

O princípio da proibição do retrocesso social e sua função protetora dos direitos fundamentais¹

GOLDSCHMIDT, Rodrigo *

Resumo: O presente estudo aborda o princípio da proibição do retrocesso social e sua função protetora dos direitos fundamentais. Inicia com um panorama dos direitos fundamentais e a teoria de suas restrições. Após, aborda mecanismos de controle destas restrições, focando a noção, a funcionalidade e a aplicação prática do princípio da proibição do retrocesso social na proteção dos direitos fundamentais.

Palavras-chave: Direitos Fundamentais. Restrição, proteção e princípio da proibição do retrocesso social.

Introdução

Os direitos fundamentais do homem estão consagrados como tais na Constituição Federal, recebendo uma especial proteção jurídico-política do Estado.

Nessa tarefa, a de proteção, o Estado, além de reconhecer e proclamar os direitos fundamentais, tem por dever implementar medidas que os preservem e os tornem efetivos.

Nesse contexto, o princípio da proibição do retrocesso social assume papel relevante, posto que a sua aplicação tem por escopo proteger os direitos fundamentais contra a atividade legislativa e hermenêutica que busca suprimir ou restringir indevidamente tal categoria de direitos.

* Mestre e Doutor em Direito pela Universidade Federal de Santa Catarina; Professor dos cursos de graduação e pós-graduação da Universidade do Oeste de Santa Catarina (Unoesc); Professor convidado de diversos cursos de pós-graduação em Direito; Juiz do Trabalho da 12ª Região.

¹ Este estudo é fruto do projeto de pesquisa em direitos fundamentais sociais desenvolvido junto ao Curso de Direito da Unoesc *Campus* de Chapecó/SC.

O presente trabalho se desenvolverá partindo dessa concepção, abordando, inicialmente, uma noção dos direitos fundamentais, passando, em seguida, ao estudo das suas restrições. Depois, adentrando no estudo do princípio da proibição do retrocesso social, aborda-se a sua função protetora dos direitos fundamentais. Passo seguinte, estuda-se um caso prático de aplicação do princípio em comento. Na sequência, lançam-se as considerações finais sobre o tema.

1 Uma visão panorâmica dos direitos fundamentais

Entre os vários direitos contemplados na Constituição, figuram aqueles qualificados como “fundamentais”, assim entendidos os direitos que são básicos do homem, sem os quais este não teria condições de viver dignamente.

No aspecto material, os direitos fundamentais são assim estabelecidos segundo os valores e os princípios de uma dada sociedade. Nesse sentido, tais direitos podem variar de Estado para Estado, conforme a sua ideologia e conformação.

No aspecto formal, os direitos fundamentais são aqueles declarados como tais na Carta Política, recebendo proteção especial dela, que os declara imutáveis ou estabelece procedimentos rígidos para sua modificação.

Segundo Sarlet,² direitos fundamentais são:

[...] todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância, (fundamentalidade em sentido material), integradas ao texto da Constituição e, portanto, retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos fundamentalidade formal, bem como as que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados. agregando-se à Constituição material, tendo ou não, assento na Constituição formal (aqui considerada a abertura material do catálogo).

Sobre o objetivo e a função dos direitos fundamentais, Hesse³ leciona:

Os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana. Isso só se consegue quando a liberdade da vida em sociedade resulta garantida em igual medida que a liberdade individual. Ambas se encontram inseparavelmente relacionadas. A liberdade do indivíduo só se pode dar numa comunidade livre e vice-versa; essa liberdade pressupõe seres humanos e cidadãos com capacidade e vontade para decidir por si mesmos, sobre seus próprios assuntos e para colaborar responsabilmente na vida da sociedade publicamente constituída como comunidade.

A doutrina moderna classifica os direitos fundamentais por “dimensões”.

Os de primeira dimensão são aqueles ligados ao direito de “liberdade”, que têm por titular o indivíduo. Tratam-se de faculdades ou atributos da pessoa que o Estado e as demais pessoas não podem, a princípio, molestar. São os direitos à vida, à liberdade, à intimidade, etc.

De acordo com Wolkmer e Leite,⁴ os direitos de primeira geração “são os civis e políticos. Trata-se dos direitos individuais vinculados à liberdade, à igualdade, à propriedade, à segurança, e à resistência à

² Sarlet (2003, p. 85).

³ Hesse (2009, p. 33).

³ Hesse (2009, p. 33).

opressão. Direitos inerentes à individualidade, tidos como atributos naturais, inalienáveis e imprescritíveis, que por serem de defesa e serem estabelecidos contra o Estado, têm especificidade de direitos 'negativos.'

Os de segunda geração são aqueles ligados ao direito de "igualdade", que tem por titular a sociedade ou a coletividade. Caracterizam-se por exigir uma prestação positiva do Estado, ou seja, garantia de meios e provisão de recursos para viabilizar a sua consecução. São os direitos sociais, culturais e econômicos, bem como os direitos coletivos ou de coletividade.

Segundo Wolkmer e Leite⁵ "[...] são os direitos sociais, econômicos e culturais, direitos fundados nos princípios da igualdade e com alcance positivo, pois não são contra o Estado mas ensejam sua garantia e concessão a todos os indivíduos por parte do poder público."

Os de terceira geração são aqueles que se prendem ao direito de "fraternidade", que tem por titular não um indivíduo ou grupo de indivíduos, mas sim o "gênero" humano, na sua dimensão universal. Tratam-se de direitos que visam a proteger a humanidade, que pressupõe a ação conjunta de todos os Estados, e um dever de solidariedade dos mais abastados com os mais necessitados. O direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, etc.

Os de quarta geração são aqueles oriundos do fenômeno contemporâneo da globalização, que vem exigindo das sociedades organizadas uma maior abertura e visão de universalidade, impulsionando os Estados soberanos a promoverem adequações político-normativas para contemplar tais exigências. São o direitos à democracia, à informação, ao pluralismo, à integração, etc.

Bonavides⁶ aponta, com razão, que na classificação dos direitos fundamentais, o vocábulo "dimensão" substitui com vantagem lógica e qualitativa a expressão "geração", a qual pode dar um sentido de sucessão cronológica de direitos, com a ideia de caducidade dos direitos antecedentes, o que não é verdade, a medida que os direitos fundamentais, em que pese situados em dimensões diferentes, convivem harmonicamente.

A par dessa classificação, os direitos fundamentais podem ser também enquadrados como "direito de defesa" (ou de ações negativas) ou como "direito a prestações" (ou de ações positivas).⁷

No primeiro caso, os direitos fundamentais são encarados como direitos à não intervenção, ou, ainda, direitos de defesa, pressupondo uma ação negativa ou não intervencionista do Estado e dos demais indivíduos. Compõem o conjunto de garantias de liberdade individual: direito à liberdade, à intimidade, à propriedade, etc.

Na segunda hipótese, a concretização dos direitos fundamentais pressupõe uma ação objetiva do Estado, uma prestação fática e concreta que torne eficaz o direito contemplado na norma. Trata-se, em geral, dos direitos sociais: seguro desemprego, garantia contra a despedida arbitrária, ensino fundamental, atendimento médico, etc.

Estabelecida essa noção geral dos direitos fundamentais, passa-se ao estudo das restrições dessa categoria de direitos, o que será objeto do tópico seguinte.

2 As restrições aos direitos fundamentais

A expressão "direito fundamental", na primeira concepção que chega aos nos nossos sentidos, dá a ideia daquela espécie de direito que é mínimo, que é básico do ser humano, que

⁴ Wolkmer e Leite (2003, p. 7).

⁵ Wolkmer e Leite (2003, p. 8).

⁶ Bonavides (1999, p. 525).

⁷ Sobre essa temática, vide GOLDSCHMIDT (2009, p. 69-77).

não pode ser afetado, molestado ou reduzido, sob pena de deixar de ser “fundamental”, ou seja, de ser sólido, seguro e inabalável.

Contudo, o direito fundamental, em uma análise sistemática e contextualizada, na verdade, não pode ser entendido como um direito absoluto e irrestrito, uma vez que o seu conteúdo, alcance e eficácia encontram limite em outros bens ou direitos igualmente protegidos.

Em consonância com essa realidade, o sistema jurídico estabelece restrições aos direitos fundamentais do homem, justamente como forma de garantir que tais direitos sejam reconhecidos, respeitados e cumpridos, nas múltiplas relações jurídicas que se operam na sociedade.

Canotilho⁸ identifica três espécies de restrições aos direitos fundamentais do homem.

A primeira, denominada “limites constitucionais imediatos”, consiste naquelas restrições estabelecidas na própria norma constitucional garantidora do direito fundamental. Na espécie, a norma, além de declarar e garantir um determinado direito fundamental, traça também limites ao seu exercício.

Na Constituição Federal de 1988 encontram-se vários exemplos dessa espécie de restrição, valendo citar o caso do inciso XI do artigo 5º, segundo o qual “[...] a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial.”⁹

Veja-se, no exemplo em tela, que o direito fundamental da “inviolabilidade do domicílio” sofre limitações na própria norma, já que a “inviolabilidade” é restringida em caso de “flagrante delito”, “desastre”, “prestação de socorro” e “determinação judicial”.

A segunda, conhecida como “limite definidos em lei” ou “reserva de lei restritiva”, ocorre quando a norma constitucional garantidora do direito fundamental admite, de forma expressa, a restrição desse mesmo direito por outra lei infraconstitucional.

Da mesma forma, na Constituição Federal de 1988, encontra-se um bom número de exemplos desse tipo de restrição. É o caso do inciso XII do artigo 5º que diz: “[...] é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.”¹⁰

Note-se, o homem tem direito ao sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas. Contudo, para fins de investigação criminal ou para instrução processual penal, a norma constitucional autoriza que a norma infraconstitucional estabeleça restrições a esse direito.

Veja-se, a norma constitucional, ao ser assim elaborada, nada mais fez do que remeter a outra lei à tarefa de “limitar” ou “restringir” o direito fundamental que ela mesma contemplou.

A terceira, denominada “limite imanente” ou “limite constitucional não escrito”, ocorre quanto o texto da norma constitucional não estabelece e nem remete a outra lei à restrição do direito fundamental que assegura.

Na espécie, em que pese o direito fundamental não possuir limites expressos específicos, nada obstante, sofre restrições pelo sistema jurídico como um todo, como forma de salvaguardar outros direitos e bens igualmente protegidos.

Em outras palavras, o direito fundamental de uma determinada pessoa encontra limites nos limites do direito fundamental de uma outra pessoa.

⁸ Canotilho (1993, p. 604).

⁹ Brasil (1988).

¹⁰ Brasil (1988, grifo nosso).

Mendes,¹¹ em estudo realizado sobre a matéria, fornece um exemplo dessa espécie de restrição, ao analisar a colisão do direito de liberdade de expressão e comunicação (Constituição Federal, art. 5º, inciso IV) em face do direito à honra e à imagem (Constituição Federal, art. 5º, inciso X).

Partindo de casos concretos, nos quais se coloca em jogo a aplicação dos mencionados direitos, o referido autor conclui que nenhum deles se exclui, pelo contrário, convivem harmonicamente no sistema jurídico, um restringindo o outro.

No caso, por meio da técnica da ponderação, o intérprete dará mais relevância a um direito em detrimento do outro, segundo os valores e os contornos do caso concreto. Em outras palavras, na colisão entre os dois direitos fundamentais, o intérprete não exclui um deles do sistema, apenas restringe um em face do outro para poder solucionar o caso concreto.

Então, dependendo do caso, poderá o direito de liberdade de expressão ser mais relevante do que o direito de imagem e vice-versa.

Portanto, na hipótese, sem que haja limites expressos definidos na norma, o sistema jurídico, visando a manter a sua unidade e harmonia, diante de um caso concreto, estabelece restrições (limites imanentes) aos direitos fundamentais.

3 A limitação das restrições aos direitos fundamentais

Cientes de que os direitos fundamentais representam conquistas históricas do homem, consagradas na Constituição Federal, por isso mesmo, como “cláusulas pétreas”,¹² vários autores veem com preocupação o problema das restrições desses direitos.

A aflição reside não na necessidade, em si, de estabelecerem-se restrições aos direitos fundamentais, mas no controle objetivo dessas restrições.

Em outras palavras, o legislador e o intérprete não podem ter poder absoluto e irrestrito no que tange à limitação dos direitos fundamentais, posto que, no caso, tais direitos poderiam restar “esvaziados” ou “despidos de eficácia” em face da subjetividade ou da arbitrariedade do agente limitador.

Nesse sentido, o problema está em estabelecer-se um procedimento que proporcione meios de *controlar* a atividade limitadora dos direitos fundamentais, ou seja, estabelecer limites aos limites dos direitos fundamentais.

Atentas a essa preocupação, a doutrina e a jurisprudência desenvolveram dois princípios jurídicos que fundamentam e proporcionam meios para atingir esse objetivo. São eles: o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição do retrocesso social.

Stumm¹³ sustenta que o princípio da proporcionalidade surgiu no século XVIII, ligado à ideia de limitação do poder, tratando-se de uma medida de valor suprapositivo ao Estado de Direito, que visa a garantir a esfera de liberdade individual em face das ingerências administrativas.

Em um aspecto amplo, o princípio da proporcionalidade consiste em uma análise objetiva dos “meios” e dos “fins” empregados, no sentido de se verificar se o legislador ou o intérprete utilizou os meios adequados, necessários e proporcionais, para atingir um fim (no caso, a limitação dos direitos fundamentais) igualmente adequado, necessário e proporcional.¹⁴

¹¹ Mendes (1998, p. 85).

¹² Nesse sentido, dispõe o art. 60, parágrafo 4º, da Constituição: “Art. 60. A constituição poderá ser emendada mediante proposta: [...] § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: [...] IV - os direitos e garantias individuais.”

¹³ Stumm (1995, p. 78).

¹⁴ Sobre esse tema, vide Goldschmidt (2003).

Sobre o assunto, Barros¹⁵ registra:

O *Princípio da Proporcionalidade* vem sendo largamente utilizado pela corte Constitucional alemã no controle das leis restritivas de direitos, firmando-se a teoria de que a sua violação acarreta mesmo a inconstitucionalidade da providência legislativa. A fórmula adotada, bem de ver, contém o substrato teórico necessário para fundamentar a decisão político-jurídica dos juízes e tribunais, quando o arbítrio legislativo é evidente, mas nem sempre comprovado com facilidade pelo confronto da lei à Constituição.

Em outras palavras, verifica-se se a lei respeita a norma fundamental, à medida que a restrição excessiva ou desproporcional de um dado direito fundamental, em última análise, implica transgressão à Constituição. Nessa linha, Bonavides¹⁶ registra que o princípio da proporcionalidade

fica assim erigido como barreira ao arbítrio, em freio à liberdade que, à primeira vista, se poderia supor investido o titular da função legislativa para estabelecer e concretizar fins políticos. Em rigor, não podem tais fins contrariar valores e princípios constitucionais; um destes princípios vem a ser precisamente o da proporcionalidade, princípio não escrito, cuja observância independe de explicitação em texto constitucional, porquanto pertence à natureza e essência mesma do Estado de Direito.

Trata-se de um processo em que se controla os “meios” utilizados e os “fins” almejados, verificando-se se o intérprete e o legislador agiram, ou não, em conformidade com os princípios e regras constitucionais que integram o sistema jurídico.

Hesse¹⁷ sustenta que a tarefa de *concordância prática* entre meios e fins requer uma *coordenação proporcional* entre os direitos fundamentais e os bens jurídicos limitadores de direitos fundamentais.

Na tarefa de interpretação de limitações constitucionais ou da limitação com base em reserva legal, trata-se de deixar que ambos cheguem a uma *eficácia ótima*, em face do caso concreto.

Nesse sentido, como os direitos fundamentais são essenciais à ordem constitucional, a adequação proporcional nunca deve ser realizada de forma que prive uma garantia jurídico-fundamental mais do que o necessário, ou até completamente, de sua eficácia na vida da coletividade.

De outra sorte, a limitação de direitos fundamentais deve ser adequada aos fins que se pretende alcançar, não podendo ultrapassar o limite do estritamente necessário, sob pena de se incorrer em ilegalidade ou arbitrariedade.

Por fim, a restrição dever ser proporcional, com adequação objetiva entre os meios e os fins empregados, preservando-se o peso e o significado do direito fundamental restringindo.

Eis, então, a ideia do princípio da proporcionalidade.

De outra parte, o princípio da proibição do retrocesso social desponta na doutrina e na jurisprudência pátria como fundamento para proteger a materialidade e a eficácia dos direitos fundamentais.

Dado o seu papel de destaque no presente trabalho, o princípio em tela será estudado em tópico próprio, abordando-se aspectos teóricos e práticos de sua aplicabilidade para os fins ora propostos.

¹⁵ Barros (1996, p.47-48).

¹⁶ Bonavides (1999, p. 364).

¹⁷ Hesse (1998, p. 255).

4 O princípio da proibição do retrocesso social e sua função garantidora dos direitos fundamentais

A elaboração do princípio em tela teve origem no seguinte questionamento: uma vez estabelecido no sistema jurídico um determinado direito fundamental e tendo o Estado implementado algumas medidas concretas no sentido de tornar efetivo tal direito, poderia este ser suprimido ou restringido nas elaborações legislativas e interpretativas posteriores, ocasionando um retrocesso na área social atingida, v.g., educação, saúde, trabalho ou previdência?

Para quem defende o princípio da proibição do retrocesso social, a resposta a esse questionamento é negativa.

De acordo com esse princípio, uma vez tendo o sistema jurídico definido um determinado direito como fundamental, não pode ser suprimido ou restringido inadequadamente, a ponto de causar um retrocesso na sua atualização.

Barros¹⁸ entende que a admissão do princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflitua com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum.

Nada obstante a esse posicionamento, entende-se que a adoção do princípio em tela, na verdade, não conflita com o princípio da autonomia do legislador, mas sim estabelece limites à sua atividade, no sentido de evitar que um determinado direito fundamental, já contemplado e incorporado no sistema jurídico, seja do mesmo extirpado ou inadequadamente restringido.

Nessa linha, Fileti¹⁹ assevera:

Pode-se exprimir assim o princípio da proibição do retrocesso social: princípio que se encontra inserido implicitamente na Constituição brasileira de 1988, decorrendo do sistema jurídico-constitucional, com caráter retrospectivo, tendo como escopo a limitação da liberdade de conformação do legislador infraconstitucional, impedindo que este possa eliminar ou reduzir, total ou parcialmente, de forma arbitrária e sem acompanhamento de política substitutiva ou equivalente, o nível de concretização alcançado por um determinado direito fundamental social.

Com efeito, a exemplo do princípio da proporcionalidade, o princípio da proibição do retrocesso social fornece um critério objetivo com o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais.

Em que consiste esse critério? Consiste em verificar se o legislador ou o intérprete, na tarefa restritiva dos direitos fundamentais, respeitou aqueles direitos, igualmente fundamentais, já definidos e incorporados ao patrimônio jurídico do homem.

Se foram respeitados, a atividade restritiva apresenta-se juridicamente perfeita. Caso contrário, a restrição efetivada configura-se ilegal ou abusiva, portanto imperfeita.

Canotilho,²⁰ abordando o tema, refere que o princípio da proibição do retrocesso social, segundo o qual o legislador, uma vez tendo contemplado um direito social, não pode eliminá-lo posteriormente *retornando sobre os seus passos*, recebeu destaque na jurisprudência portuguesa no Acórdão do TC de Portugal n. 39/84 (DR, 1, 5-5-84).

Dito Acórdão, transcrito pelo referido autor na sua obra, declarou inconstitucional o DL n. 245/82, o qual revogara grande parte da Lei n. 15/79, criadora do Serviço Nacional de Saúde, aduzindo o seguinte:

¹⁸ Barros (1996, p. 161).

¹⁹ Fileti (2009, p. 178).

²⁰ Canotilho (1993, p. 542).

[...] a partir do momento que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa de consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

O exemplo consubstanciado no Acórdão supra, bem demonstra a função protetora dos direitos fundamentais exercida pelo princípio da proibição do retrocesso social, à medida que fundamenta uma “barreira” ou um “limite” à atividade do intérprete e do legislador, impedindo-o de implementar mudanças interpretativas ou legislativas que determinem um retrocesso na área juridicamente protegida pelo direito fundamental em voga.

Há quem defenda que no nosso sistema jurídico, o princípio da proibição do retrocesso social está claramente contemplado no “caput” do artigo 7º da Constituição, o qual prescreve: “São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que *visem a melhoria da sua condição social*: [...]”²¹

Veja-se, dito dispositivo encabeça uma série de direitos fundamentais trabalhistas, preconizando que tal catálogo está aberto a outros direitos que *visem à melhoria da condição social do trabalhador*, logo, permitindo apenas o avanço na atualização de tais direitos, jamais o retrocesso.

Abordando esse tema, porém, sob a ótica do direito coletivo do trabalho, que possibilita aos empregados e empregadores, por meio de seus sindicatos, estabelecerem convenções coletivas de trabalho, Vechi assevera:

Assim, é evidente que entre nós também tem plena vigência a cláusula de proibição de retrocesso social, entretanto, entrando, então, em discussão se o legislador infraconstitucional, após já ter colocado em vigência um patamar mínimo de direitos poderia dar competência para que o poder negocial coletivo aniquilasse tais direitos. Parece evidente que não pode o poder negocial dos grupos possibilitar o retrocesso social, atacando direitos que já são uma conquista dos trabalhadores, muito menos pode o legislador infraconstitucional conferir tal competência aos atores coletivos.²²

Nessa ordem de ideias, cumpre lembrar que os direitos fundamentais estão ao abrigo das cláusulas pétreas, e, por isso, não podem ser inadequadamente restringidos, e, menos ainda, suprimidos.

Partindo dessa ótica, o princípio da proibição do retrocesso social alcança maior importância, posto que amparado por norma constitucional que veda qualquer modificação legislativa ou interpretativa que tenda a abolir um direito fundamental reconhecido.

Em linhas gerais, essas são as bases do princípio da proibição do retrocesso social e a sua função protetora dos direitos fundamentais.

5 O princípio da proibição do retrocesso social: estudo de um caso prático

A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, em Acórdão proferido nos autos da apelação cível n. 598193845, de 17 de dezembro de 1998, de relatoria do Desembargador Carlos Alberto Bencke, suscitou, pela primeira vez no estado do Rio Grande do Sul (e

²¹ Brasil (1988, grifo nosso).

²² Vechi (2003, p. 46-47).

esse é o motivo da escolha de tal aresto) o princípio da proibição do retrocesso social para solucionar um caso concreto.

A questão controvertida, objeto da decisão em tela, girava em torno da aplicação do artigo 24 do Decreto-Lei 3.200/41, o qual prevê a concessão de descontos nas taxas escolares para aquelas famílias que possuem mais de um filho matriculado no mesmo estabelecimento de ensino.

A tese levantada pelo apelante é a de que o referido dispositivo legal teria sido revogado pela legislação posterior e, além disso, não teria sido recepcionado pelas Constituições Federais que lhe sucederam, eis que estas mesmas passaram a contemplar as "famílias carentes" e não mais as "famílias numerosas", diferentemente do que fazia a Constituição Federal de 1937.

O apelado, por seu turno, argumentou a plena vigência do artigo 24 do Decreto-Lei 3.200/41, sustentando que este foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

O citado órgão julgador, sopesando os argumentos e os fundamentos aprestados pelas partes, acima resumidamente expostos, conferiu ganho de causa ao apelado.

Eis a ementa do Acórdão:

CIVIL E CONSTITUCIONAL. ENSINO PARTICULAR. DESCONTO DA MENSALIDADE. SEGUNDO FILHO. APLICAÇÃO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO.

1. O art. 24 do DL 3.200/41 foi concebido para beneficiar famílias de prole numerosa, garantindo o acesso de todos ao ensino. Repasse do custo às mensalidades (art. 205 da CF). Aplicação do texto ao ensino universitário (art. 208, V, e 209, I, da CF).

2. O dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior (art. 2º da LICC). Manteve-se íntegro no tempo, obediente ao princípio da *proibição do retrocesso social* defendido por J. J. Canotilho. Apelo improvido.

No corpo do mencionado Acórdão, o órgão julgador salienta que o dispositivo legal que assegura descontos nas mensalidades escolares para aquelas famílias com mais de um filho matriculado no mesmo estabelecimento de ensino nada mais é do que uma conquista social da época, que pretendia beneficiar as famílias de prole numerosa, em consonância com o disposto na Constituição de 1937, a qual estabelecia que a gratuidade do ensino não excluiria o *dever de solidariedade dos menos para os mais necessitados*.

Em face disso, fundamenta, ainda, o referido órgão julgador: "[...] o artigo 24 do Decreto-Lei 3.200/41 *manteve-se íntegro no tempo*, obediente ao princípio da *proibição do retrocesso social* defendido por J. J. Canotilho, segundo o qual, os direitos sociais e econômicos (direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia constitucional e um direito subjetivo, protegidos da *livre e oportunistica disposição do legislador* no sentido de diminuir ou restringir ditos direitos adquiridos."

Com essa sucinta exposição, verifica-se que o princípio da proibição do retrocesso social, para além da sua base normativo-teórica, possui aplicabilidade prática, fundamentando a proteção e a defesa dos direitos fundamentais incorporados ao patrimônio jurídico do homem.

Constata-se, também, que dito princípio garante os direitos fundamentais contra a atividade legislativa e hermenêutica corrosiva do catálogo de direitos fundamentais.

Conclusão

Ao estabelecer restrições aos direitos fundamentais, o legislador e o intérprete, na verdade, nada mais fazem do que definir o conteúdo e o alcance desses direitos, visando a manter não somente a harmonia do sistema jurídico, mas também o efetivo equilíbrio nas relações sociais.

Contudo, dada a importância que esses direitos representam para o homem e para a sociedade, tanto que são denominados “fundamentais” pela Constituição, a atividade restritiva de tais direitos não pode ser exercida de forma livre pelo legislador e pelo intérprete, razão pela qual o sistema jurídico deve se munir de “mecanismos” de controle dessa atividade.

Entre esses mecanismos de controle, destacam-se o princípio da proporcionalidade e o princípio da proibição do retrocesso social.

Aquele, mais conhecido na doutrina e na jurisprudência, consiste em analisar a necessidade, a adequação e a proporcionalidade entre os meios utilizados e os fins alcançados pelo legislador e pelo intérprete na atividade restritiva dos direitos fundamentais.

Este, ainda pouco manejado no meio jurídico, consiste em proteger um determinado direito fundamental já conquistado pelo homem, impedindo que a atividade restritiva do legislador e do intérprete suprima ou restrinja indevidamente dito direito, ocasionando um retrocesso na área social atingida.

O princípio da proibição do retrocesso social, que possui sede constitucional e já vem sendo estudado e aplicado pela doutrina e pela jurisprudência nacionais, afigura-se como importante mecanismo teórico-prático para a proteção da materialidade e eficácia dos direitos fundamentais.

Referências

BARROS, Suzana Toledo de. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília, DF: Livraria e Editora Brasília Jurídica, 1996.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

BRASIL. *Constituição*: República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. *Apelação Cível n. 598193845*. Relator: Des. Carlos Alberto Bencke. Julgado em 17 de dezembro de 1998. Disponível em: <<http://www.tj.rs.jus.br>>. Acesso em: 19 jun. 2011.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 1993.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. *Flexibilização dos direitos trabalhistas: ações afirmativas da dignidade da pessoa humana como forma de resistência*. São Paulo: LTr, 2009.

_____. *O princípio da proporcionalidade no direito educacional*. Passo Fundo: UPF, 2003.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federativa da Alemanha*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.

_____. *Temas fundamentais do direito constitucional: Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho*. São Paulo: Saraiva, 2009.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Direitos fundamentais e controle de constitucionalidade*. São Paulo: Celso Bastos, 1998.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

STUMM, Raquel Denize. *Princípio da proporcionalidade no direito constitucional brasileiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

VECHI, Ipojucan Demetrius. Considerações sobre a proposta de alteração do artigo 618 da CLT. In: FREITAS, José Mello (Org.). *Reflexões sobre direito do trabalho e flexibilização*. Passo Fundo: UPF, 2003.

WOLKMER, Antonio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Org.). *Os "novos" direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva, 2003.

