

A COMPENSAÇÃO EXIGIDA PARA ASSEGURAR A EFETIVIDADE DO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NAS ALTERAÇÕES OU SUPRESSÕES DE DIREITOS SOCIAIS

THE COMPENSATION REQUIRED TO ENSURE THE EFFECTIVENESS OF THE PRINCIPLE OF PROHIBITION OF SOCIAL RETROGRESSION IN THE AMENDMENTS OR DELETIONS OF SOCIAL RIGHTS

Almir Santos Reis Junior

Doutor em Direito Penal pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. Possui mestrado em Direitos da Personalidade na Tutela Jurídica, pelo Centro Universitário de Maringá. Docente da Pontifícia Universidade Católica do Paraná, campus de Maringá e da Universidade Estadual de Maringá. Advogado.

Nelson Fugita Junior

Mestrando em Direito na área de Direito Socioambiental e Sustentabilidade do Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (Câmpus Maringá).

Submetido em: 15/03/2018

Aprovado em: 03/11/2018

Resumo: Este artigo envolve uma pesquisa teórica que tem por objeto a análise do princípio de proibição de retrocesso social, por meio da reflexão sobre a compensação exigida por esse princípio no intuito de saber se a supressão ou alteração de um direito fundamental social, desde que devidamente justificada, pode ser compensada em outro direito social ou se deve ocorrer no mesmo direito objeto de alteração ou supressão. Além disso, antes dessa questão faz-se necessário discorrer sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais e a sua multifuncionalidade. Diversos dispositivos legais e várias lições de juristas foram utilizadas para chegar a conclusão de que a compensação de um direito fundamental social em sentido estrito objeto de alteração ou supressão deve ocorrer em relação ao direito fundamental social como um todo, diante da inviabilidade de exigir que haja uma compensação no mesmo direito em sentido estrito.

Palavras-chave: Princípio de proibição de retrocesso social; Compensação; Desenvolvimento; Direitos sociais; Estado.

Abstract: *This article is a theoretical research whose object is the analysis of the principle of prohibition of social retrogression, by means of a reflection on the compensation required by this principle in*

order to know if the suppression or alteration of a fundamental social right, when duly justified, can be compensated in another social right or if it must occur in the same right that is subject to change or deletion. In addition, before tackling the main issue, it is necessary to discuss the fundamental importance of social rights and their multifunctionality. Various legal provisions and various lessons of lawyers have been used to arrive at the conclusion that compensation of a fundamental social right in the strict sense subject to alteration or suppression must take place in relation to the fundamental social right as a whole, in view of the impossibility of requiring a compensation in the same right in the strict sense.

Keywords: *Principle of prohibition of social retrogression; Compensation; Development; Social rights; State.*

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Jusfundamentalidade dos direitos sociais. 3. Multifuncionalidade dos direitos fundamentais. 4. Princípio de proibição de retrocesso social. 5. A compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social. Conclusão. Referências.

1 INTRODUÇÃO

O princípio de proibição de retrocesso social possui uma grande importância no ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que proíbe que direitos sociais já garantidos aos particulares sejam suprimidos ou alterados caso essa ação venha a representar um retrocesso em relação aos direitos sociais já assegurados anteriormente. Contudo, tem-se que o princípio de proibição de retrocesso social não é absoluto, sendo possível a supressão ou alteração de determinados direitos sociais já concretizados em alguns casos.

Entende-se que para admitir uma alteração ou supressão em determinado direito social deve existir uma justificativa apta para isso e também deve ocorrer uma compensação, sendo que o grande problema referente ao assunto está em como deve ser essa compensação.

Dessa forma, tem-se que é de fundamental importância realizar uma análise de como se deve ocorrer essa compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social nos casos de supressão ou alteração de direitos sociais já assegurados anteriormente.

Para isso, é necessário demonstrar que os direitos sociais são direitos dotados de fundamentalidade e, portanto, possuem como característica a multifuncionalidade inerente aos direitos fundamentais.

Ainda, também é importante discorrer sobre a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, pois a ideia de supressão ou alteração de um direito social, muitas vezes, pressupõe a necessidade de entender a questão da sua multifuncionalidade, haja vista que a supressão ou alteração de um direito social na maio-

ria das vezes deve ocorrer em relação ao direito fundamental em sentido estrito e não ao direito fundamental como um todo.

2 JUSFUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais são direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro. A discussão a respeito da caracterização dos direitos sociais como sendo ou não jusfundamentais ocorre não apenas no cenário brasileiro, mas também em outros países, como, por exemplo, em Portugal, em que Jorge Reis Novais (2010, p. 31) afirma que uma grande parte da discussão sobre os direitos sociais envolve a discussão sobre a possibilidade de reconhecê-los como sendo direitos fundamentais ou, ao menos, refere-se a necessidade de que exista uma fundamentação especial em relação à sua natureza jusfundamental.

Para Daniel Wunder Hachem (2013, p. 205), no Direito Constitucional brasileiro há uma divergência em relação à jusfundamentalidade dos direitos sociais tanto no âmbito doutrinário quanto jurisprudencial. No ordenamento jurídico brasileiro, há autores que, negando a completa jusfundamentalidade dos direitos sociais, defendem sua exclusão do regime jurídico previsto aos direitos fundamentais e há outros que advogam que sua aplicação é limitada apenas ao conteúdo que coincide com o mínimo existencial (HACHEM, 2014, p. 70).

Para Luísa Cristina Pinto e Netto (2009, p. 36), são vários os fatores que levam a uma resistência à completa fundamentalidade dos direitos sociais, mas os principais se referem à estrutura e a natureza das normas constitucionais que os consagram, as quais necessitam, para a sua concretização, de uma interposição legislativa. Contudo, para Luísa, negar a completa fundamentalidade dos direitos sociais com fundamento no argumento de que os direitos sociais necessitam de regulamentação infraconstitucional para se concretizarem e possuírem uma dimensão subjetiva para se tornarem aptos a fundamentar as pretensões dos titulares do direito, não faz sentido, pois o conceito de uma norma de direito fundamental não está necessariamente ligado a existência de um direito diretamente justiciável por meio da Constituição Federal. Sendo assim, mesmo que determinado direito não seja justiciável diretamente por meio da Constituição, por lhe faltar uma necessária regulamentação infraconstitucional, ele não perde sua fundamentalidade, haja vista que a lei infraconstitucional servirá, apenas, para concretizar o direito e não para criá-lo (NETTO, 2009, p. 37 e 41).

Não obstante, apesar das divergências existentes, tem-se que o foco será a análise concreta da jusfundamentalidade dos direitos sociais.

De acordo com Robert Alexy (2014, p. 65), há duas formas de se verificar se uma norma é ou não de direito fundamental: uma abstrata e outra concreta.

Quando se pretende analisar se uma norma é de direito fundamental de maneira abstrata significa que a partir dos critérios apresentados por determinado estudo, em qualquer ordenamento jurídico ou em qualquer Constituição, a partir de determinados critérios, a norma será considerada como norma de direito fundamental. Por outro lado, a verificação pode se dar de forma concreta quando a intenção é demonstrar que determinada norma é jusfundamental em determinado ordenamento jurídico ou em determinada Constituição.

Dessa forma, no presente trabalho, a concentração é demonstrar a jusfundamentalidade dos direitos sociais concretamente diante do ordenamento jurídico brasileiro, uma vez que seu foco não é se prender a uma análise mais aprofundada do assunto. Sendo assim, uma análise concreta é suficiente para cumprir os objetivos escolhidos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a Constituição Federal é extremamente clara ao classificar os direitos sociais como jusfundamentais, tendo em vista que os direitos sociais estão previstos expressamente do art. 6º ao art. 11, da Constituição Federal, em seu Capítulo II, o qual, por sua vez, está inserido no Título II denominado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”.

Sendo assim, diante da própria Constituição Federal expressamente assegurar a jusfundamentalidade dos direitos sociais, não há motivos para maiores discussões a respeito do assunto, ao menos no que se refere ao ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que há outros ordenamentos jurídicos que optaram por não prever expressamente os direitos sociais em suas Constituições. A título de exemplo, tem-se que tanto na Alemanha, quanto nos Estados Unidos e na Espanha as Constituições não consagram expressamente os direitos sociais em seu conteúdo (NOVAIS, 2010, p. 74 e 75). Destarte, nesses ordenamentos jurídicos a discussão em relação à jusfundamentalidade dos direitos sociais pode ser mais produtiva, entretanto, no Brasil, após a Constituição prever expressamente, não há motivos para maiores discussões sobre a jusfundamentalidade dos direitos sociais. Inclusive, Jorge Reis Novais (2010, p. 84) afirma o seu entendimento no sentido de que diante de uma Constituição que “consagra e reconhece inequivocamente os direitos sociais como direitos fundamentais, elencando-os, de resto, de forma muito pormenorizada e desenvolvida, toda a discussão sobre a sua controversa natureza jusfundamental perde grande parte do sentido”.

Em que pese ainda existir um pouco de divergência em relação ao assunto, Caroline Müller Bitencourt (2014, p. 226) ressalta que “a tradição constitucional pós-1988 tem sido de certa forma quase unânime no reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais, especialmente em se considerando a topografia desses direitos com a CF/88”. Portanto, devido aos direitos sociais

estarem contidos no Título II intitulado “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, na Constituição Federal brasileira, resta clara a sua jusfundamentalidade por expressa disposição constitucional.

Ainda, é importante destacar que o argumento trazido, no que se refere ao fato de que os direitos sociais expressamente consagrados na Constituição Federal brasileira estão inseridos dentro do Título II, mais especificamente no seu Capítulo II, não quer expor que somente os direitos constantes nos art. 6º ao 11, da Constituição Federal, são direitos sociais, uma vez que as disposições relativas aos direitos sociais não devem ser consideradas como um rol exaustivo (NETTO, 2009, p. 48).

Essa conclusão de que os direitos sociais previstos na Constituição Federal não configuram um rol exaustivo, mas meramente exemplificativo, é possível por meio do disposto no art. 5º, § 2º, da Constituição Federal, segundo o qual os direitos constitucionalmente expressos não excluem outros oriundos de princípios ou tratados internacionais.

3 MULTIFUNCIONALIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Depois de demonstrado que os direitos sociais são direitos fundamentais, antes de adentrar ao tema central do presente estudo que está relacionado ao princípio de proibição de retrocesso social, faz-se necessário expor que, devido a sua jusfundamentalidade, os direitos sociais possuem a multifuncionalidade, característica dos direitos fundamentais.

Inicialmente, para a compreensão do que é a chamada multifuncionalidade dos direitos fundamentais, é necessário conhecer o fato de que eles possuem duas dimensões: uma subjetiva e outra objetiva. De um lado, tem-se que a dimensão subjetiva é a que garante uma multiplicidade de posições jurídicas autônomas ao titular do bem jurídico protegido, ao atribuir situações de vantagem ao titular do direito. Por outro lado, a dimensão objetiva está relacionada aos deveres jurídicos impostos ao Estado devido à norma de direito fundamental existente, sendo que o Estado é o detentor da obrigação de criar condições reais e efetivas de fruição pelos cidadãos do bem jurídico tutelado pela norma, mesmo que não haja qualquer reivindicação por parte do titular do direito (HACHEM, 2013, p. 627).

Nesse sentido, tem-se que “a fusão entre essas duas dimensões (subjetiva e objetiva) das normas garantidoras de direitos fundamentais permite observar a sua multifuncionalidade” (HACHEM, 2013, p. 627-628). Contudo, para entender a questão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais não basta somente compreender suas dimensões subjetiva e objetiva, mas, ainda mais importante,

é levar em consideração o conceito de direito fundamental como um todo¹, que nas palavras de Robert Alexy (2014, p. 249) “é um feixe de posições de direitos fundamentais”, ou seja, trata-se de um direito fundamental concedido de forma ampla e que é capaz de gerar ao titular do direito várias posições jurídicas, as quais correspondem às relações jurídicas entre os indivíduos ou entre estes e o Estado e se referem ao direito fundamental em sentido estrito (BERNAL PULIDO, 2007, p. 85).

Jorge Reis Novais (2003, p. 55), ao apostilar a questão da multifuncionalidade, nos termos propostos por Robert Alexy, afirma que cada posição jurídica decorrente do direito fundamental como um todo também é considerada como um direito fundamental e, dessa forma, exemplifica que o direito à vida é possível de ser considerado como um direito fundamental como um todo, mas se considerarmos apenas uma das posições jurídicas que integram esse direito como um todo, como por exemplo, a garantia de proibição da pena de morte, esta posição jurídica também é um direito fundamental.

Dessa forma, pode-se concluir que a multifuncionalidade dos direitos fundamentais se dá pelo fato de que uma norma de direito fundamental pode conter diversas funções (MARINONI, 2004) e cada função derivada do direito fundamental como um todo é capaz de investir o titular do direito em uma posição jurídica diferente referente à pretensão que o cidadão esteja buscando, sendo este o direito fundamental em sentido estrito.

Para deixar mais claro o entendimento do assunto, faz-se importante trazer mais um exemplo. Se considerarmos o direito à saúde como direito fundamental como um todo, tem-se que dele decorrem várias pretensões jurídicas jusfundamentais, como, por exemplo, o direito que o cidadão tem ao fornecimento de serviços médicos ambulatoriais, o direito a escolher os métodos terapêuticos que irá utilizar em seu tratamento e o direito à criação de hospitais públicos bem estruturados para atender a população (HACHEM, 2013, p. 628), sendo que cada uma dessas pretensões jurídicas decorrentes do direito à saúde, considerado como um direito fundamental como um todo, também é um direito fundamental, mas em sentido estrito.

Nesse sentido, ao entender o que significa a multifuncionalidade dos direitos fundamentais, não pairam dúvidas de que tal entendimento é de extrema importância para o seguimento do trabalho, uma vez que, como se verá à frente, a supressão ou alteração de um direito fundamental social não irá ocorrer em re-

¹ Expressão utilizada na obra em espanhol (ALEXY, 2007, p. 214), a qual, neste trabalho, considera-se mais adequada ao entendimento da multifuncionalidade dos direitos fundamentais do que o termo utilizado na obra em português (“direito fundamental completo”).

lação ao direito fundamental como um todo, mas ocorrerá em relação ao direito fundamental em sentido estrito.

4 PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Um dos temas mais importantes no que se refere aos direitos fundamentais sociais é o princípio de proibição de retrocesso social, porquanto não esteja expressamente previsto na Constituição Federal, sua existência está implícita, pois é aceita no ordenamento jurídico brasileiro, em que pese não haver um consenso.

O princípio de proibição de retrocesso social deve ser aceito no ordenamento jurídico brasileiro, haja vista que apesar de não estar expressamente previsto na Constituição Federal do Brasil, trata-se de um princípio implícito.

De acordo com Luiz Fernando Calil de Freitas (2007, p. 217), o Estado Democrático de Direito tem como uma de suas características a busca permanente e contínua pelo progresso das condições de vida da sociedade, sendo que caso a sociedade não possua um mínimo necessário a uma vida digna, é dever do Estado contribuir com os hipossuficientes. A partir de então, quando determinado nível sociocultural é atingido pela concretização de direitos fundamentais, se torna incompatível com a noção de Estado Democrático de Direito aceitar o retrocesso, haja vista que isso ofenderia a segurança jurídica e social.

Assim, em um Estado Democrático de Direito, mesmo diante de não haver uma previsão expressa do princípio de proibição de retrocesso social, não se pode negar que se trata de um princípio inerente a tal modelo de Estado e que, portanto, deve ser aceito como implícito.

Luísa Cristina Pinto e Netto (2010, p. 113) conceitua o referido princípio como “norma jusfundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia”. Sua natureza, portanto, é de uma norma adscrita, ou seja, decorre da concretização do que está constitucionalmente disposto.

Nesse sentido, importante destacar que da mesma forma como a norma pode estar presente diretamente na Constituição ou ser uma norma adscrita, os direitos sociais também podem ser originários ou derivados. Serão originários aqueles assegurados pela Constituição, em que há o reconhecimento do Poder Público ser o responsável por criar os pressupostos materiais que são indispensáveis ao seu exercício e que gera ao cidadão, ainda que sem a regulamentação pelo Poder Público, a faculdade de exigí-los imediatamente. Por sua vez, os direitos sociais são derivados quando a coletividade tem o direito

a sua disposição somente após a regulamentação infraconstitucional realizada pelo Poder Público, ou seja, eles não decorrem diretamente do texto constitucional, uma vez que necessitam de regulamentação para serem concretizados (SIMÕES, 2013, p. 183).

Quanto a sua fundamentação, verifica-se que o princípio de proibição de retrocesso social é aceito com fundamento em uma ideia de progresso contínuo sem admitir um retrocesso na consagração e efetivação dos direitos fundamentais (NETTO, 2010, p. 111).

No mesmo sentido, José Joaquim Gomes Canotilho (2003, p. 340) entende que, quando por meio de medidas legislativas o núcleo essencial dos direitos sociais já está realizado e efetivado, este deve ser constitucionalmente garantido e qualquer medida que anule, revogue ou aniquile, pura e simplesmente, esse núcleo essencial, sem que outros esquemas alternativos ou compensatórios sejam criados, é inconstitucional.

Sendo assim, pode-se perceber que, de acordo com o referido princípio, após a concretização de direitos constitucionalmente assegurados, por meio de legislação infraconstitucional, o legislador fica impedido de retroceder socialmente sem que ocorra uma compensação para tanto.

Também no mesmo sentido, Luís Roberto Barroso (2009, p. 152-153) afirma que tal princípio não é expresso, contudo, decorre do sistema jurídico-constitucional, e assevera que em decorrência desse princípio, quando uma lei regulamenta um mandamento constitucionalmente previsto, ao instituir um determinado direito, faz com que o direito não possa mais ser arbitrariamente suprimido. Sendo assim, após a concretização do direito previsto constitucionalmente, uma lei posterior não pode extingui-lo, uma vez que fica vedado ao legislador infraconstitucional revogar um ato legislativo que deu concretude a uma norma constitucional, pois, se isso ocorresse, ocorreria uma volta ao estado de omissão legislativa existente anteriormente.

Jorge Miranda (2014, p. 494) afirma que “quando as normas legais vêm concretizar normas constitucionais não exequíveis por si mesmas, não fica apenas cumprido o dever de legislar como o legislador fica adstrito a não as suprimir, abrindo ou reabrindo uma omissão”. Contudo, o autor adverte que situações de escassez de recursos podem causar a suspensão de normas, as quais devem reter sua efetividade logo que a normalidade for restabelecida. Por outro lado, caso as condições econômicas sejam favoráveis, as normas devem gerar o máximo de satisfação das necessidades sociais. Ou seja, “só é obrigatório o que seja possível, mas o que é possível torna-se obrigatório”.

Nesse sentido, pode-se perceber que o princípio de proibição de retrocesso social não é um princípio absoluto, uma vez que admite exceções ao retrocesso social em certas ocasiões, como, por exemplo, no caso de escassez de recursos.

Sendo assim, em que pese não ser absoluto e, devido a isso, existirem casos em que possa ocorrer um retrocesso social, tendo em vista que se trata de um princípio, o princípio de proibição de retrocesso social deve ser aplicado na maior medida possível, pois, segundo Robert Alexy (2014, p. 90), “*princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização*”.

A existência desse princípio no ordenamento jurídico brasileiro se dá pelo fato de que a Constituição Federal trouxe expressa previsão quanto aos direitos sociais e, para que as disposições constitucionais sejam cumpridas, é necessária a concretização dos direitos sociais previstos. Contudo, não faz sentido dar competência para o legislador concretizar a normas constitucionais por meio de legislação infraconstitucional se, ao mesmo tempo, ele tiver competência para eliminar de forma pura e simples a regulamentação legal já existente e recriar uma situação de vácuo normativo que já existia (DERBLI, 2008, p. 344).

Não se pode negar, dessa forma, que o princípio de proibição de retrocesso social guarde relação de grande proximidade com a noção de segurança jurídica, que por sua vez guarda um vínculo estreito com a noção de dignidade da pessoa humana, uma vez que quando se proíbe a supressão ou alteração de um determinado direito, o objetivo buscado é que seja preservada a noção de segurança jurídica, tendo em vista que esta é de fundamental importância na vida de qualquer pessoa (SARLET, 2012, p. 442-443).

Além disso, é muito importante destacar que o retrocesso social, ao contrário do que possa parecer pela denominação empregada, não ocorre somente quando o fato possui efeitos retroativos e atinge situações anteriores, uma vez que há retrocesso social também em relação aos efeitos prospectivos. Assim, se um fato não atinge um direito social já existente e garantido anteriormente, mas vem a suprimir esse direito a partir do momento em que determinada lei infranconstitucional entrar em vigor, em que pese não estar atingindo situações anteriores e também não possuir efeitos retroativos, pode se caracterizar como retrocesso social, tendo em vista que mesmo visando efeitos futuros houve a caracterização de um retrocesso quanto a determinado direito social já concretizado anteriormente (SARLET, 2012, p. 445).

Felipe Derbli (2008, p. 382) afirma que haverá retrocesso social quando uma garantia institucional, legalmente concretizada, for suprimida, sendo que

as normas que definem direitos sociais, quando legislativamente concretizadas, fazem com que os direitos passem a ter um status negativo *jusfundamental*.

Então, após a existência de legislação infraconstitucional apta a concretizar direitos fundamentais sociais constitucionalmente previstos, a supressão ou alteração que venha a causar um novo vácuo normativo e que traga novamente uma falta de concretização àquela norma, ferirá o princípio de proibição de retrocesso social.

No que se refere ao núcleo essencial do princípio de proibição de retrocesso social, para Felipe Derbli (2008, p. 382), o que o constitui é a vedação destinada ao legislador que o impede de, pura e simplesmente, suprimir uma norma constitucional já concretizada referente ao núcleo essencial de um direito fundamental social, sem a criação de mecanismos compensatórios ou equivalentes.

Consequentemente, fica proibido ao legislador o reestabelecimento de um vácuo normativo, apesar de o legislador ter o direito de rever as leis anteriormente editadas, não obstante, para a supressão de um direito social ser admitida é necessário um juízo de proporcionalidade perante as circunstâncias fáticas (DERBLI, 2008, p. 382). Portanto, conforme exposto, há, implicitamente, no ordenamento jurídico brasileiro, o princípio de proibição de retrocesso social, segundo o qual, não pode haver a supressão ou alteração de um direito fundamental social sem que exista uma justificativa para tanto, verificada, no caso concreto, frente ao princípio da proporcionalidade.

Além disso, não basta apenas a justificativa para a alteração ou supressão de um direito fundamental social, é necessário que ocorra uma compensação em relação ao retrocesso que ocorrerá. Em razão disso, torna-se imperioso analisar se essa compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social deve ocorrer em relação ao mesmo direito que foi suprimido ou alterado ou se pode ocorrer uma compensação em relação a direito diverso.

5 A COMPENSAÇÃO EXIGIDA PELO PRINCÍPIO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

No âmbito desse tema, verifica-se a aproximação de muitos juristas à defesa da existência do princípio de proibição do retrocesso social, sob a alegação de que para poder suprimi-lo é necessária uma justificativa e uma compensação, contudo, não apresentam justificativas coerentes sobre o que seria a compensação exigida pelo mencionado postulado.²

² Para demonstrar isso, veja-se novamente uma lição já exposta, mas agora com foco na exigência da compensação diante de uma alteração ou supressão de direito fundamental. José Joaquim Gomes

Surge então a seguinte dúvida: a compensação exigida para que ocorra a alteração ou supressão de um direito fundamental social deve ocorrer em relação ao mesmo direito objeto da alteração ou supressão ou pode ocorrer em relação a um direito diverso? E, caso a resposta seja no sentido de que pode ocorrer no mesmo direito objeto da alteração ou supressão do direito fundamental social, tem que ser em relação ao mesmo direito em sentido estrito ou pode ocorrer em relação ao direito fundamental social em questão como um todo?

Essas indagações impõem, preliminarmente, reafirmar que o princípio de proibição de retrocesso social não é absoluto, tendo em vista que até mesmo a Constituição Federal necessita de mudanças para a sua evolução; não há como impedir que as mudanças na sociedade alterem o que está constitucionalmente ou infraconstitucionalmente previsto. Então, faz-se necessário reafirmar algo que já foi exposto anteriormente: o princípio de proibição de retrocesso social está intimamente ligado à questão da segurança jurídica, sendo esta de extrema importância na vida em sociedade.

A segurança é uma necessidade que o ser humano possui para que possa levar sua vida adiante com um mínimo de previsibilidade para saber no que pode confiar, sendo que a segurança jurídica tem por objetivo a garantia da estabilidade na sociedade (MELO, 2006, p. 133). Portanto, devido a essa relação entre a segurança jurídica e o princípio de proibição de retrocesso social, pode-se chegar a conclusão de que o princípio da segurança jurídica engloba a proibição de retroceder como forma de garantir uma segurança ao menos mínima aos cidadãos (ALIANAK, 2015, p. 92).

Além disso, a noção de segurança jurídica está intimamente relacionada com a dignidade humana, uma vez que é necessário haver a garantia de direitos fundamentais para que a dignidade humana esteja presente e, não há como garantir direitos fundamentais sem um mínimo de segurança jurídica (SARLET, 2012, p. 443-444).

Sendo assim, percebe-se que o princípio de proibição de retrocesso social é muito importante para o ordenamento jurídico, tendo vista que cumpre a ele preservar os direitos já concretizados e impedir o legislador de proceder a um retrocesso social por meio de alterações ou supressões de direitos fundamentais sociais.

Canotilho (2003, p. 340) afirma que quando, por meio de medidas legislativas, o núcleo essencial dos direitos sociais já está realizado e efetivado, este deve ser constitucionalmente garantido e qualquer medida que anule, revogue ou aniquile, pura e simplesmente, esse núcleo essencial, sem que outros esquemas alternativos ou compensatórios sejam criados, é inconstitucional. Ou seja, de acordo com o mencionado autor qualquer medida que venha revogar o núcleo essencial de um direito social deve oferecer medidas alternativas ou compensatórias, sob pena de ser inconstitucional.

Assim, após a regulamentação e concretização dos direitos sociais, surge uma proteção que impede o legislador de, futuramente, retroceder às conquistas já alcançadas (SCHIER, 2016, p. 206). Todavia, apesar de ser necessário assegurar a preservação da segurança jurídica, tendo em vista o caráter absoluto desse princípio, em alguns casos é admitido um retrocesso social por meio de uma alteração ou supressão de determinado direito social, em razão da transformação social ao longo do tempo e vários são os fatores que podem levar à necessidade de alteração legislativa. Entretanto, para a alteração ou supressão de um direito fundamental social é necessário existir uma justificativa apta a permitir a escolha que vai contra o direito fundamental social já concretizado e uma compensação pela supressão ou alteração do direito fundamental social.

Quanto à justificativa exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social, tem-se que esta não é objeto do presente trabalho, mas, apenas a título de exemplo, conforme afirma Jorge Miranda (2014, p. 494), a escassez de recursos é capaz de provocar um retrocesso social, mesmo que temporariamente. Assim, não há como negar que possa ocorrer um retrocesso social com fundamento na reserva do possível, mas jamais um retrocesso poderá atingir o mínimo existencial que é assegurado a todos como forma de garantir o mínimo para uma vida digna, pois afetar o mínimo existencial envolve também uma violação a dignidade da pessoa humana (SARLET, 2012, p. 464-465).

Não é suficiente apenas uma justificativa, também é necessário que ocorra uma compensação pela supressão ou alteração do direito fundamental social, pois o legislador não pode simplesmente retirar determinado direito fundamental social da esfera de direitos de um cidadão sem oferecer uma contraprestação em seu lugar, haja vista que a simples eliminação de um direito anteriormente concretizado fere a segurança jurídica.

Dessa forma, considerando a segurança jurídica, que é um direito assegurado a todos, tem-se que quanto a primeira pergunta a resposta aqui lançada é a de que a compensação exigida para a garantia do princípio de proibição de retrocesso social ocorre no mesmo direito fundamental social que foi alvo de supressão ou alteração pelo legislador ordinário.

Isso se dá pelo fato de que não prospera o legislador optar em suprimir ou alterar um determinado direito fundamental social e aplicar uma compensação em outro, haja vista que nem sempre o titular de um direito fundamental social (suprimido ou alterado) terá uma compensação igualitária pela promoção de outro direito fundamental social. Por exemplo, uma pessoa que necessita de uma determinada prestação positiva por parte do Estado sobre um direito fundamental social referente à saúde não necessariamente também necessitará de algo re-

ferente a um direito fundamental social referente ao direito à moradia. Nesse caso, para o particular não haveria uma compensação se determinada pretensão jurídica, referente ao direito à saúde, viesse a ser alterada ou suprimida e como compensação fosse oferecido o direito à uma pretensão jurídica referente ao direito à moradia, pois a pessoa, no caso concreto, poderia já ter uma casa própria e não se enquadrar nos requisitos exigidos para usufruir dessa nova pretensão jurídica criada referente ao direito à moradia.

Sendo assim, não há como garantir uma compensação pelo direito fundamental social alterado ou suprimido em outro direito fundamental social, pois em tal caso, estar-se-ia diante de uma violação ao princípio de proibição de retrocesso social, porquanto o retrocesso social iria ocorrer e não haveria uma compensação em relação ao direito fundamental social objeto de retrocesso. Portanto, em relação à primeira indagação a compensação exigida para a alteração ou supressão de um determinado direito fundamental social deve ocorrer no mesmo direito fundamental social que foi objeto de alteração ou supressão, caso contrário estar-se-ia ferindo o princípio de proibição de retrocesso social, uma vez que a compensação em outro direito serviria apenas como uma compensação simbólica e, muitas vezes, não seria efetiva se analisado o caso concreto, pois uma pessoa que necessita de uma prestação referente à um determinado direito não irá necessariamente precisar de algo relacionado à outro direito fundamental social.

Noutro sentido, quando se diz que a compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social tem que se dar no mesmo direito fundamental social objeto da alteração ou supressão pelo legislador, surge uma dúvida relacionada à questão da multifuncionalidade dos direitos fundamentais.

Devido à multifuncionalidade, a supressão ou alteração de um direito fundamental social irá recair, em regra, sobre uma ou mais pretensões jurídicas de determinado direito social, pois a supressão ou alteração de um direito social como um todo é absolutamente vedada pelo ordenamento jurídico, sendo incompatível com o seu propósito, uma vez que o retrocesso social jamais pode afetar o núcleo de um direito fundamental e a supressão ou alteração de um direito fundamental social certamente irá afetar seu núcleo, uma vez que o direito social como um todo seria atingido. Portanto, a partir desse raciocínio, pode-se concluir que a alteração ou supressão de determinado direito social irá sempre recair sobre algumas pretensões jurídicas de um direito fundamental social, ou seja, recairá sempre sobre o direito fundamental em sentido estrito e nunca em sentido amplo.

Surge, então, a seguinte indagação: tendo em vista que a compensação exigida pelo princípio de proibição de retrocesso social tem que ocorrer no mesmo

direito objeto da alteração ou supressão do direito fundamental social, essa compensação tem que ser em relação ao mesmo direito em sentido estrito ou pode ocorrer em relação ao direito fundamental social em questão como um todo?

Ao tomar como parâmetro, para a compensação pela alteração ou supressão de determinado direito social, o direito fundamental social em sentido estrito, ou seja, a pretensão jurídica decorrente do direito fundamental como um todo, tem-se que, a primeira vista, parece ser a escolha correta optar pela necessidade de a contraprestação se dar no mesmo direito fundamental social em sentido estrito, uma vez que se tal direito é que será objeto de alteração ou supressão, nada mais justo que a compensação ocorra nesse mesmo elemento. Contudo, não há como negar que a suposta necessidade de compensar a alteração ou supressão de determinado direito fundamental social no mesmo direito fundamental social em sentido estrito objeto da reforma legislativa, faria com que o legislador, ao optar por uma mudança legislativa que viesse a atingir determinado direito fundamental social, ficasse restrito, uma vez que a variação ocorreria em relação à determinada pretensão jurídica e a compensação, para tanto, também deveria ocorrer sobre essa mesma pretensão jurídica.

Sendo assim, exigir que a compensação fornecida pela alteração ou supressão de um determinado direito fundamental social se dê no mesmo direito fundamental social em sentido estrito, objeto da mudança legislativa, torna quase toda alteração ou supressão de direito fundamental social inviável, pois quando se trata de uma alteração a determinado direito fundamental social, o que se pretende é que uma pretensão jurídica já concretizada seja alterada.

Ademais, quando se refere à alteração de direito fundamental social, esta é no sentido de restrição do direito, haja vista que se a alteração vier para ampliar ou aumentar determinado direito tal fato será irrelevante para o estudo deste trabalho. Destarte, em todo o trabalho refere-se à alteração do direito fundamental social no sentido de restringi-lo e nunca de incrementá-lo, tendo em vista o motivo acima exposto.

Ao legislador seria inviável impor a condição de que ele somente poderia alterar determinado direito fundamental social em sentido estrito se, ao alterar determinada disposição referente a uma posição jurídica já concretizada, fosse oferecida uma compensação em relação à essa mesma pretensão jurídica, pois se a intenção é justamente causar uma mudança em determinada pretensão jurídica, impor uma compensação no âmbito dessa mesma pretensão não faria sentido.

Além disso, tem-se que se o objetivo do legislador é alterar determinado direito fundamental social em sentido estrito com a intenção de restringi-lo, não faz sentido exigir que ao mesmo tempo em que ocorra uma restrição a determi-

nada pretensão jurídica, seja oferecida uma compensação referente a essa mesma pretensão jurídica, pois a ideia de restrição é contrária a ideia de ampliação.

A compensação exigida pela alteração de determinado direito fundamental social em sentido estrito, portanto, não se faz necessária sobre a mesma pretensão jurídica objeto de alteração, pois isso inviabilizaria qualquer mudança legislativa, visto que restringiria enormemente a atividade do legislador. Assim, basta que a compensação ocorra sobre o mesmo direito fundamental social como um todo.

Por outro lado, quanto a indagação se no caso de supressão de direito fundamental social a compensação se dará da mesma forma, cumpre ressaltar que se na alteração de determinado direito fundamental social em sentido estrito é inviável a exigência de compensação sobre a mesma pretensão jurídica que foi objeto da alteração, quanto aos casos de supressão seria também inviável essa exigência. Inclusive, quando se trata de supressão de direito fundamental social em sentido estrito faz ainda menos sentido uma suposta exigência de compensação sobre a mesma pretensão jurídica objeto da supressão legislativa.

Aliás, afirmar que determinada pretensão jurídica foi suprimida é o mesmo que inferir que a mesma já não existe mais. Logo, se a pretensão jurídica inexistente, não faz sentido impor ao legislador que seja dada uma compensação sobre essa mesma pretensão que já não existe mais. Dessa forma, não há como o legislador suprimir um direito fundamental social em sentido estrito e criar uma compensação sobre esse mesmo direito, pois tal pretensão jurídica já não existe.

Além disso, também não faz sentido que o legislador ao suprimir determinado direito fundamental social em sentido estrito venha a criar outra pretensão jurídica relativa ao mesmo direito em sentido estrito que foi suprimido, uma vez que tal conduta classificaria a ação do legislador como alteração e não como supressão de direito.

Assim, da mesma forma como ocorre com a alteração de direito fundamental social em sentido estrito, no caso de supressão, não é viável que seja exigido do legislador uma compensação pela supressão relacionada a mesma pretensão jurídica, bastando que a compensação ocorra sobre o mesmo direito fundamental social considerado como um todo. Portanto, diante de uma alteração ou supressão de um direito fundamental social em sentido estrito, para que não ocorra violação ao princípio de proibição de retrocesso social, a compensação pelo direito social objeto da alteração ou supressão pelo legislador deve ocorrer em relação ao mesmo direito fundamental social como um todo e não em relação ao mesmo direito fundamental social em sentido estrito, haja vista que, conforme analisado, a exigência de uma compensação sobre a mesma pretensão jurídica alterada

ou suprimida torna a atividade do legislador inviável e, conseqüentemente, não seria compatível com o que dispõe o princípio de proibição de retrocesso social.

CONCLUSÃO

Diante de tudo o que foi exposto, resta demonstrado que, em que pese a falta de unanimidade em seu reconhecimento, os direitos sociais são direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro, por meio do que está disposto na Constituição Federal.

Como consequência do reconhecimento da jusfundamentalidade dos direitos sociais é assegurada a esses direitos a característica da multifuncionalidade inerente a todos os direitos fundamentais.

Por serem direitos fundamentais, os direitos sociais podem ser tidos como direitos fundamentais sociais em sentido amplo e direitos fundamentais sociais em sentido estrito, sendo que estes últimos correspondem às pretensões jurídicas decorrentes de determinado direito fundamental como um todo.

O princípio de proibição de retrocesso social é aceito no ordenamento jurídico brasileiro e tem ligação com as noções de segurança jurídica e dignidade humana, apesar de não existir nenhuma previsão expressa na Constituição Federal, sendo que tal entendimento, da mesma forma como ocorre com a discussão a respeito da jusfundamentalidade dos direitos sociais, também não é unânime entre os juristas.

Chegou-se a conclusão de que a alteração ou supressão de um direito fundamental social somente pode ocorrer quanto ao direito fundamental em sentido estrito, ou seja, em relação às pretensões jurídicas decorrentes do direito fundamental como um todo, sendo que jamais poderá ocorrer sobre este último.

Nesse sentido, tem-se que para que ocorra uma alteração ou supressão de um direito fundamental social é necessário que haja uma justificativa para tal decisão e que ocorra uma compensação sobre o direito alterado ou suprimido.

Quanto à compensação, objeto principal do presente trabalho, conclui-se que para assegurar a efetividade do princípio de proibição de retrocesso social nas alterações ou supressões de direitos fundamentais sociais em sentido estrito, a compensação deve ocorrer em relação ao direito fundamental social como um todo que teve alguma pretensão jurídica alterada ou suprimida pela ação do legislador, tendo em vista que a exigência de compensação no mesmo direito fundamental social em sentido estrito objeto da alteração ou supressão seria inviável para garantir a atividade legislativa necessária.

REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2014.
- ALIANAK, Raquel Cynthia. Seguridad jurídica, buena fe y confianza legítima frente a actos estatales. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, Santa Fe, vol. 2, n. 2, p. 85-97, jul./dic. 2015.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 9. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. 3. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BITENCOURT, Caroline Müller. A reserva do possível no contexto da realidade constitucional brasileira e sua aplicabilidade em relação às políticas públicas e aos direitos sociais. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, p. 213-244, jan./mar. 2014.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- DERBLI, Felipe. A aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social no Direito brasileiro. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coords.). *Direitos sociais: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 343-382.
- FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- HACHEM, Daniel Wunder. A dupla titularidade (individual e transindividual) dos direitos fundamentais econômicos, sociais, culturais e ambientais. *Revista Direitos Fundamentais & Democracia (UniBrasil)*, v. 14, n. 14.1, Curitiba, UniBrasil, p. 618-688, ago./dez. 2013.
- HACHEM, Daniel Wunder. Mínimo existencial e direitos fundamentais econômicos e sociais: distinções e pontos de contato à luz da doutrina e jurisprudência brasileiras. In: BACELLAR FILHO, Romeu Felipe; HACHEM, Daniel Wunder (Coord.). *Direito público no Mercosul: intervenção estatal, direitos fundamentais e sustentabilidade*. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 205-240.
- HACHEM, Daniel Wunder. *Tutela administrativa efetiva dos direitos fundamentais sociais: por uma implementação espontânea, integral e igualitária*. Curitiba, 2014. 614 f. Tese (Doutorado) – Programa de Pós-Graduação em Direito, Universidade Federal do Paraná.
- MARINONI, Luiz Guilherme. O direito à tutela jurisdicional efetiva na perspectiva da teoria dos direitos fundamentais. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 9, n. 378, 20 jul. 2004. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/5281>>. Acesso em: 23 maio 2017.
- MELO, Lígia Maria Silva de. Segurança jurídica: fundamento do Estado de Direito. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 6, n. 25, p. 133-144, jul./set. 2006.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de Direito Constitucional: direitos fundamentais*. t. IV, 5 ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio de proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2009.

NOVAIS, Jorge Reis. *As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição*. Coimbra: Coimbra, 2003.

NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos sociais: teoria jurídica dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 11. ed. rev., atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

SCHIER, Paulo Ricardo; SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social. *Revista de Direito da Administração Pública*, Niterói, v. 2, n. 1, p. 204-223, jan./jun. 2016.

SIMÕES, Carlos. *Teoria & crítica dos direitos sociais: o Estado social e o Estado democrático de direito*. São Paulo: Cortez, 2013.