

## Uma revisão do princípio da proibição de retrocesso social: cidadania, justiça distributiva e igual respeito e consideração<sup>1</sup>

### *Rethinking prohibition of social retrocession: citizenship, distributive justice and equal concern and respect*

Daniel Oitaven<sup>2</sup>

#### RESUMO

Este artigo revisa o princípio da proibição de retrocesso social à luz da relação entre cidadania (mecanismo jurídico-político de inclusão), justiça distributiva e igual respeito e consideração, assumindo uma igualdade de oportunidades *ex ante*. Conclui-se que, diante da hierarquia entrelaçada juiz-legislador, o retrocesso social, ofensa ao mandamento de distribuição de renda, só se concretiza com a aplicação do direito, não podendo ser puramente atribuído ao legislador.

**PALAVRAS-CHAVE:** princípio da proibição de retrocesso social; igual respeito e consideração; justiça distributiva.

#### ABSTRACT

This work rethinks the principle of prohibition of social retrocession in the context of the relationship citizenship-distributive justice-equal concern and respect, in a context of equality of resources *ex ante*. We concluded the tangled hierarchy between judges and legislators impose that social retrocession, an offense prohibited by a norm which makes income distribution a must, can only be concrete when one judges a case, being inadequate to solely blame legislators for it.

**KEYWORDS:** prohibition of social retrocession; equal concern and respect; distributive justice

### 1. INTRODUÇÃO

Este trabalho busca revisar a concepção dominante sobre o princípio da proibição de retrocesso social à luz da relação entre cidadania, justiça distributiva e igual respeito e consideração. Inicialmente, apresentaremos o estado da arte sobre o referido instituto, expondo as justificativas normativas, ideológicas e pragmáticas e a base legal suscitadas pela

<sup>1</sup> Artigo recebido em 31 de outubro de 2012 e aceito em 17 de dezembro de 2012.

<sup>2</sup> Advogado graduado pela Universidade Federal da Bahia, mestre em Direito Público pela UFBA. Ver mais no resumo da biografia do autor.

doutrina majoritária ao delinear os contornos do instituto. Em seguida, abordaremos a relação entre cidadania, virtude e igual e respeito em consideração com sustentação nos pensamentos de Marcelo Neves e Adela Cortina. Com Neves, assumiremos: 1) a cidadania como um mecanismo jurídico-político de inclusão exigido pela semântica social dos direitos humanos; 2) a igualdade de direito como um mandamento de neutralização das desigualdades fáticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos; e 3) a esfera pública pluralista como espaço que exige o reconhecimento de um direito de igual tratamento, referente a uma distribuição igual de oportunidades, recursos ou encargos. Em Cortina, colheremos uma leitura procedimentalista qualificada por elementos substanciais de virtude, na qual o *télos* da comunicação (acordo) só pode ser produzido em condições de simetria material e cultural, o que pressupõe o reconhecimento de direitos humanos respectivos e uma união entre autonomia pessoal e solidariedade. Mais à frente, construiremos uma concepção de “social” consentânea com a CF/88, em seu art. 3, I e III, a qual albergou uma concepção de “social” ligada à distribuição de renda, justamente com o fim de superar nossa fragilidade cultural e institucional quanto à igualdade material. Em Dworkin, trataremos do princípio de igual respeito e consideração, bem como da ideia de que a riqueza de cada um depende apenas das escolhas que façam a partir de uma igualdade de recursos *ex ante*. Por fim, proporemos uma concepção do princípio da proibição de retrocesso social consentânea com os pressupostos da hermenêutica filosófica e com a ideia de hierarquias entrelaçadas entre Legislativo e Judiciário.

## 2. PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL: ESTADO DA ARTE

O princípio da proibição de retrocesso social consiste, de acordo com o entendimento doutrinário-jurisprudencial predominante na comunidade jurídica brasileira, em uma norma jurídica cujo mandamento proíbe que a atividade legislativa redunde em supressão de normas concretizadoras de direitos fundamentais. Habitualmente relacionado por estudiosos como Ingo Sarlet (2005) e Mário de Conto (2008) à noção de segurança jurídica, é costume afirmar que o referido princípio se coaduna perfeitamente com a noção de Estado Social, tida como integrada à dimensão axiológica do Estado Democrático de

Direito, dito positivado no art. 1º da CF/88.

Consta do texto constitucional um plexo de dispositivos destinados a institucionalizar direitos e garantias fundamentais, cuja densificação, sem prejuízo de sua aplicabilidade imediata, caberia ao legislador ordinário e seria perpetrada mediante a ponência de normas que especifiquem moldes de concretização. Nesse ponto, exsurge o caráter notadamente político do esforço teórico despendido para delimitar o conteúdo da proibição do retrocesso social, donde resultou a concepção dominante de que pertenceria à classe dos princípios constitucionais implícitos, definidos por Paulo Pimenta (2002, p.50) como “aqueles elaborados pelo intérprete, embora não estejam previstos em disposições legais. É o caso [...] do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade, que integram o sistema constitucional brasileiro, mesmo não estando expressamente mencionados no texto da Constituição”.

Ingo Sarlet (2005, p. 428) caracteriza a proibição de retrocesso social como um princípio implícito que decorre do sistema constitucional, mais especificamente dos seguintes elementos normativos constitucionais: Estado Democrático de Direito; segurança jurídica dignidade da pessoa humana; máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; proteção ao jurídico perfeito, ao direito adquirido e à coisa julgada; princípio da proteção da confiança; auto-vinculação dos órgãos estatais aos atos anteriormente praticados; vinculação do legislador à vontade expressa do constituinte.

Ora, é sabido que os humores legislativos podem variar da água pro vinho, sendo fortemente influenciados, infeliz e comumente, por interesses pessoais dos próprios integrantes do Poder Legislativo, de lobistas e até mesmo de grupos dotados de concepção política distinta da apregoadada em um Estado Democrático de Direito, mormente em relação às prescrições normativas de cunho social. O princípio em questão funcionaria justamente como um obstáculo a tais variações, de maneira a constituir um corolário normativo do postulado hermenêutico da máxima efetividade dos dispositivos constitucionais veiculantes de direitos e garantias fundamentais, em especial o princípio-garantia da segurança jurídica, que tem desenrolado um papel singular no delineamento teórico da noção de proibição de retrocesso social.

A relação entre segurança jurídica e proibição de retrocesso social desenrolar-se-ia em termos de interpenetração. Por um lado, o princípio da segurança jurídica funcionaria como um sobreprincípio – princípio de função de rearticulação dos elementos componentes de um estado de coisas a ser buscado (ÁVILA, 2005, p.98-99) –, de modo a constituir um fundamento para a instituição do princípio da proibição de retrocesso social. Por outro lado, a segurança jurídica seria um direito fundamental em si, a ter também, *ultima ratio*, sua função de bloqueio reforçada pela função definitiva do princípio da proibição de retrocesso. O raciocínio doutrinário dominante leva à conclusão de que se um Estado se propõe a densificar legislativamente valores sociais fundamentais, inovações legislativas que venham a diminuir ou suprimir tal sedimentação representam uma afronta ao ideal fundamental de segurança jurídica, o qual, mediante sua função rearticuladora, deve nortear a operacionalização do princípio da proibição de retrocesso social.

Poder-se-ia argumentar que a observação do processo legislativo escorreito, condizente com suas respectivas normas procedimentais, não deveria encontrar óbices a sua realização. Acontece que, no caso de retrocesso social, estaríamos a tratar da segurança jurídica não apenas em sua dimensão formal, ordinariamente aferida e que não estaria sendo ofendida em caso de processo legislativo devidamente conduzido; mas sim em sua dimensão material, a qual, mormente por estarmos a tratar de matéria constitucional, assume um caráter eminentemente político no que concerne à confiabilidade dos indivíduos no planejamento legislativo.

Estabelecidos os contornos do estado da arte sobre a matéria, apresentaremos agora uma contemporânea noção de cidadania, de forma a preparar nossa formulação interpretativa do conceito de proibição de retrocesso social.

### **3. A RELAÇÃO ENTRE CIDADANIA, VIRTUDE E IGUAL RESPEITO E CONSIDERAÇÃO**

Marcelo Neves identifica uma evolução do conceito de cidadania de uma noção estrita para uma ampla, em um processo de constitucionalização crescente de exigências fundamentais de integração jurídico-política, traduzido sistemicamente na emergência de novos direitos. A perspectiva assumida pelo autor é inspirada na semântica científico-social

de T.H. Marshall, autor que não restringe a cidadania à nacionalidade, mas sim a enxerga como *citizenship*, mecanismo jurídico-político de inclusão social consistente em uma pluralidade de direitos reciprocamente partilhados e exercíveis contra o Estado. No contexto da autonomia pública, a cidadania, construída a partir da esfera pública pluralista, é exigência decorrente da semântica social dos direitos humanos – entendidos estes como exigências morais ou valorativas de reconhecimento e satisfação de expectativas normativas emergentes na sociedade e tidas como imprescindíveis à integração de indivíduos e grupos. Tal semântica pressupõe tanto o desenvolvimento de representações morais universalistas (orientadas no sentido da construção e da ampliação generalizada dos direitos de cidadania), como a complexificação e diferenciação da sociedade em esferas autônomas de comunicação.

A filtragem sistêmica do acoplamento estrutural direito-política converte em linguagem normativa, seletivamente, a heterogeneidade de expectativas e interesses de integração consistentes na autonomia privada dos outros subsistemas sociais. Tais elementos, ao serem recepcionados pelo subsistema jurídico, assumem, em linguagem constitucional, a forma de direitos fundamentais. Aqui, Neves, preocupado com o problema da constitucionalização simbólica e inspirado em Häberle, lembra que

Só quando a Constituição é um reflexo da esfera pública, existe e desenvolve-se a cidadania como mecanismo político-jurídico de inclusão social. Havendo bloqueios do processo de concretização constitucional por fatores políticos, econômicos e culturais, a reprodução autônoma do direito não se realiza (NEVES, 2006, p. 182-3)

Neves, mais uma vez em um esforço de complementação entre os pensamentos de Luhmann e Habermas, busca uma reformulação da concepção de cidadania. Do lado sistêmico, temos a concepção de cidadania como mecanismo político-jurídico de inclusão, cujo conteúdo seria constituído pelos direitos humanos, constitucionalizáveis em direitos fundamentais e capazes de deixar um espaço aberto para a reprodução autopoietica do sistema social. Já do lado habermasiano, a cidadania seria compreendida como a tensão permanente entre autonomia pública (soberania do povo) e autonomia privada (direitos humanos). Na proposta unificadora do autor brasileiro, a pluralidade de direitos é encontrada no âmbito da diferenciação sistêmica da sociedade, enquanto a circulação de

pretensões heterogêneas na esfera pública e a correspondente exigência de tratamento equânime nos procedimentos constitucionais residem na perspectiva da teoria do discurso. Ambas as dimensões convergem em um conceito uno de cidadania, a qual flui e reflui entre a esfera pública e os sistemas jurídico e político.

Na perspectiva interna e sistêmica, a cidadania afirma-se enquanto há a inclusão jurídico-política generalizada, sem privilégios ou classificações negativamente discriminantes, nos diversos sistemas sociais. Parte-se aqui das prestações sistêmicas e da determinação constitucional do acesso a elas. De outro ângulo, a cidadania é construída a partir da esfera pública pluralista, tanto como exigência decorrente da semântica social dos direitos humanos, que, em princípio, não está vinculada a qualquer subsistema da sociedade, quanto nas diversas formas de luta pela concretização dos direitos fundamentais. De fato, não se trata mais aqui de inclusão de pessoas e grupos nos sistemas funcionais, mas a 'autonomia pública' pode ser conceituada como *inclusão* de pessoas e grupos nos diferentes discursos da esfera pública e, dessa maneira, nos procedimentos constitucionais; a autonomia privada, por sua vez, diz respeito às exigências por integração na sociedade em geral, que emergem da prática cotidiana do mundo da vida (NEVES, 2006, p. 185)

A perspectiva de uma soberania do povo está intrinsecamente relacionada a um mandamento de acesso igualitário aos procedimentos jurídico-políticos do Estado Democrático de Direito. Neves (2006, p. 166 e ss.) enxerga esse mandamento como o princípio da igualdade. Na concepção do autor, que assume a igualdade como “igualdade de direito”, e não “igualdade de fato”, a ênfase recai sobre o papel de viabilização, nas esferas autônomas de comunicação, do respeito recíproco e das diferenças. O princípio da igualdade, então, não é tratado como um elemento de homogeneização da sociedade, indiferente à pluralidade de valores, interesses e crenças. Ao contrário, a complexidade e a heterogeneidade social são viabilizadas pela garantia de um direito de todos a serem tratados como iguais, nos moldes da igual consideração e respeito de Dworkin.

Neves enxerga duas dimensões na noção de acesso igualitário aos procedimentos. De um lado, a perspectiva sistêmica implica a neutralização das desigualdades fáticas na consideração jurídico-política de pessoas e grupos. Do outro, a esfera pública pluralista deve respeitar recíproca e simetricamente as diferenças, o que pressupõe procedimentos sensíveis ao convívio dos diferentes. Aqui está pressuposto o *equal concern and respect (treatment as an equal)* de Dworkin, do qual derivaria o direito de igual tratamento (*equal treatment*), referente a uma distribuição igual de oportunidades, recursos ou encargos.

Enquanto o *treatment as an equal* é construído a partir da esfera pública pluralista, o *equal treatment* é uma resposta sistêmica às exigências de integração jurídico-política igualitária, a qual, ainda que derivada do primeiro, é essencial a sua sustentação. Ora, os sistemas jurídico e político não podem distribuir desigualmente as oportunidades, recursos e encargos sem que isso signifique uma violação do direito de ser tratado como igual no âmbito da esfera pública pluralista.

Portanto, em vez de relação de fundamentalidade e derivação, pode-se afirmar que se trata da pressuposição recíproca das duas perspectivas através das quais o princípio da igualdade pode ser observado: a perspectiva interna e sistêmica, referente ao tratamento jurídico-político igual, que envolve a neutralização das desigualdades presentes no ambiente; a perspectiva externa da esfera pública pluralista, concernente ao direito a ser tratado como um igual ou ao direito de igual respeito e consideração (NEVES, 2006, p. 171)

Neves, para compatibilizar o igual respeito e consideração com a sua tese, lê tal ideia não propriamente como um direito, mas sim, no contexto da dupla contingência da esfera pública, como uma questão de reconhecimento. Em linguagem sistêmica, diz que a falta de reconhecimento faz as expectativas de *alter* não serem levadas em consideração ou serem desprezadas por *ego*. Uma generalização dessa postura em relação a certos indivíduos e grupos na esfera pública e na interação cotidiana pode levar à exclusão jurídica e à falta de satisfação dos direitos fundamentais. Esse reconhecimento, pois, figura como um problema de consideração das expectativas (relativamente indeterminadas) de *alter* por *ego*, podendo ser convertido em pressuposto do direito de ser tratado como um igual (NEVES, 2006, p. 171).

Cortina (2008, p. 269), por sua vez, em sua leitura procedimentalista qualificada por elementos substanciais de virtude, afirma que o *télos* da comunicação (acordo) só pode ser plenamente produzido em condições de simetria material e cultural. Tal finalidade impõe o reconhecimento não apenas de direitos humanos universais, independentes dos contextos – “direitos pragmáticos” –, mas também de certos direitos concretamente situados em uma dada comunidade. Esses direitos historicamente reconhecidos estão basicamente relacionados às condições materiais culturais que permitam aos interlocutores discutir e decidir em pé de igualdade, nos moldes da razão comunicativa. A proposta de Cortina manifesta-se em um conceito dualista de direitos humanos, dotado de um momento de

instrumentalidade e um momento de indisponibilidade do direito positivo. Essa teoria dos direitos humanos, preocupada com o fato do pluralismo, encontra base em uma ética procedimental, e não em uma ética de bens. A concreção desse conceito de direitos humanos é obviamente contextual. Entretanto, sua validade não é determinada apenas pela história, visto que sua necessária positivação jurídica não se faz suficiente, dado o caráter indispensável da reflexão filosófica sobre a legitimidade.

Cortina (2008, p.275) identifica um declínio das chaves do liberalismo e do socialismo, pretensas ideologias que teriam se aproximado até praticamente chegarem a uma identificação. Atualmente, segundo Cortina, nenhuma ética política, nem liberal, nem socialista, quer renunciar à liberdade e à igualdade, os dois grandes valores da modernidade. Ora, a matriz ética do socialismo é composta pela liberdade, pela igualdade e pela fraternidade, o que indica sua origem liberal, motivo pelo qual não é de surpreender que o liberalismo ético-político atual busque conciliar os valores de liberdade e igualdade em alguma concepção coerente de justiça. Cortina vê na imagem da dialética hegeliana o surgimento de um terceiro, surgido da unilateralidade entre liberalismo e socialismo. O resultado de tal síntese implica, de um lado, a congregação das conquistas irrenunciáveis de ambos os “ismos”, e, de outro, a superação de ambas as vertentes pela conjugação da autonomia pessoal, já não mais vista como individualismo possessivo, com a solidariedade, já não mais tida como um coletivismo.

Cortina (2008, p. 281 e ss.) já vê mesmo em Rawls certas características socialistas, como a posição original, em que os indivíduos estariam dispostos a submeter suas capacidades naturais e sociais a uma vontade geral, e o princípio da diferença. A autora entende que a teoria da justiça do liberalismo político já consiste em uma superação do individualismo possessivo e do coletivismo, em uma conciliação entre autonomia e solidariedade. De um lado, o cálculo de cada indivíduo racional na posição original sobre quais princípios seria mais conveniente proteger e quais planos seria mais interessante fomentar indica uma concepção individualista e monológica. Do outro, estão presentes a razoabilidade da cooperação e as condições de imparcialidade, condições estas que expressam a noção kantiana de autonomia, e não propriamente um individualismo. O

personalismo kantiano, como herança da modernidade, está preservado como capacidade legisladora igual e conforma o sentido reflexivo de justiça, ainda que não governe completamente nossas decisões jurídicas e políticas. Em verdade, a privatização das doutrinas éticas abrangentes não englobaria as perspectivas liberal e socialista, já que, no contexto das democracias constitucionais, o consenso se ampliou progressivamente e se institucionalizou, ainda que de forma imperfeita.

A solidariedade impõe uma dialética de autocentramento e descentramento que não surge de um se querer a si mesmo, por mais racional que seja. Trata-se de uma relação entre pessoas, as quais têm o mesmo interesse na participação em algo. A solidariedade exprime a atitude de empregar interesse e esforço em empreendimento alheio. Enquanto, na dimensão do autocentramento, o indivíduo valoriza a si mesmo, na dimensão do descentramento, esse indivíduo já se sabe inscrito em uma comunidade, com a qual já compartilha interesses, e valoriza como valiosa em si cada um de seus integrantes. O indivíduo autocompreende-se em uma trama de relações, sem a qual não poderia fazê-lo. O modo-de-ser é pertencer a uma comunidade, em que as pessoas se reconhecem reciprocamente (CORTINA, 2008, p. 290-2).

A *práxis* lingüística revela uma dupla face. Na primeira delas, o uso de pronomes pessoais aponta para sujeitos autônomos, dotados da capacidade de comunicação e acordo, sem os quais desapareceria o acontecer lingüístico. Tal autonomia é protegida pelos princípios da justiça e pela exigência de reconhecimento de direitos do homem, primordialmente o de participação na legislação do país em que vive. No entanto, a autonomia pessoal não se esgota neste último direito, sob pena de um reducionismo coletivizante castrador da reflexão intrassubjetiva, a qual é insubstituível pelo diálogo (intersubjetivo). Na outra face da *práxis* lingüística, é perceptível que as pessoas não subsistem sem uma trama de relações intersubjetivas, de modo que se a justiça é necessária para proteger os sujeitos autônomos e postula igual respeito e direitos iguais para eles, a solidariedade exige empatia e preocupação com o bem-estar do próximo (CORTINA, 2008, p. 293-4).

A imagem da dialética, *mutatis mutandis*, pode ser substituída pela interpretação construtiva em Dworkin, a qual não abandona a tradição ou a disposição para o diálogo. Nossa concepção da proibição de retrocesso social assume as considerações de Cortina e Neves. Para fins de heterorreflexividade, entretanto, deve ser submetida a uma doutrina de cunho radicalmente distinto, motivo pelo qual o desenrolar de nossas conclusões terá como anteparo o diálogo Posner-Dworkin, em tópico que, propositalmente, será composto por uma grande quantidade de citações intercaladas entre os dois autores, de forma a caracterizar a postura dialógica sobre doutrinas morais postulada pelo próprio Dworkin.

#### 4. O “SOCIAL” É MAXIMIZAÇÃO DE RIQUEZA?

O que é esse “social?” Não podemos restar limitados a uma aferição analítica do significado do termo. Ultrapassemos, pois, o mero plano apofântico e tratemos de delinear a noção. Para tal desiderato, utilizaremos como eixo o debate travado por Ronald Dworkin e Richard Posner, representante da escola de pensamento jurídico conhecida como Análise Econômica do Direito, a respeito da possibilidade de se considerar a maximização de riqueza como um componente ou um instrumento do valor social. O discurso dos autores funda-se em uma tensão entre uma perspectiva da atividade jurisdicional como orientada para a maximização da riqueza, tese defendida por Posner, e a importância reconhecida por Dworkin ao ideal político de uma justa distribuição de recursos e oportunidades.

Dworkin (2001) propõe-se a analisar as possibilidades abertas pela análise econômica do direito, de maneira a testar sua coerência e viabilidade. Para tal desiderato, questiona uma premissa fundamental adotada pelos adeptos da teoria, qual seja, a de que a riqueza é um valor social de alta relevância e deve servir como critério de resolução das decisões dos tribunais, vistas de modo político. O professor de Oxford, na primeira parte da sua exposição, aborda a possibilidade de se considerar a riqueza como um componente (seja o único ou não) do valor social.

Começarei examinando se a afirmação de que a riqueza social é um componente do valor, nas versões imodesta ou modesta dessa afirmação, é uma idéia defensável.

Acho evidente que não é. Talvez ninguém ache que é, embora tenha havido muita retórica descuidada a respeito. [...]. Se a análise econômica afirma que as ações

judiciais devem ser decididas de modo a aumentar a riqueza social, definida do modo descrito, deve demonstrar por que uma sociedade com mais riqueza, por essa única razão, é melhor ou está em melhor situação que uma sociedade com menos riqueza[...]. Distingui, e agora proponho examinar, uma forma de resposta: a riqueza social é, em si, um componente do valor. Essa resposta formula uma teoria do valor. Sustenta que se uma sociedade muda, de modo que haja mais riqueza, essa mudança é, em si, pelo menos *pro tanto*, um aumento no valor, mesmo que não haja outras mudanças que constituam também um aumento no valor, e mesmo que a mudança represente, em outros aspectos uma queda no valor. A presente questão não é se uma sociedade que segue a análise econômica do Direito produzirá mudanças que constituem aumentos de riqueza sem nada mais que as recomende. A questão é se tais mudanças constituiriam um aumento no valor. Essa é uma questão de filosofia moral [...]. Se a resposta à minha pergunta é não - um mero progresso na riqueza social não é um aumento no valor - , a afirmação de que a riqueza social é um componente do valor não se sustenta [...]. (DWORKIN, 2001, p.358-359)

Dworkin (2001, pp. 363 e ss.), com base em um exemplo fictício, ilustra seu posicionamento de que a maximização da riqueza social pode levar a uma sociedade considerada pior, o que tornaria indefensável o pensamento adotado por Posner. Podemos observar, inclusive, no seguinte excerto da obra do autor, a supracitada tensão entre justiça distributiva e riqueza social.

Se o indivíduo deve escolher a sociedade moralmente melhor, por que não considerar sua justiça exclusivamente? [...] duas respostas são similares em essência porque ambas presumem que a maximização da riqueza é um componente do valor social. Na primeira, a maximização da riqueza é tratada como um componente que rivaliza com a justiça e, na segunda, como um componente da justiça, mas que rivaliza com outros componentes desse conceito. [...] É absurdo considerar a maximização da riqueza um componente do valor, dentro ou fora do conceito de justiça.

Posner (2007, p.496), por sua vez, ao tratar da distribuição de recursos sociais, defende que uma boa distribuição de renda pode intensificar os conflitos em uma sociedade democrática, visto que, como nunca haverá uma perfeita igualdade de renda, a tendência de comparação entre os indivíduos se tornará maior caso as diferenças entre eles se tornem reduzidas o suficiente para que se sintam minimamente capazes de invejar uns aos outros. Pitorescamente inspirado no ditado “a grama é sempre mais verde do outro lado” (*the grass is always greener on the other side*), o defensor da análise econômica do direito entende que a maximização da riqueza constitui um valor social mais sólido do que uma distribuição voltada à redução de desigualdades.

A igualdade de renda é menos importante do que a renda total no tocante à manutenção da paz social e da estabilidade política. Numa sociedade em que a grande maioria da população é pobre e há apenas uma pequena classe rica, a maioria não tem vez no regime democrático e, conseqüentemente, não o defende contra um *Putsch*. Sendo pobres, eles estão predispostos a sentir (ainda que, com freqüência, erroneamente) que eles não têm nada a perder com uma mudança no sistema de governo. Contraste isso com uma sociedade que, tendo ou não uma grande classe baixa, é formada predominantemente por pessoas ricas: se, além do mais, como parece plausível, a liberdade política for considerada um bem superior, mais será demandado se a renda *per capita* for alta. Ademais, pessoas ricas, são menos propensas a adotarem uma atitude rebelde e mais difíceis de reprimir.

Então, a menos que a distribuição de renda delinieie-se de maneira peculiar, ou seja, que exista uma minúscula classe alta e uma enorme classe baixa, uma alta média de renda, ainda que desigualmente distribuída, deve assegurar a estabilidade democrática. Ademais, se as pessoas avaliarem sua situação com base em sua própria experiência, e não nas experiências de pessoas que vivem em circunstâncias consideravelmente diferentes das delas, um aumento na desigualdade de renda dificilmente exacerbará quaisquer despeito dos integrantes da camada mais baixa em relação àqueles que estejam acima deles na distribuição de renda – contanto que a renda média esteja crescendo. (POSNER, 2007, p.496)

Conforme podemos observar da exposição de Dworkin (2001, p.380), uma leitura da defesa de Posner em favor da maximização de riqueza que entenda esta não mais como componente, mas como instrumento de consecução do valor social, pressupõe erroneamente que os integrantes de uma sociedade baseada no incremento da riqueza produzem mais benefícios para seus pares do que uma sociedade orientada para a distribuição de renda.

O argumento de Posner é direto: numa sociedade dedicada à maximização da riqueza, as pessoas somente podem melhorar sua posição beneficiando outros, pois, quando alguém produz bens e serviços que os outros comprem, deve estar produzindo algum benefício não para si, mas também para os outros. O argumento não especifica o sistema de medida que presume para verificar se uma sociedade inclinada à riqueza produz mais atividade benéfica para outros do que uma sociedade que encoraja um altruísmo mais direto. Mesmo que a riqueza produzida para os outros seja considerada como medida, sem levar em conta a distribuição, está longe de ser claro que as pessoas produzirão mais riqueza para outras pessoas, que não elas próprias, na maximização da riqueza do que em um sistema de tributação e redistribuição, mesmo que o segundo tenha, no conjunto, produzido menos riqueza. Com certeza, o bem-estar para todos é uma medida melhor da conquista moral do que simplesmente a riqueza para os outros, e, por causa da utilidade marginal, o bem-estar para os outros é um padrão que inclui exigências de distribuição. Está longe de ser claro que a maximização da riqueza irá gerar mais bem-estar para outros que outras estruturas políticas e econômicas mais conciliadoras.

Dworkin (2001, p. 381 e ss.), ao arrematar sua argumentação, afirma expressamente sua incredulidade no mecanismo transversal de distribuição de renda que a leitura instrumental da maximização da riqueza social poderia proporcionar.

Quanto melhor uma pessoa é na maximização da riqueza pessoal [...], menos os seus atos beneficiarão outros, porque mais ele será capaz de reter do excedente em cada transação ou empreendimento. Qualquer benefício para os outros vem da mão invisível, não da boa vontade. Não pode ser o valor intrínseco dos atos que geram riqueza que recomenda a maximização da riqueza.

Talvez sejam as conseqüências desses atos. Talvez os indivíduos que busquem apenas a riqueza pessoal produzam uma distribuição justa. Essa sugestão, no seu âmbito mais amplo, supõe que uma sociedade que busca a maximização da riqueza chegará mais perto dos ideais de justiça distributiva do que uma sociedade que não persiga exclusivamente esse objetivo. Esses ideais de justiça distributiva devem ser especificados ou, pelo menos, concebidos, independentemente da maximização da riqueza. Será incorreto dizer que a justiça distributiva é qualquer estado de coisas que seja produzido pela maximização da riqueza. Isso porque a afirmação de que a maximização da riqueza leva à justiça distributiva seria mera tautologia.

É implausível pensar que uma sociedade que busca exclusivamente a maximização da riqueza conseguirá mais utilidade total que uma sociedade que busca a maximização da riqueza mas coloca um limite superior no nível de desigualdade que irá tolerar em nome da riqueza social.

Diante das considerações realizadas pelos autores a respeito do valor social, temos que a Constituição de 1988 albergou veementemente uma concepção de “social” diretamente ligada à distribuição de renda e se afastou, assim, de leituras economicistas como a da análise econômica do direito. Ora, uma Carta Constitucional que prevê como objetivo fundamental do país “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, da CF/88) de maneira alguma poderia se limitar a estimular a maximização da riqueza social, mesmo na esperança de que, mediante o esdrúxulo mecanismo da economia acima esposado, tal postura redundasse numa boa distribuição de renda – até mesmo porque, como já afirmado por Dworkin, não há nenhuma garantia de que a adoção da premissa de Posner levaria a tal conclusão.

Ademais, outro dos objetivos da República Federativa do Brasil é o de “construir uma sociedade livre, justa e solidária” (art. 3º, I, da CF/88). As noções de justiça e solidariedade social não se coadunam com a linha de pensamento de Posner acima reproduzida, mormente no tocante à inveja. Primeiro, porque, baseado em estudos econômicos, o autor retira da inveja um caráter negativo, visto acreditar que tal sentimento possui o potencial de

estimular a produtividade do ser humano, o que destoa completamente da noção de solidariedade que permeia o sentido democrático de nossa Constituição. Segundo, porque ele entende que uma distribuição de renda voltada para a redução das desigualdades, em vez de ser um bom caminho para aplacar a inveja, pode vir a servir de incremento para ela, donde seria mais prolífico maximizar a riqueza e restringir a preocupação com sua distribuição às situações em que a distância entre uma pequena classe rica e uma grande classe pobre fosse abissal a ponto de ameaçar a estabilidade democrática.

Dworkin estuda ainda uma terceira possibilidade de adoção da maximização de riqueza como instrumento de concretização dos valores sociais, qual seja, a da maximização da riqueza como um instrumento para a consecução de valores sociais. Chamada pelo autor de teoria utilitarista-instrumental, essa tese supõe que “se os juízes decidissem tais casos (difíceis) de modo que aumentasse a riqueza total, outras instituições - legislativas talvez - redistribuiriam a riqueza total aumentada para promover a utilidade média ou total” (DWORKIN, 2001, p.388). O professor estadunidense questiona se tal posicionamento pressuporia que ao Legislativo caberia a redistribuição da riqueza maximizada pelas decisões judiciais e descarta a teoria utilitarista-instrumental com os seguintes argumentos: 1) nada garante a atuação do legislativo nesse sentido; e 2) seria mais proveitoso, já que se estaria a tratar de uma orientação da atividade jurisdicional por argumentos de política, decidir tendo em vista a maximização direta da utilidade.

Obviamente, Dworkin (2001, p.397), para quem as decisões judiciais devem ser proferidas com base em argumentos de princípio, não concorda que a atividade do juiz deve ser pautada em ideais políticos de maximização de riqueza ou de utilidade.

Podemos tentar demonstrar que as decisões que parecem maximizar a riqueza são necessárias, não como decisões instrumentais buscando produzir certo estado de coisas, de riqueza social, utilidade, ou qualquer outra meta de política, mas, antes, como decisões de princípio aplicando uma concepção plausível de equidade.

O pensamento de Dworkin permite-nos abarcar a dimensão social do nosso Estado Democrático de Direito como componente do tratamento com "igual consideração e respeito". Mesmo que a maximização da riqueza seja considerada um mero instrumento do valor social, não podemos apostar na idéia de considerá-la um falso alvo e ficar na leviana

expectativa de acertar os verdadeiros, nem seria apropriado relegar os supracitados objetivos de nossa República à ação da mão invisível.

A versão de comunidade concebida por Dworkin (2003, p.212 e ss.) estabelece uma vinculação entre as responsabilidades de cada membro da comunidade e suas autoridades, de forma que estas, ao representarem aqueles politicamente, devem os tratar como iguais, em função de uma obrigação de imparcialidade (*fairness*). O respeito aos representantes como aqueles que fazem presente nossas próprias vozes pressupõe a concepção da comunidade como um sistema coerente de princípios. Aí reside a origem da virtude soberana de "igual consideração e respeito".

A aceitação dos dois princípios de dignidade humana significa que devemos compreendê-los em suas implicações recíprocas. O primeiro princípio de dignidade, o da igual importância ou valor intrínseco, atribui à vida humana um tipo especial de valor objetivo, sendo importante independentemente da busca por um modelo de sucesso. O segundo princípio, o da responsabilidade especial, nos permite determinar livremente qual modelo de vida pode ser bom para nós, decisão que não pode ser imposta por outrem ou pelas instituições. Isso não significa, entretanto, que a vida do indivíduo não seja compreendida no contexto da comunidade e da tradição a que pertence, nem que neguemos os valores comunitários. Cada um atribui importância objetiva à sua forma de viver e, a partir daí, deve reconhecer isso em medida igual às demais pessoas. Não podemos separar o respeito pelas nossas vidas e o respeito pelos outros, pois é impossível negar a importância intrínseca da vida humana sem insultarmos nossa própria dignidade, ponto em que Dworkin se aproxima de Kant.

Dworkin preocupa-se em compatibilizar a responsabilidade especial e a liberdade por ela exigida. Nossa definição de responsabilidade, portanto, deve ser conformada a nossa assunção de que a vida de todos é igual valor intrínseco e de que todo mundo tem uma responsabilidade pessoal por sua vida. Se formularmos a liberdade como o direito de fazermos o que desejamos com os recursos justamente distribuídos, não poderemos falar em violação de liberdade quando o governo adotar certas medidas regulatórias em função de razões distributivas. O exemplo clássico de Dworkin é a tributação, a qual seria legítima

caso satisfizesse um padrão distributivo de justiça, pois o impacto das políticas públicas na vida de cada cidadão deve ser igualmente importante.

Um tratamento coletivo dos membros da comunidade com igual consideração e respeito dá-se quando o arranjo político faz a riqueza de cada um depender apenas das escolhas que ele fez a partir de um ponto inicial comum. Os membros da comunidade devem começar suas vidas com riqueza material igual, ainda que, obviamente, a responsabilidade especial de cada um e a neutralidade do Estado quanto às concepções de vida implique a tomada individual de decisões distintas, o que, por sua vez, importará em situações de desigualdade fundadas nas próprias escolhas livremente adotadas. O igual respeito e consideração pode, então, ser interpretado como igualdade de recursos *ex ante*. Tal igualdade de recursos é o que nos dá uma justificativa moral para a defesa das liberdades fundamentais, de forma que os direitos individuais devem ser reconhecidos em função das demandas do direito de ser tratado como um igual. Se a igualdade é definida como igualdade de recursos, precisamos incorporar a liberdade como a possibilidade de que todos tenham iguais possibilidades nas escolhas pessoais de suas vidas. Assim, a liberdade serve como uma garantia à igualdade, estando ligada a ela não de forma instrumental, mas sim em uma concepção coerente de condicionamento recíproco. Não há, então, qualquer hierarquia lexicográfica de princípios de justiça, diferentemente do que acontece em Rawls, em que o primeiro princípio tem prioridade sobre o segundo.

A teoria sobre a justiça distributiva em Dworkin parte do direito abstrato de igual consideração e respeito em direção a dois princípios mais concretos: o de ser tratado como igual e o de tratar todos igualmente. Ser tratado como igual significa que ninguém pode ter vantagens ou se apropriar de recursos sem que isso se dê de forma igualitária. O papel da comunidade será o de, com sensibilidade perante as escolhas das pessoas, garantir o pleno atendimento dos dois princípios, das leis e dos dispositivos independentemente da origem, raça ou posição social.

Dworkin distingue entre dois modelos de vida. O modelo de impacto mede o caráter bom de uma vida pelo sucesso alcançado e pela repercussão que a vida da pessoa adquiriu. Esse modelo não garante uma neutralidade no contexto do pluralismo, pois pressupõe a

definição de quais resultados permitem a qualificação objetiva de uma vida como boa. O valor ético seria transcendente e independente do contexto em que se encontra. Ao mesmo tempo, seria pessoa, visto estar no impacto do indivíduo no mundo e na comunidade como um todo. Diferentemente, o modelo de desafio apenas indica que o plano de vida escolhido e enfrentado terá valor, cabendo ao indivíduo, em sua liberdade, responder pela suas escolhas. Nesse modelo, o que importa é a performance do indivíduo no desenvolvimento de sua experiência de vida e os motivos dos atos praticados por ele, e não os resultados produzidos. Aqui, a situação histórica do indivíduo influencia o plano de vida, caracterizando o valor ético como indexado e tornando nosso desafio maior ou menor em função das mudanças culturais e legais, o que liga nossas convicções a um exercício comunitário e permite a qualificação do valor ético como coletivo. Os recursos aparecem como parâmetro para o desafio que cada um deve escolher e se identificar, e é isso o que a justiça determina, e não qual a concepção de vida boa a ser eleita e imposta aos outros. Viver bem, portanto, é viver justamente, o que significa responder da maneira correta ao desafio correto. A integridade ética é alcançada quando o sujeito considera sua vida apropriada e não imagina que outro estilo de vida a ser tomado teria sido melhor.

O tecido emocional do liberalismo de Dworkin concebe a igualdade como igualdade de recursos, a liberdade como a possibilidade de escolha e ação sem desrespeitar os direitos alheios, e uma comunidade em uma respeito compartilhado pela liberdade e pelas responsabilidades individuais. As decisões políticas em uma democracia não são influenciadas apenas pelas preferências pessoais, mas também pelas preferências externas, entendidas estas como aquelas sobre o que os outros devem fazer ou ter. As preferências externas podem invadir a liberdade de cada indivíduo e, assim, desrespeitar o princípio da igualdade. Desse modo, a democracia exige uma estruturação de direitos e deveres fundamentais que garanta a possibilidade de que cada um tenha suas preferências externas, mas as mantenham fora da formulação básicas das instituições políticas. Tais direitos fundamentais protegem os cidadãos contra desigualdades inaceitáveis geradas pelas variações do mercado e das instituições democráticas. Servem, pois, como trunfos dos quais

os cidadãos podem dispor contra as desigualdades e que possibilitam um aperfeiçoamento da própria moralidade política.

Dworkin, aproximando-se de Platão, entende que a vida boa pressupõe uma base justa, de forma que justiça e interesse próprio nunca poderiam estar em conflito. Por tal motivo, uma boa vida exige que sua experiência se dê em condições justas, o que é entendido, em Dworkin, como uma distribuição justa de recursos *ex ante*. Isso significa também que nenhum cidadão poderia ter uma vida caso tivesse, *ex ante*, mais recursos do que a quantidade justa impõe, donde a justificação do reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso social como um elemento densificador da igualdade e do respeito aos direitos como trunfos.

## 5. CONCLUSÃO: PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL, HIERARQUIAS ENTRELAÇADAS E HERMENÊUTICA FILOSÓFICA

Uma compreensão do fenômeno jurídico com base na hermenêutica filosófica pressupõe a consciência da diferença ôntico-ontológica, a qual, vertida reflexivamente na dimensão apofântica da linguagem, é traduzível no âmbito jurídico como diferença texto-norma (STRECK, 2008). Seria impossível distinguir de maneira estanque as funções do legislador e do juiz nos moldes clássicos da separação dos poderes. Por outro lado, nunca poderíamos pretender que ao juiz coubesse maximizar a riqueza, nos moldes da distribuição previamente estabelecida pelo legislador. Como ao texto legislativo só pode ser atribuído sentido em sua dimensão hermenêutica (norma), sua significação não pode ser cindida em relação à faticidade, donde imperioso o reconhecimento de que qualquer distribuição de renda só poderia vir a ser perpetrada quando da interpretação/aplicação realizada pelo juiz diante de um dado problema, real ou hipotético, a ser resolvido.

Aqui é pertinente a consideração da noção sistêmica de hierarquias entrelaçadas. Não há uma hierarquia linear no interior do subsistema jurídico e do seu acoplamento estrutural com o subsistema político. A jurisdição estabelece o que é legal e o que é constitucional, de maneira a controlar o sentido normativo das decisões legislativas, mas, ao

mesmo tempo, está vinculada a tais manifestações parlamentares. Esse desenho impede o estabelecimento de uma hierarquia unilateral do processo legislativo nos moldes exegéticos, de forma a obstar a configuração de uma “ditadura da maioria”. Não seria adequada a descrição realizada pelas teorias tradicionais do Estado de Direito, em que a subordinação do juiz à lei é traduzida em subordinação à legislação como procedimento. A vinculação do juiz à lei precisa levar em conta o pressuposto lingüístico de que os textos legais, como entes, precisam da atividade compreensiva do juiz para fins de desvelamento de sentido (existência) aplicativo em um caso real (e não apenas hipotético). Tal questão ganha ainda maior densidade no que diz respeito ao exercício do controle de constitucionalidade. A lei vincula a jurisdição, mas sua própria validade da lei está subordinada ao sentido desvelado pela jurisdição. Nos termos de Neves (NEVES, 2006, p. 191-2), podemos dizer que não há uma relação unilateral “metalinguagem legal → linguagem-objeto jurisdicional”. Ambas constituem simultânea e reciprocamente linguagem-objeto e metalinguagem. A Constituição não estabelece, portanto, uma hierarquia procedimental, mas sim uma repartição orgânica de competências e um controle interorgânico. A Constituição, no contexto do Estado de Direito, não funciona como fórmula de isolamento, mas sim como modelo de horizontalidade orgânica e circularidade procedimental (NEVES, 2006, p. 152-3).

Com base na premissa acima estabelecida, temos que o legislador não pode densificar *per se* o texto constitucional, nem distribuir bens autonomamente, justamente porque a compreensão normativa de uma tal distribuição densificante pressupõe a faticidade inerente à interpretação/aplicação. Assim, é a compreensão do juiz que, pautada por uma leitura dos textos legislativos e orientada pelo sentido da historicidade da nossa Constituição, do nosso romance em cadeia, pode resultar no entendimento de que a norma do texto infraconstitucional, na unicidade de um caso concreto, é concretizadora de direito fundamental e de mandamentos constitucionais, como os de solidariedade, justiça social e redução das desigualdades sociais – os quais pressupõem a distribuição de bens como corolário do sentido normativo dos textos constitucionais, mas não com base em argumentos de política, e sim em argumentos de princípio.

Decorre do raciocínio ora desenvolvido o reconhecimento de que a corrente compreensão da proibição de retrocesso social na nossa comunidade jurídica é equivocada. Tal princípio não consiste na impossibilidade de que o legislador reduza o grau de concretização infraconstitucional de direitos fundamentais, justamente porque esse tipo de aferição só pode ser realizado na experiência de uma situação concreta. De tal maneira, o intérprete, ao se deparar com um problema a respeito do qual lhe demandam solução jurisdicional, inspirado pela nossa construção histórica de direitos fundamentais, não deve meramente buscar um cotejo entre os dispositivos constitucionais para investigar se o legislador reduziu o grau de concretização de direito fundamental e, em caso de concluir por uma resposta positiva, decidir pela inconstitucionalidade da atuação legislativa com base no princípio da proibição de retrocesso social, como se tal resposta fosse *prima facie* aplicável para quaisquer casos que envolvessem matéria semelhante. Ao contrário, a proibição de retrocesso social constitui especial mandamento ao juiz, a quem cabe realizar, orientado pelas normas (sentidos) dos textos (entes) constitucionais e infraconstitucionais, uma atividade crítico-reflexiva a respeito de eventual necessidade de mudança no nosso romance em cadeia, em respeito à integridade do direito em uma dada cadeia comunicativa.

É indubitável que uma decisão judicial, por englobar latentemente a possibilidade de modificação no curso do romance em cadeia, exerce uma espécie de *gravitas* em relação aos casos seguintes, em consonância com o ideal de coerência e integridade defendido por Dworkin. Um precedente, no entanto, não pode ser meramente vertido na dimensão apofântica da linguagem em afirmações de que “o legislador reduziu o grau de concretização de direito fundamental sem, no entanto, ofender indevidamente o princípio da proibição de retrocesso social, visto que haveria razões mais pesadas para justificar tal posicionamento” ou de que “o legislador ofendeu o princípio da proibição de retrocesso social, donde o reconhecimento da lei superveniente como inconstitucional”. Entendimentos desse tipo importariam em admitir uma cisão entre os discursos de justificação e aplicação, ideia incompatível com um neoconstitucionalismo de cariz filosófico-hermenêutico. Temos, isso sim, que pensar no precedente em razão de sua unicidade decisória, de modo que seu peso seja levado em consideração no sentido de afastar ou fundamentar interpretações

transgressoras do nosso sentido de constituição. Retrocessivo, pois, não seria o texto legislativo em si, mas sim uma decisão no sentido de que seu ser consiste em uma norma que aponta, sem fundamentos sólidos para tal virada de orientação, contra a concretização de direito fundamental numa situação concreta.

Não há que se buscar a caracterização do princípio da proibição de retrocesso social como uma norma implicitamente derivada de outros princípios, como o da segurança jurídica e o da proteção da confiança, nos moldes do esforço doutrinário já mencionado na introdução deste trabalho – por todos, Sarlet. Da mesma maneira que a compreensão do Estado brasileiro, fundado no regime democrático, diante do processo que originou a nossa Constituição, não precisaria estar registrada expressamente na Carta Constitucional, não precisamos de maiores esforços dogmáticos para depreender que o caráter dirigente da CF/88 impõe um mandamento de não retrocesso em matéria de concretização de direitos sociais. Nomear um princípio da proibição de retrocesso social, no máximo, constitui um refinamento da dimensão artificial da linguagem mediante um esforço de sintetização (sempre imperfeita, por força da anterioridade da dimensão hermenêutica e do déficit inerente à tentativa de sua transposição para a linguagem apofântica – há sempre um não-dito no dito), nessa expressão, do sentido progressista, sempre orientado, como na utopia de Cortina, para um acontecer constitucional futuro mais democrático.

## REFERÊNCIAS

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios: Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 3ª Edição. Editora Malheiros, São Paulo, 2004.

CONTO, Mario de. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social*. Uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica. Porto Alegre: Do Advogado, 2008, p. 100.

CORTINA, Adela. *Ética sem moral*. São Paulo: Martins Fontes, 2010.

DWORKIN, Ronald. *O império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

\_\_\_\_\_. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001.

NEVES, Marcelo. *Entre Têmis e Leviatã: uma relação difícil*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Efeitos da decisão de inconstitucionalidade em direito tributário*. São Paulo: Dialética, 2002.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 4ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005

STRECK, Lenio Luiz. *Verdade e Consenso*. 2ª Ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.