XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

ILTON GARCIA DA COSTA

IRINEU FRANCISCO BARRETO JUNIOR

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro
Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof.
Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

---

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/CESUPA

Coordenadores: Ilton Garcia Da Costa; Irineu Francisco Barreto Junior – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-852-3
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Congressos Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Congresso Nacional do CONPEDI (28 : 2019 :Belém, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

Centro Universitário do Estado do Pará
Belém - Pará - Brasil
https://www.cesupa.br/

XXVIII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI BELÉM – PA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

O XXVIII Congresso do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito CONPEDI foi realizado no Centro Universitário do Estado do Pará (CESUPA), na cidade de Belém – Pará, entre os dias 13 a 15 de novembro e elegeu o relevante tema "Direito, Desenvolvimento e Políticas Públicas: Amazônia do Século XXI" como eixo norteador dos seus trabalhos. Como de costume o evento propiciou a aproximação entre professores e pesquisadores de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito de todo o Brasil.

Com foco na concretização dos Direitos e Garantias Fundamentais, o Grupo de Trabalho foi coordenado por Prof. Dr Ilton Garcia Da Costa, da Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP) e Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior, do Centro Universitário das Faculdades Metropolitanas Unidas (FMU-SP).

Os estudos apresentados no GT reiteram a centralidade dos direitos e garantias fundamentais na agenda jurídica contemporânea. Temas clássicos pautados na proteção de valores liberais, como a proteção da privacidade e da liberdade, permearam o grupo de trabalho juntamente com artigos voltados à Seguridade Social, direito à Saúde, Educação e, em consonância com o espírito do tempo, pesquisas que equiparam o direito ao Meio Ambiente aos direitos fundamentais.

Cabe salientar que o GT se insere, dessa forma, na agenda contemporânea de discussões que envolvem a constitucionalização dos direitos e as teorias de ponderação entre princípios e normas fundamentais. Essa abordagem, simultaneamente, expande o escopo dos direitos humanos e admite a presença de desafios à sociedade brasileira, especialmente voltados a oferecer respostas a essas novas demandas, em tempos de crise econômica e efervescência política e social.

Os coordenadores do GT convidam os leitores a conhecer o teor integral dos artigos, com a certeza de profícua leitura, e encerram essa apresentação agradecendo a possibilidade de dirigir os debates entre pesquisadores altamente qualificados.

Prof. Dr. Ilton Garcia Da Costa. Universidade Estadual do Norte do Parana (UENP).

Prof. Dr. Irineu Francisco Barreto Junior. Mestrado em Direito das Faculdades Metropolitanas Unidas - FMU-SP.

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

AINDA É VÁLIDO O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL?

IS THE PRINCIPLE OF THE PROHIBITION OF SOCIAL BACKLASH STILL VALID?

Vanilson Rodrigues Fernandes

Resumo

O presente artigo procurará explorar a validade do princípio da proibição do retrocesso social como ferramenta de resistência às diversas mudanças legislativas da crise econômica e de ajuste fiscal. Antes usado como poderoso instrumento para manutenção da emancipação social, o postulado civilizatório padece de uma aguda crise advinda do abalo das finanças públicas e aos poucos se tem proposto sua paulatina relativização ou mesmo sua inaplicabilidade ante a manifesta necessidade de contenção de prestações sociais. Velemo-nos da abordagem qualitativa e da pesquisa bibliográfica.

Palavras-chave: Princípio, Vedação, Retrocesso, Validade

Abstract/Resumen/Résumé

The present article will seek to explore the validity of the principle of the prohibition of social regression as a tool of resistance to the various legislative changes of the economic crisis and fiscal adjustment. Previously used as a powerful instrument for the maintenance of social emancipation, the civilizing postulate suffers from an acute crisis arising from the shaking of public finances, and its gradual relativization or even its inapplicability in the face of the evident need to contain social benefits has gradually been proposed. Let us take care of the qualitative approach and the bibliographical research.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Principle, Seal, Setback, Shelf life

INTRODUÇÃO.

O princípio da proibição de retrocesso social ganhou densidade a partir dos anos 1970 com as decisões do Tribunal Constitucional Alemão e, principalmente, para a comunidade jurídica latino-americana com as decisões do Tribunal Constitucional de Portugal. Em meio ao fortalecimento do direitos fundamentais, notadamente os denominados de segunda dimensão, chamados sociais, na América Latina, a jurisprudência desses tribunais estrangeiros cimentou a promessa de progressiva expansão dos direitos sociais, propugnada pela doutrina e, posteriormente, pela jurisprudência locais.

Não foi diferente no Brasil, pois se vivia, a parir dos anos 2000, um momento de otimismo e confiança num futuro lastreado na efetiva possibilidade de inclusão social promovida pelo Estado através de políticas públicas que pressupunham prestações positivas.

De passado colonial e, muitos deles, saindo de ditaduras militares, os países da América Latina vislumbravam no horizonte novas perspectivas de promoção social, com a edição de cartas constitucionais que contemplavam uma gama de direitos sociais, cujo objetivo claro era combater a imensa desigualdade que é marca indelével do continente.

O Brasil, inserido nesse contexto, promulgou a Constituição de 1988, propugnando um elenco de direitos de segunda dimensão no art. 6º, que passaram a nortear as políticas públicas a partir dos anos 1990, com o franco objetivo de reduzir as desigualdades regionais e sociais, objetivos a ser perseguidos pela República (art. 3º, III da CRFB). A chamada Carta Cidadã foi promulgada renovando as esperanças em dias melhores e com o claro objetivo de promover inclusão social, com a expansão dos direitos até aquele momento conquistados.

Na esteira desse clima de promoção de direitos, em 1992, pouco mais de 3 anos da publicação da Carta Constitucional, o Brasil aderiu ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da ONU, cujo texto havia sido aprovado pela Assembleia Geral em 1966, bem como à Convenção Americana de Direitos Humanos, aprovada em 1969, em San José da Costa Rica.

As alvissaras prometidas sinalizavam para uma nova era de direitos e, dentro desse reinante clima de otimismo, consolidou-se o princípio da proibição do retrocesso que atuaria como uma cláusula implícita de barreira no sentido de evitar que as conquistas sociais pudessem ser solapadas pelo governo de plantão. Assentou-se a ideia de que os direitos sociais caminhavam num rumo expansionista e a manutenção de seu núcleo essencial era um imperativo, a proposição de ceder um passo atrás era tida como um política reacionária. Nas palavras de Canotilho:

> […] os direitos sociais e econômicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direitos à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo […] o princípio em análise justifica, pelo menos a subtração à livre e oportunística disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural […] Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladora da chamada "justiça social" (2003, p. 468-469).

Dentro desse espírito, a jurisprudência do STF começou a debater o tema, a exemplo do julgado da ADI 2.065/DF em que matéria não foi conhecida, mas se registrou um dos primeiros momentos em que o assunto veio à lume. A seguir, julgaram-se por maioria improcedentes as ADI 3.105-8/DF e 3.128-7/DF nas quais se veiculava a taxação dos servidores aposentados e pensionistas prevista na EC 41/2003. A resistência a essa exação tinha como fundamento o princípio da vedação ao retrocesso, conquanto a referida tese tenha sido derrotada, tratou-se de uma das primeiras manifestações e aparições do tema em julgamentos no STF.

No referido julgamento, o ministro Celso de Mello pontuou que

> A cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos", salvo na hipótese da implementação de políticas compensatórias. (ADI 3.105 e da ADI 3.128. Rel. Min. Ellen Gracie, rel. p/ o acórdão Min. Cezar Peluso, *DJ* de 18.02.2005).

O triunfo, porém, não custou a acontecer, pois no julgamento do Ag. no RE 639.337/SP consagrou-se definitivamente no âmbito da jurisprudência do STF, quando se decidiu que constituiria retrocesso social o não atendimento de crianças de até 05 anos em creches e pré-escolas, ainda que a pretexto da reserva do possível.

Impende destacar que quando das primeiras manifestações do princípio da vedação do retrocesso, o país então começava a viver um clima de euforia ruma a um futuro promissor, com o desenvolvimento de políticas de inclusão social, como por exemplo bolsa-família. As promessas constitucionais de construção de uma sociedade mais justa começavam a aparecer no horizonte onde dantes o fosso entre os mais ricos era imenso.

Ocorre, porém, que a crise financeira mundial a partir do ano de 2008, que se fez sentir mais decisivamente no Brasil a partir de 2014, abalou as estruturas do Estado implementador de políticas públicas inclusivas. O movimento que se fez foi de regresso a fim

de que se diminuíssem as prestações estatais e suas ações comissivas de inclusão social, diante de uma necessidade imperiosa de cortes de gastos e redução do Estado, era a então doutrina do neoliberalismo que já vinha se afirmando, não somente, no campo da política econômica, mas sim no modo de construção de uma novo conceito até mesmo de homem.

Logo então se passou a repensar o princípio da não vedação ao retrocesso no sentido de que não poderia prevalecer como um princípio absoluto, mas que deveria ser mitigado. O jurista J. J. Gomes Canotilho que foi um dos precursores a identificar o referido princípio da Constituição portuguesa de 1976, propugnando como acima mencionado pela impossibilidade de retroceder socialmente em termo de políticas públicas e de ações estatais, diante da crise, apelou para um novo (re) pensar:

> O rígido princípio da 'não reversibilidade' ou, formulação marcadamente ideológica, o 'princípio da proibição da evolução reacionária' pressupunha um progresso, uma direcção e uma meta emancipatória e unilateralmente definidas: aumento contínuo de prestações sociais. Deve relativizar-se este discurso que nós próprios enfatizamos noutros trabalhos. 'A dramática aceitação de 'menos trabalho e menos salário, mas trabalho e salário e para todos', o desafio da bancarrota da previdência social, o desemprego duradouro, parecem apontar para a insustentabilidade do princípio da não reversibilidade social. (CANOTILHO, 2004, p. 111).

É fato que a crise financeira dos Estados afeta as políticas públicas por eles implementadas, mas será mesmo que a única solução é o severo ajuste fiscal, a velha receita de sempre: corte de investimentos sociais e a diminuição do tamanho do estado. As políticas neoliberais são mesmo inexoráveis ou se trata muito mais de uma opção dentre possíveis outros caminhos? Será legítimo frustrar promessas e esperanças acalentadas pela maioria da população de inclusão social e tornar tábula rasa a norma constitucional? E o princípio da vedação ao retrocesso social não passou de uma quimera?

No presente artigo, procuraremos explorar se ainda é possível sustentar a validade do princípio em questão, a partir da análise da força normativa da Constituição, porquanto um princípio deve se afirmar exatamente num momento de crise, de circunstâncias adversas, pois se for para propagá-lo somente dentro da normalidade não faz nem sentido sua existência. Valemo-nos da pesquisa bibliográfica e da abordagem qualitativa.

1 O PRINCÍPIO DA PROBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.

A paulatina previsão constitucional de direitos sociais a partir da Carta Constitucional mexicana de 1917 e da Constituição de Weimar de 1919, intensificou um prolífico período de conquistas legislativas dos direitos fundamentais que passaram a constituir nova taxinomia,

eram os chamados direitos humanos de segunda dimensão que emergiam no cenário jurídico mundial. Ao lado do ideal de individualista de liberdade, passaram a constituir parte do lema decantado pela Revolução Francesa, a busca da igualdade deslocando o eixo meramente individual para um sentido mais coletivo.

Os direitos de segunda dimensão constituem um ideal de justiça social, procurando corrigir as distorções do sistema baseado na perspectiva de aptidão meramente individual. São prestações estatais que procuram minimizar as desigualdades criadas pela economia de mercado, conferindo aos mais vulneráveis garantias mínimas de manutenção de um nível de vida digna.

Ao longo do Século XX, principalmente, após os dois grandes conflitos mundiais, os direitos sociais foram guidados ao *status* constitucional, figurando no rol de direitos fundamentais tais quais os direitos individuais de primeira dimensão, como consequência da adoção do estado social em substituição ao estado liberal. A premissa era superar o modelo assentado no indivíduo e buscar compatibilizar o valor liberdade com o valor igualdade.

No âmbito do Direito Internacional, o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, ratificado pela ampla maioria dos estados, a Convenção Americana de 1969 e o Protocolo de San Salvador pavimentaram ainda mais o caminho para o fortalecimento dos direitos sociais.

A partir da leitura da carta política, dos tratados internacionais e decisões das cortes constitucionais, a doutrina passou a identificar o implícito princípio da proibição do retrocesso social.

O caso latino-americano é bem peculiar dessa situação, pois após a maioria dos países saírem de horrendas ditaduras, proclamaram em seus documentos políticos máximos uma pletora direitos sociais com a promessa uma cidadania inclusiva. Não foi diferente com o Brasil, basta ver sua Constituição de 1988 em seu art. 6º, com redação dada pela EC 90, de 2015, que garante como 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.

No âmbito das relações de trabalho, mas dentro desse mesmo espírito garantista de direitos sociais, a Constituição nacional cravou, no caput do art. 7º, que "são direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem a melhoria de sua condição social", explicitando uma clara opção pela progressiva ampliação e implantação dos direitos de segunda dimensão, o que já se anunciava desde o § 2º, do art. 5º que então vaticinava que "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e

dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Uma singela leitura dos referidos dispositivos, leva-nos a fácil conclusão que o constituinte sempre tencionou ampliar o elenco e a implantação de direitos sociais numa extensão sempre crescente, não deixando quaisquer margens de dúvidas quanto a sua escolha política. A partir desses e de outros dispositivos, além da previsão expressa nos tratados internacionais, a exemplo do já citado Pacto Internacional de direitos sociais, econômicos e culturais de 1966, a doutrina, baseada na ideia de efetividade da constituição, identificou como um de seus princípios implícitos o da proibição do retrocesso social.

Diversos constitucionalistas identificaram o referido princípio. José Afonso da Silva pontuou:

> […] as normas constitucionais definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático, que, inobstante tenham caráter vinculativo e imperativo, exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização, vinculam os órgãos estatais e demandam uma proibição de retroceder na concretização desses direitos. (2007, p. 111).

Seguindo raciocínio semelhante, Luis Roberto Barroso declinou que:

> O princípio da proibição de retrocesso decorre justamente do princípio do Estado Democrático e Social de Direito; do princípio da dignidade da pessoa humana; do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras dos direitos fundamentais; do princípio da proteção da confiança, da própria noção do mínimo essencial. (2005, p.87) .

Sendo assim, no âmbito do direito constitucional brasileiro, teríamos um direito subjetivo negativo, ou seja, a proibição de qualquer medida contrária, mormente pelo Executivo e pelo Legislativo, aos parâmetros estabelecidos pela normal constitucional, ainda que referentes as chamadas normas programáticas, tidas como aquelas que somente impõe programas, fins ou tarefas. Nas palavras de Sarlet:

> […] o reconhecimento de uma proibição de retrocesso situa-se numa 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. (2009, p.126-127)

Posteriormente, a jurisprudência assentou definitivamente o princípio da vedação ao

retrocesso, com o julgamento no STF do Ag. no RE 639.337/SP, no qual o referido princípio foi invocado como fundamento da decisão:

> A PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL COMO OBSTÁCULO CONSTITUCIONAL À FRUSTRAÇÃO E AO INADIMPLEMENTO, 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. Doutrina. 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. [...] (STF, Ag. No RE 639.337/SP, Min. Rel. Celso de Mello, j. 23-08- 11)

Impende destacar que o princípio da vedação ao retrocesso está inserido diretamente com a concretização da dignidade humana dentro de outros grandes parâmetros também de índole constitucional e, sendo assim,

> […] na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não 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 pessoal humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes. (SARLET, 2009, P. 129)

Ainda que se admita a justa reclamação de uma melhor definição jurídica termo, para que não se cometam arbitrariedades ou se justifique a manutenção de privilégios sob o argumento de que está havendo retrocesso, delimitando-se de modo mais seguro o seu conteúdo e, consequentemente, sua aplicabilidade, é certo que o princípio da vedação está amplamente consolidado tanto no campo da doutrina como no âmbito da jurisprudência como princípio implícito de matriz constitucional.

Nesses tempos, porém, em que a palavra de ordem é flexibilização, no exato momento de sua consolidação, o princípio da proibição do retrocesso começou a ser erodido com o crise que se abateu sobre o próprio modelo de estado social, a partir das sucessivas crises capitalistas de fins do século XX e início do Século XXI, logo sobrevindo a proposta de se rever as políticas sociais inclusivas e de se flexibilizar o princípio da vedação ao retrocesso.

2 A CRISE DO ESTADO SOCIAL.

O Estado social se constituiu como uma necessidade a partir do exaurimento do modelo liberal, responsável pela mais aguda crise do capitalismo: a grande depressão iniciada com o *crash* da bolsa de Nova Iorque, em 1929. O segundo grande conflito mundial foi a pá de cal no parâmetro baseado na não intervenção estatal.

Com a economia devastada e com a necessidade de reconstrução da Europa, operou-se a necessidade de intervenção governamental, tal qual na última crise do capitalismo ocorrida a partir do ano de 2008, o Estado foi chamado a promover maciços investimentos a fim de alavancar os negócios privados, além de injetar dinheiro na reconstrução do mundo arruinado pela segunda grande guerra.

Concomitantemente, o Estado passou a intervir mais decisivamente nas relações sociais, promulgando diversas leis com o objetivo de reduzir a autonomia privada, tentando promover um equilíbrio jurídico de uma nítida desigualdade econômica.

Nessa esteira, o Direito do Trabalho se desmembrou do Direito Civil, com uma outra visão no sentido de tutelar do trabalhador hipossuficiente; os direitos fundamentais de segunda dimensão ganharam imensa densidade e, como já dito, passaram a compor a carta constitucional de diversas nações, exigindo do Estado uma ação interventiva; tributação do capital, antes inexistente, agora taxado para até mesmo constituir um mecanismo orçamentário para políticas públicas, enfim, essas e outras medidas contribuíram decisivamente para as desconcentração da riqueza e um reequilíbrio social.

A partir do fim dos anos 1970 em diante, após a crise do petróleo e com a ascensão do governo conservador de Margareth Thatcher na Inglaterra e de Ronald Reagan nos EUA, o papel intervencionista do Estado passou a ser questionado. O modelo de estado de bem estar social iniciava um declínio a partir da conjuntura de alta da inflação, aumento do déficit público, conflitos sócias pela repartição da renda e crise de regulação. O Estado novamente foi chamado a se retirar de cena e transferir ao mercado o papel estruturador das relações socioeconômicas.

Desregulamentações, privatizações, redução de benefícios sociais, aumento das taxas de juros, liberalização financeira com o fito de conceder mais mobilidade ao capital, pareceria uma nova volta ao velho modelo liberal, porém, é certo que, diferentemente das antigas premissas, o novo paradigma assentado no mercado.

> Não é mais o de Adam Smith ou dos neoclássicos. É um processo de descoberta e aprendizado que modifica os sujeitos, ajustando-os uns aos outros. A coordenação não é estática, não une seres sempre igual a si mesmos, mas produz uma realidade

> cambiante, um movimento que afeta os meios nos quais os sujeitos evoluem e os transforma também. O processo de mercado uma vez instaurado constitui um quadro de ações que não necessita mais de intervenções – estas só poderiam ser um entrave, uma fonte de destruição da economia. Contudo, o mercado não é mais o "ambiente" natural no qual as mercadorias circulam livremente. Não é um meio dado de uma vez por todas, regido por leis naturais, governado por um princípio misterioso do equilíbrio. É um processo de regulado que utiliza motivações psicológicas e competências específicas. É um processo menos autorregulador (isto é, que conduz ao equilíbrio perfeito) do que autocriador, capaz de se autogerar no tempo. E, se não necessita de poderes reguladores externos, é porque tem sua própria dinâmica. Uma vez instaurado, poderia prosseguir em perfeito movimento perpétuo, autopropulsivo, se não fosse desacelerado ou pervertido por entraves éticos e estatais que constituem atritos nocivos.
> O mercado é concebido, portanto, como um processo de autoformação do sujeito econômico, um processo subjetivo autoeducador e autodisciplinador, pelo qual o indivíduo aprende a se conduzir. O processo de mercado constrói seu próprio sujeito. Ele é *autoconstrutivo*. (DARDOT, LAVAL, 2016, p. 139-140).

Esta nova forma de governança e de desenvolvimento em que o sujeito se auto constrói, o homem-empresa, e que o Estado interventor passa a mero espectador, passou a ser denominado de neoliberalismo, com fórmulas supostamente consensuais para combater a crise econômica. Não à toa, a recomendação internacional que tinha como vigas mestras a reforma fiscal, abertura comercial, política de privatizações e redução fiscal do Estado ganhou o nome de consenso de Washington. Posteriormente, essas recomendações do receituário neoliberal passaram a ser obrigatórias para os países recebessem investimentos externos e ajuda internacional por parte do Fundo Monetário Internacional.

De certa forma, o estado de bem estar social criou para si próprio uma encruzilhada, pois na medida em que se exigem prestações sociais há um necessário aumento da despesa pública, e na medida que se promove saúde e educação, aumenta a expectativa de vida e a necessidade de se pagar mais aposentadorias e pensões, retroalimentando o déficit, este , por sua vez, implica em aumento da inflação que para ser contida se precisa reduzir a circulação de dinheiro, com a necessidade de um severo ajuste fiscal nas contas públicas.

> No campo das políticas macroeconômicas, o receituário é linear para tudo e para todos e consiste basicamente em uma disciplina fiscal para reorientação das despesas públicas, com a promoção de reforma tributária, liberalização financeira, taxas de câmbio unificadas e competitivas, liberalização do comércio, abertura a investimento estrangeiro direto, privatização, desregulamentação e direito de propriedade assegurado (POMPEU, 2008, p. 142).

Não há espaço para outras fórmulas ou visões de mundo, pois esse pensamento econômico se incrustou de tal forma que falar em intervenção estatal virou uma heresia contra o credo neoliberal.

A situação se tornou mais delicada e se agravou com a crise financeira de 2008 que

atingiu em cheio os países de capitalismo central e novamente a cantilena neoliberal se reforçou. Mas, seguindo o receituário traçado, seria certo que a economia de mercado, funcionando sem intervenções ou regulamentações, levaria à ordem natural harmônica, ao crescimento econômico (BARUCO, 2005).

O caso português era sintomático da questão. Em 2008, a dívida pública representava 71,6% do PIB, passando ao prognóstico de 113,9%, em 2012, e de 117%, em 2013 (EUROPEIA, 2012), de modo que Portugal era o país mais afetado pela crise econômico-financeira mundial, mas também um dos que apresenta maiores dificuldades em superá-la.

Em março de 2010, o governo português apresentou à Comissão Europeia o Programa de Estabilidade e Crescimento 2010-2013, onde se propôs reduzir o défice público. De acordo com as medidas almejadas, os principais contributos para a redução das despesas públicas centraram-se nas despesas salariais com os funcionários públicos e nas despesas com a proteção social e também no adiamento de alguns investimentos públicos de grande porte. Do lado das receitas fiscais, reduziram-se certos benefícios ligados às despesas familiares nas áreas da saúde e da educação (MOTA; LOPES; ANTUNES, 2010). Assim, abatido por uma recessão econômica decorrente de um déficit público crescente, o governo de Portugal seguiu a então fórmula neoliberal.

Um dos países que, com sua Constituição, seus constitucionalistas e suas decisões judiciais serviu de inspiração para o fortalecimento do princípio da vedação do retrocesso social, via-se agora às voltas em repensar suas políticas públicas de benefícios sociais. Era o caso de se perguntar então como ficariam as conquistas já obtidas? E a vedação ao retrocesso?

Por óbvio que menos Estado significa menos prestações sociais solapando os direitos de segunda dimensão, pois uma das medidas neoliberalizantes é o corte de benefícios sociais. Mas também é certo que junto com a implementação dos referidos direitos em momento pretérito, como já vimos, assentou-se que os mesmos tinham uma expressão permanentemente expansionista, não se podendo retornar a um *status quo* anterior, sob pena de subverter a ordem internacional e constitucional.

Como ficariam então os direitos sociais frente a escalada neoliberalizante apregoadora de um mínimo de estado, de redução de prestações sociais, de corte de gastos e investimentos sociais, tidos como políticas necessárias para a retomada do crescimento econômico, o que se transformou quase que em um mantra da pós-modernidade. Seria possível opor a cláusula de barreira de proibição do retrocesso ao severo ajuste fiscal, tido como a fórmula universal proposta para a recuperação econômica, ou o modelo neoliberal, como apregoam alguns, é

inexorável?

3 AJUSTE FISCAL X DIREITOS SOCIAIS

A implementação de direitos sociais exige recursos públicos, uma vez que o Estado é o agente que promove as políticas distribuição de benefícios sociais. Enquanto os direitos fundamentais de primeira dimensão demandam a abstenção estatal, os direitos sociais exigem ações do poder públicas e, por via de consequência o aumento da despesa estatal.

Assim, diante de sucessivas crises e da necessidade de um severo ajuste fiscal com o corte da despesas pública e a restrição das prestações sociais, o princípio da vedação ao retrocesso passou a ser questionado como bastião de salvaguarda dos direitos sociais.

O constitucionalista José Joaquim Gomes Canotilho (2003), um dos artificieis da ideia de um implícito princípio da vedação do retrocesso na Constituição de Portugal, viria, posteriormente, mormente pela grave crise econômica do Estado português, fazer uma revisão de sua posição inicial, propondo um esquema alternativo ou compensatório, pois "a proibição do retrocesso social nada pode fazer contra a recessão e crises econômicas, mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos.

O também jurista português Jorge Miranda (2008), conquanto defendesse inicialmente o princípio, passou a rever seu posicionamento e pontuou que os direitos sociais, uma vez concretizados, não precisam ficar eternamente atrelados aos mesmos paradigmas. O que se visa impedir é a total supressão de um direito social. Além disso, os direitos sociais estão inexoravelmente atrelados à reserva do possível, podendo ser restringidos em momentos de escassez de recursos públicos.

É importante notar que o princípio da vedação ao retrocesso, outrora exaltado, passou a ser um entrave às mudanças necessárias a readequação das contas públicas, diante da receita neoliberal de ajuste fiscal. Passou-se vê-lo inserido num cenário de relativação ou mesmo de seu total abandono, mesmo por que não se trataria de um princípio explícito.

O Tribunal Constitucional Português (Acórdão 590/04) seguiu essa tendência para pontuar a necessidade de liberdade do legislador,

> Onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível 'determinar com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade', a margem de liberdade do legislador retroceder no grau de protecção já atingido é necessariamente mínima, já que só o poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequenciar uma inconstitucionalidade por omissão (...). Noutras circunstâncias, porém, a proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos-limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob

> pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o caráter de opções legislativas fundamentais. (Acórdão 590/04. Relator:Conselheiro Artur Maurício. 06 de outubro de 2004)

Mas será que de fato não existem outros caminhos? Será que a receita da recuperação econômica é a supressão de políticas sociais? Esse pensamento hegemônico não comporta contraponto? As recomendações do consenso de Washington são imposições inexoráveis?

O professor José Avelãs Nunes (2011) argumenta que a liberalização e a flexibilização dos mercados de trabalho e a plena liberdade de circulação de capitais, de bens e de serviços não têm demonstrado serem as medidas apropriadas para a reorganização da economia de Portugal, para a criação de mais riquezas ou para o aumento de produtividade.

Em franca oposição aos que acreditam que só a austeridade, exigida para garantir a estabilidade dos preços e o equilíbrio orçamental, pode gerar confiança (nos mercados e nos investidores) e que somente a confiança pode criar emprego a alavancar a economia. Defende que Portugal só conseguirá se reerguer da situação crítica se aumentar o investimento (público e privado) na educação, na saúde, na investigação científica e tecnológica, na formação profissional e na valorização dos recursos humanos e naturais (NUNES, 2011).

Por certo que com as finanças públicas em frangalhos é difícil não pensar em sacrifícios, porém, mais certo ainda é que as promessas constitucionais não podem virar letra morta. Os fatores reais de poder não podem transformar a Constituição em um simples pedaço de papel. Ou como menciona Konrad Hesse (1991), citando as palavras de Ferdinand Lassalle proferidas em conferência sobre a essência da Constituição

> Esse documento chamado Constituição - a Constituição jurídica – não passa, nas palavras de Lassalle, de um pedaço de papel (ein Stück Papier). Sua capacidade de regular e de motivar está limitada à sua compatibilidade com a Constituição real. Do contrário, torna-se inevitável o conflito, cujo desfecho há de se verificar contra a Constituição escrita, esse pedaço de papel que terá de sucumbir diante dos fatores reais de poder dominantes no país.(1991, p. 16)

Se a Constituição garante direitos sociais e, ainda de modo implícito, um de seus valores seja a progressiva implantação e expansão dos mesmos, é necessário conferir força normativa aos ditames constitucionais, superando a mera ideia de que os fatores reais de poder é que prevalecem sobre a Constituição escrita.

> A Constituição jurídica não configura apenas a expressão de uma dada realidade. Graças ao elemento normativo, ela ordena e conforma a realidade política e social. As possibilidades, mas também os limites da força normativa da Constituição

> resultam da correlação entre o ser (Sein) e o dever ser (Sollen).
> A Constituição jurídica logra conferir forma e modificação à realidade. Ela logra despertar a "força que reside na natureza das coisas", tornando-a ativa. Ela própria converte-se em força ativa que influi e determina a realidade política e social. Essa força impõe-se de forma tanto mais efetiva quanto quanto mais for a convicção sobre a inviolabilidade da Constituição, quanto mais forte mostra-se essa convicção entre os principais responsáveis pela vida constitucional.
> […] Não é, portanto, em tempos tranquilos e felizes que a Constituição normativa vê-se submetida à sua prova de força. Em verdade, esta prova dá-se nas situações de emergências, nos tempos de necessidade.
> […] A Constituição não está desvinculada da realidade histórica de seu tempo. Todavia, ela não está condicionada, simplesmente, por essa realidade. Em caso de eventual conflito, a Constituição não deve ser considerada, *necessariamente*, a parte mais fraca (HASSE, 1991, p. 24-25)

Portanto, como a Constituição brasileira não descura de valores e princípios que dela exalam, quanto mais se emprestar força normativa a esses postulados, mas se estará a cumprir os ditames constitucionais. Por certo que como um princípio implícito, a vedação ao retrocesso deve ser resguardada, mormente em épocas de maiores tormentas como aquela em que vivemos agora. Afinal, se for para a realidade conformar a Constituição e não o contrário, perder-se-á todo um avanço já conquistado no campo constitucional.

Não se nega as possíveis necessidades de ajustes nas políticas públicas de implementação de direitos sociais, principalmente em momento de desarranjo orçamentário, mas a regressão pura e simples pautada em uma política econômica que não admite contraponto, não pode ser simplesmente aceita sem outras experimentações. A doutrina do pensamento único, de austeridade fiscal para o desenvolvimento pode e deve ser questionada.

Em sociedades extremamente desiguais como o Brasil, em que o estado de bem estar social sequer se consolidou, falar em retrocesso de direitos sociais, não somente soa antijurídico como extremamente perverso. Há pensamentos contrários às políticas neoliberais e essas vozes precisam ser ouvidas e outras soluções testadas, deve-se conferir força normativa ao princípio da vedação ao retrocesso, como já decidido pelo STF, como acima destacado.

A expansão dos serviços de saúde, educação, seguridade social etc. contribui diretamente para a qualidade de vida e seu florescimento. As recompensas do desenvolvimento humano vão muito além, já que incluem também sua influência sobre as habilidades produtivas das pessoas e, portanto, sobre o crescimento econômico em uma base amplamente compartilhada (SEN, 2000).

O princípio constitucional implícito da vedação ao retrocesso deve servir como cláusula de barreira na contenção de políticas reacionárias que visem a tão somente ceifar as conquistas obtidas do Estado. Não se pode negar a necessidade de certos ajustes, mas que

devem ser feitos de maneira seletiva a fim de sacrificar o menos possível os direitos fundamentais sociais já obtidos.

O perfil constitucional do Estado lhe impõe diversas obrigações para com a população, mormente aquelas que mais necessitam de políticas públicas de inclusão social, de modo que as pessoas desenvolvam suas capacidades e contribuam para o desenvolvimento econômico e social.

4 CONCLUSÃO.

A vedação ao retrocesso, conquanto inicialmente se constituísse em princípio constitucional implícito, deveria de fato figurar no rol de conquista dos próprios direitos fundamentais sociais, no sentido de que não se permitisse retroceder ao patamar social já alcançado, mormente, como no caso brasileiro, quando a Constituição apregoa uma pletora de direitos cujo objetivo é construir uma sociedade mais justa e solidária.

Em momentos de crise econômica e de soluções únicas e aparentemente consensuais, o caminho mais fácil é seguir a onda e colocar em xeque as políticas de inclusão social, solapando promessas constitucionais duramente conquistadas. O modelo de enfrentamento da crise traz consigo a marca desses novos tempos no qual o mercado dita as regras para o Estado e não o contrário.

O modelo de desenvolvimento já não se pauta mais pelo consenso doméstico em torno de um projeto nacional, mas sim de fórmulas concebidas dentro das instituições financeiras internacionais, em franco prejuízo das populações locais, a despeito da existência de Constituição dirigente, como no caso da brasileira, com promessas quase até então irrealizadas de cidadania social.

O Estado democrático social de Direito precisa retomar as rédeas e ditar para o mercado os valores inspirados na Carta Constitucional. Não se pode aceitar passivamente o modelo proposto com consenso que sequer tiveram a participação do estado nacional.

O princípio da vedação ao retrocesso deve funcionar como uma garantia mesmo dos direitos sociais já conquistados. É preciso de fato repensar o modelo pautado meramente no econômico e questionar se a austeridade fiscal como o único e melhor caminho para o ajuste das contas públicas.

A constituição, enquanto documento jurídico-político, deve ter força normativa diante da realidade, ainda que esta exija redirecionamento das políticas inclusivas, ainda que sejam necessários ajustes, não se podem tornar os princípios constitucionais mera retórica sem força normativa.

O Estado social e a sua substituição pelo novo modelo neoliberal não pode escantear os direitos sociais. Se a crise financeira e a necessidade de contenção de gastos são inegáveis, não se pode por outro lado olvidar que o corte nos investimentos sociais atingirá os que mais necessitam da intervenção estatal.

A tarefa de compatibilizar um ajuste nas contas públicas com a manutenção do mínimo existencial decorrente das políticas inclusivas é um desafio, decerto não fácil, mas plenamente possível, na qual o princípio da vedação ao retrocesso deve atuar como paradigma catalisador das conquistas, sob pena de se transformar a letra da Constituição em meras palavras mortas de significado, aumentando sobremaneira o fosso social entre ricos e pobres e se afastando o almejado objetivo de se construir uma sociedade mais livre, justa e solidária.

REFERÊNCIAS

AMARAL, Gustavo. **Direito, escassez & escolha: critérios jurídicos para lidar com a escassez de recursos e as decisões trágicas**. 2 ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. **O começo da história: a nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no Direito Brasileiro**. AFONSO DA SILVA, Luís Virgílio (organizador). Interpretação constitucional. São Paulo: Malheiros, 2005

BARUCO, Grasiela Cristina da Cunha. **Do consenso keynesiano ao pós-consenso de Washington**. Minas Gerais, IE, 2005, 105p. Dissertação (Mestrado em Economia). Instituto de Economia, Universidade Federal de Uberlândia, 2005.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428. Acesso em 15 de julho de 2018.

BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Disponível em http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/141_ADI_3105.pdf. Acessado em 15 de julho de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. 9. reimp. Coimbra: Almedina, 2003.

_____, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. Coimbra: Almedina, 2004.

DARDOT, Pierre; LAVAL, Christian. **A nova razão do mundo, ensaio sobre a sociedade neoliberal**. Tradução Mariana Echalar. São Paulo, Boitempo, 2016.

EUROPEIA, Comissão, Direção Geral dos Assuntos Econômicos e Financeiros. European Economic Forecast – Spring 2012. Bruxelas, 2012. Disponível em: https://ec.europa.eu/info/departments/economic-and-financial-affairs_pt . Acesso em 15 de julho 2018.

HESSE, Konrad. **A força normativa da Constituição**. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, Direitos Fundamentais.** 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2008.

MOTA, Júlio; LOPES, Luís; ANTUNES, Margarida. **A economia global e a crise da dívida soberana na União Europeia: a situação de Portugal e Espanha**. Porto Alegre, 2010.Disponível:https://revistas.fee.tche.br/index.php/indicadores/article/viewFile/2453/2843 Acesso em 14 julho. 2018.

NUNES, Antônio José Avelãs. **Uma leitura crítica da actual crise do capitalismo**. Boletim de Ciências Econômicas, Coimbra, n. LIV, 2011.

OLIVEIRA, Vicente Kleber de Melo. **A intervenção do Estado na economia**. In POMPEU, Gina Vidal Marcílio (Org.). Estado, Constituição e Economia. Fortaleza: Fundação Edson Queiroz - UNIFOR, 2008.

POMPEU, Gina Vidal Marcílio. **O retorno do Estado-Nação na geografia da mundialização**. In POMPEU, Gina Vidal Marcílio (Org.). Atores do desenvolvimento econômico e social do século XXI. Fortaleza: Universidade de Fortaleza, 2009

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 590/04. Relator:Conselheiro Artur Maurício. 06 de outubro de 2004. Disponível em: http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20040590.html . Acesso em 13 de julho de 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**. Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009.

_____, Ingo Wolfgang. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição do retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais**. *In* SARLET, Ingo Wolfgang (org.) *Direitos Fundamentais Sociais*, 1º ed., São Paulo: Editora Saraiva, 2010

SEN, Amartya. **Desenvolvimento como liberdade**. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 28. ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2007.