

Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos Direitos Fundamentais

*Fahd Medeiros Awad**

Resumo

O artigo trata do problema que envolve a efetividade dos direitos fundamentais sociais, abordando como se constituiria o seu núcleo essencial, além de cogitar acerca da possibilidade de restrição e retrocesso pela obra legislativa, que, não obstante tenha relevante papel na sua formatação e responsabilidade sobre a execução, melhor doutrina é aquela que os aponta como direitos plena e imediatamente aplicáveis, independentemente de intervenção legislativa. Pelos métodos de abordagem dialético e hermenêutico, conclui-se pela impossibilidade desse retrocesso sem a garantia de um núcleo essencial do direito fundamental já efetivado, considerando-se, ainda, o princípio da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica.

Palavras-chave: Dignidade da pessoa humana. Direitos fundamentais. Núcleo essencial. Proibição de retrocesso social. Segurança jurídica.

Introdução

Os direitos fundamentais sociais encontram lugar na quase totalidade das constituições dos Estados modernos. Sua efetividade, entretanto, é problema com que a ciência do direito vem se ocupando e se preocupando diuturnamente. Tais direitos, quaisquer que sejam, arrolados constitucionalmente ou presentes na legislação extravagante, estão atrelados, na maioria das vezes, ao trabalho legislativo infracons-

* Mestre em Direito pela UFPR, professor da Faculdade de Direito da UPF, concursado nas disciplinas de Hermenêutica e Argumentação Jurídica e Introdução à Teoria do Direito. Coordenador Adjunto da Faculdade de Direito Campus Palmeira das Missões. E-mail: fahd@upf.br

↳ Data aceite: out. 2011 - Data submissão: jan. 2011

titucional, seja criando-os, seja delimitando-os ou regulando-os.

Ao Parlamento, representante do povo na triangulação estatal, cumpre tarefa de legislar, tendo amplo poder de conformação nessa atividade pelo texto constitucional (artigo 48 e seguintes da Constituição Federal de 1988) e decorrente da noção de Estado Democrático. Todavia, parece que a autorização do constituinte originário para a atividade legislativa derivada não possui contornos, nem lhe outorga poderes absolutos; pelo contrário, há limitações expressas no texto constitucional, além das proibições que lhe impõem os princípios, implícitos ou explícitos, constantes da Carta magna.

Destarte, a partir da constatação de uma realidade que não tem efetivos os direitos fundamentais sociais, quando deveriam ser tomados como o item mais relevante no tratamento do direito para alcançar o nível da sociedade objetivada pelo art. 3º da Constituição Federal, mostra-se de vital importância o artigo levado a cabo no sentido de proibir o retrocesso, sob pena de também se retroceder como comunidade, sociedade e humanidade.

Partindo dessas premissas, quais sejam, a efetividade dos direitos fundamentais sociais e a liberdade de conformação do legislador, a questão que se impõe é a possibilidade de se diminuir o alcance de um direito fun-

damental social já concretizado por meio da atividade legiferante de regular, de dar forma e conteúdo.

Proibição de retrocesso social diante da garantia do núcleo essencial dos direitos fundamentais

Núcleo essencial dos direitos fundamentais

Os direitos sociais seguidamente colocam um problema quantitativo: Quantos meios de subsistência, quanta instrução, quanto trabalho? O liame que separa essa quantificação do direito e do não direito é o que se poderia dizer o mínimo, o seu núcleo essencial.

A delimitação de um direito fundamental, constantemente objeto da atividade do legislador, por vezes acaba resultando em uma restrição em seu âmbito de proteção, ou, se não se fizerem freios, a uma “erosão” dos mesmos, expressão cunhada por Sarlet (2004, p. 371). Haveria, nas palavras de Sarlet, limites materiais à reforma constitucional, visando assegurar a permanência de elementos tidos como essenciais. Mais do que cláusulas pétreas formais como preconizado pelo artigo 60, par. 4º, IV, da Constituição

Federal, é um núcleo capaz de governar os rumos não apenas dos poderes constituídos, mas da própria sociedade como um todo (2004, p. 381).

A barreira não decorre somente da Constituição originária, naquilo que expressamente proibiu reformar, mas do próprio sistema, que impõe um limite substancial a qualquer reforma, o que se estende, ainda, à atuação infraconstitucional. Essas limitações materiais, que se confundiriam com o que se pretende identificar como núcleo, vedam a plena disposição pelo legislador dos direitos fundamentais.

Nesse ponto, vale lembrar que os próprios direitos fundamentais têm como razão de ser a defesa das minorias, que estariam, se não fosse essa proteção, ao léu das efêmeras maiorias formadas. Celso Fernandes Campilongo, em obra que trata da relação entre Estado de direito e as maiorias, lembra que

limite relevante à regra da maioria diz respeito à sua capacidade de modificar o conteúdo ou as características dos direitos fundamentais. É lícito, pelo quorum majoritário, limitar os direitos fundamentais? [...] Ridículo submeter os direitos fundamentais ao escrutínio do maior número. A regra da maioria tem um limite claro: não é legítima – nem ela nem nenhuma outra –, para condicionar, suprimir ou reduzir os direitos essenciais da pessoa humana (1997, p. 52).

Determinadas previsões constitucionais, todavia, não devem ser

imutáveis, sob pena de se afastarem do contexto social e político em que se inserem; porém, não podem, ao contrário, ser plenamente dispostas pelos poderes constituídos. Nesse aspecto, conforme já destacado, a garantia de certos conteúdos essenciais protege a Carta constitucional dos casuísmos da política e do absolutismo das maiorias parlamentares.

Os limites materiais e conteúdos essenciais expressamente previstos no bojo da Constituição nas chamadas “cláusulas pétreas” não excluem outras limitações, que, por não consagradas no texto constitucional, costumam ser qualificadas como limites materiais imanentes, segundo leciona Sarlet (2004, p. 383).

Relevante lembrar que o núcleo essencial de que ora se trata não se confunde com as cláusulas pétreas estampadas no artigo 60, par. 4º, da Constituição Federal. Essas trazem, expressamente, os limites do poder constituinte reformador, elegendo os conteúdos que, por comporem a identidade e a estrutura da Constituição, não podem ser esvaziados em uma reforma constitucional. O núcleo essencial constituiria, nesse raciocínio, o conteúdo intrínseco da cláusula pétrea.

Por essa razão, Sarlet afirma que, no âmbito da doutrina nacional, por influência alemã, há quem sustente que uma emenda constitucional

apenas tende a abolir um bem protegido pelas cláusulas pétreas constitucionalmente expressas quando atingir o núcleo essencial do princípio em questão, não impedindo que se altere, regularmente ou, mesmo, restrinja aquele preceito, desde que não afetado, repita-se, o seu núcleo essencial (2004, p. 391).

Quaisquer que forem os direitos tomados, fundamentais ou não, segundo a tese da preservação do seu núcleo essencial, podem ser modificados ou sofrer restrições, inclusive no âmbito constitucional. Estabelecida essa afirmação como premissa, a circunstância de o núcleo do direito ou princípio ser afetado será verificada somente na avaliação do caso concreto, considerando as peculiaridades da questão posta à prova, de modo que a doutrina, em sua maioria, constata que não há como, *a priori*, determinar a amplitude da proteção constitucional. Essa necessidade de aferição *in casu* de eventual restrição ao que seria o núcleo do direito decorre da ausência de previsão expressa na Constituição de 1988 de qualquer parâmetro que indique um caminho, a não ser a impossibilidade de eliminação do direito.

Sarlet lembra que a Constituição Alemã não incluiu no elenco de cláusulas pétreas os direitos fundamentais, o que não os deixa à mercê da atuação legislativa, já que protegidos,

através de um exercício hermenêutico, pelo princípio da dignidade da pessoa humana. Assim,

é, portanto, pelo seu maior ou menor conteúdo em dignidade da pessoa humana que um direito fundamental, de acordo com o direito constitucional germânico, se encontra imune à ação erosiva ou menos supressiva do poder de reforma da Constituição, de tal sorte que intangível não é o direito fundamental em si, mas, sim, o seu conteúdo em dignidade da pessoa humana. (2004, p. 298)

A garantia de um núcleo essencial dos direitos fundamentais não está explícita na Constituição Federal de 1988, que atribui sua existência a partir da garantia de respeito à dignidade da pessoa humana. Gilmar Mendes lembra que alguns ordenamentos constitucionais consagram literalmente a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, como o artigo 19, II, da Lei Fundamental Alemã, e o artigo 18, III, da Constituição Portuguesa. No sistema norte-americano, cogita-se, ainda, a existência de um núcleo essencial de direitos individuais (2004, p. 41).

O núcleo essencial dos direitos fundamentais, para os adeptos da teoria absoluta, é a unidade substancial que, independentemente de qualquer situação concreta, estaria a salvo da decisão legislativa. Haveria, em abstrato, um espaço suscetível de limitação pelo legislador e outro insuscetível de ser afetado. A teoria relativa, por sua

vez, entende que o núcleo essencial há de ser definido *in casu*, tendo em vista o objetivo a ser perseguido pela norma de caráter restritivo. Assim, seria definido pela utilização de um processo de ponderação entre meios e fins para aferir aquele mínimo insuscetível de restrição (MENDES, 2004, p. 43-44).

Ambas teorias, parece, completam-se antes de se excluírem. Não há a definição, *a priori*, do que seria núcleo essencial de um direito fundamental, até por não ser isso expresso em alguns casos, como na Constituição brasileira. Não há como dizer quanto de saúde ou de educação atenderia a um mínimo para não descaracterizar esses direitos. Ocorre, então, a atuação da hermenêutica no caso concreto, que, objetivamente, trará a definição do que é essencial e mínimo para o direito em questão.

O conteúdo mínimo dos direitos fundamentais, assim, cede espaço tanto para a deliberação judicial (hermenêutica) quanto para a deliberação política, ou seja, pode-se relegá-lo ao legislador constituinte, que o define explícita ou explicitamente no texto fundamental, e ao Poder Judiciário, na sindicabilidade das políticas públicas e da produção legislativa infra-constitucional.

Sarlet defende a posição de que o núcleo essencial dos direitos fundamentais está vinculado à dignidade

da pessoa humana. Por certo que na apuração da ofensa ao núcleo essencial, inclusive pela utilização da proporcionalidade, a dignidade será considerada, seja como valor, seja como princípio.

Para Suzana Toledo de Barros, é o princípio da proporcionalidade que constitui a essência do núcleo essencial dos direitos fundamentais:

Para não se permitir o relativismo constante do conteúdo desses direitos – o que poderia gerar uma ineliminável distorção de fins contrária à idéia de proteção – é necessário julgar as razões das restrições a partir de um dado previamente fixo (conteúdo essencial), embora se deva valorizar uma solução que, prestigiando a concordância prática entre os vários bens concorrentes, possa definir limites mais elásticos aos direitos (mais além ou mais aquém daquilo que teoricamente se poderia prever como limite absoluto), dada a situação apresentada (2003, p. 104).

O núcleo essencial, assim delineado, verificável somente a partir do caso concreto e dos direitos tomados em exame, servirá de limite para a conformação legislativa na densificação normativa dos direitos fundamentais sociais.

Proibição de retrocesso social

Mostrando-se sobremaneira árdua a conquista e a efetivação dos direitos fundamentais, parece razoável

que não se retroceda nesse campo. O Estado democrático de direito caracteriza-se também pelo permanente e contínuo progresso das condições de vida da sociedade. Dessa forma, desenvolveu-se, notadamente quanto aos direitos sociais, uma teoria da proibição de retrocesso social, segundo a qual, uma vez obtido determinado grau de realização dos direitos sociais, esses passariam a constituir uma garantia institucional.

No campo dos direitos fundamentais, muito se discutiu sobre sua efetivação, limites e restrições. Cogitou-se serem apenas princípios gerais ou normas programáticas, culminando a doutrina moderna por lhes conferir normatividade. Uma vez norma, incorporada ao ordenamento de um grupo social, a seguinte questão se impõe: É possível haver redução do conteúdo dos direitos fundamentais?

Os direitos fundamentais aguardam a atuação do legislador para se tornar efetivos. Essa atuação, seja no âmbito de uma constituinte, seja na legiferância infraconstitucional, por vezes parece relegar os direitos sociais mais aos seus interesses do que ao interesse maior que circunda um direito fundamental. Segundo Sarlet, as normas constitucionais, em geral, assumem feições distintas de acordo com as funções que exercem na constituição, manifestando-se por meios

de diferentes técnicas de positivação (2004, p. 249). Não se trata, porém, de um problema de escalonamento do ordenamento, no esquema proposto por Kelsen, por ser a Constituição norma pressuposto de toda a produção jurídica e legislativa, mas também um problema de índole política, incindível das características do regime e do sistema de governo.

A constituição dirigente é entendida por Canotilho como “bloco de normas constitucionais em que se definem fins e tarefas do Estado, se estabelecem directivas e estatuem imposições” (2003, p. 224). Assim, além de estabelecer “directivas”, a constituição dirigente obriga o legislador a legislar.

Não obstante a doutrina constitucional se preocupe sobremaneira com a atuação do legislador, das formas e das estruturas constitucionais e o papel do Poder legislativo na instrumentalização dos direitos em cada uma dessas estruturas, parece uníssona a corrente que apregoa a eficácia plena e imediata dos direitos fundamentais, independentemente de seu caráter prestacional, com eficácia jurídica imediata, carente em alguns momentos de maior densidade normativa, mas imediatamente aplicáveis.

Sobre a liberdade legislativa, consubstanciada no princípio democrático e da maioria, a maior parte

da doutrina leciona haver, seja implicitamente, seja por interpretação sistemática, um limite à atuação legislativa na conformação dos direitos fundamentais sociais.

Canotilho desenvolve uma teoria de proibição de retrocesso baseada na garantia do “núcleo essencial” do direito já realizado, ou seja, nenhuma alteração legislativa (seja infraconstitucional, seja do próprio poder constituinte derivado) poderia violar um direito adquirido (em sentido amplo), o que ensejaria, segundo o constitucionalista português,

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 da pessoa humana (2003, p. 339).

Canotilho formula o conceito de proibição de retrocesso como:

o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas [...] deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatuais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial [...]. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado, sobretudo quando o núcleo essencial se reconduz à garantia do mínimo de existência condigna (2003, p. 340).

A proibição de retrocesso seria um específico limite às limitações ou restrições legislativas a direito fundamental, impedindo que um direito fundamental regulamentado sofra alterações que reduzam o significado que lhe foi atribuído pela norma anterior, ordinária ou constitucional.

Nesse aspecto, as normas restritivas podem estar diretamente previstas no texto constitucional ou autorizadas pela constituição, expressas em cláusulas de reserva explícitas, que autorizam intervenções, restrições ou limitações, naquilo que José Afonso da Silva chamaria de “eficácia contida”. A proibição de retrocesso não é tomada como um parâmetro único e definitivo, que se baste, mas vem acompanhada, necessariamente, por outros valores e princípios constitucionais, ou melhor, a proibição de retrocesso social atua juntamente com o princípio da dignidade da pessoa humana, da consequente garantia de um núcleo essencial, bem como da segurança jurídica.

Segundo Sarlet, atentando “para os gritantes níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança jurídica entre nós” (2004, p. 261), não poderia haver retrocesso nos níveis já concretizados de proteção social, de direitos já im-

plementados, sob pena de se ofender o princípio maior da dignidade da pessoa humana. E a principal preocupação que exprime é

saber até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais, quando for o caso) voltar atrás no que concerne à implantação dos direitos fundamentais sociais (Sartet, 2004, p. 246).

Por fim, cumpre destacar a posição de Lênio Streck sobre a proibição de retrocesso social como norma hermenêutica:

Neste ponto adquire fundamental importância a cláusula implícita de proibição de retrocesso social, que deve servir de piso hermenêutico para novas conquistas. Mais e além de todos os limites materiais, implícitos ou explícitos, esse princípio deve regular qualquer processo de reforma da constituição. Nenhuma emenda constitucional, por mais que formalmente lícita, pode ocasionar retrocesso social. Essa cláusula paira sobre o Estado Democrático de Direito como garantidora de conquistas. Ou seja, a Constituição, além de apontar para o futuro, assegura as conquistas já estabelecidas. Por ser um princípio, tem aplicação na totalidade do processo aplicativo do Direito (2004, p. 706).

A doutrina afirma que a proibição de retrocesso social consubstanciar-se-ia em um verdadeiro princípio implícito no sistema constitucional brasileiro, seja decorrente da dignidade da pessoa humana, seja derivado do também implícito princípio da segurança jurídica.

Poder-se-ia tomá-lo, ainda, como parâmetro na aplicação da proporcionalidade quando da resolução dos conflitos ou restrições de direitos fundamentais, ponderando-se no caso concreto acerca da violação ou não daquele mínimo existencial, critério recorrentemente utilizado na jurisprudência constitucional. O núcleo essencial é da essência dos direitos fundamentais. Sem essa garantia de um mínimo, o direito deixa de existir, porque não será possível aferi-lo, tampouco aplicá-lo ou exigi-lo. O mínimo, nesses termos, é o próprio direito fundamental.

Retroceder na concretização do direito fundamental afetando-o naquilo que lhe é essencial equivale a derrogar o direito, o que, seja por expressa previsão constitucional (cláusulas pétreas), seja por uma interpretação sistemática do texto maior, resulta tão inconstitucional quanto suprimir o direito. Nesse aspecto, pode-se afirmar a existência de um princípio da proibição de retrocesso social, cuja base estaria na teoria dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, reconhece-se o poder de conformação do legislador, e até mesmo o poder regulamentar do órgão executivo (os quais decorrem do regime democrático e da expressa atribuição constitucional), na tarefa

de quantificar e formatar os direitos fundamentais, autorizando-lhes, inclusive, uma diminuição das posições jurídicas alcançadas, desde que a norma não aniquile o direito atingindo o seu mínimo essencial. Sem atingir esse mínimo, não há retrocesso, mas mera diminuição em quantidade.

Destarte, qualquer emenda constitucional, lei infraconstitucional e decreto regulamentar, ou até mesmo decisão judicial, que imprima um retrocesso além do mínimo seria maculada pela pecha da inconstitucionalidade. Essa conclusão não exclui, todavia, a vinculação da proibição de retrocesso com a dignidade da pessoa humana, que, juntamente com a aplicação da proporcionalidade como instrumento de parâmetro, é relevante elemento para a sindicabilidade judiciária e política na efetivação dos direitos fundamentais.

Cabe mencionar também a posição de Suzana Toledo Barros, que defende a inaplicabilidade de uma teoria de retrocesso, sustentada na liberdade de conformação do legislador e na denominada “reserva legal”. A primeira, como decorrência do processo democrático, daria à maioria legislativa autorização para conformar as decisões segundo o processo político; a reserva legal, por sua vez, aplicar-se-ia quando o texto constitucional remetesse à legislação infraconstitucional os contornos do direito abstratamente

previsto, porém sem densidade normativa suficiente para se efetivar.

Barros assevera que a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais não afasta, por si só, a mediação legislativa, entendendo que ao legislador foi confiado um poder geral de conformação, sendo, inclusive, despidianda a autorização constitucional para tanto (2003, p. 155), desde que tal intervenção se dê nos limites das cláusulas pétreas constitucionalmente previstas.

No tocante aos direitos fundamentais, o poder de conformação não estaria excluído, eis que

em um trabalho de conformação de direitos fundamentais são dados os contornos de definição, o que, de certa maneira, implica uma tarefa de delimitação. Conformar um direito fundamental é dar-lhe forma e conteúdo, é precisar seus limites. É inseparável, portanto, da prática legislativa de conformação dos direitos fundamentais uma atividade criadora (Barros, 2003, p. 155).

A conclusão a que chega Barros é de que os contornos dos direitos fundamentais se dão no trabalho da conformação do legislador, delineando-lhes a forma, o conteúdo e precisando seus limites. Sustenta que “a admissão de um princípio de proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflitua com o princípio da autonomia do legislador” (2003, p. 165).

A possibilidade de restrições legislativas e, eventualmente, uma di-

minuição no alcance dos direitos fundamentais sociais resultaria, inclusive, de uma interpretação sistemática da constituição, que prevê inúmeras circunstâncias em que os direitos fundamentais podem ser restringidos. Nesse sentido, por força dessa interpretação sistemática, admitiria a constituição restrições não somente onde houvesse expressa previsão, mas também quando haja omissão, sendo vedada, tão somente, limitação naquilo que proíbe taxativamente.

Conclusão

A concepção sobre a existência de um núcleo essencial dos direitos fundamentais diz respeito à verificação a que ponto minimamente um direito deve ser previsto, efetivado ou mantido para que não se desfaça. Esse mínimo do direito guardaria, segundo aponta a doutrina, estreita relação com a dignidade da pessoa humana, na medida em que, se um direito fundamental social deixa de existir materialmente, tornando-se um nada, atinge-se frontalmente a dignidade.

Há, pois, uma obrigação mínima do Estado de assegurar, pelo menos, níveis essenciais de cada um dos direitos, o que significa dizer, além de prevê-los, garantir-lhes a permanência e um conteúdo mínimo. A definição desse nível mínimo, por sua vez,

deve ser aferida perante o caso posto à prova, não existindo um núcleo previamente estabelecido.

A proibição de um retrocesso visa à almejada evolução da sociedade, objetivo sempre estampado nas cartas constitucionais. A proibição de retrocesso seria um específico limite às limitações ou restrições legislativas a direito fundamental, impedindo que um direito fundamental já regulamentado sofra alterações que reduzam o significado que lhe foi atribuído pela norma anterior ordinária ou constitucional.

Nesse sentido, reconhece-se o poder de conformação do legislador no mister de quantificar e formatar os direitos fundamentais, autorizando-lhes, inclusive, uma diminuição das posições jurídicas alcançadas, desde que a norma não aniquile o direito atingindo o seu mínimo existencial. Sem atingir esse mínimo, não há retrocesso, mas mera diminuição em quantidade. Afetado o essencial, a norma será maculada pela inconstitucionalidade, pois derogou o cerne que caracteriza os direitos fundamentais.

Prohibition of social retrocess by the guarantee of essential nucleous of the fundamental rights

Abstract

The article treats of problem the efcitivity of the fundamental rights, broaching as would constitute the essential nucleous these rights, beyond to cogitate about of possibility of restriction and return by the legislative work, that although have prominent paper in your formatation and responsibility about the execution, better doutrine is that the indicate them as right imediately and completelly aplicate independent of legislative, interference. By the dialetic and hermeneutic methods its possibel to conclude by the impossibility this retrocess without the guarantee of a essential nucleous of fundamental rights already effectived, considering, still, the principle of dignity of humam person. *Key Words:* Dignity of human person. Essential nucleous. Fundamental rights. Prohibition of social Retrocess. Safety juridical.

Referências

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3. ed. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

CAMPILONGO, Celso Fernandes. *Direito e democracia*. São Paulo: Max Limonad, 1997.

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

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica*. Uma nova crítica do direito. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.