



Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro

Proibição de retrocesso: uma pretensão à validade universal

Natália von Rondow

Rio de Janeiro
2014

NATÁLIA VON RONDOW

Proibição de retrocesso: uma pretensão à validade universal

Artigo Científico apresentado como exigência de conclusão de Curso de Pós- Graduação *Lato Sensu* da Escola de Magistratura do Estado do Rio de Janeiro.

Professores Orientadores:

Mônica Areal

Néli Luiza C. Fetzner

Nelson C. Tavares Junior

Rio de Janeiro
2014

PROIBIÇÃO DE RETROCESSO: EM BUSCA DE UMA PRETENSÃO À VALIDADE UNIVERSAL

Natália von Rondow

Graduada em Letras Português/Literaturas pela Universidade Federal Fluminense - UFF. Professora. Graduada em Direito pelo Instituto Superior de Ensino La Salle. Advogada.

Resumo: A relevância que a temática da proibição de retrocesso tem assumido no mundo contemporâneo é um fato inquestionável. As transformações que acometem a realidade política, econômica e social do mundo reclamam certa proteção contra medidas do poder público que venham a suprimir ou reduzir de modo desproporcional os níveis já concretizados dos direitos fundamentais. Nesse sentido, o presente estudo visa perquirir em que medida a previsão desse direito nos textos constitucionais e internacionais tem o condão de proteger o ser humano contra a ação do legislador. Busca-se promover uma reflexão acerca da validade universal da proibição de retrocesso para o alcance de uma efetiva proteção de tal direito.

Palavras chave: Princípio da Proibição do Retrocesso. Fundamentação no direito positivo. Princípio do Estado Democrático e Social de Direito. Princípio da segurança jurídica. Princípio da proteção da confiança. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da máxima eficácia e efetividade. Universalismo. Relativismo Cultural. Legitimação.

Sumário: Introdução. 1. Contornos referenciais para um conceito de proibição de retrocesso; 2. Fundamentação jurídico-constitucional de uma proibição de retrocesso e seus diversos desdobramentos; 3. A problemática do alcance universal da proibição do retrocesso. Conclusão. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como escopo apresentar o debate acerca da tentativa de se construir uma argumentação suficientemente adequada para o reconhecimento de uma proibição do retrocesso. O que se busca saber é se é possível encontrar um fundamento contra a proibição

de retrocesso que proteja as conquistas sociais já alcançadas de todos os seres humanos, ameaçados e violados por regimes autoritários, e não somente de cidadãos nacionais.

O princípio da proibição de retrocesso busca proteger os direitos fundamentais já realizados e concretizados contra medidas do legislador que se traduzam, na prática, em uma anulação ou aniquilação desses direitos. Busca-se a preservação dos princípios da confiança e da segurança, identificadores de um Estado Democrático de Direito. Nesse contexto, então, é que se revela importante o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso.

No plano da ordem jurídico-constitucional brasileira diversos doutrinadores traçaram considerações na tentativa de desenvolver uma argumentação sólida para o reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso.

Entretanto, não obstante toda construção doutrinária acerca da fundamentação de uma proteção contra retrocesso, indaga-se em que medida sua previsão constitucional e até mesmo internacional tem o condão de proteger o ser humano contra a ação do legislador.

Diante, dessa questão alguns doutrinadores lecionam que é necessário investigar as razões que legitimam e motivam o reconhecimento dos direitos humanos. Buscar justificativas racionais que ensejam sua positivação, ou seja, perquirir as razões que legitimam o reconhecimento desse direito e levam a ordem jurídica a acolhê-lo.

Nesse sentido, a temática referente à legitimação dos direitos humanos tem assumido grande relevo no mundo contemporâneo, apresentando questionamentos e discussões que envolvem pensadores cujas acepções doutrinárias diferenciam-se nos seus mais variados enfoques. Atestando a amplitude e complexidade dos debates relativos à legitimação desses direitos, nesse trabalho não se pretende esgotar as linhas de entendimento referentes ao tema que pela complexidade, por si só, demandariam um estudo próprio.

Dessa forma, não se pretende apresentar soluções acabadas e pacíficas para a questão, mas tão-somente expor a problemática referente à busca por uma efetiva proteção contra medidas reducionistas dos direitos fundamentais em geral já conquistados. Revela-se a necessidade da existência de uma categoria de direitos que aspirem à validade universal e ultrapassem a normatividade estrita do direito positivo de cada Estado.

1. CONTORNOS REFERENCIAIS PARA UM CONCEITO DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Cumpra inicialmente esboçar algumas considerações de cunho genérico acerca da teoria do *status* de Georg Jellinek que além de atuar como referencial para a classificação dos direitos fundamentais servirá como ponto de partida para a aferição da problemática referente à proibição de retrocesso. Importa, assim, destacar que os direitos fundamentais revelam dupla perspectiva, eis que podem ser considerados como direitos subjetivos individuais referentes à posição jurídica da pessoa individual e sua posição perante o Estado, e como direitos objetivos fundamentais da comunidade tendo em vista a sua eficácia não apenas sob o prisma individualista, mas também sobre toda a comunidade.

Com base nessa premissa, pode-se reconduzir a temática à doutrina dos quatro *status* de Georg Jellinek que na sua obra “Sistema dos Direitos Subjetivos Públicos”¹ desenvolve uma teoria segundo a qual o indivíduo encontra-se vinculado a determinado Estado em quatro espécies de situações jurídicas ou *status* distintos. Nesse contexto, importa salientar que “a ótica subjetiva dos direitos fundamentais pauta-se primordialmente na original construção de Georg Jellinek [...]”². Consoante sustenta Jellinek, “na formulação que lhe deu Alexy, o *status* seria uma espécie de estado (uma situação) na qual se encontra o indivíduo e que qualificaria sua relação com o Estado”.³

O primeiro deles seria o *status* passivo (ou *status subjectionis*) no qual o indivíduo encontra-se em posição de subordinação aos Poderes Públicos, detentor tão-somente de deveres e não de direitos, revelando a competência que o Estado detém para vincular o cidadão juridicamente através de mandamentos e proibições. O *status* negativo (ou *status negativus*) é calcado no reconhecimento de que cada indivíduo é dotado de personalidade e desfruta de um espaço individual de liberdade imune ao poder do Estado. O terceiro *status* identificado por Jellinek, e que complementa o *status* negativo, é o positivo (ou *status civitatis*) segundo o qual ao indivíduo assegura-se juridicamente a possibilidade de exigir do Estado que atue positivamente. Nesse sentido, cabe dispor que

¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008, p. 170.

² DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 87.

³ SARLET op.cit., p.173.

É no status positivo que se poderia, grosso modo, enquadrar os assim denominados direitos a prestações estatais, incluindo os direitos sociais, salientando-se aqui a crítica formulada pela atual doutrina no que concerne a localização dos direitos de defesa no âmbito da teoria de Jellinek.⁴

Por fim, o referido autor institui o *status activus civitatis* que confere ao indivíduo competência para influir ativamente na formação da vontade estatal como, por exemplo, através do direito de voto.

Dessa forma, sem adentrar nas múltiplas teorias e nos amplos debates construídos a respeito da teoria dos quatro *status* de Jellinek, importa destacar a influência que esta teoria desempenhou no pensamento moderno. Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet⁵ propõe uma classificação dos direitos fundamentais, dividindo-os em direitos de defesa e direitos a prestações em sentido amplo. Este segundo grupo se desdobra igualmente em dois subgrupos, os dos direitos a prestações em sentido amplo (que engloba os direitos de proteção e os direitos à participação na organização e procedimento) e o dos direitos a prestação em sentido estrito (direitos a prestações materiais sociais). Na esteira dessas considerações, cumpre salientar desde já, que não furtarei a adentrar minuciosamente no significado e no conteúdo de cada categoria, bem como nos aspectos críticos que suscita a doutrina no que se refere a essa classificação, sendo certo que o presente estudo se limita a expor, de modo geral, os direitos fundamentais de defesa e de prestação e suas implicações no que tange à proibição de retrocesso.

No que concerne aos direitos fundamentais de defesa, pode-se afirmar, que estes se caracterizam por impor ao Estado um dever de abstenção, um dever de não interferência. “Assegurando ao indivíduo uma esfera de liberdade e outorgando-lhe um direito subjetivo que lhe permita evitar interferências indevidas no âmbito de proteção do direito fundamental ou mesmo a eliminação de agressões que esteja sofrendo em sua esfera de autonomia pessoal”.⁶

Por outro lado, os direitos fundamentais a prestações em sentido amplo são aqueles que objetivam a liberdade por intermédio do Estado, visto que exigem deste uma postura ativa que garanta meios materiais e disponibilize condições fáticas indispensáveis para o desfrute efetivo das liberdades fundamentais. “Implicam uma postura ativa do Estado, no sentido de que este se

⁴ Ibidem, p. 174.

⁵ Ibidem, p. 175.

⁶ NINO, Carlos Santiago *apud* SILVA, Fernanda Duarte L.L. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 201.

encontra obrigado a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática).”⁷ No que se refere aos direitos à participação na organização e no procedimento que também se enquadram na esfera dos direitos fundamentais a prestações em sentido amplo dispõe Ingo Wolfgang Sarlet que

[...] a problemática dos direitos de participação na organização e procedimento centra-se na possibilidade de exigir-se do Estado (de modo especial, do legislador) a emissão de atos legislativos e administrativos destinados a criar órgãos e estabelecer procedimentos, ou mesmo de medidas que objetivem garantir aos indivíduos a participação efetiva na organização e no procedimento.⁸

Por derradeiro, os direitos a prestações em sentido estrito são os direitos fundamentais sociais de natureza prestacional que buscam garantir, mediante a compensação das desigualdades sociais, o exercício de uma liberdade e igualdade real e efetiva, que pressupõem um comportamento ativo do Estado.

Tecidas estas considerações genéricas sobre a classificação dos direitos fundamentais, importa reconhecer que inobstante a existência de uma relação complementar entre ambas as categorias, existem relevantes distinções entre os direitos a prestações materiais e os direitos de defesa que não abarcam apenas seu objeto, mas se revelam na esfera da eficácia das normas que os consagram.⁹ Nessa quadra, cumpre frisar que a doutrina majoritária sustenta o entendimento segundo o qual os direitos sociais de natureza prestacional se diferenciam dos direitos de defesa especialmente quanto aos aspectos relativos à forma de sua positivação, eis que os direitos de defesa impõem um comportamento omissivo do Estado, que deve abster-se de interferir na esfera da autonomia pessoal.¹⁰

Além disso, a aplicabilidade imediata e a plena eficácia destes direitos fundamentais encontram explicação na circunstância de que as normas que os consagram receberam do Constituinte, em regra, a suficiente normatividade e independem de concretização legislativa, consoante, aliás, já sustentava a clássica concepção das normas auto-exequíveis. Justamente, na esfera dos direitos de defesa, a norma contida no artigo 5º, §1º, da CF tem por objetivo precípua oportunizar a aplicação imediata, sem qualquer intermediação concretizadora, assegurando a plena justiciabilidade destes direitos, no sentido de sua exigibilidade em Juízo.¹¹

⁷ Ibidem, p. 202.

⁸ SARLET op. cit., p. 449.

⁹ Ibidem, p.151.

¹⁰ Ibidem, p. 152.

¹¹ SARLET op. cit., p. 450.

Já os direitos sociais prestacionais têm como objeto, em regra, prestações do Estado que demandam uma conduta positiva que abarca uma prestação de natureza fática ou normativa. Percebe-se, portanto, que os direitos prestacionais necessitam de concretização legislativa.

Tendo em vista os aspectos destacados, observa-se que a própria Constituição reclama, em determinadas normas constitucionais, uma atuação legislativa, impondo ao legislador um dever de editar norma integradora. Nesse passo, na esfera de vinculação do legislador, surge o problema da inconstitucionalidade por omissão que decorre da inércia (total ou parcial) do Poder Legislativo em face de uma imposição contida nas normas de direitos fundamentais. Por outro lado, quando se estiver diante de um direito fundamental a prestações já concretizado conduz-se a problemática para o âmbito da manutenção das conquistas já alcançadas. Indaga-se até que ponto pode o legislador infraconstitucional (assim como os demais órgãos estatais) voltar atrás nas suas decisões que implementam direitos fundamentais.

De fato, o legislador infraconstitucional na condição de órgão concretizador exerce a competência que lhe foi outorgada pelo constituinte, no sentido de implementar o direito fundamental consagrado na Constituição. Assim, ainda que disponha de uma liberdade relativamente extensa de conformação não se pode admitir que esta englobe a prerrogativa de suprimir completamente um direito fundamental legalmente concretizado. Essa vedação consagrada na doutrina, entre outros termos utilizados, denomina-se proibição de retrocesso.

Para além do exposto, percebe-se ademais, que ainda que o problema manifeste-se de maneira relevante e com maior repercussão na seara dos direitos sociais não se restringe apenas a essa esfera, englobando os direitos fundamentais em geral. Dessa forma, em pese a existência de doutrinadores que restringem a proibição de retrocesso à seara dos direitos fundamentais sociais cumpre, todavia, frisar que há de se reconhecer uma noção mais abrangente do referido direito.

Como leciona Ingo Wolfgang Sarlet, não obstante a proibição de retrocesso revele a maior repercussão no campo dos direitos sociais sua incidência não se limita a esse âmbito.

Se é verdade que as normas definidoras de direitos e garantias (todas e não apenas dos direitos e liberdades ou direitos negativos em geral) são sempre normas de eficácia plena, que não vedam o reconhecimento de direito subjetivo por falta de regulamentação legal, tal não significa dizer, que uma determinada regulação legal não seja relevante para a conformação concreta ou mesmo para a proteção [...] dos direitos fundamentais, de tal sorte que uma medida legal que viesse a suprimir ou esvaziar

significativamente tal concretização já implementada haveria de ser questionada com base na proibição de retrocesso.¹²

Visto isso, importa acrescentar que a questão em torno da proibição do retrocesso de direitos apresenta-se como um tema que assume grande relevância, especialmente quando a problemática é projetada em uma sociedade marcada por um crescente índice de insegurança social que decorre principalmente da carência por prestações sociais, paralelamente à variabilidade da capacidade prestacional do Estado. Basta relevar a possibilidade de se restringir, parcial ou totalmente (e mesmo com efeitos prospectivos), o sistema de seguridade social, o acesso ao ensino público e gratuito, a flexibilização dos direitos e garantias dos trabalhadores e outras inúmeras hipóteses que demonstram a evidente relevância que o tema assume. Em outros termos, o que se busca demonstrar é que o reconhecimento do princípio da proibição de retrocesso atua como um escudo de proteção dos indivíduos diante das constantes transformações que atualmente assolam a campo político, econômico e social no mundo.

2. FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DE UMA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO E SEUS DIVERSOS DESDOBRAMENTOS

Ao projetarmos a análise referente ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso para o âmbito do direito positivo brasileiro, percebe-se que a ordem jurídica já consagrou essa noção, pelo menos em algumas de suas dimensões. É o que se verifica pela garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada. Todavia, apesar das referidas previsões constitucionais incidirem sobre a maioria dos casos envolvendo a problemática de medidas retrocessivas, convém frisar que não abarcam todas as hipóteses que necessitam de proteção. Nesse sentido, constata-se a existência de medidas inequivocamente retrocessivas, mas que não possuem um caráter propriamente retroativo, pelo fato de não alcançarem posições jurídicas já consolidadas no patrimônio de seu titular.

Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional [...], seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de

¹² Ibidem, p. 451.

dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos.¹³

Desde logo, à vista do que foi colocado constata-se a necessidade de implementar uma efetiva proteção contra a atuação do constituinte reformador, não apenas em relação a medidas de cunho retroativo, mas também, e sobretudo contra medidas retrocessivas, pois o retrocesso também pode ocorrer mediante atos com efeitos prospectivos. De fato, é possível identificar a existência de medidas retrocessivas que não apresentam necessariamente natureza retroativa, uma vez que não alcançam os direitos adquiridos, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada.

Em termos gerais, busca-se determinar como limitar a autorreversibilidade de medidas estatais que tenham concretizado direitos fundamentais em geral, estabelecendo um sistema de proteção contra supressões e restrições das conquistas já alcançadas. Nessa quadra, convém enfatizar a lição de Carmen Lúcia Antunes Rocha que ao dispor sobre o princípio da proibição de retrocesso consagra que “as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares”¹⁴.

Não se poderá, contudo, deixar de advertir que o problema referente à proibição de retrocesso se erige em cada ordem jurídica de forma distinta, de modo que cada ordenamento institui instrumentos e intensidades de proteção que variam dentro de cada sistema. Dessa forma, antes de analisar a proposta de direitos que aspirem à validade universal, cumpre realizar uma breve análise da doutrina e da jurisprudência portuguesa quanto ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso, já que esta tem desempenhado uma relevante influência sobre o pensamento jurídico pátrio.

No âmbito da doutrina constitucional portuguesa [...] os defensores de uma proibição de retrocesso, dentre os quais merece destaque Gomes Canotilho, sustentam que após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança [...] que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as

¹³ Ibidem.

¹⁴ ROCHA, Carmen Lúcia Antunes *apud* SARLET op. cit., p. 452.

medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado.¹⁵

Como demonstrado, esta proibição de retrocesso sustenta-se pelo fato de que os direitos fundamentais sociais na sua esfera prestacional, uma vez concretizados passam a ostentar caráter de verdadeiros direitos de defesa contra medidas retrocessivas que venham a suprimi-los. Ressaltando o entendimento esposado por Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode-se afirmar que “uma vez dada satisfação ao direito [direito social de caráter positivo], este se transforma, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”¹⁶.

De fato, a não exigência de vinculação mínima do legislador ao direito já concretizado acarreta uma fraude a própria Constituição, eis que o legislador “– que ao legislar em matéria de proteção social apenas está a cumprir um mandamento do Constituinte – poderia pura e simplesmente desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição”¹⁷. Nesse mesmo sentido leciona Jorge Miranda que apesar de admitir uma proibição apenas relativa de retrocesso consagra que

O legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isso equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador.¹⁸

Como já assinalado por Luís Roberto Barroso, o reconhecimento de uma proibição de retrocesso opera no sentido de assegurar a efetividade constitucional, pois não se pode admitir que os órgãos legislativos após conferirem concretude a uma norma programática ou permitirem o exercício de um direito venham a revogar tais atos, visto que dessa forma estariam retornando à situação de omissão (inconstitucional) anterior.¹⁹ Nesse mesmo sentido, opera a argumentação esposada pelo Tribunal Constitucional de Portugal (Acórdão n° 39, de 1984)²⁰ que declara a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, dispondo que “as tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no

¹⁵SARLET op. cit., p. 444

¹⁶CANOTILHO, Joaquim José Gomes *apud* SARLET op. cit., p. 450.

¹⁷NINO *apud* SILVA op. cit., p. 448.

¹⁸MIRANDA, Jorge *apud* SARLET op. cit., p. 444.

¹⁹BARROSO, Luis Roberto *apud* SARLET op. cit., p. 452.

²⁰TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE PORTUGAL *apud* SARLET op. cit., p. 452.

sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam também a não aboli-los uma vez criados”.²¹

No plano da ordem jurídico-constitucional brasileira diversos doutrinadores traçaram considerações na tentativa de desenvolver uma argumentação sólida para o reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso.

No plano doutrinário, iniciamos pela sempre oportuna lição de Luís Roberto Barroso, que, de certo modo, representa o entendimento que (a despeito de algumas posições reticentes) tem – cada vez mais – dominado o nosso cenário jurídico. Para o notável constitucionalista carioca, “por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido”.²²

Nessa linha de orientação, verifica-se que a proibição de retrocesso tem sido entendida como um direito subjetivo negativo, visto que uma vez alcançada certa satisfação do direito social de caráter positivo, este se transforma em direito negativo que impõe uma abstenção por parte do Estado.

Visto isso, ainda é possível expor a fundamentação concedida ao referido princípio pelo doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet que o extrai de forma implícita do sistema constitucional.

O princípio da proteção da confiança, na condição de elemento nuclear do Estado de Direito, (além da sua íntima conexão com a própria segurança jurídica) impõe ao poder público, inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificadamente consideradas.²³

Consagra-se, assim, como suporte para proteção das conquistas sociais alcançadas o princípio do Estado democrático e social de Direito que institui um nível mínimo de segurança jurídica que implica na tutela da proteção da confiança, estabelecendo uma garantia de continuidade da ordem jurídica. Ademais, a segurança jurídica revela-se como um dos elementos centrais do princípio do Estado de Direito, na medida em que a pessoa encontra-se protegida contra medidas retrocessivas do poder público que venham a afetar os direitos fundamentais em geral já concretizados, preservando sua confiança na ordem jurídica.

²¹ NINO *apud* SILVA *op. cit.*, p. 170.

²² BARROSO, Luis Roberto *apud* SARLET *op. cit.*, p. 453.

²³ SARLET *op. cit.*, p. 451.

De outra parte, retornando aqui à noção mais estrita de segurança jurídica, segue a lição de Celso Bandeira de Mello no sentido de que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto na elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, de tal sorte que desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana.²⁴

Outrossim, erige-se como tutela ao referido direito o princípio da dignidade da pessoa humana que determina um padrão mínimo de existência digna para todos, inviabilizando medidas que fiquem aquém desse patamar. De fato, não há que se falar em proteção à dignidade da pessoa humana quando esta se encontra desprovida de um nível mínimo de estabilidade nas suas relações jurídicas. Não se pode confiar com tranquilidade e segurança nas instituições estatais que se mostram arbitrárias e instáveis, transformando a pessoa humana em instrumento de sua vontade em evidente violação à visão da dignidade consagrada por Kant.

E, por fim, verifica-se que a proibição de retrocesso resulta do princípio da maximização da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, parágrafo 1º da Constituição da República, sendo certo que “a indispensável otimização da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica [...] reclama que se dê ao mesmo a maior proteção possível, o que, por seu turno, exige uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo [...]”²⁵

Impende ressaltar, sem adentrar no tema, que alguns doutrinadores²⁶ afirmam que a problemática em torno do reconhecimento de um princípio da vedação do retrocesso abrange o fato de que tal proteção não pode assumir caráter absoluto. Por isso, levando em consideração que a vedação de retrocesso social se trata de um princípio é necessário ponderar e harmonizar no caso concreto sua aplicação com outros princípios no âmbito do sistema jurídico, sendo admissíveis certas supressões na esfera das conquistas sociais.

O princípio da proibição do retrocesso não impede que o legislador reveja as leis editadas, mas exige que o fundamento para essa revisão, de acordo com as circunstâncias fáticas em que se a realiza, seja idôneo a prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico na sociedade²⁷.

²⁴ Ibidem, p. 437.

²⁵ Ibidem, p. 438.

²⁶ DERBLI op. cit., p. 290.

²⁷ Ibidem, p. 291.

Diante do exposto, apesar da relevância e da qualidade da argumentação construída no âmbito do direito brasileiro, observa-se que o debate referente ao reconhecimento e alcance da proibição de retrocesso, especialmente, na seara dos direitos sociais apresenta-se como um espaço de intensa discussão, revelando inúmeras controvérsias que englobam não só os argumentos que sustentam a fundamentação de tal direito, mas também a amplitude de sua proteção.

É nesse pano de fundo, de contradições e dúvidas que se instaura o questionamento acerca da efetiva proteção de tal direito não apenas em relação aos cidadãos deste ou daquele Estado, mas também em relação a todos os homens. Apesar de toda construção doutrinária acerca da fundamentação, bem como os inúmeros questionamentos referentes aos limites e extensão de uma proteção contra retrocesso, indaga-se em que medida sua previsão constitucional seja ela explícita ou implícita tem o condão de proteger o ser humano contra a ação do legislador. Nesse sentido, questiona-se se fundamentação desse direito deve residir nos textos constitucionais. Busca-se promover uma reflexão que construa uma justificativa racional, portanto universal, que ultrapasse a ordem jurídica nacional, estabelecendo uma conceituação abrangente que tutele as conquistas sociais já alcançadas de todos os seres humanos, ameaçados e violados por regimes autoritários, e não somente de cidadãos nacionais.

3. A PROBLEMÁTICA DO ALCANCE UNIVERSAL DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Importa consignar que ao se refletir sobre o tema percebe-se que há inúmeros entendimentos que creditam esforços à empreitada de buscar uma solução que determine se as normas de direitos fundamentais detêm um sentido universal ou são culturalmente relativas. Com efeito, há na doutrina divergências que opõem o universalismo ao chamado relativismo cultural. Os universalistas entendem que “a ideia da universalidade remete à noção de que os direitos humanos dirigem-se a todos os indivíduos indistintamente de qualquer fator, inclusive do lugar onde se encontrem, de sua nacionalidade, de sua origem ou de sua religião”²⁸. Por outro lado, o universalismo é contestado por parte da doutrina, sendo certo que

²⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5 ed. Bahia: Juspodivm, 2013, p. 833.

Para os relativistas, a noção de direitos está estritamente relacionada ao sistema político, econômico, cultural, social e moral vigente em determinada sociedade. Cada cultura possui seu próprio discurso acerca dos direitos fundamentais, que está relacionado às específicas circunstâncias culturais e históricas de cada sociedade. Não há moral universal, já que a história do mundo é a história de uma pluralidade de culturas. Há uma pluralidade de culturas no mundo, e essas culturas produzem seus próprios valores.²⁹

Nesse contexto, impende destacar o discurso dos relativistas que, em geral, acreditam “que os diferentes povos do mundo possuem valores distintos e que, por isso, não seria possível estabelecer uma moral universal única, válida indistintamente para todas as pessoas humanas e sociedades”.³⁰ Verifica-se que essa leitura retira dos direitos fundamentais a sua universalidade, reservando a cada ordem jurídica domínio para estabelecer seu próprio fundamento acerca de tais direitos que irão variar de acordo com as particularidades culturais e históricas de cada sociedade.

Entretanto, indaga-se o que poderá ser feito caso um Estado não reconheça a existência de uma proteção contra o retrocesso no âmbito dos direitos fundamentais. Com efeito, resta evidente que em nome da cultura os relativistas acabam por acobertar graves violações a direitos humanos, isso porque a ausência de uma razão superior à ordenação estatal que fundamente tais direitos culmina por legitimar governos autoritários investidos de acordo com as regras constitucionais vigentes.

A busca pela construção de uma unidade valorativa no âmbito dos direitos humanos decorre do processo de internacionalização desses direitos, movimento recente na história.

O início do século XX foi marcado por uma maior preocupação social. No contexto histórico internacional surgem, logo após o fim da I Guerra Mundial (1914-1918), as principais organizações internacionais que atribuíram relevância à proteção dos direitos humanos: Liga das Nações e a Organização Internacional do Trabalho, aquela voltada a promover principalmente a paz, e esta, ao estabelecimento de padrões internacionais mínimos de condições de trabalho e de qualidade de vida.³¹

Após a II Guerra Mundial em decorrência das inúmeras violações cometidas durante o nazismo, em que os seres humanos tornam-se objetos descartáveis em evidente ofensa ao valor da pessoa humana, os direitos humanos adquirem o caráter de prioridade da sociedade internacional.

²⁹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 17.

³⁰ PORTELA op. cit., p. 834.

³¹ Ibidem, p. 814.

O moderno Direito Internacional dos Direitos Humanos é um fenômeno do pós-guerra. Seu desenvolvimento pode ser atribuído às monstruosas violações de direitos humanos da era Hitler e à crença de que parte destas violações poderiam ser prevenidas se um efetivo sistema de proteção internacional de direitos humanos existisse.³²

Tendo em vista a experiência nazifascista com o término da II Guerra Mundial os Estados que se reuniram para a constituição das Nações Unidas formaram uma comissão de pensadores e escritores que representavam diversos pensamentos filosóficos e políticos – A Comissão da UNESCO para Bases Filosóficas dos Direitos Humanos – com vistas à elaboração do que seria a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.³³ Constata-se, assim, que a partir da Declaração de 1948, o Direito Internacional dos Direitos Humanos começa a se desenvolver com a adoção de diversos mecanismos de proteção internacional e a referida Declaração, “retomando os ideais da Revolução Francesa, representou a manifestação histórica de que se formara, enfim, em âmbito universal, o reconhecimento dos valores supremos da igualdade, da liberdade e da fraternidade entre os homens, como ficou consignado em seu artigo I”³⁴: “Todos os homens nascem livres e iguais em dignidade e direitos. São dotados de razão e consciência e devem agir em relação uns aos outros com espírito de fraternidade”.³⁵

Com essa percepção busca-se concretizar uma proteção ao indivíduo na esfera internacional, com ênfase na universalidade, indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos. A consolidação desse sistema desenvolve-se através de um consenso internacional referente aos principais temas dos direitos humanos na tentativa de tutelar um mínimo ético irredutível com um reconhecimento universal da igualdade humana.

Nesse passo, o problema dos fundamentos dos direitos humanos (o aspecto filosófico) foi considerado como solucionado, desde o momento em que se chegou a um acordo, entre os diversos países signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948, a respeito de quais seriam esses direitos e quais as suas garantias mínimas. A referida Declaração “vem inovar ao introduzir a chamada concepção contemporânea de direitos humanos, marcada pela universalidade e indivisibilidade desses direitos”.³⁶

³² BUERGENTHAL, Thomas *apud* PIOVESAN *op. cit.*, p.17

³³ BARRETTO, Vicente. Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 581.

³⁴ COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 223.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ PIOVESAN *op. cit.*, p.13

Com efeito, o problema que temos diante de nós não é filosófico, mas jurídico e, num sentido mais político. Não se trata de saber quais e quantos são esses direitos, qual à sua natureza e seu fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, mas sim qual é o modo mais seguro, para garanti-los, para impedir que, apesar das declarações solenes, sejam continuamente violados [...]. Com efeito, pode-se dizer que o problema do fundamento dos direitos humanos teve sua solução atual na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembléia Geral das Nações Unidas, em dezembro de 1948.³⁷

Consoante consagra Norberto Bobbio³⁸ os direitos humanos são direitos históricos que se modificam no tempo e no espaço, de acordo com a variável vontade política dos diversos Estados. “Os direitos ditos humanos são produto não da natureza, mas da civilização humana; enquanto direitos históricos, eles são mutáveis, ou seja, suscetíveis de transformação e de ampliação”.³⁹

Nesse sentido, Norberto Bobbio dispõe que a Declaração Universal dos Direitos do Homem aprovada em 1948 pelas Nações Unidas reflete a consciência histórica que a humanidade tem dos próprios valores fundamentais na segunda metade do século XX. Trata-se uma “síntese do passado e uma inspiração para o futuro, mas suas tábuas não foram gravadas de uma vez para sempre”.⁴⁰ Percebe-se que para Bobbio o problema do fundamento resta resolvido através de um consenso universal construído historicamente e positivado em instrumentos internacionais, demonstrando que a humanidade apresenta valores comuns que são compartilhados subjetivamente de acordo com orientações ideológicas, interesses políticos, técnicos e especificações de cada época histórica formando um consciente coletivo e universal de valores. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas. Não se concebe como seja possível atribuir um fundamento absoluto a direitos historicamente relativos.⁴¹ Nessa quadra, Norberto Bobbio considera desnecessário o debate referente à fundamentação dos direitos humanos, projetando o cerne da questão para um problema de eficácia.⁴²

Tal concepção restringe os direitos humanos aos que são reconhecidos pela vontade soberana dos Estados nacionais. Conclui-se que a universalidade desses direitos submete-se às circunstâncias e às eventuais transformações da ideologia política dos inúmeros Estados o que

³⁷ BOBBIO, Norberto *apud* BARRETTO op.cit., p. 578.

³⁸ *Ibidem*.

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ *Ibidem*.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

enseja uma universalidade mitigada e relativa que não prima por conferir aos direitos humanos a proteção almejada.⁴³

Bobbio, como vimos acima, argumenta que o problema básico dos direitos humanos reside em determinar-se quais os meios a serem empregados para que eles possam ser garantidos. Essa afirmativa que é, por um lado, bastante verdadeira, pois direitos sem garantias para a sua observância tornam-se um *flatus vocis*, vazios de conteúdo e de sentido social, não esgota o problema. Isto porque o que se questiona na violação dos direitos humanos é a própria necessidade da existência de uma categoria de direitos universais, que perpassem a ordem jurídica nacional e coloque limites ao exercício do poder.⁴⁴

Nesse contexto, convém ressaltar que a convenção entre os diversos países signatários da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948 não primou por resolver de maneira superada a questão referente à proteção dos direitos humanos. A reiterada violação desses direitos por parte dos países que assinaram a referida Declaração evidencia como se torna imprescindível a criação de mecanismos racionais que defendam os fundamentos dos direitos humanos.⁴⁵

De fato, na medida em que se observa o sistema de proteção desses direitos como uma garantia institucionalizada, consagrada em um sistema normativo internacional, limita-se a questão da fundamentação e aplicação às soluções encontradas pelo direito positivo. Ignora-se que a natureza de tais direitos remete para questão mais abrangente e complexa da moralidade e da racionalidade.⁴⁶

Os direitos humanos encontram-se neste final de século em situação paradoxal: de um lado, proclamam-se em diversos textos legais um número crescente de direitos civis, políticos, sociais, econômicos e culturais, que constituem, na história do direito, a afirmação mais acabada da crença do homem na sua própria dignidade; de outro lado, esses mesmos direitos transformam-se em ideais utópicos, na medida em que são sistematicamente desrespeitados por grupos sociais e governos.⁴⁷

À luz desse cenário, no que tange à proibição do retrocesso cristalizou-se no plano internacional a cláusula do desenvolvimento progressivo prevista em tratados internacionais, encampando a ideia da vedação do retrocesso na esfera internacional. A referida cláusula encontra-se consagrada no artigo 2.1 do Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e

⁴³Ibidem.

⁴⁴ Ibidem.

⁴⁵ Ibidem.

⁴⁶ Ibidem.

⁴⁷ Ibidem.

Culturais e no artigo 1º do Protocolo de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais da Convenção Americana de Direitos Humanos (Protocolo de San Salvador).

O conceito de “progressividade” abarca dois sentidos: por um lado, sugere-se a gradualidade da plena efetividade; de outro, impõe-se o dever ao Estado de garantir o progresso, ou seja, veda-se conseqüentemente o regresso, o amesquinçamento dos direitos sociais já concretizados no momento da ratificação de tais tratados.⁴⁸

Percebe-se, que diversos doutrinadores entendem que a universalidade dos direitos humanos foi resgatada com a sua internacionalização. Afirmam que o século XXI apresenta um instrumento eficaz para a superação da dicotomia universalismo-relativismo, qual seja, os processos internacionais de direitos humanos.⁴⁹ O Estado que não cumpre suas obrigações internacionais em matéria de direitos humanos comete ato ilícito e pode ser responsabilizado internacionalmente, sofrendo sanções e sendo obrigado a reparar o dano eventualmente causado.

Todavia, as normas protetivas de direitos humanos, encontram-se, em geral, consagradas em tratados, cuja conclusão requer a anuência do Estado.

Em várias situações, parte da doutrina e Estados opõem-se à aplicação de determinados direitos, que seriam ofensivos às práticas culturais ou mesmo às opções legislativas locais. Cite-se o conhecido exemplo da *clitoridectomia* (mutilação da genitália feminina), tratado como violação da dignidade da mulher e de sua integridade física e defendida por alguns por ser tal prática uma tradição cultural.

Nesse prisma, indaga-se se a proibição de retrocesso está efetivamente sendo tutelada apesar de ser reconhecida e fundamentada no sistema normativo brasileiro e, para além disso, em outros diplomas jurídicos internacionais.

Diante, dessa questão alguns doutrinadores lecionam que é necessário investigar as razões que legitimam e motivam o reconhecimento dos direitos humanos. Nesse sentido, busca-se analisar as razões que levaram a ordem jurídica a acolher e positivizar esse direito.

Partimos do pressuposto de que os direitos humanos são coisas desejáveis, isto é, fins que merecem ser perseguidos, e de que, apesar de sua desejabilidade, não foram ainda todos eles (por toda parte e em igual medida) reconhecidos; e estamos convencidos de que lhes encontrar um fundamento, ou seja, aduzir motivos para justificar a escolha

⁴⁸ RAMOS, André Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 253.

⁴⁹ *Ibidem*.

que fizemos e que gostaríamos fosse feita também pelos outros, é um meio adequado para obter para eles um mais amplo reconhecimento.⁵⁰

Como bem leciona Vicente Barreto “os desafios colocados pelo processo histórico à ordem jurídica obrigavam à recuperação teórica da questão dos fundamentos dos direitos humanos, como condição para se obter uma explicação funcional e não uma fundamentação normativa do direito”⁵¹.

Diante dessa problemática conclui-se que a crença unicamente na lei não é suficiente para limitar o exercício do poder e garantir uma efetiva segurança jurídica e confiança aos indivíduos que reclamam certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica.

A reflexão sobre os fundamentos dos direitos humanos somente tornou-se relevante e inseriu-se no plano de uma reflexão metajurídica, quando as violações desses direitos na prática cotidiana trouxeram consigo um alto grau de relativismo na sua interpretação e provocaram uma conseqüente insegurança nas relações entre os Estados nacionais e o seio da própria sociedade civil.⁵²

Com base no exposto, constata-se que o problema reside, portanto, na busca de argumentos que impliquem em uma justificação racional para a proibição de retrocesso. Uma fundamentação que se destine a recuperar a dimensão desse direito, justificando-o com uma validade universal que garanta sua efetiva proteção. Nesse sentido, importa destacar como leciona Ricardo Lobo Torres

A ideia de legitimação, em certo sentido, pode se aproximar da de fundamentação, muito empregada pelos autores ibéricos [...]. Fundamento é causa, origem ou fonte do ordenamento jurídico, por conseguinte, é a fonte de onde proclamam os princípios e as normas. [...]. A principal distinção entre legitimação e fundamento, conseqüentemente, consiste em que aquela é buscada fora do ordenamento ou do direito a ser justificado, enquanto o fundamento pode ser coextensivo ao próprio objeto a se justificar: Estado, direitos, princípios, etc. Segue-se daí que a pergunta sobre a legitimação não faz sentido para os positivistas. Bobbio, afirma preso ao positivismo historicista, que “o problema de fundo relativo aos direitos do homem é hoje não tanto o de justificá-los, quanto o de protegê-los”.⁵³

⁵⁰ BOBBIO, Norberto *apud* SILVA, Fernanda Duarte L.L Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.181.

⁵¹ BARRETTO *op. cit.*, p. 388.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: _____ (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 469-474.

Percebe-se, que o esforço implementado na tentativa de se assegurar uma tutela ao indivíduo no que tange à proibição de retrocesso não se limita à investigação sobre a fundamentação jurídico-positiva desse direito. Na realidade para se garantir uma verdadeira proteção é necessário buscar justificativas racionais que ensejem sua positivação, ou seja, perquirir as razões que legitimam o reconhecimento desse direito e levam a ordem jurídica a acolhê-lo.

A legitimação implica sempre a resposta à pergunta sobre o merecimento e a razão de ser dos direitos e dos princípios. Porque a preeminência dos direitos humanos? Qual a melhor forma de Estado? Por que a dignidade humana é um dos fundamentos da República? O conceito de legitimação e aproxima do de justificação, muito empregado no direito germânico. Como se justifica o ordenamento jurídico? Diz Isensee: “quem faz a pergunta sobre a justificação jurídica, [...] lança o Estado no processo diante do Tribunal da Razão [...]”⁵⁴

Como dispõe Fernanda Duarte Lopes “por fundamentação, aqui, pretende-se investigar as razões que legitimam e motivam o reconhecimento dos direitos humanos [...]”. Como esclarece Eusébio Fernández, “a indagação sobre a fundamentação dos direitos do homem refere-se ao problema de buscar uma justificação racional (nem emotiva, nem intuitiva...) para tais direitos”.⁵⁵

O problema do fundamento de um direito apresenta-se diferentemente conforme se trate de buscar o fundamento de um *direito que se tem* ou de um *direito que se gostaria de ter*. No primeiro caso, investigo no ordenamento jurídico positivo, do qual faço parte como titular de direitos e deveres, se há uma norma válida que o reconheça e qual é essa norma; no segundo caso, tentarei buscar boas razões para defender a legitimidade do direito em questão e para convencer o maior número possível de pessoas (sobretudo as que detêm o poder direto ou indireto de produzir normas válidas naquele ordenamento) a reconhecê-lo. Não há dúvida de que [...] quando colocamos o problema do fundamento dos direitos do homem, pretendemos enfrentar um problema do segundo tipo, ou seja, não um problema de direito positivo, mas de direito racional ou crítico [...].⁵⁶

De fato, os argumentos em prol do reconhecimento de um direito que imponha um nível mínimo de segurança contra medidas de cunho retrocessivo por parte do poder público demandam uma reflexão crítica que ultrapasse a ordem jurídica. Encontrar um fundamento contra a proibição de retrocesso no âmbito do direito positivo vigente não prima por tornar a questão

⁵⁴ Ibidem, p. 468.

⁵⁵ SILVA op. cit., p.180.

⁵⁶ BOBBIO *apud* SILVA op. cit., p. 181.

acerca da sua proteção resolvida e superada, eis que além delimitar a incidência desse direito aos indivíduos pertencentes apenas ao Estado que o prevê ou o reconhece na ordem internacional, torna imperativo frisar que as mutáveis legislações positivas não sustentam nem mesmo na esfera desses Estados um mínimo de garantia contra os atos do poder público.

CONSIDERAÇÕES CONCLUSIVAS

Pelas razões expostas, cabe afirmar que é absolutamente necessária a existência de um princípio que impeça a supressão de direitos já conquistados. De fato, a proibição de retrocesso não impede que o legislador reveja leis editadas, mas impõe que para essa revisão seja respeitado um grau de concretização do direito fundamental, vedando-se a supressão arbitrária ou desproporcional do direito. Trata-se, em essência, de um mecanismo de defesa dos indivíduos em face da instabilidade política e das constantes modificações da realidade econômica e social do país e do mundo. Nesse contexto, é que se revela importante a investigação da sustentabilidade de um princípio da proibição de retrocesso.

Nesse panorama, no plano da ordem jurídico-constitucional brasileira diversos doutrinadores traçaram considerações na tentativa de desenvolver uma argumentação sólida para o reconhecimento de um princípio de proibição do retrocesso. Nessa linha, percebe-se que é possível extraí-lo de forma implícita do sistema constitucional brasileiro, através de uma análise sistemática dos princípios do Estado democrático e social de Direito, da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e da maximização da eficácia e efetividade de todas as normas de direitos fundamentais.

Todavia, não obstante toda construção doutrinária acerca da fundamentação de uma proteção contra retrocesso, indaga-se em que medida sua previsão constitucional tem o condão de proteger o ser humano contra a ação do legislador. Nesse sentido, questiona-se se fundamentação desse direito deve residir nos textos constitucionais. Busca-se promover uma reflexão que construa uma justificativa racional, portanto universal, que ultrapasse a ordem jurídica nacional.

Nesse contexto, percebe-se desde o fim da Segunda Guerra Mundial a instituição de vários mecanismos de proteção dos direitos humanos, visando a criação de um sistema de tutela em escala mundial. Cristalizou-se no plano internacional a cláusula do desenvolvimento progressivo prevista em tratados internacionais, encampando a ideia da vedação do retrocesso na esfera

internacional. Entretanto, a implementação de sistemas globais de proteção internacional revela a problemática quanto à debilidade dos instrumentos de coerção, conjugada à diversidade cultural dos povos.

Com base no exposto, doutrinadores afirmam que a crença unicamente na lei não é suficiente para limitar o exercício do poder e garantir uma efetiva segurança jurídica. Percebe-se, que o esforço implementado na tentativa de se assegurar uma tutela ao indivíduo no que tange à proibição de retrocesso não se limita à investigação sobre a fundamentação jurídico-positiva desse direito. Nesse sentido, há quem leciona que se torna necessário perquirir as razões que legitimam o reconhecimento desse direito e levam a ordem jurídica a acolhê-lo.

Destarte, pode-se dispor que basicamente o debate acerca da questão é conduzido por posições que desprezam o esforço, entendendo por inútil e desnecessária a discussão sobre a fundamentação dos direitos humanos, já que a questão recai como um problema de aplicabilidade e eficácia. Nesse sentido, afirmam que o problema fundamental em relação aos direitos do homem, hoje, não é tanto o de justificá-los ou o de saber qual a sua natureza e seu fundamento, mas sim o de garantir a melhor maneira de protegê-los.⁵⁷ De outra parte, há percepções que se empenham na busca por uma fundamentação dos direitos humanos, dispondo que a sua sistemática e contínua violação é motivação suficiente para a construção de uma justificação racional que indague seu porquê, isto é, sua razão de ser.⁵⁸

Por derradeiro, no embate entre as diversas concepções desenvolvidas na doutrina, o que se pretende por em evidência nesse estudo é a inafastável necessidade de se construir uma argumentação sólida à proibição de retrocesso que assegure, de modo eficiente, uma vida digna e saudável para todos os indivíduos, independentemente do Estado de que façam parte. Nessa quadra, a experiência histórica tem evidenciado a deficiente eficácia dos sistemas jurídicos em assegurar os direitos fundamentais que apesar de consagrados nos textos constitucionais e internacionais continuam sendo ameaçados e violentados.

Destarte, deve-se remeter a problemática para um âmbito metajurídico, fazendo-se necessário para o alcance de uma efetiva proteção de tais direitos investigar as razões que legitimam e motivam o seu reconhecimento, para que não apenas a proibição de retrocesso, mas

⁵⁷ Ibidem.

⁵⁸ SILVA op. cit., p.179-180.

outrossim todos os direitos fundamentais possam produzir efeitos no quadro da legislação mundial.

REFERÊNCIAS

BARRETTO, Vicente. Ética e Direitos Humanos: Aporias Preliminares. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 581.

BARROSO, Luis Roberto. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto *apud* SILVA, Fernanda Duarte L.L. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. São Paulo: Saraiva, 2003.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

MENDES, GILMAR FERREIRA. *Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos Ed., 1998.

NINO, Carlos Santiago *apud* SILVA, Fernanda Duarte L.L. Fundamentando os Direitos Humanos: um Breve Inventário. In: TORRES, Ricardo Lobo (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e Justiça Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2006.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. *Direito Internacional Público e Privado*. 5 edição. Bahia: Juspodivm, 2013.

RAMOS, André Carvalho. *Teoria Geral dos Direitos Humanos na Ordem Internacional*. São Paulo: Saraiva, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 9. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

TORRES, Ricardo Lobo. A Legitimação dos Direitos Humanos e os Princípios da Ponderação e da Razoabilidade. In: _____ (Org.). *Legitimação dos Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.