

Diante de períodos de crise econômica, a prestação dos direitos sociais em alguns casos se tornam inviáveis, por motivos geralmente desarrazoados. Sendo na prática tais direitos em determinadas ocasiões violados, ignorados e muitas vezes afastados. Contudo, Miozzo (2010, p. 61) aduz que “na medida em que há uma obrigação de concretizar um direito, por exemplo através da criação de normas infraconstitucionais, exsurge um dever anexo de não tomar medidas retrocessivas que atentem contra as conquistas já atingidas”.

O aspecto de crise no país pode ser percebido quando há queda do PIB (produto interno bruto), que consiste no indicador que mede o crescimento total da economia de um país em determinado período de tempo. Essa queda traduz alguns sinais de uma crise, em razão de representar decréscimo na produção, aumento do desemprego, diminuição do consumo das famílias, entre outros fatores (CUNHA, 2018).

Sabe-se que para efetivação dos direitos sociais existem custos, conseqüentemente para prestá-los é necessário recurso financeiro. Ocorre que, “muitas vezes a reserva do possível tem sido utilizada [...] como argumento impeditivo da intervenção judicial e desculpa genérica para omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais” (SARLET; FIGUEIREDO, 2007, p. 191). Geralmente é usada como forma do ente estatal se escusar de sua responsabilidade na concretização dos direitos fundamentais.

Em contrapartida, Cogoy (2017, s. p.) elabora crítica a vedação do retrocesso afirmando que afronta “a liberdade da função legislativa, a alternância democrática, a reserva do possível a própria natureza dos direitos sociais”.

Sob essa perspectiva, o princípio em comento engessa a autonomia do legislador, inclusive atenta contra a reserva do possível em razão dos direitos sociais serem atrelados à reserva do possível, podendo ser mitigados em períodos de escassez de recursos públicos.

Ressalta-se que o princípio do retrocesso não pode ser entendido como absoluto, pois há exceção, quando houver os pressupostos necessários poderá ser tomado medidas que visem ajustes. Contudo, não poderá haver uma supressão pura e simples de um direito fundamental social, deve o legislador apresentar medidas compensatórias aquele direito suprimido. Há uma proteção ao núcleo essencial do direito fundamental (DERBLI, 2007).

Em relação a reserva do possível, se originou na Alemanha em meados dos anos setenta, em uma decisão conhecida como *numerus clausus* proferida pelo Tribunal Federal Constitucional da Alemanha. No julgamento, foi discutido sobre a problemática do acesso a vagas em universidades naquele país e a paridade da Lei Fundamental (liberdade fundamental de escolha da profissão) com determinadas normas que estabeleciam critérios limitando o acesso ao ensino superior (SARLET, 2012).

Diante do referido caso, o Tribunal Federal Constitucional decidiu condicionando o direito de acesso ao ensino superior ao limite da reserva do possível, ou seja, o cidadão poderia requerer do Estado a prestação dentro de um limite razoável. Em virtude de o Estado Alemão dentro do seu alcance adotar providências para desempenhar o dever de fornecer acesso ao ensino superior aos seus cidadãos. Outro ponto controverso consiste em alocar grande parte dos recursos para atender demanda específica, o que implicaria em um sacrifício do bem comum. Portanto, não foi reconhecida a ausência de recursos públicos, mas sim a questão da razoabilidade na alocação de recurso, estabelecendo a prestação dos direitos sociais limitadas à coerência e não a escassez de recursos.

Neste seguimento, vale analisar a observação feita por Andreas Krell:

Devemos nos lembrar que os integrantes do sistema jurídico alemão não desenvolveram seus posicionamentos para com os direitos sociais num Estado de permanente crise social e milhões de cidadãos socialmente excluídos. Na Alemanha – como nos países centrais – não há um grande contingente de pessoas que não acham vagas nos hospitais mal equipados da rede pública; não a necessidade de organizar a produção e distribuição da alimentação básica a milhões de indivíduos para evitar sua subnutrição ou morte; não há altos números de crianças e jovens fora da escola; não há pessoas que não conseguem sobreviver fisicamente com o montante pecuniário de assistência social que recebem, etc. (KRELL, 2002, p. 108).

Portanto, não seria viável a alegação da reserva do possível pelo poder público no Brasil com a finalidade de justificar a não efetivação dos direitos sociais.

5 DIREITOS SOCIAIS E DEVER DE PROGRESSÃO

A progressividade no que tange a implementação de direitos está intimamente ligado a proibição do retrocesso. Em razão desse princípio, apesar de haver a predominância de sua característica negativa de finalidade, isto é, a não retrocessão de normas que consagram direitos e garantias, possui também em uma proporção menor uma finalidade positiva, que consiste na obrigação do legislador persistir em avançar com os direitos sociais, tem o dever de progressividade, visando garantir um grau de concretização maior aos direitos sociais, com devida observância a questões fáticas e jurídicas, inclusive a condição orçamentária do Estado (DERBLI, 2007).

Nessa perspectiva, o princípio em análise tem aspecto progressivo, por meio do qual busca-se aperfeiçoamento dos direitos sociais, para que se tornem efetivos. Deste modo, “se os direitos civis e políticos devem ser assegurados de plano pelo Estado, sem escusa ou demora – têm a chamada auto aplicabilidade, os direitos sociais, econômicos e culturais, por sua vez, nos termos em que estão concebidos pelo Pacto, apresentam realização progressiva”. (PIOVESAN, 2002, p. 03). Ressalta-se que conforme esse entendimento, o princípio em tela é extraído do Pacto de São José da Costa Rica.

De certa forma, o princípio da proibição do retrocesso social, possui duas vertentes, quais sejam, limitação jurídica ao legislador e um dever de prosseguimento de uma política coerente com os direitos já alicerçados no plano concreto (CANOTILHO, 2003).

Vê-se a necessidade de o legislador pensar e desenvolver política pública que vise o aumento do bem-estar da população, evitando a revogação ou restrição aos direitos fundamentais sociais, nesse sentido:

Quando falamos políticas públicas, ora estamos a significar a ação estatal com vista ao atingimento de um fim estatal, mais especificamente a concretização dos direitos fundamentais; ora estamos a significar o planejamento, o programa, as balizas dessa atuação; ora estamos a significar todo o conjunto de ações, incluídas as ações de planejamento e as ações executivas do atuar estatal (JORGE NETO, 2009, p. 53).

As políticas públicas são desenvolvidas pelo Estado, servem para garantir e pôr em prática os direitos dispostos na Carta Magna. Desse modo, deveria o Estado adotar medidas ou políticas públicas que não alteram para pior a situação já atingida pelos direitos fundamentais sociais. O ideal seria se as ações e os programas para a implementação de direitos, não implicassem em mudanças piores em relação ao estado que a legislação se encontrava anteriormente. É possível afirmar que o Estado tem a obrigação de promover a progressividade dos direitos sociais, consequentemente o postulado da vedação ao retrocesso poderá funcionar como oposição as medidas de caráter retrocessivo.

Contudo, a atuação do Estado em relação a concretização dos direitos sociais não corresponde ao que se espera, uma vez que o argumento de insuficiência de recursos geralmente está atrelado as más decisões políticas e administração de verbas. Diante disso, os cidadãos têm buscado a concretização dos direitos sociais no Judiciário. Esta questão está relacionada ao ativismo judicial, sendo para alguns algo benéfico, e para outros alvo de críticas. Vejamos o entendimento de Souza Neto:

A judicialização das políticas sociais tem significado um incontestável avanço na efetivação da Constituição Federal. O Judiciário brasileiro tem impedido que o destino de outros textos constitucionais brasileiros, condenados a exercer uma função meramente simbólica, se repetisse com a Constituição de 1988. No entanto, alguns excessos vêm sendo praticados, em prejuízo, muitas vezes, das finalidades sociais que a própria Constituição prescreve. A racionalização da atividade judiciária é exigida para que o Judiciário continue atuando no sentido do progresso social, mas sem furtar ao Legislativo e ao Executivo seus espaços próprios de deliberação majoritária (SOUZA NETO, 2008, p. 546).

Nessa perspectiva, a efetivação dos direitos sociais pelo Judiciário tem aspecto positivo, pois está atuando para o progresso social. Entretanto não deve ser em excesso, para não retirar a competência majoritária do Executivo e do Legislativo de elaborar e executar políticas públicas.

6 OBJETIVOS

6.1 OBJETIVO GERAL

Demonstrar a possibilidade do princípio da proibição do retrocesso social proteger os direitos sociais em um contexto de crise econômico-financeira.

6.2 OBJETIVOS ESPECÍFICOS

- Analisar o modo de incidência e manifestação do princípio da proibição do retrocesso social em casos concretos;
- Identificar o alcance e os reflexos do princípio da proibição do retrocesso social na efetividade dos direitos sociais;
- Verificar se a previsão do princípio da proibição do retrocesso social é suficiente para proteção dos direitos sociais;
- Compreender o dever de aplicação progressiva dos direitos sociais.

7 METODOLOGIA

Para confecção deste trabalho foi realizada uma revisão bibliográfica de caráter explicativo e abordagem qualitativa, visto que esta consiste em “interpretação de fenômenos e atribuição de significados” (PRODANOV; FREITAS, 2013, p. 70). Quanto aos procedimentos metodológicos utilizados na realização desta pesquisa, ela foi classificada como bibliográfica e documental. Assim sendo, a técnica de coleta de dados foi realizada através da documentação indireta: pesquisa bibliográfica em livros, artigos, sites de internet, e pesquisa documental através de leis e jurisprudências.

8 ANÁLISES E DISCUSSÃO

Ao dissertar sobre as análises e discussões, sabe-se que o princípio da proibição ao retrocesso social ainda não encontra reconhecimento expresso, mas apenas implícito no texto

da Constituição. Decorre de princípios como o da proteção a confiança, segurança jurídica, dignidade da pessoa humana, Estado democrático e social de direito e o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais (SARLET, 2012).

Dentro desta ótica, emana de princípios que possuem entre suas finalidades a obtenção de um estado de coisas que ocasione estabilidade, previsibilidade. E que os procedimentos, atos ou simples comportamentos estatais sejam pautados pelo interesse social, trazendo consigo deveres comportamentais que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos.

Cumprir mencionar, que o princípio da vedação ao retrocesso é reconhecido pelo Supremo Tribunal Federal, valendo citar, o ARE 639337. Sendo mencionado também em diversas decisões do Tribunal de Justiça do Piauí, no Recurso Ordinário nº 00005012020175170014 do Tribunal Regional do Trabalho da 17ª Região. Diante dessas decisões, analisou-se a busca pelo Poder Judiciário para concretização dos direitos considerados inerentes e indispensáveis ao indivíduo.

Para Canotilho (1999), o legislador ao regulamentar os direitos deve preservar o núcleo essencial dos mesmos, com observância ao princípio da proibição do retrocesso social. Tal princípio consagra a vedação de medidas que culminam na redução ou extinção de direitos fundamentais sociais já implementados na legislação infraconstitucional, sem mecanismos alternativos ou compensatórios. Visto que, uma vez alcançados os direitos sociais passam a ter status de garantia constitucional.

O estudo de Barroso (2006) elucida que pelo princípio da vedação ao retrocesso, ao regulamentar preceitos fundamentais previstos na Carta Magna e instituir determinados direitos, estes são incorporados ao patrimônio jurídico da pessoa, não podendo ser suprimido de maneira arbitrária. Segundo ele a vedação ao retrocesso está ligada à efetividade da norma constitucional, que foi alcançada a partir da sua regulamentação, não podendo simplesmente revogar a lei que deu concretude ou tornou viável o exercício de determinado direito.

Partindo-se do entendimento de Moraes, Sarlet e Figueiredo (2007), os direitos sociais são direitos fundamentais, demanda uma prestação positiva do Estado, com o fim de buscar a máxima efetividade possível em relação aos direitos sociais, com a ressalva de que há variação quanto a efetividade, dado a realidade fática. Entretanto, não deve afastar o caráter de fundamentalidade dos direitos sociais.

Outro detalhe importante relativo aos direitos fundamentais sociais é sua ligação com a dignidade da pessoa humana. Este princípio se traduz como norteador da aplicabilidade dos

direitos e garantias, tem função de garantir que cada cidadão tenha seus direitos respeitados pelo Estado e constitui núcleo axiológico da constituição (SARLET, 2012). Consequentemente, a violação aos direitos sociais, afronta também o pressuposto da dignidade da pessoa humana.

Os direitos sociais por sua natureza exigem prestações estatais para a sua efetivação, o que demanda alocação de recursos financeiros. Por esse motivo enfrenta-se um impasse entre a concretização de certos direitos fundamentais e a destinação de recursos financeiros finitos, o que exige escolhas determinantes a serem implementadas através de políticas públicas (ALMEIDA, 2007).

Nesta situação, não raro o argumento da reserva do possível é utilizado para obstar a intervenção judicial e justificativa geral frente a omissão do Estado em efetivar os direitos fundamentais sociais (SARLET, FIGUEIREDO, 2007). O que não se revela viável, conforme o estudo de Krell (2002), levando em conta a notável diferença socioeconômica entre o país que deu origem a reserva do possível e o Brasil. Além disso, o postulado da reserva do possível está relacionado a exigência de prestações dentro da razoabilidade, e não da carência de recursos financeiros, como é utilizado no Brasil.

Salienta-se que da aplicação progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais advém o postulado da vedação ao retrocesso social (BÜHRING, 2015; PIOVESAN, 2002). Assim sendo, o princípio da vedação ao retrocesso sinaliza duas direções, quais sejam, a limitação ao legislador, quanto a retrocessão de normas que consagram direitos e garantias, e o propósito de o Estado sempre atuar na direção de melhorar de maneira progressiva as condições de vida dos cidadãos (CANOTILHO, 2003; DERBLI, 2007).

Há que se considerar, entretanto, que o princípio da proibição ao retrocesso social, não pode ser entendido como absoluto, pois pode haver flexibilização quando presentes os pressupostos necessários. O que não pode haver é uma revogação ou mitigação grosseira dos direitos fundamentais sociais, sem medidas alternativas, pois há uma proteção ao núcleo essencial desses direitos (DERBLI, 2007). Neste contexto significa dizer que um conteúdo mínimo estaria fora do alcance do legislador, pois o excesso de mitigação dos direitos sociais pode chegar ao esgotamento de seu conteúdo.

9 CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho, sem escopo de esgotar o tema trouxe à baila a importância da aplicação do princípio da proibição do retrocesso social como argumento para proteger os direitos sociais, frente as alegações do Estado sobre escassez de recursos públicos, como justificativa para não efetivação dos direitos sociais. Sendo a reserva do possível utilizada para esse fim, o que não se revela viável, pois esse postulado traz a ideia de razoabilidade na alocação de recurso, podendo ser invocado em relação a necessidades supérfluas, sejam elas individuais ou mesmo coletivas.

Neste sentido, não convém ser alegada a reserva do possível sem critérios justificadores e concretos, com o fim de limitar a efetivação dos direitos sociais, podendo significar uma afronta ao princípio da vedação ao retrocesso. O Estado deveria buscar um equilíbrio nas prestações, para que as populações não sejam prejudicadas em períodos de crises econômico-financeiras. Os limites financeiros não devem se sobrepujar por exemplo ao direito social à saúde, que é indissociável do direito à vida.

Contudo, como se sabe nenhum direito é absoluto, consequentemente os princípios também não são. Dessa forma, o princípio da proibição do retrocesso não deve ser entendido como absoluto, podendo em alguns casos ser flexibilizado, mas em contrapartida ser apresentado uma medida alternativa aquele direito suprimido ou limitado. Em virtude da característica de fundamentalidade e do caráter progressivo dos direitos sociais, traz por consequência a proibição ao retrocesso como fundamento para o Estado resguardar o núcleo essencial desses direitos.

O ideal seria os Estados através da implementação de políticas públicas determinantes, buscassem promover a manutenção, concretização e o progresso desses direitos minimamente exigíveis, não deixando a cargo do Judiciário proporcionar a efetivação de tais direitos. E diante de um contexto de crise econômico-financeira não descartar a proteção ou efetividade dos direitos sociais que são essenciais a uma vida digna.

Nesse contexto, o princípio da proibição do retrocesso social que foi acolhido pelo ordenamento jurídico brasileiro, se revela, portanto, um relevante fundamento para salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais em face de medidas retrocessivas, mesmo em situações de crise econômica.

PRINCIPLE OF THE PROHIBITION OF SOCIAL RETROCESS

ABSTRACT

The purpose of this study is to demonstrate the possibility of the principle of the prohibition of social retrogression to protect social rights in the context of economic and financial crisis. Likewise, it analyzes the mode of incidence and manifestation of the principle of the prohibition of social retrogression in concrete cases, aiming to identify the scope and the reflexes of him in the effectiveness of the social rights. It seeks to analyze whether the prediction of the principle of prohibition of social retrogression is sufficient to protect social rights and understand the duty of progressive application of social rights. Based on a bibliographical review and through the qualitative approach, it is possible to affirm that the principle in question is generally defined as a guarantee against the suppression and reduction of social rights, because it carries the notion that after the implementation of a fundamental right, the State can not retreat this right, without an effective alternative measure. Social rights are fundamental rights guaranteed in the constitutional text, which aim to ensure a dignified existence for the citizen. By virtue of the characteristic of fundamentality and the progressive character of social rights, it consequently entails the prohibition of retreat as the basis for the State to safeguard the essential core of these rights.

Keywords: Prohibition of retrocession. Social rights. Fundamental rights.

REFERÊNCIAS

- ALMEIDA, Dayse Coelho de. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso*. In: *Inclusão Social*, Brasília, v.2, n.1, p. 118-124, 2007. Disponível em: <<http://www.brapci.inf.br/index.php/article/view/0000004425/c87f7e85eaaa79025f00015771d812a0/>>. Acesso em: out. 2018.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BRASIL. Constituição (1998). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 5 out. 1988. Não paginado. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: Out. 2018.
- _____. Supremo Tribunal Federal. *Are 639337 Agr*, Relator(a): Min. Celso De Mello, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, dje-177 divulg 14-09-2011 public 15-09-2011 ement vol-02587-01 PP-00125. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/visualizarEmenta.asp?s1=000179240&base=baseAcordaos>>. Acesso em: Out. 2018.
- BÜHRING, Márcia Andrea. *Direito Social: proibição de retrocesso e dever de progressão*. In: *Direito e Justiça*. v. 41, n. 1, jun. 2015. Disponível em: <<http://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/fadir/article/viewFile/18175/1266>>. Acesso em: Out. 2018.
- CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2009.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 3 ed. Coimbra: Almedina, 1999.
- _____. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª Ed. Coimbra: Almedina Editora, 2003.
- COGOY, Daniel Mourgues. *A fragilidade do princípio da proibição do retrocesso social em face do ajuste fiscal*. *Âmbito jurídico*, v. 161, p. 1, 2017. Disponível em: <http://ambitojuridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=19047#_ftn19>. Acesso em: Out. 2018.
- CUNHA, Bruno. *Crise econômica, o que é e como afeta meu bolso?* Disponível em: <<https://formacao.cancaonova.com/atualidade/economia/crise-economica-o-que-e-e-como-afeta-meu-bolso/>>. Acesso em: Abr. 2019.
- DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- ESPIRÍTO SANTO. Tribunal Regional do Trabalho (17ª Região). Recurso Ordinário n. 00005012020175170014, Relator: Jailson Pereira da Silva, Data de Julgamento: 01/10/2018,

Data de Publicação: 19/10/2018. Disponível em: <<https://trt-17.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/640223932/recurso-ordinario-trabalhista-ro-5012020175170014?ref=serp>>. Acesso em: Abr. 2019

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Disponível em: <<https://siaiap39.univali.br/repositorio/handle/repositorio/1535>>. Acesso em: Set. 2018

JORGE NETO, Nagibe de Melo. *O controle jurisdicional das políticas públicas: Concretizando a democracia e os direitos sociais fundamentais*. Bahia: JusPodivm, 2009

JUSTI, J.; VIEIRA, T. P. *Manual para padronização de trabalhos de graduação e pós-graduação lato sensu e stricto sensu*. Rio Verde: Ed. UniRV, 2016.

KRELL, Andreas J. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2002.

LENZA, Pedro. *Direito constitucional esquematizado*. 16. ed. rev., atual. e ampl. – São Paulo: Saraiva, 2012.

MIOZZO, Pablo Castro. *O Princípio da Proibição do Retrocesso Social e sua Previsão Constitucional: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais no Brasil*. Revista Destaque Jurídico. São Paulo: Conceito editorial. v. 9, n. 1, p. 55-79, 2010.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional Administrativo*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2007.

PIAUÍ. Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança 00026809720118180000 PI 201100010026801, Relator: Des. José Ribamar Oliveira, Data de Julgamento: 08/10/2015, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 27/10/2015. Disponível em: <<https://tj-pi.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/291922025/mandado-de-seguranca-ms-26809720118180000-pi-201100010026801/inteiro-teor-291922139?ref=juris-tabs>>. Acesso em: Out. 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais*. Revista Consultor Jurídico, 2002. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2002ago26/direitos_economicos_sociais_culturais_desafios>. Acesso em: Out. 2018.

PRODANOV, C. C.; FREITAS, E. C. *Metodologia do trabalho científico: métodos e técnicas da pesquisa e do trabalho acadêmico* – 2. ed. – Novo Hamburgo: Feevale, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. Uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. rev. atual. e ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Fichtner. *Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações*. In: Direitos Fundamentais & Justiça, Porto Alegre, ano 1, n. 1. p. 171-193, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*, in: Revista da Faculdade de Direito da UFRGS nº 17, 1999, p. 111-132. Disponível em: <<https://seer.ufrgs.br/revfacdir/article/download/70941/40281>>. Acesso em. Set. 2018.

SOUZA NETO, Claudio Pereira de. *A justiciabilidade dos direitos sociais: críticas e parâmetros*. In: _____; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lúmen Juris. 2008. p. 515-551.