

## 1. INTRODUÇÃO

Durante o período de relativa prosperidade econômica vivenciada pelo Estado brasileiro, percebido entre os anos de 2007 a 2013<sup>1</sup>, foi possível se observar, diante dos marcadores sociais divulgados à época, uma evolução no que apregoa o dirigismo constitucional brasileiro. Entretanto, a estagnação dos fatores econômicos no ano de 2014 e o superveniente retrocesso registrado nos anos de 2015 e 2016 trouxeram à tona a percepção de que os tempos são outros, tempos estes simbolizados por um termo que há muito assola a sociedade brasileira, qual seja: “Crise”.

Diante do contexto apresentado, e voltando-se, especificamente, as atenções para a crise em cenário econômico, percebe-se um movimento que tem em seu bojo a relativização, ou mesmo afastamento, da aplicabilidade de instrumentos que a defesa de direitos reconhecidos como fundamentais, de modo que torna-se necessária uma abertura para pesquisas que visem correlacionar as características da crise nacional com outras vivenciadas em contextos internacionais, para, dessa maneira, visualizar as tendências propagadas e, assim, visualizar possíveis desdobramentos e saídas para os problemas latentes.

Nesse sentido, tomando como base o recente histórico envolvendo a TROIKA (equipe econômica composta pelo Fundo Monetário Internacional, Banco Central Econômico e Comissão Europeia) e Portugal, o presente trabalho se objetiva discorrer acerca das tendências de aplicação do princípio da Vedação ao Retrocesso Social em questões jurídicas envolvendo direitos fundamentais, em especial no que consta do diálogo existente entre o afastamento da cláusula de vedação ao retrocesso e o surgimento da chamada “jurisprudência de crise”.

Para tanto, cabe destacar que, como metodologia aplicada à pesquisa, foi-se utilizado o método de pesquisa denominado de indutivo, uma vez que entre as perspectivas de trabalho foram utilizadas: a observação do processo de construção conceitual do princípio da vedação ao retrocesso, bem como a investigação da utilização da cláusula de proibição em ordenamentos jurídicos estrangeiros e as diferentes intensidades de interpretação desse instrumento em diferentes linhas de pensamento.

Quanto aos procedimentos, pode-se dizer que na pesquisa em questão foram utilizadas as técnicas provenientes dos tipos de pesquisas bibliográfica, documental e Ex-

---

<sup>1</sup> De acordo com dados divulgados na série histórica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa média de crescimento do PIB entre os anos de 2007 a 2013 era de 3,8%, e a taxa média de desemprego, por sua vez, reduziu de 9,3% em 2007 para 5,4%. Disponível em: [http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista\\_tema.aspx?op=1&no=1](http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista_tema.aspx?op=1&no=1). Acesso em 01 abr 17

Post-Facto, visto que foram utilizadas as técnicas de revisão e fichamento bibliográfico/documental, bem como foi-se realizada a averiguação da influência do fenômeno da crise econômica na utilização do princípio da vedação ao retrocesso social, típica da pesquisa Ex-Post-Facto.

Por fim, se utilizou como fontes do conhecimento durante a pesquisa: materiais produzidos por meio de pesquisas realizadas pelo Grupo de Pesquisa “Direitos Fundamentais, Novos Direitos e Evolução Social” – CNPq/UNIT, bem como doutrina jurídica especializada na área em que se deseja aprofundamento, além de artigos e estudos sobre o tema, como teses de mestrado, doutorado e pós-doutorado.

## **2. DESENVOLVIMENTO DA PESQUISA**

### **2.1. DELIMITAÇÃO CONCEITUAL DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO**

De início, faz-se mister o alcance da delimitação conceitual do que vem a ser o princípio da vedação ao retrocesso social, para, dessa maneira, e desde já, compreender se referido instrumento encontra amparo na Constituição brasileira.

Dessa forma, cumpre sublinhar que a cláusula de proibição ao retrocesso social pode ser compreendida em sentido amplo, abrangendo, na perspectiva de Ingo Wolfgang Sarlet (2012), toda forma de garantia contra medidas arbitrárias do Poder Público que tenham por objetivo suprimir ou diminuir a proteção a direitos fundamentais, e, no sentido estrito, relacionando a cláusula tão somente aos direitos sociais.

Nesse sentido, adota-se, na presente pesquisa, o sentido estrito da proibição ao retrocesso social, que se demonstra, na percepção inicial de José Joaquim Gomes Canotilho:

A ideia 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 obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A proibição de retrocesso social nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (reversibilidade factiva), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos 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, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade humana (CANOTILHO, 2003, p. 338-339)

Ou seja, entende-se que o princípio do *non cliquet* (denominação francesa), como aduz Ingo Wolfgang Sarlet (2008), é, em verdade, a tradução da necessidade de

segurança jurídica e social, inerentes ao Estado de Direito Democrático, vez que atua como um limitador das ações do Estado, no sentido de propiciar efetividade e longevidade às normas definidoras de direitos e garantias fundamentais sociais, bem como um reflexo do princípio da proteção da confiança, que impõe ao poder público uma exigência de boa-fé nas relações entre os particulares, de maneira a conferir estabilidade e continuidade da ordem jurídica.

Nessa linha, sintetiza Felipe Derbli:

A particularidade do princípio da proibição de retrocesso social está, pois, na prevalência do caráter negativo de sua finalidade. Dizemos prevalência porque existe, ainda que em menor escala, um elemento positivo na finalidade do princípio em tela: é dever do legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. (DERBLI, 2007, P.324)

Contudo, voltando-se à presença da cláusula de vedação no ordenamento jurídico pátrio, tem-se que a Constituição da República de 1988 não trouxe previsão específica para a cláusula da proibição ao retrocesso social. Todavia, quando em um momento de interpretação extensiva das normas constitucionais, percebe-se que o constituinte assegurou a irretroatividade da lei, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da garantia do desenvolvimento nacional, o princípio do Estado democrático de direito, o princípio da máxima eficácia das normas definidoras de direitos fundamentais e o princípio da proteção da confiança.

Vê-se, portanto, que a cláusula da vedação ao retrocesso social se mostra presente, ainda que de forma implícita, no diploma constitucional brasileiro.

Pois bem, a cláusula da proibição do retrocesso social não foi aceita pelo Supremo Tribunal Federal em algumas decisões, a exemplo da ADI MC 1.664/DF, MS 24.875/DF e ADI 3.104/0F. Entretanto, em outros julgados houve reconhecimento, ainda que implícito do status constitucional do princípio da proibição de retrocesso, a exemplo da ADC 29/DF, ADC 30/DF, ADIn 4.578/AC, AgRg na STA 175/CE e MS 24.875/DF. Convém verificar se a atual composição do STF aliada à crise econômica ensejará a mudança de entendimento dos ministros.

De modo diverso, observa-se que, quando na perspectiva do direito português, o Tribunal Constitucional de Portugal adotava desde 1984, por meio do acórdão n° 39, a tese da existência e aplicação do princípio do não-retrocesso. Utiliza-se o termo adotava pois, conforme poderá se observar nas linhas que seguem, devido aos entranhes e

desdobramentos percebidos em decorrência da crise econômica enfrentada em 2008, houve uma mudança de posicionamento do referido tribunal.

## **2.2. TENDÊNCIAS DE APLICABILIDADE DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO.**

No que se refere à possibilidade de relativização do princípio do *non cliquet* identificam-se na doutrina quatro tendências, a saber: Radical; Peremptória; Intermediária, que se subdivide em forte e fraca; e, por fim, Mitigada.

Dessa forma, identifica-se na tendência radical um cunho, a priori, jusnaturalista, de modo que nesta linha de interpretação a vedação ao retrocesso é posta como um obstáculo suprapositivo ao constituinte originário, ou seja, milita no sentido de que a atuação deste não poderia ficar aquém de determinados progressos reconhecidos em ordens constitucionais anteriores.

Nesse sentido, destaca-se o que sustenta JORGE MIRANDA (2000, p. 107), quando na discussão a respeito de direitos fundamentais ligados à dignidade da pessoa humana, que aponta que tais direitos servem como “limites transcendentés” ao poder constituinte originário.

Já no que se depreende da linha de interpretação peremptória, percebe-se que nesta a proibição ao retrocesso, embora não vincule o constituinte originário, delimita a atuação do constituinte derivado, bem como do legislador infraconstitucional, de modo a determinar que direitos fundamentais não podem ser retirados do ordenamento sem que sejam substituídos de maneira equivalente, ou seja, nesta tendência busca-se impedir que, de um forma ou de outra, sejam retirados direitos já concedidos pelo ordenamento jurídico.

Voltando-se à tendência intermediária, cabe destacar que esta atua de forma majoritária na doutrina e tem o princípio do *non cliquet* como uma regra não peremptória, mas sim um princípio geral constitucional, que deve ser interpretado em face de outros princípios, servindo como limite para que uma eventual involução preserve ao menos o “núcleo essencial” do direito fundamental considerado. Dessa forma, para um melhor entendimento, cumpre destacar que referida tendência subdivide-se em: forte, defendida por autores como INGO SARLET (2009) e que determina que as eventuais involução devem passar “pelos testes da razoabilidade e da proporcionalidade”, sem prejuízo das eventuais cláusulas pétreas, postas a proteger o núcleo essencial dos direitos

fundamentais; e fraca, que entende que, em "épocas de escassez e austeridade" na economia de um Estado, o princípio da proibição não pode ser invocado com a intenção de "neutralizar a liberdade conformação do legislador", uma vez que a aplicação do princípio deve ser realizada de forma racional e proporcional à realidade enfrentada.

Por fim, tem-se a tendência intitulada pela doutrina como Mitigada, que entende que a proibição do retrocesso não constitui um princípio geral constitucional, assim, nessa linha de interpretação, entende-se que o referido princípio subsiste apenas como uma espécie de regra excepcional de combate ao arbítrio do Estado.

Nesse pensar, Vieira de Andrade (2001) entende, por exemplo, que a "liberdade constitutiva" e a "auto-revisibilidade" da atividade legislativa só poderão ser restringidas quando a disciplina anterior, se mais favorável, estiver enraizada na "consciência jurídica geral", ou seja, fora da excepcionalidade, eventuais obstáculos ao retrocesso social não decorreriam de uma garantia específica, mas apenas da garantia do mínimo social ou como medida impeditiva do arbítrio e da não razoabilidade manifesta.

### **2.3. CRISE ECONOMICA E PRICÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. O FENOMENO DA JURISPRUDÊNCIA DE CRISE.**

De início, quando se fala em influência de crises econômicas na aplicação e interpretação do princípio da vedação ao retrocesso, percebe-se, de pronto, que há uma insuficiência de fontes quando se procura obter um entendimento a partir de uma perspectiva nacional.

Contudo, voltando-se para o cenário internacional, percebe-se que em razão da crise econômica de Portugal, como já mencionado anteriormente, a tese adotada pelo Tribunal Constitucional foi alterada. Inclusive, destaca-se que mesmo o pensamento de J.J. Gomes Canotilho passou por modificações.

Assim, lembrada pelas intensas negociações de Portugal com a TROIKA (equipe econômica composta pelo Fundo Monetário Internacional, Banco Central Econômico e Comissão Europeia), a crise econômica portuguesa foi marcada pelas restrições iniciadas em 2011 – a exemplo de reduções de salários, cortes de pessoal e alterações previdenciárias – impostas ao país para que este pudesse contrair novos auxílios monetários, fatos que levaram o Tribunal Constitucional a modificar um posicionamento que datava de 1984, passando a considerar possível a relativização do princípio da vedação ao retrocesso social.

Dessa forma, o Tribunal Constitucional português passou a utilizar a chamada “Jurisprudência de Crise”, que nada mais é do que senão decisões de cunho antissociais, voltadas à um pensamento estatal essencialmente protecionista.

Como destacado, J.J. Gomes Canotilho, partindo de uma nova concepção acerca do princípio do *non cliquet*, passa a entender que:

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, 2008, p. 110)

No Brasil, mesmo com as escassas pesquisas na presente área de discussão, percebe-se que em meio ao aumento nos índices de desemprego, as contínuas manchetes de escândalos políticos e a queda no crescimento nacional, principalmente quando observado o retrocesso consecutivo do PIB nos anos de 2015 e 2016<sup>2</sup>, passa-se a ter recentes decisões proferidas pelo STF, nas quais, em tese, se observa uma implícita relativização do princípio da vedação ao retrocesso, a exemplo do RE 760931/DF<sup>3</sup>, bem como projetos e produtos legislativos que refletem um ideal de contrário ao que se apresenta na ideia de vedação ao retrocesso, tais como: EC 95/2016, que limita o teto dos gastos públicos e a Lei 13.429/2017, também conhecida como “lei da terceirização”. Ou seja, em certa medida, percebe-se que há influências da atual crise econômica na atuação do Supremo Tribunal, que, mesmo sem uma expressa citação do princípio da proibição ao retrocesso, relativiza este último com teses jurídicas involutivas, a exemplo da teoria da reserva do possível.

### 3. CONCLUSÕES

Diante do que fora apresentado percebe-se que, mesmo em sede inicial de pesquisas, diante de cenários marcados por crises econômicas há uma tendência crescente no sentido de relativizar a aplicação de instrumentos que visam a proteção de direitos sociais, principalmente o instrumento entendido como princípio da vedação ao retrocesso social.

---

<sup>2</sup> De acordo com dados divulgados na série histórica do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE), a taxa média anual do PIB brasileiro reduziu, entre os anos de 2015 e 2016, respectivamente, 3,8% e 3,6%. Ver mais em: [http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista\\_tema.aspx?op=1&no=1](http://seriesestatisticas.ibge.gov.br/lista_tema.aspx?op=1&no=1). Acesso em 01 abr 17

<sup>3</sup> No Recurso Extraordinário 760931/DF, com repercussão geral reconhecida, foi decidido pelo pleno do STF que existe apenas a responsabilidade subsidiária da administração pública por encargos trabalhistas gerados pelo inadimplemento de empresa terceirizada à serviço da mesma, de modo que, com o voto do ministro Alexandre de Moraes, o recurso da União foi parcialmente provido, confirmando-se o entendimento que veda a responsabilização automática da administração pública, só cabendo sua condenação se houver prova inequívoca de sua conduta omissiva ou comissiva na fiscalização dos contratos.

O surgimento e aplicação da chamada “jurisprudência de crise” vem a demonstrar a necessidade de se aprofundar em estudos que tenham por fito assegurar a impossibilidade de se retroagir nos direitos fundamentais já assegurados à população, principalmente na perspectiva do cenário brasileiro, tendo em vista a diminuta produção científica acerca do tema.

#### 4. REFERÊNCIAS

- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Estudos sobre Direitos Fundamentais**. 2 ed. Coimbra. Editora Almedina, 2008.
- DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**. 4. ed. Coimbra: Coimbra Ed., 2000. t. 2.
- PINHEIRO, Alexandre Sousa. A jurisprudência da crise: Tribunal Constitucional português (2011-2013). **Observatório da Jurisdição Constitucional**. Ano 7, no. 1, jan./jun. 2014. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/viewFile/961/641>. Acesso em 29 mar 17.
- SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica Sobre A Reforma do Estado**, Salvador, v. 15, n. 15, p.1-38, nov. 2008.
- SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional** / Ingo Wolfgang Sarlet. 11. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.