

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO EFETIVIDADE DA SEGURANÇA JURÍDICA

Francisca Narjana de Almeida Brasil

Aluna do Curso de Especialização em Direito Constitucional
da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará

RESUMO

O presente trabalho tem como fito traçar linhas acerca da interligação existente na ingerência do princípio da proibição do retrocesso social no ordenamento jurídico, como corolário de segurança jurídica na efetivação dos direitos fundamentais, inerentes à pessoa humana. Buscando compreender que, com o princípio implícito da proibição do retrocesso, haverá uma maior interferência na efetiva estabilidade constitucional em face dos direitos sociais. Evitando, outrossim, que a ordem jurídica sofra insegurança reformistas, por vezes necessárias, em âmbito constitucional e infraconstitucional. Este seria o papel do princípio do retrocesso social, como mola mestra na condução da estabilidade dos direitos fundamentais que asseguram a dignidade da pessoa humana como um todo e por consequência a efetividade da segurança jurídica no Estado de Direito.

1 A Segurança Jurídica

O princípio da proibição do retrocesso social se efetiva na dignidade da pessoa humana, fundamentando-se na garantia da eficácia da segurança jurídica.

O termo “segurança jurídica”, etimologicamente, tem origem no latim e significa: Segurança - se cura, ocupar-se de si mesmo; e Jurídico - juridicu, é o direito dito. Em termos gramaticais, poder-se-ia conceituá-lo como ter a autoconfiança no direito que está dito. Como aspiração social e humana encontra respaldo na certeza e garantia da efetividade e eficácia do direito fundamental, ou seja, a garantia da estabilidade jurídica.

A estabilidade diferencia-se da imutabilidade na medida em que esta representa algo imodificável e perpétuo, enquanto aquela significa uma segurança no que está posto, passível de modificação por uma via rigorosa, caso preenchidos os requisitos para tanto, ou seja, a estabilidade é uma segurança que por vias rigorosas poderá ser flexibilizada em casos específicos, pondo-lhe em segurança não só pela permanência, mas pela possibilidade de modificação quando necessário e plausível perante as condições sociais contemporâneas.

Assim, dentre os diversos focos, centra-se a segurança jurídica primordialmente na proteção da pessoa humana e contra medidas jurídicas, legislativas e administrativas que retrocedam as garantias sociais progressivas. Tais medidas, que pudessem representar um retrocesso naquilo já foi conquistado, tornariam as relações fragilizadas. Somente com a segurança jurídica demonstrada com a proibição do retrocesso, tais relações não se fragilizariam.

A segurança jurídica, como corolário de estabilidade e como princípio fundamental, abrange em suas várias manifestações, uma proteção à pessoa contra atos de violação de seus direitos fundamentais, esta é a confiança de que efetivamente estes direitos terão eficácia, apesar de flexibilizados pela ingerência reformista das

Constituições, assegurados pela essencialidade da dignidade da pessoa humana, conforme lições de Flávia Piovesan:

"A dignidade da pessoa humana, vê-se assim, está erigida como princípio matriz da Constituição, imprimindo-lhe unidade de sentido, condicionando a interpretação das suas normas e revelando-se, ao lado dos Direitos e Garantias Fundamentais, como cânone constitucional que incorpora "as exigências de justiça e dos valores éticos, conferindo suporte axiológico a todo o sistema jurídico brasileiro".

Como anteriormente exposto, a imutabilidade diferencia-se, *prima facie*, da estabilidade, pelo seu caráter material, concreto, de modificabilidade, em um, essa modificação é impossível, noutro, tal modificação, apesar de complexa, é possível, o que pressupõe uma flexível, paradoxalmente rígida, forma de segurança jurídica frente à evolução e modificação do Estado de Direito.

Esta modificação, como evolução, longe de trazer insegurança ao direito, corrobora com a sua real eficácia e efetividade, pois que é tratada como uma verdadeira evolução social do que está em pleno desenvolvimento, eis o destaque do princípio da segurança jurídica na reforma constitucional.

Noutro sentido, a disponibilidade plena dos direitos pelo Estado transformaria esta segurança em um instrumento do mesmo, pelo que a reforma constitucional há de obedecer à estabilidade, e não imutabilidade ou total flexibilidade, na garantia do Estado de Direito. Flávia Piovesan assevera o verdadeiro sentido de segurança jurídica como proteção aos direitos sociais:

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui dentre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.

Por fim, assegura-se que a estabilidade decorre da segurança jurídica como forma de garantia plena dos direitos fundamentais da pessoa humana e proibição do retrocesso social.

Ingo Wolfgang Sarlet define a dignidade da pessoa humana como sendo

[...] a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua

participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos [...].

Isso implica dizer que a segurança dos direitos fundamentais pelas Constituições é condição sine qua non para a promoção da dignidade da pessoa humana, pois não se trata de uma disponibilização de direitos pelo Estado, mas de fundamentos inerentes ao ser humano, que são garantidos pelo Estado através da segurança jurídica que as Constituições propõem, quando baseadas no princípio da proibição do retrocesso social.

2 A Efetivação da Proibição do Retrocesso Social

A vedação do retrocesso social consagrado pelo direito adquirido, coisa julgada, ato jurídico perfeito, cláusulas pétreas, limitações constitucionais aos direitos sociais progressivos, dentre outros, ainda encontra limitações em atos do Poder Público como um todo, atos estes carentes de proteção jurídica, pois de outra monta revela um caráter eminentemente arriscado, com bem elucidou Ingo Wolfgang Sarlet :

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

Esta vedação seria uma forma de evitar, por meio de uma proibição, que normas de cunho eminentemente social, em especial de cunho fundamental, sofram reduções ou supressões dos níveis de efetividade e eficácia, por meio de reformas constitucionais, legislativas e até mesmo administrativas, cuja garantia se dá com a efetiva estabilidade disposta pela segurança jurídica.

Cumprе ressaltar que o princípio da proibição do retrocesso social sofre um paradoxo no que Ingo Wolfgang Sarlet fala em seu texto de “Estado pós-social impregnado de contrastes e de complexidade da pós-modernidade”, entre adaptação às transformações sociais e a necessidade da segurança efetiva dos direitos sociais. O que de certa forma abarca a ideia de estabilidade não como imutabilidade, mas como uma racional, positiva e controlável mudança progressiva quando os anseios sociais requererem transformações, levando Ingo Wolfgang Sarlet a questionar o quão segura é a segurança social.

Ora, se se concentrar a ideia de estabilidade como diferente de imutabilidade, pode-se propor uma elementar resposta a este questionamento, pois o retrocesso social não é imune à transformação social, mas está assegurado pela certeza jurídica, cuja estabilidade não evitará mudanças progressivas ansiadas pelo contexto social, só garantirá que esta se proceda de forma justa e quando necessária este é o maior valor da segurança jurídica, pois não evitará mudanças sociais necessárias, mas garantirá

que elas só se procedam de forma justa e por método que permeie a estabilidade, do contrário, embarcaríamos num caos social, sendo que a segurança jurídica tem o papel de evitar que isso aconteça.

3 Aplicação Prática do Princípio da Proibição do Retrocesso Social

No plano internacional, o princípio do retrocesso baseia todo o sistema jurídico brasileiro, tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais como o Protocolo de San Salvador, consagra a progressividade como evolução na implantação dos direitos sociais, o que na prática significa que parâmetros mínimos seriam estipulados pelos tratados, cujas medidas são mantidas ou aprimoradas, nunca restritas, senão vejamos:

Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quanto o Protocolo de San Salvador reconhecem que a progressividade implica a proibição ao retrocesso. Na prática, as medidas tomadas em prol dos direitos sociais devem ser mantidas e aprimoradas, nunca restringidas. O progresso se dará a partir de parâmetros mínimos estipulados por tratados internacionais. Esses parâmetros seriam elevados na medida em que os Estados-membros dessestratados publicassem leis e estabelecem políticas públicas que defendessem níveis cada vez mais altos de proteção na educação, na saúde, na moradia etc.

A progressividade da implantação dos direitos sociais deve ser observada como uma constante evolução e nunca um retrocesso, em outras linhas, evita até mesmo que normas ditas programáticas possam, implicitamente, violar tal princípio, isso porque elas abrem um espaço para implementação dos direitos sociais por meio de imposição de programas a serem implantados posteriormente.

A proibição do retrocesso pelos programas implementados no âmbito dos direitos sociais programáticos vincula tais quais os próprios direitos sociais, cuja maculação implicaria a própria violação dos direitos sociais protegidos pela segurança jurídica, ou seja, devem os programas impositivos a mesma obediência ao princípio do retrocesso quanto o direito efetivado pela norma programática. Neste sentido, defende Luís Roberto Barroso uma máxima aplicabilidade deste princípio, mesmo diante de uma norma programática:

O fato de uma regra constitucional contemplar determinado direito cujo exercício dependa de legislação integradora não a torna, só por isto, programática. Não há identidade possível entre a norma que confere ao trabalhador direito ao 'seguro desemprego' em caso de desemprego involuntário (CF, art. 7º, II) e a que estatui que a família tem especial proteção do Estado (CF, art. 226). No primeiro caso, existe um verdadeiro direito. Há uma prestação positiva a exigir-se, eventualmente, frustrada pelo legislador ordinário. No

segundo caso, faltando o Poder Público a um comportamento comissivo, nada lhe será exigível, senão que se abstenha de atos que impliquem na desproteção da família.

Assim como encontra respaldo nos pactos em direitos humanos, no plano internacional, o princípio norteador da segurança jurídica é chancelado pela doutrina e jurisprudência portuguesa e alemã, apesar da proteção expressa, como direito adquirido e até mesmo expectativa de direito.

Neste diapasão, no ordenamento jurídico pátrio, o infiltramento do princípio ora em debate encontra ingerências até mesmo em nossa Jurisprudência pátria:

EMENTA: CIVIL E CONSTITUCIONAL. ENSINO PARTICULAR. DESCONTO DA MENSALIDADE. SEGUNDO FILHO. APLICAÇÃO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO. 1. O art. 24 do DL 3.200/41 foi concebido para beneficiar famílias de prole numerosa, garantindo o acesso de todos ao ensino. Repasse do custo às mensalidades (art. 205 da CF). Aplicação do texto ao ensino universitário (arts. 208, V, e 209, I, da CF). 2. O dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi revogado ou derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior (art. 2º da LICC). Manteve-se íntegro no tempo, obediente ao princípio da proibição de retrocesso social defendido por J. J. Canotilho. (A.C. n.º 598193845). Apelo improvido". (Apelação Cível Nº 70004480182, Quinta Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha, Julgado em 15/05/2003).

"Ementa: TRIBUTÁRIO. ENTIDADE DE ENSINO SEM FINS LUCRATIVOS. IMUNIDADE DO ART. 195, § 70, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. ILEGITIMIDADE DA LEI 9732/98. - Trata-se de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de sentença que concedeu a segurança, determinando que a autoridade indigitada coatora se abstenha de impor à Impetrante, entidade de assistência social, a cobrança da contribuição previdenciária com base nas alterações perpetradas pela Lei 9732/98. - O art. 195, §7º, da Constituição Federal, traz uma vedação à tributação que tem natureza jurídica de imunidade, sendo ainda norma de eficácia contida, que tem a normatividade necessária a sua imediata aplicação, podendo, contudo, ser condicionada por lei. - Ocorre que as limitações constitucionais ao poder de tributar, por força do art. 146, II, da Constituição Federal, devem ser

regulamentadas por lei complementar, e não por lei ordinária. - Ainda que a Lei 9732/98 tivesse natureza jurídica de lei complementar, padeceria de vício de inconstitucionalidade material, já que está restringindo imunidade conferida pelo constituinte originário. - Em razão do princípio da proibição do retrocesso, somente é lícito ao legislador a regulamentação do art. 195, § 7º, da Constituição Federal, para estabelecer condições para o gozo da imunidade, jamais no sentido de esvaziá-la. - A absoluta gratuidade das atividades das entidades filantrópicas não é e nem poderia ser requisito essencial à fruição do benefício em tela, a uma porque não está contido na Constituição, e a duas porque a lei complementar (art. 14, do Código Tributário Nacional) a ele não alude. - Sendo assim, afiguram-se ilegítimas as restrições previstas na Lei 9732/98, tendo a Impetrante direito líquido e certo a continuar imune ao pagamento da contribuição para a seguridade social, enquanto ostentar a qualidade de entidade beneficente de assistência social, nos termos da redação anterior do art. 55, da Lei 8212/91, que limita-se a repetir o previsto no art. 14, do Código Tributário Nacional, norma com eficácia passiva de lei complementar. - Recurso do Instituto Nacional do Seguro Social improvido e remessa necessária não conhecida". Origem: TRIBUNAL - SEGUNDA REGIÃO, Classe: AMS - APELAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA - 44015, Processo: 2002.02.01.028160-9 UF: RJ Órgão Julgador: PRIMEIRA TURMA, Data Decisão: 30/09/2002 Documento: TRF200101955.

Estas divagações constatarem e proclamam o valor fundamental à proibição do retrocesso social, bem além do já consagrados conforme citado no texto (ato jurídico perfeito, coisa julgada, cláusulas pétreas, dentre outros).

Assim sendo, a inserção concreta do princípio do retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro admite a problemática da limitação legislativa em sua função primordial. Tal problemática revela-se superficial se entendermos o limite do legislador na eficácia jurídica, ou seja, estaria o legislador limitado por ele mesmo quando instaurada a ordem jurídica estável contra a redução de garantias fundamentais. Por ora, José Afonso da Silva entende como um direito subjetivo negativo em que o Estado tem o direito de se abster de atentar contra ele. Já para Canotilho, o principal expoente difusor de tal proibição:

A idéia aqui expressa também tem sido designada como proibição de contra-revolução social ou da evolução reaccionária. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e econômicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou

conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações econômicas difíceis, recessões econômicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtracção à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestação de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural.

Isto remonta à ideia da amplitude da proibição do retrocesso social, visto que a protecção não pode assumir carácter absoluto. Algumas posições defendem a relatividade de tal princípio. Para Vieira Andrade, não é regra geral para não ferir a autonomia legiferante, pois se fosse absoluto, os direitos sociais poderiam ferir o direito de defesa que podem ser restritos pelo legislador. Para Canotilho, a proibição só encontra limitação no núcleo já realizado, em direitos sociais impostos.

Considerações Finais

Desta monta, a relativização do princípio limitar-se-ia à dignidade da pessoa humana, por ser este pressuposto básico das elementares regras de direito fundamental, ou seja, a supressão dos direitos fundamentais, quando invadem a essência primordial da pessoa humana, como núcleo essencial dos direitos sociais (violação do mínimo existente social) encontrará óbice na proibição do retrocesso e neste contexto não se pode falar em relativização do princípio.

O reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso social não importa a violação da função legislativa em sua real atuação, do contrário, evita que sejam negadas as próprias limitações impostas pelo legislador, como forma de garantir a própria segurança jurídica.

Segurança calcada na estabilidade de suas normas, mutáveis e flexíveis quando inseridas na evolução e transformação social, mas nunca passível de respaldo como violador do essencial à pessoa humana. Sendo assim, a dignidade da pessoa humana deve ser vista como nata em cada sociedade e garantida por normas fundamentais, cujas amplitudes poderão sofrer flexibilizações apesar de estáveis, mas nunca a essência da própria dignidade humana.

Referências

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo, Francisco Gérson Marques e Fayga Silveira Bedê (coordenadores). **Constituição e Democracia**, estudos em homenagem ao professor J.J. Gomes Canotilho, Proibição do Retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível, Ingo Wolfgang Sarlet: Malheiros Editores.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional**. 6. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 493.

Diário de Natal online. Pactos Internacionais Sobre os Direitos Humanos. Disponível em <<http://diario.de.natal.dn.online.com.br/site/materia.>> Acesso em: 26 de fevereiro de 2009.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 4. ed. São Paulo: Max Limonad, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 2. ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.