



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO
MESTRADO DIREITO PÚBLICO

A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NA
DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO

MARTA FREIRE MEHMERI

Salvador
AGOSTO/2011

MARTA FREIRE MEHMERI

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NA
DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação apresentada como requisito parcial para obtenção do título de Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia.

Orientador: Dirley da Cunha Jr.

Área de concentração: Direito Público

Linha de pesquisa: Constituição, Estado e Direitos Fundamentais

Salvador

2011

M498 Mehmeri, Marta Freire,
A aplicação do princípio do não retrocesso social na doutrina e na
jurisprudência do ordenamento jurídico brasileiro/ por Marta Freire Mehmeri.–2011.
160 f.

Orientador: Professor Dirley da Cunha Jr.
Dissertação (Mestrado) – Universidade Federal da Bahia
Faculdade de Direito, 2011.

1. Direitos fundamentais-Brasil 2. Direito constitucional-Brasil 3. Direitos
Sociais-Brasil I. Universidade Federal da Bahia

CDD- 342.81085

TERMO DE APROVAÇÃO

MARTA FREIRE MEHMERI

**A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NA
DOUTRINA E NA JURISPRUDÊNCIA DO ORDENAMENTO
JURÍDICO BRASILEIRO**

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito
Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Dirley da Cunha Jr.
UFBA
(Orientador)

Ricardo Maurício Freire Soares
UFBA

Salvador/BA/2011

A meu pai, Roberto,
e a minha mãe, Lícia,
em memória.

A meu esposo,
Antonio José Filho,
e a meu filho
Antonio José Neto.

AGRADECIMENTOS

Após a concretização deste estudo, agradeço a meu orientador Dirley da Cunha Júnior e aos Professores Rodolfo Pamplona e Ricardo Maurício Soares pelas orientações de pesquisa para a realização deste trabalho.

Agradeço aos professores do Programa, com os quais cumpri os créditos do Mestrado, e muito contribuíram para a minha formação crítica como pesquisadora: Paulo Pimenta, Nelson Cerqueira, Eron Gordilho e Saulo Casali.

Ademais, a todos os colegas do mestrado pelo compartilhar de idéias e textos comuns às nossas pesquisas e aos funcionários da secretaria do PPGD, especialmente Jovino, sempre disponíveis e atenciosos.

“Se as coisas são inatingíveis... ora! Não é motivo para não querê-las... Que triste os caminhos, se não fora a presença das estrelas!”.

Mário Quintana

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo o estudo do princípio do não retrocesso social, princípio constitucional implícito, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia. Uma vez que trata de um princípio, este estudo se inicia com a análise da teoria geral dos princípios constitucionais. São abordadas questões relativas aos princípios no jusnaturalismo, positivismo e no atual movimento denominado de pós-positivismo, em que as novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios. Aprofundamos na questão do conflito entre princípios e da técnica do sopesamento, adotada por Alexy. Como o princípio do não retrocesso, no presente trabalho, diz respeito aos direitos sociais, desenvolvemos um estudo dos direitos fundamentais de segunda dimensão, os quais outorgam ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outros. A partir deste momento, iniciamos o tratamento doutrinário do não retrocesso como princípio constitucional implícito e a sua relação com os princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e da máxima eficácia e efetividade dos direitos constitucionais. Estabeleceu-se o âmbito de extensão da aplicação do referido princípio com a análise dos diversos critérios de aplicação do mesmo, como a salvaguarda do núcleo essencial, a proporcionalidade, e a dignidade da pessoa humana, dando ênfase ao seu caráter relativo e rebatendo as críticas a ele dirigidas. Ademais, apresentamos um minucioso estudo sobre a aplicação do princípio do não retrocesso no direito estrangeiro e na jurisprudência dos Tribunais brasileiros.

Palavras-chave: Teoria Geral dos Princípios. Jusnaturalismo. Positivismo. Pós-positivismo. Direitos Sociais. Princípio do não retrocesso social. Princípio constitucional implícito. A aplicação na doutrina brasileira. Princípio da dignidade da pessoa humana. Princípio da Segurança Jurídica. Caráter Relativo. Superação das críticas. Direito Estrangeiro. Jurisprudência brasileira.

:

ABSTRACT

This work aims to study the implicit constitutional principle of non social regression that prohibits the legislature to remove or alter infra constitutional rules that densify social rights such as to violate their effectiveness. Since it is a principle, this study begins with an analysis of the general theory of constitutional principles. Will be study the principles in natural law, positivism, and the current movement called post-positivism, in which new constitutions promulgated emphasize the hegemony of axiological principles . Delve into the issue of conflict between principles and the technique of weighing, adopted by Alexy. As the principle of non-retrogression, in the present study relates to social rights, we developed a study of the fundamental rights of the second dimension, which provide, at the individual, rights to state benefits in health, education, labor, social welfare, among other. From this moment we started treating the recognition of non-retrogression as a constitutional principle and its implied relationship to the principles of legal certainty, human dignity and the utmost efficiency and effectiveness of constitutional rights. Establish the scope for wider application of the principle of non-social regression, and analyze the various criteria for its application, such as the protection of the essential core, proportionality, equality and human dignity, emphasizing its relative character and retying the criticism of the same. Furthermore, we present a detailed study on the application of the principle of non-retrogression in foreign law and the jurisprudence of the Brazilian Courts.

Keywords: General Theory of the Principles. Natural law. Positivism. Post-positivism. Social Rights. Principle of non-social regression. Implicit constitutional principle. The application in the Brazilian doctrine. Principle of human dignity. Principle of legal certainty. Relative Character. Addressing the criticism. Foreign Law. Brazilian jurisprudence.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Art.	Artigo
ADI	Ação Declaratória de Inconstitucionalidade
CC	Código Civil
CF	Constituição Federal
Min.	Ministro
Rel.	Relator
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TJ	Tribunal de Justiça
TRF	Tribunal Regional Federal
TRT	Tribunal Regional do Trabalho
TST	Tribunal Superior do Trabalho

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	11
2	TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS	15
2.1	O JUSNATURALISMO	15
2.1.1	O jusnaturalismo e a fase metafísica e abstrata dos princípios	15
2.1.2	O jusnaturalismo racionalista	16
2.1.3	O jusnaturalismo contemporâneo	17
2.1.4	Críticas ao jusnaturalismo	18
2.2	O POSITIVISMO JURÍDICO	20
2.2.1	O positivismo legalista	20
2.2.2	O positivismo lógico	21
2.2.3	O positivismo funcionalista	22
2.2.4	Críticas ao positivismo jurídico	23
2.3	O PÓS-POSITIVISMO E O PRINCÍPIO COMO NORMA	24
2.4	CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE ALEXY	30
3	OS DIREITOS SOCIAIS	38
3.1	HISTÓRICO	38
3.2	OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA À QUARTA GERAÇÃO OU DIMENSÃO	40
3.3	O FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS	43
3.4	CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	45
3.5	OS FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	48
3.6	A CRISE DO ESTADO SOCIAL	51
3.7	A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS	52
3.8	A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS	57
4	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO BRASILEIRO	62

4.1	O RECONHECIMENTO DO NÃO RETROCESSO NA DOUTRINA BRASILEIRA	62
4.2	A SISTEMATIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO	72
4.3	O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL	81
4.4	O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA	88
4.5	O CARÁTER RELATIVO, E NÃO ABSOLUTO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL	97
4.6	O DEVER DE CONCRETIZAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO	103
4.7	O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL EM FACE DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR E ORIGINÁRIO	106
4.8	OBJEÇÕES EM RELAÇÃO AO RECONHECIMENTO DE UMA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS	110
4.9	ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO ESTRANGEIRO: APRESENTAÇÃO DAS EXPERIÊNCIAS FRANCESA, ALEMÃ, PORTUGUESA E ITALIANA EM MATÉRIA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO	120
5	A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS	129
6	CONCLUSÃO	148
	REFERÊNCIAS	153

1 INTRODUÇÃO

O presente trabalho teve a finalidade de desenvolver a questão da aplicabilidade e dos efeitos do “princípio do não retrocesso social”, também conhecido como “vedação de retrocesso social”, “proibição de retrocesso social”, “princípio do não retorno da concretização”, “proibição da contra-revolução social” ou “proibição de evolução reacionária”, em relação aos direitos sociais elencados na Constituição Federal de 1988¹.

O estudo deste importante assunto visa atribuir eficácia e efetividade ao valor segurança jurídica no âmbito dos direitos sociais, protegendo os cidadãos contra medidas de cunho retrocessivo.

O princípio do não retrocesso social é um princípio que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que concretizam normas constitucionais de direitos sociais de violando a sua eficácia.

Verifica-se que o assunto estudado é totalmente atual e relevante, pois, diante da denominada crise do Estado Social em que vivemos, e da tentativa de se estabelecer um Estado minimalista, com ideologia neoliberal, o manejo adequado do princípio do não retrocesso social se constitui numa arma importante para a proteção e a busca da máxima efetividade dos direitos sociais fundamentais.

Como tratamos do Princípio do não retrocesso social, o trabalho teve como ponto de partida o estudo da evolução da teoria dos princípios, partindo desde o movimento jusnaturalista, passando pelo positivismo jurídico, até o atual neo-positivismo, para que se pudesse estabelecer como estes são considerados, na atualidade, dando ênfase à teoria de Robert Alexy.

Uma vez que trataremos do retrocesso em relação aos direitos sociais, nos aprofundamos no estudo dos direitos sociais, em sua evolução, e em sua situação no ordenamento jurídico brasileiro.

Posteriormente, passamos para o estudo das questões a respeito da possível aplicação do princípio implícito do não retrocesso social no

¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

ordenamento jurídico brasileiro. Foram aprofundados os pontos que dizem respeito à relação do princípio do não retrocesso com os princípios constitucionais da segurança jurídica e da dignidade da pessoa humana.

Foram analisados os critérios materiais de aplicação do princípio do não retrocesso, o seu fundamento (dignidade da pessoa humana), a sua aplicação no âmbito do Poder originário e reformador constitucional e a questão do caráter relativo, e não absoluto do referido princípio.

Ademais, foram tratadas as críticas dirigidas ao não retrocesso, notícias deste princípio em outros ordenamentos jurídicos e foi realizado um estudo da aplicação deste princípio na jurisprudência de alguns Tribunais brasileiros, no âmbito dos direitos sociais estabelecidos na Constituição², tais como o direito dos trabalhadores, da previdência e assistência social, da saúde, da educação, da cultura, do meio ambiente e outros.

Devido ao fato do Direito se constituir em um objeto cultural, formado por um enredo normativo que, ordenado de forma lógica, oferece um conjunto de conteúdos e significações, objetivando regular a conduta das pessoas nas suas relações intersubjetivas, a presente pesquisa não se situa somente no universo normativo, de per si, porque embora importante, não é suficiente para explicar o fenômeno jurídico.

A pesquisa foi realizada tendo como diretriz o pluralismo metodológico preconizado por Feyerabend, o qual traz novas discussões e abordagens acerca da concepção tradicional do método científico aplicado às ciências naturais e por aproximação às ciências sociais³.

Foi aplicado o método proclamado por Descartes. O racionalismo de Descartes tem uma grande influência na ciência atual. A própria metodologia da pesquisa científica jurídica atual ainda se fundamenta no método cartesiano. Tem-se um tema-problema que necessita de uma problematização (primeira regra). Este problema deve ser fracionado em problemas menores, que são as

²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

³FEYERABEND, Paul. **Tratado contra o método**. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: Editora UNESP, 2007, p.33.

questões orientadoras da pesquisa (segunda regra), e os pensamentos devem atingir objetivos menores (específicos), e depois maiores (gerais) (terceira regra).

Finalmente, deve ter a síntese e a revisão, para a solução ou a conclusão diversa (terceira e quarta regra). Através do método cartesiano o pesquisador estabelece deuses em sua pesquisa, pois elege uma tese que acredita ser perfeita e que passa a defender. É um pressuposto do qual você parte e o qual você sustenta e reverencia no decorrer de toda a sua pesquisa⁴.

Ademais, aplicamos o método hermenêutico, amplamente defendido por Paul Ricoeur, que dá ênfase à atividade interpretativa, o qual é totalmente pertinente à ciência jurídica⁵.

Para operacionalizar a monografia, é necessário definir a pesquisa quanto aos meios e aos fins. Dentre as 07 (sete) modalidades de pesquisa, quanto aos fins, foram utilizadas as seguintes: exploratória, descritiva e explicativa. Os métodos eleitos para pesquisa, quanto aos meios, foram o bibliográfico, o documental e o estudo de casos.

A pesquisa bibliográfica⁶ é a fonte mais prática para adquirir conhecimento, pois é possível ter acesso a um grande número de informações. Esta foi amplamente utilizada nesse estudo, tanto em relação ao direito pátrio quanto ao direito comparado, com a utilização de livros, artigos, palestras, entre outros. Ademais, o outro meio de pesquisa adotado no curso da monografia foi o documental, utilizando a legislação pertinente ao assunto e as decisões dos tribunais para embasar os fundamentos do estudo em questão.

⁴DESCARTES, René. **Discurso do Método**. Regras para a Direção do Espírito. São Paulo: Martin Claret, 2001, p. 80 e ss.

⁵RICOEUR, Paul. **O Conflito das interpretações**. Porto: Rés Editora, 1998, p.28.

⁶ECO, Humberto. **Como se faz uma tese em ciências humanas**. 13 ed. Lisboa: Editorial Presença, p.77.

2 TEORIA GERAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

2.1 O JUSNATURALISMO

2.1.1 O jusnaturalismo e a fase metafísica e abstrata dos princípios

Segundo Paulo Bonavides, a juridicidade dos princípios passa por três fases distintas: a jusnaturalista, a positivista e a pós-positivista. A primeira, mais antiga e tradicional é a fase jusnaturalista. Nesta, os princípios habitam numa esfera abstrata, e sua normatividade, basicamente nula e duvidosa, contrasta com o reconhecimento de sua dimensão ético-valorativa de idéia que inspira os postulados de justiça⁷.

O jusnaturalismo foi uma corrente jusfilosófica que fundamentava o direito num suposto direito natural, o qual, no decorrer da história, se apresentou como de origem divina, como direito defendido pelos racionalistas dos séculos XVII e XVIII, até a filosofia do direito natural do século XX.

A primeira manifestação deste se deu com o jusnaturalismo cosmológico, na Antiguidade greco-latina, o qual se fundava na idéia de que o direito natural corresponderia à dinâmica do próprio universo, refletindo as leis eternas e imutáveis que regem o funcionamento do cosmos. É nesse contexto que se desenvolve, na Grécia antiga, o pensamento sofístico⁸.

Verifica-se que, com os sofistas, descortinaram-se duas grandes tendências antagônicas do jusnaturalismo cosmológico. Para a primeira corrente, o direito natural, que deveria inspirar o direito positivo, corresponderia à noção da igualdade. Sendo assim, o universo apresentaria essa idéia de igualdade, devendo, portanto, o direito positivo refleti-la com a maior plenitude possível. Já, para a segunda corrente, o direito natural estaria identificado com a idéia de supremacia do mais forte sobre o mais fraco, devendo contemplar a idéia de desigualdade. Posteriormente, o pensamento jusnaturalista se desenvolve de acordo com contribuições do humanismo socrático, do idealismo

⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. Malheiros, 2005, p.259.

⁸SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 28/29.

platônico e do realismo aristotélico, os quais correspondem ao período ático da filosofia grega, considerado como a idade de ouro da cultura humana⁹.

A grande tríade filosófica grega se completa com o pensamento aristotélico. Para Aristóteles a justiça só pode ser compreendida na vida em comunidade. A Justiça é apresentada como uma virtude, adquirida pelo hábito, com a reiteração de ações em determinado sentido. Segundo Alf Ross¹⁰:

Os sistemas filosóficos de Platão e Aristóteles significaram uma reação fatal. Nestes dois homens todas as crenças se uniram para reforçar a crença minguante no absoluto, numa ordem cósmica e moral do mundo. A magia primitiva e a religião foram substituídas pela especulação metafísica, porém o espírito foi o mesmo. E foi esse espírito o que continuou caracterizando a posterior evolução durante um longo tempo. A escolástica cristã (Tomás de Aquino) pôde, sem dificuldade, interpolar uma nova doutrina religiosa no sistema de Aristóteles

Com a Idade Média, surge o jusnaturalismo teológico, totalmente influenciado pelo cristianismo, o qual trouxe novas dimensões ao problema da justiça. Para o cristianismo, a verdade residia na lei de Deus, que age de modo absoluto, eterno e imutável. Podem ser identificados dois grandes movimentos partidários do jusnaturalismo teológico: a patrística e a escolástica. Santo Agostinho é o maior expoente da patrística, o qual difere a lei eterna da lei natural. A escolástica tinha como expoente o Santo Tomás de Aquino, o qual demonstrava que fé e razão são diferentes caminhos que levam ao verdadeiro conhecimento¹¹.

2.1.2 O jusnaturalismo racionalista

Na medida em que a influência teológica sobre o pensamento entra em declínio, o direito natural foi se secularizando. Os séculos XVII e XVIII foram a era do racionalismo e do iluminismo e, ao mesmo tempo, o período de esplendor dos grandes sistemas de direito natural¹².

⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.30.

¹⁰ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. Bauru:Edipro, 2007, p.269.

¹¹SOARES, Op. Cit., p.34/36.

¹²ROSS, Op. Cit., p. 287.

O homem do Renascimento enxerga o mundo a partir de si mesmo. A justiça se identifica com a razão humana universal. Tudo isso influenciou, inclusive, as revoluções liberais burguesas. Os valores da liberdade, igualdade e fraternidade começam a ser exigidos e o poder absoluto da monarquia passa a ser questionado.

Locke afirma que a lei natural é mais inteligível do que o direito positivo; Hobbes afirma que, no estado de natureza, o indivíduo tinha o direito de tudo fazer e ter, não havendo distinção entre o justo e o injusto. Para ele, as leis naturais incutem no ser humano o desejo de garantir a autoconservação e sua defesa por uma ordem político-social, garantida por um poder coercitivo absoluto - o Estado Leviatã. Rousseau afirma que o contrato social espelharia uma ordem justa, correspondente ao estado de natureza e submetida à vontade geral.

É, entretanto, com a concepção de Kant que a proposta de racionalização do jusnaturalismo atinge um maior grau de profundidade, pois, para ele, o conhecimento só é possível com a interação entre a experiência e as condições formais da razão.

Diante do exposto, constata-se que para o jusnaturalismo racionalista moderno, o conhecimento jurídico se baseia na razão humana, afastado da natureza teológica. O direito natural deixou de ser uma disciplina moral e se tornou uma disciplina jurídica.

2.1.3 O jusnaturalismo contemporâneo

O século XX é caracterizado pela valorização da ciência e do tratamento empírico dos fenômenos estudados. As questões metafísicas e abstratas tratadas pelo direito natural não têm relevância. O que importa agora é o conhecimento científico, através do qual se chega à verdade e, conseqüentemente, ao direito justo.

Alguns autores, como Alf Ross, citam um fenômeno atual denominado de renascimento do direito natural. Para Ross¹³:

¹³ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. Bauru:Edipro, 2007, p.296.

Os abalos tremendos da política e da economia que caracterizam este século tem fomentado a ânsia de descobrir algo absoluto num mundo em dissolução e mergulhado num caos. A realidade brutal fortaleceu o impulso de afirmar os ideais de justiça. A primeira Guerra mundial estimulou poderosamente o direito natural absolutista. O idealismo francês foi colocado em contraposição à doutrina alemã do poder e as doutrinas jusnaturalistas usadas para justificar os fins bélicos dos aliados e para robustecer a força de resistência da população. Da mesma maneira, as atrocidades de Hitler contribuíram certamente para promover o crescente desejo de confirmar a crença nos direitos humanos.

Verifica-se que o jusnaturalismo contemporâneo incorpora as críticas feitas a ele próprio no século XIX, ao reconhecer a relatividade do conceito de justiça e sustentar que cada cultura valoriza a justiça de determinada forma¹⁴.

2.1.4 Críticas ao jusnaturalismo

Do ponto de vista jurisprudencial, a doutrina jusnaturalista desempenhou a função relevante de sinalizar a necessidade de um tratamento axiológico para o direito. Isso porque o jusnaturalismo permite uma tematização dos valores jurídicos, abrindo espaço para a discussão sobre a justiça e sobre os critérios de edificação de um direito justo. Com o intuito de delimitar o que seja o direito justo, a doutrina jusnaturalista não oferece, entretanto, uma proposta satisfatória de compreensão dos liames mantidos entre direito, legitimidade e justiça¹⁵.

Na doutrina contemporânea, critica-se o jusnaturalismo devido ao fato deste confundir os planos do ser e do dever ser. O direito injusto não é considerado como direito. Também, porque os jusnaturalistas não visualizam a bipolaridade axiológica: todo valor é correlato a um desvalor. Os valores humanos estão estruturados em binômios, tais como: justo x injusto, útil x inútil, sagrado x profano ou belo x feio¹⁶.

Ademais, porque o conceito de justiça é sempre relativo, condicionado ao tempo e ao espaço. Mas, sabe-se que o jusnaturalismo acabou identificando

¹⁴SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.40.

¹⁵Ibidem, p.41.

¹⁶Ibidem, p.42.

os atributos normativos da validade e legitimidade, ao constatarem que a norma jurídica só vale se for justa, o que compromete as exigências de ordem e segurança jurídica dos Estados Democráticos de Direito. De acordo com as lições de Alf Ross¹⁷:

A história do direito natural revela dois pontos marcantes: a arbitrariedade dos postulados fundamentais a respeito da natureza da existência e do ser humano, e a arbitrariedade das idéias jurídico-morais desenvolvidas com base nesse fundamento. O direito natural busca o absoluto, o eterno, que fará do direito algo mais que a obra de seres humanos e livrará o legislador das penas e responsabilidades de uma decisão. A fonte da validade transcendente do direito foi buscada numa mágica lei do destino, na vontade de Deus, ou numa percepção racional absoluta. Porém, a experiência mostra que as doutrinas que os homens construíram com base nessas fontes, longe de ser eternas e imutáveis, se alteraram em conformidade com o tempo, o espaço e a pessoa. O nobre manto do direito natural foi utilizado no decorrer do tempo para defender todo tipo concebível de exigências, que surgem, evidentemente, de uma situação vital específica ou que são determinadas por interesses de classe econômico-políticos, pela tradição cultural da época, por seus preconceitos e aspirações, em síntese: para defender tudo aquilo que constitui o que se chama geralmente de uma ideologia.

Ademais, afirma Ross que, no campo político, o direito natural juntamente com a doutrina do contrato social tem sido utilizado com sucesso para justificar todo tipo de governo, desde o poder absoluto (Hobbes) até a democracia absoluta (Rousseau).

O direito natural se pôs também a serviço de quem quis consolidar a ordem existente (Heráclito, Aristóteles, Tomás de Aquino e outros) e de quem preferiu advogar a revolução (Rousseau). Nos campos social e econômico o direito natural do século XVIII pregou um individualismo e liberalismo extremo¹⁸.

Ademais, Alf Ross afirma que o direito natural tem sido utilizado também como fundamento de uma moral da solidariedade (Grócio, Comte e outros sociologistas) e, inclusive, na interpretação de Duguit, para sustentar a negação de todos os direitos individuais e possibilitar um sistema de serviços sociais. Chega ao ponto de afirmar que como uma prostituta, o direito natural está a disposição de todos. Que não há ideologia que não possa ser defendida

¹⁷ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. Bauru: Edipro, 2007, p.302.

¹⁸Ibidem, p.303.

recorrendo-se à lei natural. Que a variabilidade histórica do direito natural dá suporte à interpretação de que os postulados metafísicos são meras construções para respaldo de posturas emocionais e satisfação de certas necessidades¹⁹.

2.2 O POSITIVISMO JURÍDICO

Segundo Paulo Bonavides, a segunda fase da teorização dos princípios vem a ser a juspositivista, com os princípios entrando já nos Códigos como fonte normativa subsidiária ou como válvula de segurança que garante o reinado absoluto da lei²⁰.

A filosofia do positivismo jurídico, que faz oposição ao jusnaturalismo, reduz todo o direito ao direito positivo, fazendo com que o direito natural passe a ser considerado como um movimento não jurídico. Observa-se que a doutrina do positivismo jurídico só concebe o direito como direito positivo, excluindo qualquer outra concepção que se tenha de direito de seu objeto.

2.2.1 O positivismo legalista

Segundo Norberto Bobbio, o positivismo legalista apresenta-se sob três aspectos: a) como certo modo de abordagem do direito; b) como certa teoria do direito; c) como certa ideologia do direito.

No primeiro aspecto, para o positivismo jurídico, o direito é um fato e não um valor. O jurista deve estudar o direito do mesmo modo que o cientista estuda a realidade natural, abstendo-se absolutamente de formular juízos de valor. A afirmação da validade de uma norma jurídica não implica também na afirmação do seu valor²¹.

No segundo aspecto, encontram-se algumas teorizações do direito. O positivismo jurídico, enquanto teoria, se baseia em seis concepções fundamentais: a) teoria coativa do direito; b) teoria legislativa do direito, em que

¹⁹ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. Bauru: Edipro, 2007, p.304/305

²⁰BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**, 17 ed. Malheiros, 2005, p.262.

²¹BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**. Lições de Filosofia do Direito. São Paulo: Cone, 2007, p.131.

a lei figura como a fonte primacial do direito; c) teoria imperativa do direito, em que a norma é considerada um comando ou imperativo; d) teoria da coerência do ordenamento jurídico; f) teoria da interpretação mecanicista do direito²².

O terceiro aspecto é o que trata de uma ideologia do direito que impõe a obediência à lei, nos moldes de um positivismo ético. O positivismo como ideologia apresentaria uma versão extremista e uma moderada. A versão extremista caracteriza-se por afirmar o dever absoluto de obediência à lei, enquanto tal. A versão moderada afirma que o direito tem um valor enquanto tal, independente do seu conteúdo²³.

2.2.2 O positivismo lógico

Com a publicação da obra Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen, na primeira metade do século XX, o positivismo jurídico passa a ser considerado como uma variação do normativismo lógico, distanciando ainda mais a Ciência do Direito dos fatos e dos valores.

Sendo assim, ao isolar o direito dos fatos sociais, Kelsen rejeita o tratamento científico da efetividade da ordem jurídica. Por sua vez, ao apartar o direito da especulação axiológica sobre a justiça, expurga a compreensão da legitimidade da ordem jurídica do campo do conhecimento jurídico. Privilegia-se tão somente a validade da norma jurídica, verificada por meio do exame imputativo da compatibilidade vertical da norma jurídica com os parâmetros de fundamentação/derivação material e, sobretudo, formal que são estabelecidos pela normatividade jurídica superior²⁴. Segundo Kelsen²⁵:

A teoria é designada como “pura” porque ela se propõe a garantir um conhecimento apenas dirigido ao Direito e excluir deste conhecimento tudo quanto não pertença ao seu objeto. Esse é o seu princípio metodológico fundamental. Evita um sincretismo metodológico que, segundo o autor, obscurece a essência da ciência jurídica e dilui os limites que lhe são impostos pela natureza do seu objeto.

²²SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.44.

²³Ibidem, p.44.

²⁴Ibidem, p.37.

²⁵KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.01.

A norma jurídica válida é aquela produzida de acordo com o conteúdo, a competência e o procedimento definidos pela norma jurídica superior, dentro da totalidade sistêmica hierarquizada e escalonada a que corresponde a pirâmide normativa²⁶.

Sustenta Hans Kelsen que, com a sua teoria da norma fundamental, a teoria pura do direito de forma alguma inaugura um novo método do conhecimento jurídico. Ela apenas consciencializa aquilo que todos os juristas fazem quando não concebem os eventos acima referidos como fatos causalmente determinados, mas pensam o seu sentido subjetivo como normas objetivamente válidas, como ordem jurídica normativa, sem reconduzirem a validade desta ordem normativa a uma norma superior de ordem metajurídica, quer dizer, a uma norma posta por uma autoridade supra-ordenada à autoridade jurídica; quando concebem o direito exclusivamente como Direito positivo. A teoria da norma fundamental é somente o resultado de uma análise do processo que o conhecimento jurídico positivista desde sempre tem utilizado²⁷.

2.2.3 O positivismo funcionalista

Durante o século XX, a doutrina positivista sofre algumas mudanças devido à influência do desenvolvimento das Ciências Sociais. O exemplo mais notável é o positivismo funcionalista, que encontra expressão na teoria dos sistemas preconizada por Niklas Luhmann, para quem o direito se afigura como um sistema comunicativo de natureza autopoietica. Este Sustenta que o sistema autopoietico é autônomo porque o que nele se passa não é determinado por nenhum componente do meio circundante, mas por sua própria organização sistêmica²⁸.

O sistema jurídico é considerado como um subsistema social funcionalmente diferenciado, com o desenvolvimento de um código binário próprio (legal/ilegal). É esse código que, operando como centro de uma rede

²⁶SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.47.

²⁷KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. São Paulo: Martins Fontes, 2006, p.228.

²⁸SOARES, Op. Cit., p.47.

circular e fechada de operações sistêmicas, assegura a originária auto-reprodução recursiva de seus elementos básicos e a sua autonomia em face dos restantes subsistemas sociais. O que importa é que o resultado da atividade hermenêutica possa neutralizar a insatisfação, independentemente do conteúdo dos argumentos, geralmente importados da periferia do sistema jurídico, porque capazes de consubstanciar elementos oriundos da moral, da ciência, da política, da economia e da ideologia²⁹.

2.2.4 Críticas ao positivismo jurídico

Verifica-se que a doutrina do positivismo jurídico, em todas as suas manifestações, se mostrou limitada e insuficiente. Atualmente, não se admite mais a identificação entre direito positivo e direito justo, como fora sustentado no passado. Ademais, observa-se que toda a formalização da validade normativa não propiciam visão compatível com o direito, o qual se relaciona totalmente com as questões da legitimidade e da justiça.

O positivismo legalista que identifica a legalidade com a justiça, em face da crença na divindade do legislador, hoje, é compreendido como o resultado histórico de uma fase em que a burguesia consegue incorporar os ideais iluministas aos diplomas legais e os utiliza para combater o absolutismo. Atualmente, a ordem positivada pelo sistema normativo é tida como um meio suficiente para a realização do direito.

O positivismo lógico da Teoria Pura do Direito abdica o tratamento racional do problema da justiça, ao afastar quaisquer considerações fáticas e, sobretudo, valorativas do plano da Ciência Jurídica. A discussão em relação à justiça foi levada para o campo de cepticismo e do relativismo³⁰.

Além disso, o positivismo funcionalista, que defende a operacionalidade autopoietica do direito, sustenta que a legitimidade das normas seria uma ilusão funcionalmente necessária, apresentando-se o direito justo como uma fórmula de contingência que não afeta a autonomia sistêmica. O valor justiça

²⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.49.

³⁰Ibidem, p.50.

passa a ter pouca importância, e é encarado como algo exterior ou superior ao sistema jurídico. De acordo com o professor Ricardo Maurício Soares³¹:

Decerto, em nome do valor da segurança, o positivismo jurídico erigiu a primazia do direito positivo em face do direito natural, reduzindo o direito justo ao direito estampado no sistema normativo da ordem jurídica, independentemente de sua legitimidade e efetividade. Isso propiciou, ao longo da história do Ocidente, experiências sociais muitas vezes trágicas, a exemplo os arbítrios cometidos pelos regimes totalitários do século XX, sob o manto da legalidade.

Embora, no nosso Estado democrático de Direito, atualmente defendido, o valor da segurança jurídica seja tido como um princípio de fundamental importância e que influencia todo o sistema jurídico, o formalismo positivista se torna incompatível com a nossa realidade. O formalismo, típico do positivismo jurídico, sustenta que a segurança jurídica e a certeza bastariam para a materialização do direito justo.

Porém, devido ao fato do direito ser um objeto cultural, e do sistema normativo ser uma expressão da cultura humana, o qual está sempre se modificando para se adequar à realidade, com surgimento de novos valores e fatos, a segurança jurídica e a certeza do direito não são considerados absolutos. O fato de uma norma estar inserida no ordenamento jurídico positivo já não garante que a mesma seja legítima e justa.

Enfim, o positivismo jurídico se mostrou insuficiente porque as suas referidas variações não abordam, com profundidade, o problema da justiça, priorizando as preocupações com os valores da ordem e segurança, além de subordinar o exame da legitimidade do direito à especial observância dos critérios de validade formal que presidem a produção das normas jurídicas³².

2.3 O PÓS-POSITIVISMO E O PRINCÍPIO COMO NORMA

De acordo com Paulo Bonavides, a terceira fase de desenvolvimento do estudo dos princípios é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes

³¹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.51.

³²Ibidem, p.52.

momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, convertidos em pedestal normativo sobre o qual assenta todo o edifício jurídico dos novos sistemas constitucionais³³.

Segundo doutrina de Barroso, o jusnaturalismo moderno, que começou a formar-se a partir do século XVI, dominou por largo período a filosofia do Direito. A crença no direito natural – isto é, na existência de valores e de pretensões humanas legítimas que não decorrem de uma norma emanada do Estado – foi um dos trunfos ideológicos da burguesia e o combustível das revoluções liberais³⁴.

Ao longo do século XIX, com o advento do Estado liberal, a consolidação dos ideais constitucionais em textos escritos e o êxito do movimento de codificação, o jusnaturalismo chega ao seu apogeu e, paradoxalmente, tem início a sua superação histórica. Considerado metafísico e anticientífico, o direito natural é empurrado para a margem da história pela onipotência positivista do final do século XIX.

O positivismo filosófico foi fruto de uma crença exacerbada no poder do conhecimento científico. Sua importação pra o Direito resultou no positivismo jurídico, na pretensão de criar-se uma ciência jurídica, com características análogas às ciências exatas e naturais.

A busca de objetividade científica, com ênfase na realidade observável e não na especulação filosófica, apartou o Direito da moral e dos valores transcendentos. Direito é norma, ato emanado do Estado com caráter imperativo e força coativa. A ciência do Direito, como todas as demais, deve fundar-se em juízos de fato, que visam ao conhecimento da realidade, e não em juízos de valor, que representam uma tomada de posição diante da realidade. Não é no âmbito do Direito que se deve tratar a discussão acerca de questões como legitimidade e justiça³⁵.

³³BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. Malheiros, 2005, p.264.

³⁴BARCELLOS, Ana Paula. BARROSO, Luís Roberto. PEREIRA, José Reis Gonçalves. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.18 e ss.

³⁵BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2001,p. 334 e ss.

Ademais, como assinala Ricardo Maurício Soares, as demandas do industrialismo e a celeridade das transformações econômicas exigiam um instrumental jurídico mais dinâmico e maleável. Em contraste com o processo de lenta formação das normas consuetudinárias, a lei se afigura como um instrumento ideal, pronto a disciplinar as novas situações de uma realidade cambiante. Na configuração moderna, o julgador, ao interpretar a lei, deveria ater-se à literalidade do texto legal, para que não invadisse a seara do Poder Legislativo, razão pela qual o magistrado deveria restringir-se à vontade da lei.

A aplicação do direito seria, então, amparada no dogma da subsunção. Que os desvios e excessos do projeto da modernidade abrem margem para o aprofundamento de interpretações críticas, aptas a vislumbrar a feição repressiva do racionalismo ocidental. Desse modo, o pensamento contemporâneo sinaliza para uma transição paradigmática do programa moderno a uma cultura pós-moderna, cujos caracteres passam a ser delineados com o colapso da idade da razão³⁶.

O jusnaturalismo moderno aproximou a lei da razão, baseando-se na crença em princípios de justiça universalmente válidos. Com as revoluções liberais e burguesas, nos séculos XVIII e XIX, as Constituições escritas e as codificações passaram a simbolizar o ocaso da doutrina do direito natural e a conseqüente hegemonia do positivismo jurídico.

Em busca da objetividade científica, o juspositivismo identificou o Direito à normatividade jurídica, afastando a Ciência Jurídica da discussão sobre a legitimidade e a justiça. Sua decadência costuma a ser associada à derrota dos regimes totalitários ao final da Segunda Guerra Mundial, quando as preocupações éticas e axiológicas começaram a ser retomadas pelo Direito. A partir da segunda metade do século passado, as posições unilaterais do jusnaturalismo e do positivismo jurídico passaram a ser combatidas por novas concepções jurisfilosóficas, preocupadas em oferecer instrumentos conceituais mais aptos para garantir a fundamentação de um direito justo³⁷.

³⁶SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.62/63.

³⁷Ibidem, p.72.

A decadência do positivismo é associada à derrota do fascismo na Itália e do nazismo na Alemanha. Esses movimentos políticos e militares ascenderam ao poder dentro do quadro de legalidade vigente e promoveram a barbárie em nome da lei. Os principais acusados de Nuremberg invocaram o cumprimento da lei e a obediência a ordens emanadas da autoridade competente. Ao fim da segunda guerra mundial, a idéia de um ordenamento jurídico indiferente a valores éticos e da lei como uma estrutura meramente formal, uma embalagem para qualquer produto, já não tinha mais aceitação no pensamento esclarecido³⁸.

Com a crise da modernidade, muitos estudiosos falam em pós-modernidade. A perspectiva pós-moderna passou a indicar a falência das promessas modernas de liberdade, de igualdade, de progresso e de felicidade acessíveis a todos. A desconfiança de todo discurso unificante torna-se também o marco característico do pensamento pós-moderno.

A realidade social, dentro da perspectiva pós-moderna, não existe como totalidade, mas se revela fragmentada, fluida e incerta. A razão de matriz iluminista se banalizou, restringindo seu horizonte e delimitando seu campo de indagação aos interesses do poder. Favoreceu o progresso técnico e o crescimento econômico, mas engendrou problemas sociais. A racionalidade moderna não mais atendeu às exigências originárias do homem, mas, ao contrário, sucumbiu às exigências do mercado. O otimismo moderno no progresso científico é substituído pelo ceticismo no tocante à capacidade da ciência resolver os problemas mundiais³⁹.

A pós-modernidade jurídica dá ênfase aos valores e à interpretação. Surge assim, com influência do pensamento pós-positivista, um novo modelo interpretativo. O ato de interpretar e aplicar o direito sempre vem acompanhado da valoração. O jurista trabalha sempre com valores, uma vez que o direito se revela um objeto cultural.

A superação histórica do jusnaturalismo e o fracasso político do positivismo abriram caminho para um conjunto amplo e ainda inacabado de

³⁸BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.334 e ss.

³⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.63/65.

reflexões acerca do Direito, sua função social e sua interpretação. O pós-positivismo é a designação provisória e genérica de um ideário difuso, no qual se incluem a definição das relações entre valores, princípios e regras, aspectos da chamada nova hermenêutica constitucional, e a teoria dos direitos fundamentais, edificada sobre o fundamento da dignidade da pessoa humana. A valorização dos princípios, sua incorporação, explícita ou implícita, pelos textos constitucionais e o reconhecimento pela ordem jurídica de sua normatividade fazem parte desse ambiente de reaproximação entre Direito e Ética⁴⁰.

Nesse contexto, o que o atual constitucionalismo brasileiro exige é uma constante filtragem constitucional, pela qual nenhuma norma jurídica pode ser considerada válida se não passar pelo crivo da Constituição. A hermenêutica jurídica contemporânea, de cunho eminentemente axiológico, defende interpretações cada vez mais expansivas dos direitos fundamentais e a irradiação do valor constitucional para disposições exteriores ao texto formal da Carta Magna.

Verifica-se que o raciocínio jurídico, o qual não se resume a mera operação lógico-formal, utiliza fórmulas axiológicas de consenso, como os princípios. O processo argumentativo não se respalda nas evidências, mas, isto sim, em juízos de valor. A retórica assume, nesse contexto, papel primordial, enquanto processo argumentativo que, ao articular discursivamente valores, convence a comunidade de que uma interpretação jurídica deve prevalecer. Ademais, que o direito pós-moderno é relativo. Isso porque não se pode conceber verdades jurídicas absolutas, mas sempre dados relativos e provisórios⁴¹.

Verifica-se que a crise do positivismo jurídico gerou um novo modo de pensar e interpretar o direito, o qual passa a enfatizar o ideal de justiça e a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico.

É importante salientar que o movimento pós-positivista trouxe a valorização da principiologia jurídica, que confere aos princípios jurídicos uma

⁴⁰BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 334 e ss.

⁴¹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.70/71.

condição central na estruturação do raciocínio do jurista, com reflexos diretos na interpretação e aplicação da norma jurídica, tendo em vista a realização de um direito mais justo⁴².

Observa-se que o paradigma pós-positivista enfatiza a relevância teórico-prática dos princípios, oferecendo um instrumental metodológico mais compatível com o funcionamento dos sistemas jurídicos contemporâneos, a fim de conciliar legalidade com legitimidade e restaurar a relação entre o direito e a moralidade social.

Ao mesmo tempo, o movimento denominado neoconstitucionalismo gerou uma nova Teoria da Constituição substancialista, ao afirmar que a Constituição se funda em valores que se exprimem em princípios constitucionais, como a liberdade, a igualdade, a propriedade e, principalmente, a dignidade da pessoa humana, trazendo um caráter axiológico e teleológico ao constitucionalismo atual.

Surge assim, devido à influência do neoconstitucionalismo, o processo de normatização da Constituição, que deixa de ser considerada um diploma normativo, com um valor meramente programático, ou como um conjunto de recomendações ou orientações dirigidas ao legislador, para operar como uma normatividade jurídica com eficácia direta e imediata⁴³.

O neoconstitucionalismo pressupõe a positivação jurídica de princípios, pautas axiológicas de conteúdo ético, daí decorrendo importantes conseqüências, tais como a necessidade de adotar uma posição de participante para explicar o funcionamento do Direito, bem como a necessidade de superar a idéia positivista de uma separação entre o direito e a moral⁴⁴.

Atualmente, as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, não devem ser consideradas como meros conselhos ao legislador. Elas possuem força cogente, que condiciona a atividade legiferante, por meio de eficácias negativa e positiva. Esta entendida como o direito subjetivo do beneficiário da norma reivindicar a produção de seus efeitos;

⁴²SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.112.

⁴³Ibidem, p.124.

⁴⁴Ibidem, p.126.

aquela como a possibilidade de invalidação de normas ou atos que contrariem os efeitos determinados pelo comando constitucional.

O neoconstitucionalismo defende a tese da compreensão e aplicação de princípios jurídicos, sobretudo dos constitucionais, com fundamento no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana. Por isso, os mais importantes textos normativos do século XX passaram a reconhecer a idéia da dignidade da pessoa humana, tanto no âmbito do Direito Internacional, quanto no Direito Interno de cada Estado soberano. Esse processo se iniciou com a internacionalização dos direitos humanos, através da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

De acordo com Paulo Bonavides⁴⁵:

Em verdade, os princípios são o oxigênio das Constituições na época do pós-positivismo. É graças aos princípios constitucionais que os sistemas constitucionais granjeiam a unidade de sentido e auferem a valoração de sua ordem normativa.

Esta concepção rompe definitivamente com a clássica visão de que as denominadas normas programáticas não possuíam qualquer eficácia até que regras infraconstitucionais regulamentassem a produção de seus efeitos essenciais. Agora, a partir do momento em que uma norma é inserida no corpo constitucional, formal ou materialmente, ela já possui, no mínimo, um efeito esterilizante da atividade estatal desconforme com seus preceitos.

2.4 CONSIDERAÇÕES A RESPEITO DA TEORIA DOS PRINCÍPIOS JURÍDICOS DE ALEXY

Aponta Paulo Bonavides que as normas compreendem regras e princípios, os quais são dotados de normatividade. A distinção relevante não é, como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e os princípios a espécie⁴⁶.

Ademais, sustenta que as regras vigem, os princípios valem, com um valor que se exprime em graus distintos. Que os princípios, enquanto valores

⁴⁵BONAVIDES. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. Malheiros, 2005, p.288.

⁴⁶Ibidem, p.288.

fundamentais, governam a Constituição e a ordem jurídica. Não são apenas lei, mas o Direito em toda a sua extensão, substancialidade, plenitude e abrangência. Que a essa altura, os princípios se medem normativamente, ou seja, têm alcance de norma e se traduzem por uma dimensão valorativa, maior ou menor, que a doutrina reconhece e a experiência consagra⁴⁷.

Na atualidade, a importância dos princípios para os ordenamentos jurídicos se torna cada vez maior, pois eles aparecem como os pontos axiológicos de alto prestígio nos ordenamentos jurídicos, e passam a fundamentar a Hermenêutica dos tribunais e a legitimidade dos preceitos da ordem constitucional.

Citando o Prólogo, afirma Bonavides que vão longe os tempos em que os princípios, alojados nos Códigos, exercitavam unicamente a função supletiva ou subsidiária, vinculados à questão da capacidade ou suficiência normativa do ordenamento jurídico, conforme a doutrina positivista da compreensão do Direito como mero sistema de leis, com total exclusão de valores, ou seja, com ignorância completa da dimensão axiológica dos princípios⁴⁸. De acordo com Ricardo Maurício Soares⁴⁹:

[...] como normas jurídicas de inegável densidade valorativa e teleológica, consubstanciando geralmente direitos fundamentais dos cidadãos, os princípios jurídicos adquiriram enorme importância nas sociedades contemporâneas. A partir do momento do reconhecimento como dispositivos normativos, todo esforço é canalizado para emprestar-lhe aplicabilidade e efetividade. Que eles se diferenciam das regras porque estas disciplinam uma situação jurídica determinada, para exigir, proibir ou facultar uma conduta em termos definidos. Os princípios, por sua vez, expressam uma diretriz, sem regular situação jurídica específica nem se reportar a um fato particular, prescrevendo o agir humano em conformidade com os valores jurídicos. Diante do maior grau de abstração dos princípios, irradiam-se pelos diferentes setores da ordem jurídica, embasando a compreensão unitária e harmônica do sistema normativo. Que, desse modo, a violação de um princípio jurídico é algo mais grave do que a transgressão de uma regra jurídica. A inobservância de um princípio ofende não apenas um específico mandamento obrigatório, mas todo um plexo de comandos normativos. Trata-se, pois, da mais grave forma de invalidade, conforme o patamar do princípio jurídico

⁴⁷BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. Malheiros, 2005, p. 289.

⁴⁸Diego. F.C. "Prólogo". APUD BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. Malheiros, 2005, p.289.

⁴⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.115.

conspurcado, visto que representa insurgência contra todo o sistema normativo, subvertendo os seus valores fundantes.

Observa-se que, na atualidade, a doutrina de Alexy aponta como ponto decisivo na distinção entre regras e princípios, o fato de que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são considerados como mandamentos de otimização, os quais podem ser satisfeitos em graus variados. Ademais, a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas, as quais têm o âmbito determinado pelos princípios e regras colidentes⁵⁰.

Quanto às regras, estas são normas que são sempre ou satisfeitas ou não satisfeitas. Se uma regra vale, então, deve se fazer exatamente aquilo que ela exige, sem mais, nem menos. Regras possuem determinações no âmbito daquilo que é fática e juridicamente possível. A distinção entre regras e princípios é uma distinção qualitativa, e não uma distinção de grau. Sendo assim, toda norma é ou uma regra ou um princípio⁵¹.

Para Alexy, a diferença entre regras e princípios fica mais clara nas hipóteses de colisões entre estes. Um conflito entre regras é resolvido com a introdução, na regra, de uma cláusula de exceção que elimine o conflito, para que uma das regras seja declarada inválida. Ademais, se resolve a questão de acordo com a importância de cada regra em conflito, mais o importante é que a decisão é uma decisão sobre validade. No entanto, Alexy sustenta que as colisões entre princípios devem ser solucionadas de forma completamente diferente. Se dois princípios colidem, um dos princípios terá que ceder. Porém, isso não significa, contudo, nem que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deverá ser introduzida uma cláusula de exceção. Em relação aos princípios, um deles deve ter precedência em face do outro, sob determinadas condições.

Sob outras condições, a questão da precedência pode ser resolvida de forma oposta. Ou seja, nos casos concretos, os princípios têm pesos diferentes

⁵⁰ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p. 90.

⁵¹Ibidem, p. 91.

e os princípios com o maior peso têm precedência. Conclui-se que os conflitos entre regras ocorrem na dimensão da validade, enquanto que as colisões entre princípios ocorrem, para além dessa dimensão, na dimensão do peso⁵².

De acordo com o caso concreto, são fixadas condições sob as quais um princípio tem precedência em face do outro. A questão importante é sob quais condições qual princípio deve prevalecer e qual deve ceder.

Salienta Alexy que, para o Tribunal Constitucional Federal Alemão, o que importa é se os “interesses do acusado no caso concreto têm manifestamente um peso significativamente maior que os interesses a cuja preservação a atividade estatal deve servir. Mas que esses interesses não têm um peso quantificável⁵³.

Segundo esta doutrina, há uma lei denominada de “lei de colisão”, que é um dos fundamentos da teoria dos princípios. Pois, ela reflete a natureza dos princípios como mandamentos de otimização: em primeiro lugar, a inexistência de relação absoluta de precedência e, em segundo lugar, sua referência a ações e situações que não são quantificáveis. Ao mesmo tempo, constituem eles a base para a resposta a objeções que se apóiam na proximidade da teoria dos princípios com a teoria dos valores⁵⁴.

Os princípios não contêm um mandamento definitivo, mas apenas *prima facie*. Princípios representam razões que podem ser afastadas por razões antagônicas. Os princípios, portanto, não dispõem da extensão de seu conteúdo em face dos princípios colidentes e das possibilidades fáticas.

As regras exigem que seja feito exatamente aquilo que elas ordenam, elas têm uma determinação da extensão de seu conteúdo no âmbito das possibilidades jurídicas e fáticas. Essa determinação pode falhar diante de impossibilidades jurídicas e fáticas; mas, se isso não ocorrer, então, vale definitivamente aquilo que a regra prescreve⁵⁵.

Sendo assim, e de acordo também com a teoria dos princípios de Dworkin, as regras, se válidas, devem ser aplicadas de forma tudo-ou-nada,

⁵²ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.91/94.

⁵³Ibidem, p.99.

⁵⁴Ibidem, p. 99.

⁵⁵Ibidem, p.104.

enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo para Alexy, é muito simples, sendo necessário um modelo diferenciado, no qual o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido⁵⁶.

Um princípio cede lugar quando, em um determinado caso, é conferido um peso maior a outro princípio antagônico. O caráter *prima facie* dos princípios pode ser fortalecido por meio da introdução de uma carga argumentativa a favor de determinados princípios ou de determinadas classes de princípios.

O que aqui interessa é somente que a aceitação de uma carga argumentativa em favor de determinados princípios não iguale seu caráter *prima facie* ao das regras. Portanto, mesmo à luz dos necessários refinamentos acima apresentados, regras e princípios continuam a ter um caráter *prima facie* distinto⁵⁷.

Enquanto razões para regras de natureza muitas vezes bastante técnica, o conteúdo axiológico dos princípios é mais facilmente identificável que o das regras, como razões decisivas para inúmeras regras, os princípios têm uma importância substancial fundamental para o ordenamento jurídico, pois sua relação à idéia de direito decorre de um modelo de fundamentação que avança do mais geral na direção do sempre mais especial.

Afirma Alexy que princípios são mandamentos de otimização em face das possibilidades jurídicas e fáticas. A máxima da proporcionalidade em sentido estrito, ou seja, exigência de sopesamento decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Uma vez que a aplicação de princípios válidos é obrigatória, e uma vez que para essa aplicação, no caso de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da

⁵⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.104.

⁵⁷Ibidem, p.106.

proporcionalidade em sentido estrito é deduzível do caráter principiológico das normas de direitos fundamentais⁵⁸.

É importante notar também que, para Alexy, a atribuição de princípios às disposições da Constituição tem relevância sobretudo para a questão de sua hierarquia constitucional, mas existem princípios que, por seu conteúdo, não podem ser atribuídos a nenhuma disposição constitucional, e são relevantes do ponto de vista dos direitos fundamentais⁵⁹. Isso acontece, por exemplo, com alguns princípios constitucionais denominados de implícitos, que estão presentes e atuam no ordenamento jurídico.

Segundo o doutrinador acima citado, abandonada a doutrina do positivismo jurídico e tratados os princípios como expressão do direito, cria-se a possibilidade de que uma obrigação jurídica a ser cumprida pelo jurisdicionado possa ser imposta tanto por uma constelação de princípios como por uma regra estabelecida no sistema jurídico⁶⁰.

Vale a pena enfatizar que, para a doutrina de Alexy, é possível que mais de um princípio seja importante para a solução de um caso concreto, e cada um aponte para caminhos diversos. Que, nesse caso, cabe ao juiz avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e fazer um sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade entre os princípios.

A colisão de princípios envolve a atividade da ponderação, em que todos os princípios relevantes para o caso concreto são avaliados, e os que preponderam, de acordo com a valoração do Juiz, são aplicados ao caso concreto.

Ao discorrer a respeito dos valores, Alexy dispõe que muitas coisas podem ser objeto de valoração. Entre elas, podem ser valorados objetos naturais, artefatos, idéias, acontecimentos, ações e situações. Também os critérios da valoração são de natureza variada. Não se pode dizer nem de um objeto, nem da mencionada situação de regulação jurídica, que eles são um valor em si⁶¹.

⁵⁸ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.117/118.

⁵⁹Ibidem, p.137.

⁶⁰Ibidem, p.137.

⁶¹Ibidem, p.137.

Como objetos da valoração, eles têm um valor e, com certeza, um valor distinto, dependendo de qual dos critérios contrapostos a valoração toma como ponto de partida. Não são os objetos, mas os critérios da valoração que devem ser designados como “valor”. No contexto jurídico, sempre um pouco mais abstrato, é normal dizer que uma regulação respeita em maior medida o valor da liberdade de imprensa que outro direito. Uma valoração pode se basear em um ou mais critérios de valoração⁶².

Para Alexy, das formas de juízos de valor, são os juízos comparativos que têm a maior importância para o direito constitucional. A relação entre eles e os critérios de valoração conduzem à definição da relação entre princípio e valor. Como não se pode renunciar a nenhum dos dois critérios de valoração, e como não é possível um cálculo baseado em uma metrificacão, resta apenas o sopesamento. A decisão acerca da situação definitivamente melhor é obtida somente após uma valoração global, na qual todos os critérios válidos de valoração sejam levados em consideração⁶³.

Ademais vale frisar que para esta doutrina pós-positivista, a diferença entre princípios e valores é reduzida a um ponto. Aquilo que, no modelo de valores, é *prima facie* o melhor é, no modelo de princípios, *prima facie* devido. Princípios e valores diferenciam-se, portanto, somente em virtude de seu caráter deontológico, no primeiro caso, e axiológico, no segundo⁶⁴. Segundo Paulo Bonavides⁶⁵:

Em resumo: a teoria dos princípios chega à presente fase do pós-positivismo com os seguintes resultados já consolidados: a passagem dos princípios da especulação metafísica e abstrata para o campo concreto e positivo do Direito, com baixíssimo teor de densidade normativa; a transição crucial da ordem jusprivatista (sua antiga inserção nos Códigos) para a órbita juspublicista (seu ingresso nas Constituições); a suspensão da distinção clássica entre princípios e normas; o deslocamento dos princípios da esfera da jusfilosofia para o domínio da Ciência Jurídica; a proclamação de sua normatividade; a perda de seu caráter de normas programáticas; o reconhecimento definitivo de sua positividade e concretude por obra sobretudo das Constituições; a distinção entre regras e princípios, como espécies diversificada do gênero norma, e, finalmente, por

⁶²ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.149/150.

⁶³Ibidem, p.153.

⁶⁴Ibidem, p.153.

⁶⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17 ed. Malheiros, 2005, p.288.

expressão máxima de todo esse desdobramento doutrinário, o mais significativo de seus efeitos: a total hegemonia e preeminência dos princípios. Fazem eles a congruência, o equilíbrio e a essencialidade de um sistema jurídico legítimo. Postos no ápice da pirâmide normativa, elevam-se, portanto, ao grau de norma das normas, de fonte das fontes. São qualitativamente a viga-mestra do sistema, o esteio da legitimidade constitucional, o penhor da constitucionalidade das regras de uma Constituição.

Quanto ao sopesamento, observa-se que não é uma operação mental irracional. É um modelo que faz com que o intérprete analise os princípios relacionados ao caso concreto, atribuindo-lhes valores, com ordens de preferências. No entanto, verifica-se que esta operação deve ser bem fundamentada. Aliás, segundo Alexy⁶⁶:

De acordo com esse modelo, o sopesamento é tudo, menos um procedimento abstrato ou generalizante. Seu resultado é um enunciado de preferências condicionadas, ao qual, de acordo com a lei de colisão, corresponde uma regra de decisão diferenciada. Do próprio conceito de princípio decorre a constatação de que os sopesamentos não são uma questão de tudo-ou-nada, mas uma tarefa de otimização. Também não é procedente a objeção segundo a qual não haveria um parâmetro com base no qual o sopesamento pudesse ser decidido e que, por isso, a máxima do sopesamento de interesses seria uma “fórmula vazia”. Ainda que o sopesamento em si não estabeleça um parâmetro com o auxílio do qual os casos possam ser decididos de forma definitiva, o modelo de sopesamento como um todo oferece um critério, ao associar a lei de colisão à teoria da argumentação jurídica racional. A lei de colisão diz o que deve ser fundamentado de forma racional. A recorrente objeção do irracionalismo já foi refutada. Já a tese segundo a qual os sopesamentos conduziram a “decisões particulares” é, no mínimo, equivocada. Na medida em que as decisões de sopesamentos são decisões judiciais, é claro que elas são proferidas, em geral para a solução de casos particulares. Mas, com base nessas decisões e nos termos da lei do sopesamento, é sempre possível formular uma regra. Por conseguinte, nada há de inconciliável entre o sopesamento no caso particular e sua universalizabilidade. Também não é procedente a objeção segundo a qual, no limite, o sopesamento nada mais é que uma palavra contra outra. Um princípio é contraposto a outro princípio, e a consequência é aquilo que é previsto na lei de colisão e de sopesamento.

Sendo assim, as decisões oriundas das operações de sopesamento também devem ser fundamentadas, como todas as decisões judiciais, decorrentes da argumentação em geral, as quais são jurídicas e racionais.

⁶⁶ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.174.

3 OS DIREITOS SOCIAIS

3.1 HISTÓRICO

Verifica-se que o reconhecimento dos direitos fundamentais é resultado de uma série de lutas, com perdas, sacrifícios e conquistas. É nesse contexto que se situam a gênese e a evolução dos direitos fundamentais, pois estes direitos não são somente o resultado de um acontecimento histórico determinado, mas de todo um processo, que compreende várias fases, como os antecedentes, o reconhecimento, as declarações, a positivação constitucional, a generalização, a universalização e a especificação⁶⁷.

Apesar dos direitos já existirem, uma vez que são direitos naturalmente inerentes ao ser humano, anteriores e superiores a toda ordem jurídica positivada, foi somente com as Declarações solenes que eles passaram a ser formalmente reconhecidos, como, no século XIII, com a *Magna Charta Libertatum*.

Esta é considerada como marco de referência para algumas liberdades clássicas, como o devido processo legal, a liberdade de locomoção e a garantia da propriedade. Vale a pena citar também as Declarações inglesas do século XVII, entre as quais a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679, e, finalmente, a mais importante de todas as Declarações inglesas, o *Bill of Rights*, de 1689, promulgado pelo Parlamento.

Observa-se que foi no século XVIII, com a vitória da revolução liberal na França e a independência das colônias inglesas na América do Norte, que surgiram definitivamente os direitos fundamentais, a partir da Declaração do Bom povo da Virgínia de 1776, seguida pela Declaração Francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão. Foi após essas Declarações que quase todas as Constituições do mundo passaram a dispor de uma Declaração de Direitos, a começar com a Constituição norte-americana de 1787, em face de suas primeiras dez emendas, promulgadas em 1791.

⁶⁷CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.553.

Primeiramente, as declarações surgem como teorias filosóficas, em virtude das quais as primeiras afirmações dos direitos fundamentais são tão-somente a expressão de um pensamento individual.

Num segundo momento passam da teoria à prática, do direito somente pensado para o direito realizado. Nessa passagem, a afirmação dos direitos fundamentais ganha em concretude e eficácia, mas perde em universalidade. Os direitos passam a ser protegidos, como autênticos direitos positivos, mas valem somente no âmbito do Estado que os reconhece.

Com a Declaração Universal de Direitos Humanos de 1948, os direitos fundamentais passam a ser, simultaneamente, universais e positivos: universais no sentido de que os destinatários dos direitos são todos os homens, e positivos no sentido de que os direitos deverão ser não apenas proclamados, mas efetivamente protegidos até mesmo contra o próprio Estado que os tenha violado.

Verifica-se que, nessas três fases da história da formação das declarações de direitos, os direitos fundamentais nascem como direitos naturais universais, desenvolvem-se como direitos positivos restritos, e encontram sua plena realização como direitos positivos universais⁶⁸.

Mas, como as declarações de direitos fundamentais careciam da necessária força para a efetivação de suas disposições, veio a necessidade de uma formulação jurídica positiva, mediante o reconhecimento dos direitos fundamentais pelas Constituições. Daí surgiu o fenômeno da constitucionalização dos direitos fundamentais, que é típico do Estado democrático de Direito, no qual estes direitos devem ser respeitados pelos três poderes estatais.

Vale ressaltar que, para Norberto Bobbio, nesses últimos anos, falou-se e continua a se falar de direitos do homem, entre eruditos, filósofos, juristas, sociólogos e políticos, muito mais do que se conseguiu fazer até agora para que eles sejam reconhecidos e protegidos efetivamente. Pode-se afirmar que o desenvolvimento da teoria e da prática dos direitos do homem ocorreu, a partir

⁶⁸CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.560.

do final da guerra, essencialmente em duas direções: na direção da universalização e naquela de sua multiplicação⁶⁹.

Essa multiplicação ocorreu de três modos: a) porque aumentou a quantidade de bens considerados merecedores de tutela; b) porque foi estendida a titularidade de alguns direitos típicos a sujeitos diversos do homem; c) porque o próprio homem não é mais considerado como ente genérico, ou homem em abstrato, mas é visto na especificidade ou na concreticidade de suas diversas maneiras de ser em sociedade, como criança, velho, doente, etc⁷⁰.

Com relação ao primeiro processo, ocorreu a passagem dos direitos de liberdade para os direitos políticos e sociais, que requerem uma intervenção do Estado. Com relação ao segundo, ocorreu a passagem da consideração do indivíduo humano, que foi o primeiro sujeito ao qual se atribuíram direitos naturais da pessoa, para sujeitos diferentes do indivíduo, como a família, as minorias étnicas e religiosas, toda a humanidade em seu conjunto.

Com relação ao terceiro processo, a passagem ocorreu do homem genérico para o homem específico, ou tomado na diversidade de seus diversos status sociais, com base em diferentes critérios de diferenciação, cada um dos quais revela diferenças específicas, que não permitem igual tratamento e igual proteção⁷¹.

Verifica-se que através do reconhecimento dos direitos sociais, surgiram novos personagens como sujeitos de direito, personagens antes desconhecidos nas Declarações dos direitos de liberdade: a mulher e a criança, o velho, o doente, o demente, etc.

3.2 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE PRIMEIRA À QUARTA GERAÇÃO OU DIMENSÃO

Durante o desenvolvimento da história há uma expansão e afirmação progressiva dos direitos fundamentais. Estes devem ser divididos por

⁶⁹BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.61 e ss.

⁷⁰Ibidem, p.62.

⁷¹Ibidem, p.64.

“gerações” ou “dimensões”, ou seja, em direitos de primeira, de segunda, de terceira e, para alguns, de quarta geração ou dimensão. No entanto, vale a pena ressaltar que o reconhecimento de novos direitos fundamentais se caracteriza como um processo cumulativo, de complementariedade, onde não há alternância, substituição ou supressão temporal dos direitos anteriormente reconhecidos.

Os direitos fundamentais de primeira dimensão foram os primeiros a serem reconhecidos, com as Declarações do século XVIII e as primeiras constituições escritas que surgiram no constitucionalismo ocidental, como resultado do pensamento liberal-burguês da época. São direitos individualistas, exercidos pelo indivíduo frente ao Estado, como direitos de defesa. Como maiores exemplos temos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à segurança e à igualdade, posteriormente complementados pelos direitos de expressão coletiva e os direitos políticos. Eles já se consolidaram universalmente e são reconhecidos por todas as constituições democráticas.

Diante do contexto histórico de crises sociais no século XIX, o Estado liberal se transforma em Estado Social, ou *welfare State*, o qual passa a intervir na sociedade e na economia. Neste momento surgem os direitos de segunda geração, os quais outorgam, ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais como saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outros.

Esses direitos são os direitos sociais, econômicos e os direitos culturais, os quais são denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas, até então existentes, que debilitavam a dignidade humana.

O Estado de Direito Social surge a partir do momento em que há a previsão pelos textos constitucionais de uma estruturação da ação pública e das políticas públicas sobre a ordem econômica, destinando-se a promover a intervenção estatal idônea a dirigir a atividade econômica para os objetivos constitucionalmente consagrados. Além disso, volta-se para a satisfação das condições existenciais mínimas, que se encontram abrigadas nas constituições pelos direitos sociais⁷².

⁷²DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p.190.

Observa-se que estes direitos possuem uma dimensão positiva, pois não devem limitar os poderes do Estado, no âmbito das liberdades individuais, mas, sim, exigir do Estado a sua intervenção para atender as crescentes necessidades dos indivíduos. A Constituição mexicana de 1917 e da República de Weimar, de 1919, foram as primeiras a sistematizar e reconhecer, em termos definitivos, os direitos sociais.

Nada obstante, o grande problema dos direitos fundamentais sociais não está em sua declaração ou no reconhecimento formal de suas garantias, mas sim na sua efetivação, que consiste na realização concreta das prestações que compõem seus respectivos objetos, quais sejam: acesso à saúde, educação, assistência e previdência sociais, ao trabalho etc..

Os direitos fundamentais de terceira geração são resultado de novas reivindicações do gênero humano, resultantes do impacto tecnológico e do estado contínuo de beligerância. Esses direitos caracterizam-se por destinarem-se à proteção, não do homem em sua individualidade, mas do homem em coletividade social, sendo, portanto, de titularidade coletiva ou difusa.

Englobam o direito ao meio-ambiente ecologicamente equilibrado, o direito à segurança, o direito à paz, o direito à solidariedade universal, ao reconhecimento mútuo de direitos entre vários países, à comunicação, à autodeterminação dos povos e ao desenvolvimento. Alguns desses direitos fundamentais de terceira dimensão já possuem reconhecimento constitucional, embora a maioria ainda não encontre positividade constitucional, mas conste em alguns tratados internacionais ⁷³.

Para alguns autores, existem direitos fundamentais de uma quarta dimensão, os quais são resultado da globalização dos direitos fundamentais, no sentido de uma universalização desses direitos no plano institucional, que corresponde à última fase de institucionalização do Estado social.

Seriam os direitos à democracia direta, ao pluralismo e à informação, que constituem a base de legitimação de uma possível globalização política e deles depende a concretização da sociedade aberta do futuro, em sua

⁷³CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.593.

dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência ⁷⁴.

Nesse diapasão, os direitos fundamentais podem ser conceituados como posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do Direito Constitucional positivo, foram, por seu conteúdo, importância e fundamentalidade material, integradas ao Texto Constitucional e retiradas da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bem como as que, pelo seu objeto e significado, possam lhes ser equiparados, tendo ou não assento na Constituição formal, considerando a abertura conferida pelo art. 5º, § 2º, da Constituição de 1988⁷⁵.

3.3 O FUNDAMENTO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina dos direitos do homem questiona-se sobre a fundamentação filosófica desses direitos. Para os jusnaturalistas, os direitos do homem são imperativos do direito natural, inatos ao ser humano, anteriores e superiores ao Estado. Para os positivistas, os direitos do homem são franquias previstas e concedidas por lei. Na visão dos idealistas, os direitos do homem são pautas ideais recolhidas ao longo do tempo, enquanto para os realistas são o resultado da experiência concreta haurida das lutas políticas, econômicas e sociais. Ainda há concepções objetivistas encarando os direitos como realidades em si mesmas, ou como valores objetivos e as subjetivistas concebendo-se como faculdades da vontade humana decorrentes de sua autonomia⁷⁶.

Há também a concepção contratualista, que empresta aos direitos a categoria de cláusulas do contrato firmado pelo homem quando ingressou na vida social e a institucionalista, considerando-os como instituições imanentes à vida comunitária. Os direitos fundamentais têm por fundamento filosófico o fundamento moral, pois possuem as características da historicidade, pois são resultado de um processo de afirmação que envolve antecedentes, evolução,

⁷⁴CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.594.

⁷⁵SILVA, Ana Cristina de Andrade. O Poder Judiciário como efetivador dos Direitos Fundamentais. **Revista CEJ**, Ano XI, n.37, p. 15.

⁷⁶CUNHA JÚNIOR, Op. Cit., p.596.

da inalienabilidade, da imprescritibilidade, da irrenunciabilidade, da limitabilidade, da concorrência, da proibição ao retrocesso e da constitucionalização⁷⁷.

Segundo Bobbio, a finalidade visada pela busca do fundamento, nasce da ilusão do fundamento absoluto, ou seja, da ilusão de que terminaremos por encontrar a razão e o argumento irresistível no mundo de nossas idéias. Diante do fundamento irresistível, a mente se dobra necessariamente. O fundamento último não pode mais ser questionado. Quem resiste a ele se põe fora da comunidade das pessoas racionais⁷⁸.

Afirma este que essa ilusão foi comum durante séculos aos jusnaturalistas, que supunham ter colocado certos direitos acima da possibilidade de qualquer refutação, derivando-os diretamente da natureza do homem. Mas a natureza do homem revelou-se muito frágil como fundamento absoluto de direitos irresistíveis⁷⁹.

Verifica que essa ilusão já não é possível hoje, pois toda busca do fundamento absoluto é, por sua vez, infundada. Contra essa ilusão, levanta quatro dificuldades. A primeira deriva de que “direitos do homem” é uma expressão muito vaga. De que a maioria das definições são tautológicas, e de que, quando se acrescenta alguma referência ao conteúdo, não se pode deixar de introduzir termos avaliativos.

A segunda dificuldade é que os direitos do homem constituem uma classe variável, como demonstra a história. O elenco dos direitos do homem se modificou, e continua se modificando, com a mudança das condições históricas, ou seja, dos carecimentos e dos interesse, das classes no poder, dos meios disponíveis para a realização dos mesmos, das transformações técnicas, etc. Isso prova que não existem direitos fundamentais por natureza. O que parece fundamental numa época histórica e numa determinada civilização não é fundamental em outras épocas e em outras culturas⁸⁰.

⁷⁷CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.603.

⁷⁸BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 16.

⁷⁹Ibidem, p.16.

⁸⁰Ibidem, p.17/18.

Afirma que é inegável que existe uma crise dos fundamentos e que nossa tarefa, hoje, é muito mais modesta, embora também mais difícil. Não se trata de encontrar o fundamento absoluto, mas de buscar, em cada caso concreto, os vários fundamentos possíveis. Mas também essa busca não terá nenhuma importância histórica se não for acompanhada pelo estudo das condições, dos meios e das situações nas quais este ou aquele direito pode ser realizado⁸¹.

Verifica-se que Bobbio não deixa de ter razão, pois há um problema grave, atualmente, em relação à proteção dos direitos fundamentais. Além de se questionar a respeito destes direitos, de sua natureza e fundamento, se são direitos naturais ou históricos, absolutos ou relativos, deve-se enfatizar as formas de garanti-los, para impedir que, apesar de positivados, ele sejam violados.

3.4 CARACTERIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos sociais, como os direitos fundamentais de segunda dimensão, são aqueles que reclamam do Estado um papel prestacional para a minoração das desigualdades sociais. Pois, com o avanço do liberalismo político e econômico no início do século XX, após a Primeira Guerra Mundial, o mundo assistiu a deterioração do quadro social.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais atribui ao Estado uma ação que possa proporcionar condições mínimas de vida com dignidade aos cidadãos. São os direitos sociais, econômicos e culturais, que buscam diminuir as desigualdades sociais, notadamente proporcionando proteção aos mais “fracos”.

É importante mencionar que os direitos de segunda geração não negam, tampouco excluem, os direitos de primeira geração, mas a estes se somam⁸².

A primeira geração de direitos viu-se igualmente complementada historicamente pelo legado do socialismo, pelas reivindicações dos

⁸¹BOBBIO, Norberto. **A Era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.23/24.

⁸²FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional**. 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p.41.

desprivilegiados a um direito de participar do “bem-estar social”, entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo. Por isso, os direitos de segunda geração são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade. Tais direitos – como o direito ao trabalho, à saúde, à educação – têm como sujeito passivo o Estado porque, na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los. Há uma complementaridade, na perspectiva *ex parte populi*, entre os direitos de primeira e segunda geração, pois estes últimos buscam assegurar as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas⁸³.

Observa-se, como já visto, que a partir da terceira década do século XX, os Estados antes liberais começaram o processo de consagração dos direitos sociais, fundamentados na proteção da dignidade humana. O homem reclama uma nova forma de proteção da sua dignidade e a satisfação das carências mínimas, imprescindíveis para a sua vida.

Assim, o direito ao trabalho, à subsistência e ao teto constituem reivindicações admitidas por todas as correntes políticas, diante das exigências reiteradamente feitas pelas classes menos favorecidas no sentido de um maior nivelamento das condições econômicas e uma disciplina pelo Estado das atividades privadas, a fim de evitar a supremacia dos interesses dos economicamente mais fortes.

Os direitos sociais fizeram nascer a consciência de que tão importante quanto salvaguardar o indivíduo, conforme ocorria na concepção clássica dos direitos de liberdade, era proteger a instituição, uma realidade social muito mais rica e aberta à participação criativa e à valoração da personalidade que o quadro tradicional da solidão individualista, onde se formara o culto liberal do homem abstrato e insulado, sem a densidade dos valores existenciais, aqueles que unicamente o social proporciona em toda a plenitude⁸⁴.

⁸³LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.27.

⁸⁴BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 477.

Os direitos sociais exigem a presença do Estado em ações voltadas à minoração dos problemas sociais, visando a melhoria de condições de vida dos hipossuficientes e a concretização da igualdade social.

Segundo George Sarmento, a segunda geração dos direitos fundamentais caracterizou-se pela revelação de um longo catálogo de direitos subjetivos que conferem aos seus titulares a possibilidade de exigir do Estado prestações positivas relativas ao bem-estar do indivíduo e da sociedade⁸⁵.

Os Direitos Fundamentais Sociais não são direitos contra o Estado, mas sim direitos através do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais. São os Direitos Fundamentais do homem-social dentro de um modelo de Estado que tende cada vez mais a ser social, dando prevalência aos interesses coletivos antes que aos individuais⁸⁶.

São prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos menos favorecidos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. Valem como pressupostos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade⁸⁷.

Os direitos sociais, por estarem intimamente ligados ao princípio da igualdade, estão vinculados às tarefas de melhoria, distribuição e redistribuição dos recursos existentes, bem como à criação de bens essenciais não disponíveis para todos aqueles que deles necessitem. São estes direitos a prestações positivas por parte do Estado, visto como necessários para o desenvolvimento de condições mínimas de vida digna para todos os seres humanos⁸⁸.

⁸⁵SARMENTO, George. **Direitos Humanos. Liberdades Públicas. Ações Constitucionais. Recepção dos Tratados Internacionais.** Coleção curso e concurso; v.36. Coordenação Edilson Mougnot Bonfim. São Paulo: Saraiva, 2011, p.24.

⁸⁶KRELL, Andréas. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabrís Editor, 2002, p. 19.

⁸⁷SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo.** 20. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 285.

⁸⁸FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de direito constitucional.** 32. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 312.

Portanto, o objeto do direito social é, tipicamente, uma contraprestação sob a forma da prestação de um serviço por parte do Estado. Como o serviço escolar, o direito à educação, o serviço médico-sanitário-hospitalar, o direito à saúde dentre outros.

3.5 A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

Apesar da topologia constitucional não privilegiar aqueles que consideram os direitos sociais como fundamentais, sua essencialidade reside em sua ligação com os direitos humanos e a dignidade da pessoa humana, valores albergados na principiologia constitucional, consagrados doutrinária e jurisprudencialmente.

Os direitos sociais possuem íntima relação com a concepção de Estado estabelecida na Constituição de 1988⁸⁹, apresentando-se como elementos essenciais e, com isso, integrando a própria identidade da Constituição⁹⁰.

A nossa Constituição de 1988⁹¹ inaugura um Estado Social e Democrático de Direito, inclui entre os seus fundamentos a dignidade da pessoa humana e os valores sociais do trabalho (art.1º, III e IV), e indica como um dos objetivos da República a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, com a erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais (art.3º, I e III).

Ademais, prevê, em seu título III, um extenso catálogo de direitos de cunho social, principalmente no art.7º, sem prejuízo de outros direitos implícitos ou decorrentes dos tratados internacionais dos quais o Brasil vier a ser signatário (art.5º, parágrafo 2º)⁹².

⁸⁹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A problemática dos Direitos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição**. In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e comparado*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 372.

⁹¹BRASIL. Op. Cit.

⁹²Ibidem.

No entanto, existem doutrinadores que negam jusfundamentalidade aos direitos sociais, e outros que compreendem como fundamentais apenas os direitos sociais ligados ao mínimo existencial. Os primeiros cometem o equívoco de ignorar que o próprio constituinte elegeu determinados valores como fundamentais, entre eles, o da justiça, ao qual, inegavelmente, estão ligados os direitos sociais. Tendo-se como certo que os direitos fundamentais sociais estão entre as decisões fundamentais do constituinte originário, é de se rechaçar a possibilidade dos poderes constituídos decidirem qual direito é ou não fundamental⁹³.

Quanto à tese de que só os direitos sociais ligados ao mínimo existencial seriam fundamentais, esta também não deve prevalecer. Acima da noção de mínimo existencial está o princípio da dignidade da pessoa humana e a igualdade material.

Há também uma discussão a respeito da inclusão ou não dos direitos sociais no rol das cláusulas pétreas, uma vez que a Constituição adotou uma terminologia que não abriga, à primeira vista, esta posição. A partir da leitura do art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição Federal⁹⁴, a qual se refere a “direitos e garantias individuais”, a controvérsia ganha corpo e a interpretação literal abre um horizonte para a imprecisão dos vocábulos usados, uma vez que estes não se repetem em nenhum outro lugar da Constituição⁹⁵.

Observa-se que há referências, no texto constitucional, de direitos individuais e coletivos no art. 5º da CF⁹⁶. Então, pela interpretação literal, não seriam cláusulas pétreas todos direitos enunciados no art.5º, resultado indesejável, num Estado democrático de Direito. No entanto, a interpretação literal não é recomendável para solucionar a questão, até pelo próprio caráter sistemático adotado na redação da nossa Constituição.

Verifica-se que a posição razoável é o entendimento de que tanto os direitos individuais quanto os coletivos e sociais são cláusulas pétreas, até

⁹³SARLET, Ingo Wolfgang. **A problemática dos Direitos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição.** In Sarlet, Ingo Wolfgang (org.). Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 376.

⁹⁴BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹⁵Ibidem.

⁹⁶Ibidem.

mesmo pela orientação hermenêutica emanada do próprio art. 5º, § 2º da CF⁹⁷ que dispõe expressamente que: "os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou os tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte".

Vale ressaltar que a interpretação restritiva dos direitos fundamentais gera um enorme prejuízo ao cidadão, porque este terá seu patrimônio jurídico reduzido. Ademais, que as cláusulas pétreas são o reconhecimento de que aqueles valores possuem enorme importância e por isto precisam ser cuidadosamente protegidos dos reveses políticos, marcados pela instabilidade e pelo jogo ou troca de interesses.

Os direitos sociais estão previstos no Título II, Capítulo II da Constituição da República, mais precisamente no artigo 6º e 7º da CF⁹⁸. O artigo 6º estabelece que: "São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição".

Cumprir mencionar, de antemão, que os direitos sociais não estão exaustivamente enumerados no Título II da Constituição Federal, muito menos somente nos artigos 6º e 7º da CF⁹⁹, existindo, portanto, direitos sociais dispersos ao longo de todo o seu texto.

Isso se conclui com a análise do Preâmbulo e do Título VIII, "Da Ordem Social", artigos 193º a 230º¹⁰⁰. Sendo assim, cumpre ressaltar que o importante na tarefa de identificar um direito social, não é a preocupação com o local em que o mesmo foi estabelecido na Constituição, e sim como seu conteúdo material. Pois, os direitos sociais são marcados pelas reivindicações dos desprivilegiados a um direito de participar do "bem-estar social", entendido como os bens que os homens, através de um processo coletivo, vão acumulando no tempo¹⁰¹.

⁹⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

⁹⁸Ibidem.

⁹⁹Ibidem.

¹⁰⁰Ibidem.

¹⁰¹LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt**. 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006, p.127.

3.6 A CRISE DO ESTADO SOCIAL

Em um país tão marcado pela desigualdade social, como o Brasil, os impactos do processo de globalização econômica e as matizes neoliberais políticas fazem surgir a necessidade de se elaborar formas de proteger os direitos sociais, garantindo o mínimo necessário à dignidade da vida.

Verifica-se que tem ocorrido uma tendência de retrocesso na proteção e efetividade destes direitos, por vários fatores, dentre eles a diminuição da máquina estatal, notadamente a assistencial, e a destruição dos direitos trabalhistas através da denominada “flexibilização”.

Atualmente, defende-se a idéia de mínimo existencial garantido através da intervenção positiva do Estado. Verifica-se que alguns direitos sociais estão contidos no mínimo existencial, englobado no conteúdo jurídico do princípio da dignidade da pessoa humana.

No entanto, hoje, vivemos uma época de crise, a qual traz reflexos para os direitos fundamentais. Com a globalização e a afirmação do paradigma neoliberal, que impõe aos países periféricos uma lógica perversa de Estado mínimo, a subordinação a órgãos como o Fundo Monetário Internacional e a situações de competição desigual, temos uma situação de crise¹⁰².

A exclusão social e formação de bolsões de pobreza são graves dilemas enfrentados pelo Brasil, que atuam reduzindo a capacidade de ação social no sentido de efetivação dos direitos fundamentais. A outra face da moeda é fragilidade que transforma-se em dominação, o que gera uma possibilidade de desmantelo da democracia.

Ingo Sarlet leciona que, além da crise dos direitos fundamentais não se restringir aos direitos sociais, a crise dos direitos sociais, por sua vez, atua como elemento de impulso e agravamento da crise dos demais direitos. Basta, neste contexto, observar que o aumento dos índices de exclusão social, somado à crescente marginalização, tem gerado um aumento assustador da criminalidade e violência nas relações sociais em geral, acarretando, por sua

¹⁰²SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 5ª ed., rev., atual. e ampliada. Livraria do Advogado Editora, 2005, p.8.

vez, um número cada vez maior de agressões ao patrimônio, vida, integridade corporal, intimidade, dentre outros bens jurídicos fundamentais¹⁰³.

Diante deste contexto social, os direitos sociais são totalmente afetados. Então, o único caminho a ser seguido para uma sociedade justa e igualitária é garantir a proteção dos direitos sociais, propiciando formas para que estas normas sejam efetivamente cumpridas.

3.7 A EFETIVIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

Para Bobbio, é muito importante e amplíssima a tarefa dos sociólogos do direito no que se refere à aplicação das normas jurídicas, ou do fenômeno que é cada vez mais estudado sob o nome, de *implementation*. O campo dos direitos do homem aparece, certamente, como aquele onde é maior a defasagem entre a posição da norma e sua efetiva aplicação. E essa defasagem é ainda mais intensa precisamente no campo dos direitos sociais. Este questiona se um direito cujo reconhecimento e cuja efetiva proteção são adiados *sine die*, além de confiados à vontade de sujeitos cuja obrigação de executar o “programa” é apenas uma obrigação moral ou, no máximo, política, pode ainda ser chamado de “direito”?¹⁰⁴

Afirma que existe uma enorme defasagem entre a amplitude do debate teórico sobre os direitos do homem e os limites dentro dos quais se processa a efetiva proteção dos mesmos nos Estados particulares e no sistema internacional. Que essa defasagem só pode ser superada pelas forças políticas. Mas os sociólogos do direito são, entre os cultores de disciplinas jurídicas, os que estão em melhores condições para documentar essa defasagem, explicar suas razões e, graças a isso, reduzir suas dimensões¹⁰⁵.

Observa que o desenvolvimento dos direitos do homem passou por três fases: num primeiro momento, afirmaram-se os direitos de liberdade, isto é, todos aqueles direitos que tendem a limitar o poder do Estado e a reservar para

¹⁰³SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 5ª ed., rev., atual. e ampliada. Livraria do Advogado Editora, 2005, p.8.

¹⁰⁴BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.77 e ss.

¹⁰⁵Ibidem, p.77 e ss.

o indivíduo, ou para os grupos particulares, uma esfera de liberdade em relação ao Estado; num segundo momento, foram propugnados os direitos políticos, os quais tiveram como conseqüência a participação cada vez mais ampla, generalizada e frequente dos membros de uma comunidade no poder político; finalmente, foram proclamados os direitos sociais, que expressam o amadurecimento de novas exigências, como os do bem-estar e da igualdade não apenas formal¹⁰⁶.

O problema real que temos de enfrentar, contudo, é o das medidas imaginadas e imagináveis para a efetiva proteção desses direitos. Existe uma dificuldade que se refere às condições de realização desses direitos. Os países em desenvolvimento não possuem condições econômicas, apesar de seus programas ideais, para desenvolver a proteção da maioria dos direitos sociais.

Bobbio sustenta que uma discussão sobre os direitos humanos deve hoje levar em conta, para não correr o risco de se tornar acadêmica, todas as dificuldades procedimentais e substantivas. Que a efetivação de uma maior proteção dos direitos do homem está ligada ao desenvolvimento global da civilização humana. É um problema que não pode ser isolado, sob pena de sequer compreendê-lo em sua real dimensão. O autor considerava-se otimista visto que vê um sinal positivo na situação atual devido à crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos do homem. Que é verdade que somente depois da Segunda Guerra Mundial é que esse problema passou da esfera nacional para a internacional, envolvendo todos os povos¹⁰⁷.

Afirmava que uma coisa é falar dos direitos do homem, direitos sempre novos e cada vez mais extensos, e justificá-los com argumentos convincentes; outra coisa é garantir-lhes uma proteção efetiva. Que os direitos sociais, como se sabe, são mais difíceis de proteger do que os de liberdade. Que a proteção internacional é mais difícil do que a proteção no interior de um Estado de direito. Poder-se-iam multiplicar os exemplos de contraste entre as declarações

¹⁰⁶BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.32.

¹⁰⁷Ibidem, p.44/46.

solenes e a sua consecução, entre a grandiosidade das promessas e a miséria das realizações. No entanto, que o debate sobre os direitos do homem é um sinal do progresso moral da humanidade¹⁰⁸.

Observa-se que há uma grande discussão, no âmbito do Direito Constitucional pátrio, a respeito das normas programáticas, na esfera dos direitos sociais prestacionais. Parte da doutrina, como Eros Roberto Grau¹⁰⁹, sustenta que não existem normas programáticas em nossa Constituição, na medida em que a mesma consagrou a aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais e diversos instrumentos processuais aptos a combater a omissão por parte do legislador.

No entanto, nota-se que a nossa Constituição apresenta algumas normas que, em virtude de sua natureza, reclamam uma atuação do legislador, o que não gera a negação da eficácia e aplicabilidade imediata destas normas. Esta é a posição de juristas como Barroso¹¹⁰, Ingo Sarlet¹¹¹ e Canotilho¹¹².

No nosso sistema constitucional, não há como se negar a existência de normas que se restringem a estabelecer programas, finalidades e tarefas mais ou menos concretas a serem implementadas pelos órgãos estatais, e que dependem de uma mediação legislativa. No entanto, também, não se pode negar que o nosso constituinte consagrou, expressamente, o princípio da aplicabilidade imediata para os direitos fundamentais.

Ancorado em José Afonso da Silva, o pensamento tradicional sustenta uma classificação tricotômica acerca da eficácia das normas constitucionais, marcada pela seguinte distinção: normas constitucionais de eficácia plena,

¹⁰⁸BOBBIO, Norberto. **A era dos Direitos**. Trad. Carlos Nelson Coutinho, Apres. Celso Lafer. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p.60.

¹⁰⁹GRAU, Eros. **A ordem Econômica na Constituição de 1988**. 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p.322 e ss.

¹¹⁰BARROSO, Luiz Roberto. BARROSO. Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1996, p. 13 e ss.

¹¹¹SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 5ª ed., rev., atual. e amp., Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 284 e ss.

¹¹²CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998, p.184 e ss.

contida e limitada ou reduzida, estas últimas podendo ser de princípio instintivo ou organizativo e de princípio programático¹¹³.

A evolução da concepção firmada em derredor das normas constitucionais programáticas bem demonstra o caminho que fora trilhado, desde a absoluta ausência de juridicidade até a mais ampla força jurídica, sustentada a partir da teoria da constituição dirigente¹¹⁴.

No âmbito dos direitos sociais, existem as normas constitucionais definidoras de direitos sociais e as normas constitucionais programáticas, as quais diferem no que concerne ao grau de vinculação imposto ao legislador.

Parece haver um critério distintivo razoavelmente seguro: são normas constitucionais definidoras de direitos sociais aquelas das quais for possível deduzir, no curso da atividade interpretativa, uma posição jurídico-subjetiva de cunho social. Por conseguinte, quando houver mera previsão de finalidade a ser promovida objetivamente pelo Estado¹¹⁵.

As questões que traduzem a eficácia imediata, e que são comuns a todas as normas de direitos fundamentais, são as seguintes: a) acarretam a revogação dos atos normativos anteriores e contrários ao conteúdo da norma definidora de direito fundamental; b) contém imposições que vinculam o legislador, o qual não pode se afastar dos parâmetros preestabelecidos nas normas de direitos fundamentais a prestações; c) se impõe a declaração de inconstitucionalidade de todos os atos normativos editados após a vigência da Constituição, caso colidentes com o conteúdo dos direitos fundamentais; d) os direitos fundamentais prestacionais de cunho programático consistem num parâmetro para a interpretação, integração e aplicação das normas jurídicas; e) os direitos fundamentais a prestações, mesmo como normas programáticas, geram sempre algum tipo de posição jurídico-subjetiva; geram, no mínimo, um direito no sentido negativo, já que sempre possibilita ao indivíduo que exija do Estado que este se abstenha de atuar de forma contrária ao conteúdo da

¹¹³SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 164.

¹¹⁴DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo Dirigente e Pós-Modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 303.

¹¹⁵DERBLI, Felipe, **O Princípio de Não Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 233/234.

norma que consagra o direito fundamental e f) as normas programáticas geram a proibição do retrocesso¹¹⁶.

Sobre o tema, cumpre citar a lição de Ana Paula de Barcellos, que classificou as modalidades de eficácia jurídica segundo a aptidão das normas para a produção dos efeitos pretendidos¹¹⁷.

Para esta, a eficácia das normas jurídicas manifesta-se sob as seguintes modalidades: a) simétrica ou positiva, quando a norma gera direito subjetivo para o indivíduo, podendo esse direito ser exigido pela via judicial; b) nulidade, que se manifesta somente em juízo, mediante a declaração de invalidade dos atos praticados em contrariedade à descrição contida na norma; c) ineficácia, que permite que sejam ignorados os atos praticados em desconformidade com a norma, desconsiderando-se os efeitos que tal ato pretendesse produzir; d) anulabilidade, também uma forma de invalidade que também depende do reconhecimento judicial, mas possui, em geral, restrição temporal para tanto e está sempre condicionada à provocação de quem seja legitimado para suscitá-la, não podendo ser decretada de ofício; e) negativa, modalidade mais relacionada com os princípios, que autoriza a declaração de invalidade de todas as normas e todos os atos contrários à finalidade pretendida pela norma em questão; f) penalidade, que, conquanto incapaz de produzir o efeito pretendido pela norma, pode influenciar o indivíduo para que, diante da possibilidade de sofrer a sanção, motive-se a obedecer a norma; g) interpretativa, em que a norma assume o papel de vetor hermenêutico da compreensão do sentido e do alcance das demais normas; h) outras, como, por exemplo, a intervenção federal. A autora reconhece ainda outra modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais, qual seja, a vedativa do retrocesso.

Quanto ao reconhecimento de direitos subjetivos oriundos das normas que definem direitos sociais, destaca-se que há a possibilidade de se reconhecerem, em certas condições, verdadeiros direitos subjetivos a prestações, mesmo antes da concretização pelo legislador, até mesmo pela

¹¹⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 5ª ed., rev., atual. e amp., Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 312 e ss.

¹¹⁷BARCELLOS. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p.59/76.

forte ligação deste com o direito à vida e à dignidade da pessoa humana. Isso se verifica, por exemplo, no direito à saúde, na previdência social, no direito à educação etc.

Ademais, vale ressaltar que, em último caso, cabe ao próprio Poder Judiciário, zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, desde que com cautela e responsabilidade.

3.8 A ATUAÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO PARA A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

Assiste razão a Canotilho, quando este afirma que os direitos sociais se encontram hoje em situação análoga à experimentada pelos direitos, liberdades e garantias individuais, quando ficavam à mercê da atuação legislativa. Sustenta que, atualmente, é com relação aos direitos sociais que se insiste em afirmar que o Legislador tem uma completa liberdade de conformação, estando estes direitos na dependência legal, o que os transforma em não mais que pretensões legalmente reguladas¹¹⁸.

O princípio da dignidade da pessoa humana permite reconstruir semanticamente o modo de compreensão e aplicação dos direitos fundamentais no sistema jurídico brasileiro, potencializando a realização do direito justo ao oportunizar a aceitação da aplicabilidade direta e imediata dos direitos fundamentais.

O reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana exige o reconhecimento da necessidade de assegurar os direitos individuais dos cidadãos, e também a necessidade de efetivar, o máximo possível, os direitos sociais, cuja materialização exige o desenvolvimento de prestações positivas do Estado.

Para a doutrina atual, um dos desdobramentos mais importantes do novo paradigma dos direitos fundamentais é a reviravolta operada no tema concernente à eficácia (aplicabilidade) das normas constitucionais. Isso porque, ao se afastar a concepção anacrônica da mera programaticidade das normas

¹¹⁸NETTO, Ana Cristina Pinto e. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.130.

principiológicas, baseada na idéia de não obrigatoriedade do Estado e mesmo dos particulares de implementar os direitos fundamentais, abriu-se espaço para que a principiologia constitucional passasse a produzir amplos efeitos no sistema jurídico¹¹⁹.

No entanto, atualmente, percebe-se que, ao lume do postulado hermenêutico da máxima efetividade dos direitos fundamentais da Constituição, todas as normas constitucionais podem ser diretamente aplicadas pela via jurisdicional, razão pela qual deve o magistrado aplicar diretamente mesmo uma norma de eficácia limitada, desde que se configure a situação correspondente à prescrição normativa¹²⁰.

Ademais, desse modo, a realização da eficácia das normas constitucionais exige o fortalecimento de uma jurisdição constitucional emancipatória e progressista, assumindo o Poder Judiciário um papel fundamental no Estado Democrático de Direito, por meio de uma hermenêutica criativa e concretizante da essência axiológica e teleológica de uma Constituição, indispensável para a materialização de um direito justo¹²¹.

O ideal seria que o Estado atribuísse eficácia a todos os direitos sociais, diretamente, sem que fosse necessária a atuação do Poder Judiciário para que os mesmos fossem efetivados. Mas, como em nosso país este ideal está longe de ser alcançado, embora vivamos num Estado tido como Social de Direito, são louváveis as diversas decisões judiciais que trazem eficácia a certos direitos sociais, em prol da dignidade da pessoa humana e fazem justiça. Portanto, nas situações de inoperância estatal, deve o Poder Judiciário atuar para que haja o respeito aos direitos sociais e a proteção dos indivíduos.

Como ressalta o professor Dirley da Cunha Júnior, é possível sustentar-se que, na hipótese de omissão dos órgãos de direção política (Legislativo e Executivo), na realização das tarefas sociais, notadamente quando deflagradoras de direitos sociais, deva ocorrer um sensível deslocamento do centro de decisões destes órgãos para o plano da jurisdição constitucional. A Inércia do Poder Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo podem ser

¹¹⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 150.

¹²⁰Ibidem, p. 151.

¹²¹Ibidem, p. 152.

perfeitamente supridas pela atuação do Poder Judiciário, justamente mediante a utilização dos mecanismos previstos para esse fim, na própria Constituição¹²². De acordo com Daniel Sarmento¹²³:

A questão central é: se considerarmos que certos direitos sociais são condições de democracia, então o judiciário, como seu guardião, possui também a prerrogativa de concretizá-los, quando tem lugar a inércia dos demais ramos do Estado na realização dessa tarefa. Note-se bem: se o Judiciário tem legitimidade para invalidar normas produzidas pelo Poder Legislativo, mais facilmente pode se afirmar que é igualmente legítimo para agir diante da inércia dos demais poderes, quando essa inércia implicar um óbice ao funcionamento regular da vida democrática. Vale dizer: a concretização judicial de direitos sociais fundamentais, independentemente de mediação legislativa, é um *minus* em relação ao controle de constitucionalidade. Por conta disso, ao plano de fundamentalidade material dos direitos sociais vinculados ao conceito de mínimo existencial, deve-se agregar outro, alicerçado no de condições sociais da democracia, estabelecendo-se, com isso, critérios um pouco mais alargados para se definir a esfera de sua justiciabilidade... A teoria democrático-deliberativa chama justamente a atenção para a necessidade de que o Judiciário possa concretizar, além desses, também os direitos sociais que são condições para uma participação igualitária na vida pública.

No entanto, cumpre ressaltar que embora a dignidade da pessoa humana deva ser garantida, visto que se apresenta como fundamento de todo o nosso sistema constitucional, esta deve ser protegida com responsabilidade.

Mesmo os partidários da corrente que sustenta a eficácia dos direitos fundamentais prestacionais idêntica a dos direitos individuais clássicos, reconhecem que deve ocorrer uma certa avaliação dos custos dos direitos, no processo de ponderação de interesses subjacente ao caso concreto em que se busca a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Cite-se a lição de Ingo Wolfgang Sarlet: negar que apenas se pode buscar algo onde este algo existe e desconsiderar que o Direito não tem o condão de – qual toque de Midas – gerar os recursos materiais para sua

¹²²CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.102/106.

¹²³SARMENTO, Daniel. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.324.

realização fática, significa, de certa forma, fechar os olhos para os limites do real¹²⁴.

É certo que não se pode fechar os olhos totalmente para as regras e questões financeiras e orçamentárias que estão presentes no nosso sistema, mas que estas também não têm como ser avaliadas e discutidas em cada processo judicial.

Sarlet suscita a necessidade de reforma do sistema orçamentário, do controle judicial e também preventivo do orçamento, como medidas que podem ser aperfeiçoadas e podem levar a uma melhor coordenação do sistema como um todo e minimização inclusive dos efeitos individuais¹²⁵.

Portanto, faz-se necessário que surjam mecanismos no nosso sistema jurídico capazes de compatibilizar as decisões judiciais com as questões orçamentárias, para que o nosso direito constitucional seja realmente aplicado e respeitado. Verifica-se que deve se chegar a uma posição intermediária acerca dos limites da aplicação e efetivação dos direitos fundamentais por parte do Poder Judiciário. Cuida-se, aqui, de se permitir ao Poder Judiciário, na atividade de controle das omissões do poder público, determinar uma redistribuição dos recursos públicos existentes, retirando-os de outras áreas para destiná-los ao atendimento das necessidades vitais do homem, dotando-o das condições mínimas de existência¹²⁶.

Cabe ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, sopesar os princípios constitucionais invocados, tendo em vista o postulado da dignidade da pessoa humana, para que chegue a uma decisão razoável, que consiga efetivar direitos sociais, dentro das possibilidades do Estado.

Ademais vale a pena ressaltar que segundo Alexy, a reserva de competência orçamentária do legislador não é um princípio absoluto, na medida em que os direitos fundamentais podem ter mais peso e relevância que razões de ordem político-financeira. E em tempos de crise econômica, cuja

¹²⁴SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre, 5ª ed., rev., atual. e amp., Livraria do Advogado Editora, 2005, p. 350/351.

¹²⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 27/04/09. Disponível em <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>>. Acesso em 03/11/10.

¹²⁶CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.744 e ss.

flexibilidade econômica é necessária, não de ser garantidos esses direitos sociais mínimos¹²⁷.

¹²⁷ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008, p.495.

4 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO CONSTITUCIONAL IMPLÍCITO DO NÃO RETROCESSO NO DIREITO BRASILEIRO

4.1 O RECONHECIMENTO DO NÃO RETROCESSO NA DOUTRINA BRASILEIRA

Luciano Parejo Alfonso afirma que Konrad Hesse, em obra de 1978, desenvolveu a teoria da irreversibilidade, segundo a qual haveria vinculações para o Estado decorrentes da cláusula do Estado Social plasmada na Constituição Alemã, relativas à interpretação da legislação existente, à determinação de tratamento diferenciado de certas situações em prol da igualdade e à limitação ao Poder Legislativo. Que esta última se manifestaria pela possibilidade de declaração de inconstitucionalidade das medidas legais que regulassem de forma insatisfatória o princípio¹²⁸.

A *Nichtumkehrbarkeitstheorie* ou teoria da irreversibilidade, desenvolvida por Konrad Hesse, partiria da afirmação de que não se pode induzir o conteúdo substantivo da vinculação social do Estado diretamente da Constituição, mas, uma vez produzidas as regulações, uma vez realiza a conformação legal ou regulamentar deste princípio, as medidas regressivas afetadoras destas regulações seriam inconstitucionais, ou seja, haveria uma irreversibilidade das conquistas sociais alcançadas¹²⁹.

Ainda, segundo Luciano Parejo Alfonso, a maioria da doutrina alemã não teria aceitado a teoria por causa da dependência dos recursos econômicos do Estado Social. As críticas e a questão econômica levaram Konrad Hess a limitar a garantia derivada do princípio social ao núcleo essencial das regulações sociais estabelecidas, obrigando a distinguir os componentes elementares e básicos garantidos e outros suplementares próprios ou imputáveis à conjuntura econômica e sujeitos à disponibilidade do legislador¹³⁰.

¹²⁸ALFONSO, Luciano Parejo. **Estado Social y Administracion pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa**. Madrid: Civitas, 1983, p. 53/55.

¹²⁹Ibidem, p. 53/55.

¹³⁰Ibidem, p. 53/55.

Vale a pena transcrever a importante doutrina do jurista português Canotilho, que influenciou e tem influenciado diretamente a doutrina brasileira em relação ao princípio do não retrocesso social, segundo a qual:

O princípio da democracia econômica e social aponta para a proibição de retrocesso social. A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de «contra-revolução social» ou da «evolução reaccionária». Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjectivo. A «proibição de retrocesso social» nada pode fazer contra as recessões e crises económicas (reversibilidade fáctica), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de «direitos prestacionais de propriedade», subjectivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial efectivado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada «justiça social». [...] A liberdade de conformação do legislador nas leis sociais nunca pode afirmar-se sem reservas, pois está sempre sujeita ao princípio da proibição de discriminações sociais e políticas antisociais. As eventuais modificações destas leis devem observar os princípios do Estado de direito vinculativos da actividade legislativa e o núcleo essencial dos direitos sociais. O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas («lei da segurança social», «lei do subsídio de desemprego», «lei do serviço de saúde») deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa «anulação», «revogação» ou «aniquilação» pura e simples desse núcleo essencial.[...]. A liberdade de conformação do legislador e inerente auto-reversibilidade têm como limite o núcleo essencial já realizado¹³¹.

De acordo com o próprio Canotilho e Vital Moreira, as normas constitucionais que reconhecem direitos sociais de carácter positivo implicam uma proibição de retrocesso, já que “uma vez dada satisfação ao direito, este

¹³¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2007, p.338 e ss.

transforma-se, nessa medida, em direito negativo, ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de atentar contra ele”¹³².

Sendo assim, os direitos sociais não podem ser simplesmente restringidos ou abolidos por medidas estatais retrocessivas, a não ser que estas venham acompanhadas de uma previsão compensatória que mantenha nível similar de proteção social. No entanto, a compensação exigida deve ser específica e real, não se exaurindo nas meras promessas de criação de mais empregos, ou programas de governo.

Jorge Miranda sustenta que existe um regime específico para os direitos sociais e aponta como princípio material destes o “não retorno da concretização”. Ademais, afirma que estes dependem, na maioria das vezes, de normas infraconstitucionais para sua efetivação e só são plenamente atuantes por meio dos chamados direitos relativos à prestações. Sendo assim, a supressão das normas infraconstitucionais que consagram os direitos derivados a prestações levaria à ineficácia das normas constitucionais que prevêm os direitos sociais, o que estaria vedado pela regra do “não retorno da concretização” ou do não retrocesso social, que se baseia no princípio da proteção da confiança¹³³.

De acordo com Felipe Derbli, o debate na doutrina brasileira acerca do retrocesso social é relativamente recente, sendo ainda rarefeita a bibliografia que cuida do tema. Afirma que coube a José Afonso da Silva o pioneiro enfrentamento da questão na doutrina do Direito brasileiro¹³⁴.

Para José Afonso da Silva, como já dito anteriormente, as normas definidoras de direitos sociais são concebidas como normas programáticas, ou seja, elas dão ao legislador o caminho a seguir, a indicação de qual caminho não seguir, de modo a que seja inconstitucional a lei que percorrer o caminho

¹³²CANOTILHO, Joaquim José Gomes. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991, p. 131.

¹³³MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional. Direitos Fundamentais**, Vol. IV. 3.ed. Coimbra: 2000, p.397.

¹³⁴DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 166.

vedado pela Constituição e, a lei que voltar atrás depois na execução da norma constitucional¹³⁵.

A noção de proibição de retrocesso tem sido reconduzida à noção que José Afonso da Silva apresenta como sendo de um direito subjetivo negativo, no sentido de que é possível impugnar judicialmente toda e qualquer medida que se encontre em conflito com a Constituição de 1988¹³⁶, bem como questionar medidas legislativas que venham subtrair supervenientemente a uma norma constitucional o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.

Luís Roberto Barroso afirma que, de acordo com este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional e instituir determinado direito, faz com que ele se incorpore ao patrimônio jurídico da cidadania e que não possa ser absolutamente suprimido¹³⁷.

Seguindo as lições de José Afonso da Silva, Barroso compreende que o princípio da proibição do retrocesso está ligado à questão da regulamentação infraconstitucional das normas constitucionais programáticas, mas considera que este também se aplica, em tese, a casos em que o exercício de um direito constitucional dependa de uma lei para ter eficácia.

Ou seja, se aplica também para impedir que esta lei revogue uma lei anterior que deu maior eficácia à norma constitucional, e que se retorne a um estado de omissão legislativa. Para Ana Paula Barcellos¹³⁸, o princípio do não retrocesso social seria uma modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais:

A vedação do retrocesso, por fim, é uma derivação da eficácia negativa, particularmente ligada aos princípios que envolvem os direitos fundamentais. Ela pressupõe que esses princípios sejam concretizados através de normas infraconstitucionais e que, com

¹³⁵SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das Normas Constitucionais**. 6 ed. São Paulo: Malheiros, p.57.

¹³⁶BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹³⁷BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas normas**, 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 158.

¹³⁸BARCELLOS, Ana Paula de. **A Nova Interpretação Constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3 ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p.370.

base no direito constitucional em vigor, um dos efeitos gerais pretendidos por tais princípios é a progressiva ampliação dos direitos fundamentais. Partindo desses pressupostos, o que a vedação do retrocesso propõe se possa exigir do Judiciário é a invalidade da revogação de normas que, regulamentando o princípio, concedem ou ampliam direitos fundamentais, sem que a revogação em questão seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente. Isto é: a invalidade, por inconstitucionalidade, ocorre quando se revoga uma norma infraconstitucional concessiva de um direito, deixando um vazio em seu lugar. Não se trata, é bom observar, da substituição de uma forma de atingir o fim constitucional por outra, que se entenda mais apropriada. A questão que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente.

O Professor Ricardo Maurício Soares ressalta que a eficácia vedativa do retrocesso é uma derivação da eficácia negativa, segundo a qual as conquistas referentes aos direitos fundamentais não podem ser elididas pela supressão de normas jurídicas progressistas. Esta permite que se possa impedir, através da via judicial, a revogação de normas infraconstitucionais relativas a direitos fundamentais sociais, desde que não haja a previsão normativa do implemento de uma política pública equivalente, tanto do ponto de vista quantitativo quanto da perspectiva qualitativa¹³⁹. Ainda na doutrina nacional, o jurista Ingo Wolfgang Sarlet¹⁴⁰ afirma que:

[...] ainda no que concerne à eficácia dos direitos a prestações de cunho programático, não se pode deixar de considerar a problemática dos direitos que já foram objeto de concretização pelo legislador. Neste sentido, impõe-se a indagação sobre se um dos efeitos inerentes às normas constitucionais que consagram direitos fundamentais desta natureza não seria também o de gerarem o que habitualmente se denominou de uma proibição de retrocesso, isto é, de impedir o legislador de abolir determinadas posições jurídicas por ele próprio criadas.

Sarlet associa o princípio da proibição de retrocesso social aos direitos fundamentais sociais e, particularmente, aos direitos prestacionais, mesmo porque são os que demandarão, em regra, a atuação do legislador na sua concretização. Mas, enfatiza que a proibição do retrocesso não se restringe aos direitos fundamentais sociais, estendendo-se, na verdade, a todos os

¹³⁹SOARES, Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144.

¹⁴⁰SARLET, **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 318.

direitos fundamentais, muito embora sua repercussão seja maior na aplicação das normas que concernem aos propósitos constitucionais de justiça social¹⁴¹.

Entre nós, não destoa a lição de Lênio Luiz Streck, para o qual a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade¹⁴².

Verifica-se que, a transformação do Estado Liberal, em Estado Social veio acompanhada de um sentimento, inerente a todas as constituições sociais, de que as conquistas sociais não retroagem. Ou seja, de que os direitos sociais e as liberdades públicas sempre tendem a avançar, não se admitindo retrocesso.

Essas conquistas realizadas tanto através de normas constitucionais como pela via infraconstitucional, fazem com que os direitos fundamentais sejam concretizados, e que sempre avancem, não se admitindo o seu retrocesso, através até das normas ordinárias, na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Juarez Freitas também defende a existência de um princípio de proibição de retrocesso, quando afirma que este princípio protege o núcleo dos direitos fundamentais, considerando que, no nosso sistema constitucional brasileiro, não pode haver emenda constitucional nem qualquer retrocesso legislativo que toque este núcleo intangível¹⁴³.

Vale a pena citar o parecer de Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski sobre o projeto de novo Código Civil¹⁴⁴, atualmente em vigor no

¹⁴¹SARLET, **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.268 e ss.

¹⁴²STRECK, Lênio, **Hermenêutica Jurídica em crise**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 53.

¹⁴³FREITAS, Juarez. **A interpretação sistemática do direito**. 3.ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.209/210.

¹⁴⁴BRASIL. **Lei n.º10.406/02**. Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 mar. 2011.

Brasil, que entendeu ser o mesmo inconstitucional por violação à proibição do retrocesso social.

Para os autores acima referidos, o atual Código tem uma distribuição de matérias que obedece a uma lógica patrimonialista, na contramão da óptica constitucional de proteção da dignidade da pessoa humana. Assim, considerando a pretensão de completude do Código, temas como a proteção da família, o dos direitos dos filhos adotivos em face dos biológicos e dos consumidores foram regulados pela nova lei de tal forma que a sua garantia em sede legal pode vir a ser interpretada como reduzida, vez que, ao menos em tese, importantes disposições contidas em leis esparsas como o Estatuto da Criança e do Adolescente¹⁴⁵ e o Código de defesa do Consumidor¹⁴⁶, dentre outros, teriam sido revogados sem que houvesse nova disciplina legislativa para as matérias sobre as quais dispunham¹⁴⁷.

Para estes autores, percebe-se que a omissão do órgão legislativo em regulamentar tais normas constitucionais implica inconstitucionalidade por omissão. No que diz respeito à proteção da família, à regulamentação da união estável, à proteção da criança e do adolescente e à tutela do consumidor, o legislador não se omitiu, editando os diplomas legais que regulamentam o conteúdo da Constituição¹⁴⁸.

São essas leis, desse modo, reflexos da nova ordem constitucional, seus princípios e suas regras. Sem embargo, uma vez existentes tais diplomas legais, explicitando direitos decorrentes da Constituição Federal, sua supressão implicaria um retorno à situação preexistente a essa regulamentação, ou seja, a situação que, outrora, caracterizou inconstitucionalidade por omissão.

Mais grave que isso, não se estaria a tratar de omissão pura e simples, mas de supressão de direitos garantidos pela Constituição, que vinham sendo exercidos por conta da regulamentação efetuada pela legislação esparsa. A

145BRASIL. **Lei 8069/1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 mar. 2011.

146BRASIL. **Lei 8078/1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 mar. 2011.

¹⁴⁷DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 173.

¹⁴⁸Ibidem, p. 173.

revogação, mesmo tácita, dessa legislação, sem a sua substituição por novos dispositivos legais que assegurem aqueles mesmos direitos já assegurados, constitui retrocesso não admitido pelo sistema constitucional¹⁴⁹.

No mesmo sentido, Lênio Streck afirma que para que se construam as condições de possibilidade de uma razão emancipatória para o Direito, é necessário reconhecer na Constituição, além de sua projeção para o futuro, uma função igualmente relevante de preservar os direitos já conquistados. Assim, há que se combater a ação de majorias políticas eventuais que pretendam alterar a legislação e, com isso, retirar conquistas sociais na contramão da programaticidade constitucional. Para tanto, ampara-se na necessidade de aplicação da cláusula de proibição do retrocesso social, que vê como “inerente/imanente” ao Estado Democrático de Direito, à semelhança do entendimento esposado pelo Tribunal Constitucional Português¹⁵⁰.

Para Ingo Sarlet, assim, como princípio implícito que é, já que não foi expressamente consagrado com este rótulo nas constituições latino-americanas em vigor no momento, a proibição de retrocesso se encontra referida ao sistema constitucional como um todo, incluindo o sistema internacional de proteção dos direitos humanos, como bem atesta o dever de progressividade na promoção dos direitos sociais e a correlata proibição de regressividade¹⁵¹.

Aliás, é precisamente a abertura das constituições latino-americanas ao sistema internacional de reconhecimento e tutela dos direitos humanos, que permite, juntamente com a ampla positivação de direitos sociais, identificar na proibição de retrocesso (regressividade) um elemento comum ao Direito Constitucional latino-americano¹⁵².

Afirma ainda que resulta perceptível, portanto, que a proibição de retrocesso atua como baliza para a impugnação de medidas que impliquem supressão ou restrição de direitos sociais e que possam ser compreendidas

¹⁴⁹FACHIN, Luis Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. **Um projeto de Código Civil na Contramão da Constituição**. In Revista Trimestral de Direito Civil, Ano 1, vo. 4:243-263. Rio de Janeiro: Pádua, out./dez.2000.

¹⁵⁰STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica em crise**. 4.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 250/251.

¹⁵¹SARLET, Ingo Wolfgang, **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**, Rev. TST, Brasília, vol. 75, n.º3, jul/set 2009, p.126.

¹⁵²Ibidem, p.126.

como efetiva violação de tais direitos, os quais, por sua vez, também não dispõem de uma autonomia absoluta no sistema constitucional, sendo, em boa parte e em níveis diferenciados, concretizações da própria dignidade da pessoa humana¹⁵³.

Assim, na sua aplicação concreta, isto é, na aferição da existência, ou não, de uma violação da proibição de retrocesso, não se poderiam dispensar critérios adicionais, como é o caso da proteção da confiança, da dignidade da pessoa humana e do correlato mínimo existencial, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, da proporcionalidade, apenas para citar os mais relevantes. Tais princípios e categorias, por sua vez, igualmente têm sido objeto de reconhecimento no âmbito do que se poderia designar de um Direito Constitucional comum latino-americano, seguramente não apenas no âmbito de suas relações com assim chamada proibição de retrocesso¹⁵⁴.

No plano do direito internacional, o Brasil foi signatário de alguns tratados que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais, a exemplo da Declaração Universal de Direitos Humanos (1948)¹⁵⁵.

Esta, em seu preâmbulo, registra que os povos das Nações Unidas, dentre os quais o Brasil, “decidiram promover o progresso social e melhores condições de vida em uma liberdade mais ampla”.

No mesmo sentido, o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais¹⁵⁶, o Protocolo de São Salvador (1988) adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969) e o Pacto de São José da Costa Rica. Neste último, o Brasil acolheu expressamente o princípio do não retrocesso social, também chamado de aplicação progressiva dos direitos sociais.

¹⁵³SARLET, Ingo Wolfgang, **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**, Rev. TST, Brasília, vol. 75, n.º3, jul/set 2009, p.126.

¹⁵⁴Ibidem, p.126.

¹⁵⁵PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 450 e ss.

¹⁵⁶Ibidem, p 479 e ss.

O art. 26 do Pacto de São José da Costa Rica¹⁵⁷, promulgado no Brasil por meio do Decreto 678/92, prevê o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais, nos seguintes termos:

Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

O Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre direitos humanos em matéria de direitos econômicos, sociais e culturais (Protocolo de San Salvador), em seu artigo primeiro¹⁵⁸, dispõe o seguinte:

Artigo 1 – Obrigação de adotar medidas – Os Estados-partes neste Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos comprometem-se a adotar as medidas necessárias, tanto de ordem interna como por meio da cooperação entre os Estados, especialmente econômica e técnica, até o máximo dos recursos disponíveis e levando em conta seu grau de desenvolvimento, a fim de conseguir, progressivamente e de acordo com a legislação interna, a plena efetividade dos direitos reconhecidos neste Protocolo.

Tanto o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, quanto o Protocolo de San Salvador reconhecem a progressividade implícita da proibição ao retrocesso. As medidas tomadas em prol dos direitos sociais devem ser mantidas e aprimoradas, e nunca restringidas.

O progresso se dará a partir de parâmetros mínimos estipulados por tratados internacionais, os quais seriam elevados na medida em que os Estados-membros desses tratados publicassem leis e estabelecessem políticas públicas que defendessem níveis cada vez mais altos de proteção dos direitos sociais.

Segundo Flávia Piovesan, em face dessa interação, o Brasil assume, perante a comunidade internacional, a obrigação de manter e desenvolver o

¹⁵⁷PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p.605 e ss.

¹⁵⁸Ibidem, p. 626 e ss.

Estado Democrático de Direito e de proteger, mesmo em situações de emergência, o núcleo essencial de direitos básicos e inderrogáveis. Essas obrigações devem ser fiscalizadas e controladas pela comunidade internacional, através de uma sistemática de monitoramento efetuada por órgãos de supervisão internacional¹⁵⁹.

Em sua tese de doutorado, a professora Daniela Muradas relembra que esses e outros diplomas internacionais, além de firmarem para os Estados convenientes o dever de informar as medidas adotadas para a progressiva implementação dos direitos neles previstos, afiançam o princípio da vedação do retrocesso, na medida em que proíbem a supressão ou a limitação das garantias reconhecidas na ordem jurídica interna sob o pretexto de que estas não são perfilhadas naqueles ou o são em menor grau. Assim, o escopo da sociedade internacional é sempre acumular vantagens ao plano nacional e, por meio do esforço contínuo e conjugado dos Estados, propiciar ininterrupto incremento à posição sócio-jurídica do trabalhador enquanto uma das nuances da pessoa humana¹⁶⁰.

A progressividade da implantação dos direitos sociais deve ser observada como uma constante evolução e nunca um retrocesso, em outras linhas evita até mesmo que normas ditas programáticas possam implicitamente violar tal princípio, isso porque elas abrem um espaço para implementação dos direitos sociais por meio de imposição de programas.

4.2 A SISTEMATIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Primeiramente, cumpre indagar se o princípio do não retrocesso social é realmente um princípio. Para alguns autores, a proibição de retrocesso social possui indubitável natureza principiológica, pois possui um elemento finalístico, traduzido na garantia do nível de concretização dos direitos fundamentais

¹⁵⁹PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 356/357.

¹⁶⁰MURADAS, Daniela. **Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: a reserva implícita ao retrocesso sociojurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2007, p.302.

sociais e a permanente imposição constitucional de desenvolvimento dessa concretização.

Por isso, nega-se a sua caracterização como simples modalidade de mera eficácia jurídica dos princípios constitucionais, assim como defendem Luís Roberto Barroso e Ana Paula de Barcellos¹⁶¹.

Para Humberto Ávila, os princípios são normas jurídicas de conteúdo finalístico, destinadas a promover um estado de coisas, e, portanto, dotadas de caráter prospectivo¹⁶².

Nota-se que o princípio do não retrocesso social tem a finalidade de garantir a concretização de direitos fundamentais sociais. Ele não descreve condutas permitidas, obrigatórias ou proibidas, não impõe a prática ou a abstenção de um ato específico.

Ele tem a finalidade de fazer com que o legislador, ao elaborar atos normativos, respeite a concretização dos direitos sociais, não a suprimindo, de modo desproporcional ou irrazoável. Esta finalidade descrita indica que não se retorne a uma situação anterior já superada. É, portanto, uma finalidade de caráter negativo.

A proibição do retrocesso se identifica como um princípio constitucional que tem um caráter negativo prevalente em relação ao positivo. O conteúdo negativo subjacente a qualquer princípio que, no caso, prevalece sobre o positivo, refere-se à imposição ao legislador de, ao elaborar os atos normativos, respeitar a não-supressão ou a não-redução, pelo menos de modo desproporcional ou irrazoável, do grau de densidade normativa que os direitos fundamentais sociais já tenham alcançado por meio da legislação infraconstitucional, isto é, por meio da legislação concretizadora dos direitos fundamentais sociais insertos na Constituição¹⁶³.

O caráter positivo seria o dever do legislador de se manter no propósito de ampliar o grau de concretização dos direitos sociais. Há, então, a proibição de retroceder e a obrigação de avançar socialmente.

¹⁶¹ FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social. Breves Considerações.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n.1059, 19 fev. 2009, p.4.

¹⁶² ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos.** São Paulo: Malheiros, 2003, p.67/68.

¹⁶³ FILETI, Op. Cit., p.4.

Para Marcio André Keppler Fraga, em dissertação sobre o assunto, quando os direitos sociais atingem um determinado grau de eficácia e efetividade, na medida em que implementados pelo Estado, ganham eles, a par da função prestacional que lhes é intrínseca e característica, a função (dimensão negativa) de direitos de defesa, exigindo desse modo, do Poder Público, no mínimo, uma abstenção no sentido de não reduzir a efetividade daquele direito social já de certo modo implementado, ainda que parcialmente¹⁶⁴.

Sendo assim, o princípio possui conteúdos positivo e negativo. O conteúdo positivo encontra-se no dever de o legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo as orçamentárias), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais. Não se trata de mera manutenção do *status quo*, mas de imposição da obrigação de avanço social.

Observa-se que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional, com caráter retrospectivo, na medida em que tem por escopo a preservação de um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária.

De acordo com a doutrina de Otto Bachof, o conceito material de Constituição exige que se tome em consideração o direito supralegal. Ao direito constitucional não escrito pertencem, por um lado, os princípios constitucionais menos potentes do sentido da Constituição, ente os quais se inclui, por exemplo, num Estado Federal, a máxima da competência não prejudicial à Federação¹⁶⁵.

Cumprе ressaltar que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso decorre de modo implícito do sistema constitucional, tendo como fundamento diversos princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional, sendo o principal, o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁶⁴FRAGA, Márcio André Keppler. **O princípio do Não Retrocesso Social e a Constituição Federal de 1988**. 119f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2001.

¹⁶⁵BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução José Manuel M. Castro da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 47.

O princípio da dignidade da pessoa humana que exige, por meio de prestações positivas, inclusive direitos fundamentais sociais, uma existência condigna para todos, tem como efeito, na sua perspectiva negativa, a proibição de medidas que atentem contra este objetivo.

Normas implícitas são aquelas que são dedutíveis dos preceitos escritos, mas não estão expressamente previstas. Como o princípio do não retrocesso social não está expresso na nossa Carta Constitucional de 1988, o mesmo deve ser considerado como implícito.

Através da análise da Constituição de 1988¹⁶⁶, verifica-se que há uma tendência à progressiva ampliação dos direitos fundamentais sociais, com o objetivo de se reduzir as desigualdades regionais e sociais e se realizar a tão almejada justiça social. Então, através de uma interpretação das nossas normas constitucionais, deduz-se que há uma norma constitucional implícita que indica ao legislador o dever de atuar sempre progressivamente em relação aos direitos fundamentais sociais.

Em segundo lugar, faz-se necessário indagar a que normas constitucionais o princípio do não retrocesso social se aplica.

Para Barroso, segundo a consistência da situação jurídica dos indivíduos ante os preceitos da Lei Maior, as normas constitucionais se dividem entre normas de organização, normas definidoras de direito e normas programáticas¹⁶⁷.

Para o autor acima citado, as normas constitucionais de organização disciplinam o exercício do poder político, estabelecendo algumas das decisões políticas fundamentais do Estado (como, por exemplo, a forma de Estado e de governo). As normas constitucionais definidoras de direitos cuidam de incorporar à Constituição o rol de direitos fundamentais dos indivíduos, aí considerados os direitos de primeira, segunda ou terceira dimensões¹⁶⁸.

Ademais, entre as normas constitucionais definidoras de direitos estão aquelas que geram situações imediatamente desfrutáveis, as que exigem

¹⁶⁶BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁶⁷BARROSO, José Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 5.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 91 e ss.

¹⁶⁸Ibidem, p. 95/99.

prestações positivas do Estado e as que demandam a edição de norma infraconstitucional integradora. Já as normas constitucionais programáticas são as disposições que estabelecem fins sociais a serem alcançados, fixando diretrizes, programas de ação para o Poder Público.

No entanto, Barroso enfatiza que isso não significa que estas sejam desprovidas de normatividade, pois elas geram, dentre seus efeitos, a revogação das normas anteriores que lhes forem contrárias e inquinam de inconstitucionalidade os atos normativos posteriores que com elas forem incompatíveis¹⁶⁹.

Para Barroso, a tão-só circunstância de uma norma constitucional demandar a integração em sede infraconstitucional não a torna programática, admitindo-se que existam normas constitucionais definidoras de direitos que ensejem a edição de lei regulamentadora, como, por exemplo, a que confere ao trabalhador direito ao seguro-desemprego (artigo 7, II, da CF¹⁷⁰), típica norma definidora de direito social que requer a integração legislativa, e que é completamente diferente da norma constitucional que estabelece que a família tem proteção especial do Estado (artigo 226 da CF¹⁷¹), esta, sim, uma norma programática¹⁷².

Vale ressaltar que as normas constitucionais programáticas ditam finalidades a serem alcançadas pelo Estado, sem descrever nenhuma conduta através da qual estas normas devem ser realizadas. Sendo assim, cabe ao Estado, pelo do Poder Legislativo, estabelecer os meios de alcançar os fins previstos na Carta Constitucional.

Já as normas definidoras de direitos sociais trazem como conteúdo a descrição de uma conduta, omissiva ou comissiva, a ser seguida pelo Estado e por particulares, ou uma finalidade que resguarda um interesse, num caso concreto. Ao legislador caberá criar normas infraconstitucionais para a sua plena exeqüibilidade. Esta lei não criará direitos, mas somente instrumentalizará o seu exercício.

¹⁶⁹BARROSO, José Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de Suas Normas**. 5.ed.Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 99/117.

¹⁷⁰BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁷¹Ibidem.

¹⁷²BARROSO, Op. Cit., p.122.

Percebe-se que as normas constitucionais definidoras de direitos sociais e as normas constitucionais programáticas diferem no que concerne ao grau de vinculação imposto ao legislador. Parece haver um critério distintivo razoavelmente seguro: são normas constitucionais definidoras de direitos sociais aquelas das quais for possível deduzir, no curso da atividade interpretativa, uma posição jurídico-subjetiva de cunho social¹⁷³.

Segundo Canotilho, é possível se afirmar que, especificamente sob o prisma da sua projeção sobre a atividade legislativa, as normas constitucionais definidoras de direitos sociais e as normas constitucionais programáticas diferem na medida em que as primeiras fixam uma tarefa determinada, ao passo em que as últimas, embora estabeleçam para o legislador a obrigação de editar leis que atendam à sua finalidade fixando diretivas materiais e limites negativos ao legislador¹⁷⁴.

Sendo assim, observa-se que as normas constitucionais programáticas não reclamam concretização legislativa propriamente dita. Pois, estas, de acordo com o estudo acima explicitado, darão ao legislador ordens materiais, permanentes e concretas de emanar os atos legislativos, permitindo às disposições constitucionais regulamentadas a plena produção dos efeitos.

A idéia de retrocesso social se traduz numa conduta comissiva do legislador, que ao editar lei que revoga, total ou parcialmente, legislação anterior, retorna arbitrariamente ao estado originário de ausência de concretização legislativa da norma constitucional definidora de direito social ou reduz o nível dessa concretização a patamar inferior ao compatível com a Constituição¹⁷⁵.

Então, uma vez que as normas constitucionais programáticas, mesmo de conteúdo social, não geram imposições legiferantes e não requerem uma concretização legislativa propriamente dita, não se fala na aplicação do princípio do não retrocesso social em relação a estas, mas, sim, em relação às normas definidoras de direitos fundamentais sociais.

¹⁷³DERBLI, Felipe, **O Princípio de Não Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 233/234.

¹⁷⁴CANOTILHO, J.J.Gomes. **Constituição Dirigente e vinculação do legislador : Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. 2.ed. Coimbra: Coimbra, 1982, p. 315.

¹⁷⁵DERBLI, Felipe, Op. Cit, p. 242.

Para boa parte da doutrina, o princípio do não-retrocesso social no direito do trabalho brasileiro foi expressamente acolhido no texto constitucional, no *caput* do art. 7º da Constituição atual¹⁷⁶, que, em sua parte final, estabelece que são direitos dos trabalhadores aqueles elencados em seus diversos incisos, “*além de outros que visem à melhoria de sua condição social*”.

No art. 7º, estabeleceu-se uma série mínima e fundamental de direitos social-trabalhistas, preceituando, ainda, que outros direitos podem ser concedidos aos trabalhadores, desde que visem à melhoria de sua condição social. Por isso uma emenda constitucional ou norma infraconstitucional não pode piorar a condição social do trabalhador. Estas seriam inconstitucionais por não estarem promovendo uma melhoria na condição social do trabalhador. De acordo com o professor Edilton Meireles¹⁷⁷:

Assim, por exemplo, concretizando o direito fundamental assegurado no inciso XXIII do art. 7º (“*adicional de remuneração para as atividades penosas, insalubres ou perigosas, na forma da lei*”), temos o § 1º do art. 193 da CLT que estabelece ser devido o percentual de 30% a título de adicional de periculosidade para quem trabalha em condições perigosas. Tal vantagem, portanto, faz parte do “*núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas*”. Logo, ter-se-á como inconstitucional qualquer lei “*que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial*”. Isto é, será inconstitucional, v. g., nova lei que fixe o percentual de 20% devido a título de adicional de periculosidade ou mesmo que, simplesmente, revogue aquele dispositivo consolidado^[10], pois em ambas hipóteses estaríamos diante de uma situação na qual não há uma “*melhoria*” na condição social do trabalhador, mas sim um retrocesso social. Ressalte-se, porém, que a inconstitucionalidade pode ser contornada se forem criados “*outros esquemas alternativos ou compensatórios*” ao direito social objeto de modificação ou supressão.

O professor acima citado defende a inconstitucionalidade da Emenda Constitucional n. 28, que alterou a redação do inciso XXIX do art. 7º da CF/88¹⁷⁸, revogando, ainda, suas alíneas “a” e “b” (que tratam da prescrição do rurícola). Esta emenda constituiria um retrocesso social para os trabalhadores

¹⁷⁶BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

¹⁷⁷MEIRELES, Edilton. **Princípio do não retrocesso social no Direito do Trabalho**. Evocati Revistan.13,2007.Disponível em:<http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100>. Acesso em: 21/11/2010, p. 4.

¹⁷⁸BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

rurais, pois não respeitou o preceito constitucional do estabelecimento de outros direitos que somente estabeleçam uma melhoria à condição social do trabalhador.

Resgatada a função primordial do direito do trabalho de civilizar e humanizar o sistema capitalista e unindo a esta o princípio da vedação ao retrocesso social, pode-se obter uma nova forma de ver e pensar a flexibilização dos direitos trabalhistas.

Para este autor, fixados os limites de “patamares mínimos civilizatórios” (os direitos trabalhistas constitucionalmente assegurados sem possibilidade de negociação, pactuação ou renúncia, as normas de saúde e segurança do trabalho, as normas antidiscriminatórias, bem como os tratados e convenções já vigentes no direito interno) e considerando as duas diretrizes principiológicas apresentadas – a função civilizatória e humanizadora do direito trabalhista e o princípio da vedação ao retrocesso social - é possível sim admitir a flexibilização de normas juslaborais. Em especial, ressalte-se, a necessidade de mecanismos compensatórios exigidos pelo princípio da vedação ao retrocesso social¹⁷⁹.

Hasteadas as bandeiras da função civilizatória e da vedação ao retrocesso social, com a obrigatoriedade de mecanismos compensatórios e respeito irrestrito aos patamares mínimos de direitos já integrados ao patrimônio dos cidadãos (desta e das gerações seguintes) é admissível, e até elogiável, o esforço em modernizar a legislação trabalhista em vigor. Incompatível com o sistema de valores e princípios expostos é a pura e simples desregulamentação.

Atualmente se defende, ainda, a aplicação do princípio do não retrocesso social na área do direito ambiental. O francês Michel Prieur, professor emérito na Universidade de Limoges Prieur, em palestra ministrada no Congresso Internacional "O novo no direito ambiental por Michel Prieur", realizado pela Procuradoria Regional da República da 3ª Região (PRR-3), através da Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em

¹⁷⁹OLIVEIRA, Antônio José Xavier. **Da função civilizatória do direito do trabalho e do princípio da vedação ao retrocesso social como limite à flexibilização dos direitos trabalhistas.** Aracaju: Evocati Revistan. 30, jun. 2008. Disponível em: http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?mp_codartigo=26. Acesso em: 15 de janeiro de 2011, p. 12/13.

06/09/2010, em São Paulo, defendeu o princípio do não retrocesso no direito ambiental pela criação mecanismos que impeçam que novas leis diminuam a proteção existente ao meio ambiente, que sempre deve ser alvo de uma proteção progressiva¹⁸⁰.

O professor indicou os motivos pelos quais pode haver a regressão do direito ambiental. "Uma regra pode ser modificada e causar o retrocesso", afirmou ele, que acrescentou que a regressão pode ser causada por razões políticas, jurídicas, econômicas e psicológicas. "Não existe direito eterno. Uma lei promulgada pode ser substituída por outra totalmente contrária"¹⁸¹.

Em seguida, Michel Prieur listou os três princípios da não regressão. O primeiro deles é a segurança jurídica, ou seja, um esforço no sentido de que as leis fiquem estáveis e não sejam alteradas. O segundo é garantir que se entregue um meio ambiente melhor às futuras gerações e o terceiro é assegurar um nível menor de poluição e um nível maior de biodiversidade, o que estaria de acordo com a ética e a moral do meio ambiente. "Tudo isso vai ser reforçado ainda pelas leis dos direitos humanos, pois o meio ambiente é um direito humano"¹⁸².

O referido palestrante citou cláusulas de convenções internacionais e europeias sobre o meio ambiente, como a Rio-92, que são baseadas nesse princípio. "O não retrocesso não é uma invenção", destacou Michel Prieur, que também lembrou a existência de cláusulas que garantem que em caso de conflito entre dois tratados, o mais benéfico ao meio ambiente deve sempre ser utilizado, seja este conflito entre duas convenções externas ou entre a legislação própria de um país e um tratado internacional¹⁸³.

Michel Prieur ainda ponderou sobre os limites para regressão e lembrou que existem limites toleráveis e intoleráveis para que se façam alterações na legislação que poderiam levar a uma regressão da proteção ambiental. Para ele, cada Estado deverá pesar e medir esses limites. "Vamos cada vez mais nos apoiar nos indicadores ambientais, acompanhados também por

¹⁸⁰PRIEUR, Congresso Internacional "O novo no direito ambiental por Michel Prieur" realizado pela Procuradoria Regional da República da 3ª Região (PRR-3) e pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em 06/09/2010.

¹⁸¹Ibidem.

¹⁸²Ibidem.

¹⁸³Ibidem.

indicadores dos direitos humanos. Será uma combinação a favor dos juízes”¹⁸⁴.

Ademais, segundo Carlos Alberto Molinaro, dentre as diversas possibilidades que envolvem uma noção abrangente de proibição de retrocesso, designadamente em face das peculiaridades do Direito Ambiental, é possível falar de um princípio de vedação da retrogradação, já que o Direito Ambiental cuida justamente da proteção e promoção dos bens ambientais, especialmente no sentido de impedir a degradação do meio ambiente, o que corresponde, por sua vez, a uma perspectiva evolucionista (e não involucionista) da vida¹⁸⁵.

4.3 O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA COMO FUNDAMENTO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL

No decorrer da história, houve a tentativa de se estabelecer uma concepção filosófica e secularizada de dignidade, como fez Kant, Marx Merleau-Ponty e outros. Estes negavam a fundamentação religiosa ou metafísica de dignidade da pessoa humana. No entanto, o pensamento cristão e humanista acabou influenciando a concepção jurídica de dignidade, a qual significa uma garantia da pessoa humana em relação a uma total disponibilidade por parte do poder estatal e social.

Conforme Ingo Wolfgang Sarlet, no pensamento filosófico e político da antiguidade clássica verifica-se que a dignidade (*dignitas*) da pessoa humana dizia respeito, em regra, com a posição social ocupada pelo indivíduo¹⁸⁶, mas Cícero desenvolveu uma compreensão de dignidade desvinculada do cargo ou posição social, decorrente da qualidade ímpar de racional que tem o ser humano frente aos animais e outros seres.

¹⁸⁴PRIEUR, Congresso Internacional "O novo no direito ambiental por Michel Prieur" realizado pela Procuradoria Regional da República da 3ª Região (PRR-3) e pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em 06/09/2010.

¹⁸⁵MOLINARO, Carlos Alberto Molinaro. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, 91 e ss.

¹⁸⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.32/33.

Mas, nem mesmo para Cícero, havia isonomia, no que diz respeito à dignidade, entre todos os seres humanos, de maneira que, a rigor, inexistia uma completa desvinculação.

No período da Renascença, conforme Sarlet¹⁸⁷, também o humanista italiano Pico della Mirandola, partindo da racionalidade como qualidade peculiar inerente ao ser humano¹⁸⁸, advogou ser esta a qualidade que lhe possibilita construir de forma livre e independente sua própria existência e seu próprio destino.

Immanuel Kant¹⁸⁹ sustenta, em conhecido trecho de sua obra, que:

O Homem, e, duma maneira geral, todo o ser racional, existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade. [...] Os seres cuja existência depende, não em verdade da nossa vontade, mas da natureza, têm contudo, se são seres irracionais, apenas um valor relativo como meios e por isso se chamam coisas, ao passo que os seres racionais se chamam pessoas, porque a sua natureza os distingue já como fins em si mesmos, quer dizer, como algo que não pode ser empregado como simples meio e que, por conseguinte, limita nessa medida todo o arbítrio (e é um objeto de respeito).

Para alguns autores, a dignidade da pessoa não deve ser considerada como algo inerente à natureza humana, pois, a dignidade possui também um sentido cultural, sendo fruto do trabalho de diversas gerações e da humanidade em seu todo, razão pela qual as dimensões natural e cultural da dignidade da pessoa se complementam e interagem mutuamente, refutando-se a tese de que a dimensão ontológica da dignidade possa ser equiparada a uma dimensão biológica¹⁹⁰.

Outras visões a respeito da natureza relacional e comunicativa da dignidade da pessoa humana trouxeram a superação da concepção eminentemente biológica, necessariamente reducionista e vulnerável da dignidade dos seres humanos¹⁹¹.

¹⁸⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.34.

Ibidem, p.34.

¹⁸⁸Como Cícero.

¹⁸⁹Kant. *apud* SARLET, **Dignidade da Pessoa Humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 37/38.

¹⁹⁰SARLET, Op. Cit., p.54.

¹⁹¹Ibidem, p. 64.

Porém, deve-se questionar até que ponto a dignidade não está acima das especificidades culturais, que, muitas vezes, justificam atos que, para a maior parte da humanidade são considerados atentórios à dignidade da pessoa humana, mas que, em certos quadrantes, são tidos por legítimos, encontrando-se profundamente enraizados na prática social.

Ressalta que as diversas concepções de neoconstitucionalistas parecem convergir para o entendimento de que o princípio ético-jurídico da dignidade da pessoa humana importa o reconhecimento e tutela de um espaço de integridade físico-moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência ontológica no mundo, relacionando-se tanto com a manutenção das condições materiais de subsistência quanto com a preservação dos valores espirituais de um indivíduo que sente, pensa e interage com o universo circundante¹⁹².

Para o autor Ricardo Maurício Soares, dentro da dimensão valorativa do direito e no campo da fundamentação de sua validade ética, o problema da justiça adquire relevo. O que importa não é a definição da justiça, mas sim o seu processo experiencial através do tempo, visando a realizar cada vez mais o valor da dignidade da pessoa humana, valor-fonte de todos os demais valores jurídicos¹⁹³.

Pode-se afirmar que, nesse contexto, a justiça se apresenta como condição transcendental da realização dos demais valores, por ser a base sem a qual os demais valores não poderiam desenvolver-se de forma coordenada e harmônica, em uma comunidade de homens livres. Que é por tal razão que a justiça deve ser entendida como um valor franciscano, na condição de valor-meio, sempre a serviço dos demais valores para assegurar-lhes seu adimplemento, em razão da dignidade da pessoa humana, que figura como o valor-fim da ordem jurídica¹⁹⁴.

Os grandes textos normativos do século XX passaram a reconhecer a idéia da dignidade da pessoa humana, seja no âmbito do Direito Internacional, ou do direito positivo interno. Esse processo se iniciou com a

¹⁹²SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.127.

¹⁹³Ibidem, p.128.

¹⁹⁴Ibidem, p. 131.

internacionalização dos direitos humanos, que passaram a ser enunciados no âmbito da comunidade jurídica supranacional com a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

A Organização das Nações Unidas, em 1948, decide reforçar a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão feita pela França em 1789, cujos artigos 1º e 6º, respectivamente estabelecem que “Os homens nascem iguais e são livres em direitos”, e que “[...] Todos os cidadãos são [...] igualmente admissíveis a todas as *dignidades*, lugares e empregos públicos, segundo a sua capacidade e sem outra distinção que não seja a das suas virtudes e dos seus talentos” ¹⁹⁵.

Proclama a ONU, então, a Declaração Universal dos Direitos Humanos, que dispõe, em seu primeiro artigo: “Todos os seres humanos 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” ¹⁹⁶.

Conforme a Declaração anterior, todos poderiam alcançar, segundo a sua capacidade, todas as dignidades, o que indica a adoção, ainda, da teoria da dignidade vinculada ao cargo ou posição social. Segundo a nova Declaração, todos já nascem iguais em dignidade, o que representa o abandono dessa teoria.

A Alemanha, derrotada pelas armas e pressionada pelas nações vitoriosas, promulgou em 1949 uma nova Lei Maior, cujo artigo 1º reza que “A dignidade humana é inviolável. Respeitá-la e protegê-la é obrigação de todo poder público” ¹⁹⁷. Tal disposição, a par de outras, significava uma espécie de garantia de que as histórias da Primeira e Segunda Guerras Mundiais não seriam repetidas.

Esse substrato histórico, porventura aliado à grande influência que a doutrina jurídica alemã sempre exerceu sobre o mundo, fez com que diversos

¹⁹⁵Segundo a tradução oficial para o português, disponível no *site* da Embaixada da França no Brasil.

¹⁹⁶Original em português, disponível no *site* da Organização das Nações Unidas no Brasil.

¹⁹⁷Na tradução oficial para o espanhol, encontrada no *site* da Embaixada da Alemanha no Brasil: “La dignidad humana es intangible. Respetarla y protegerla es obligación de todo poder público”. No original: “Die Würde des Menschen ist unantastbar. Sie zu achten und zu schützen ist Verpflichtung aller staatlichen Gewalt”. Não existe tradução oficial para o português, conforme informação do próprio *site*. A proteção à dignidade humana já havia sido anteriormente consagrada, naquele país, pela chamada Constituição de Weimar (1919-1933).

países adotassem expressamente em suas Constituições o princípio da dignidade da pessoa humana.

A partir da internacionalização da dignidade da pessoa humana e dos direitos humanos correlatos, surgiu o fenômeno da constitucionalização desses direitos humanos, que passaram a ser denominados, com a positivação constitucional, direitos fundamentais, ampliando a possibilidade de garantir a sua aplicabilidade nas relações sociais desenvolvidas no âmbito dos ordenamentos jurídicos internos.

Com efeito, a proclamação da normatividade do princípio da dignidade da pessoa humana, na grande maioria das Constituições contemporâneas, conduziu ao reconhecimento da eficácia jurídica dos direitos humanos, afastando-se a concepção anacrônica da sua inexigibilidade em face de comportamentos lesivos à vida digna do ser humano, seja por ações de governantes ou de particulares, por se tratar de máximas ético-morais, desprovidas de coerção e de imperatividade¹⁹⁸.

Por influência desse fluxo político internacional, e também como resultado do desenvolvimento do conceito de dignidade na história do pensamento, é que nossa Assembléia Constituinte gerou o célebre art. 1º, III, da Carta Magna de 1988¹⁹⁹: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana [...]”.

O princípio da dignidade da pessoa humana se situa como princípio basilar da Constituição Federal de 1988²⁰⁰, pois o legislador constituinte brasileiro conferiu à idéia de dignidade da pessoa humana a qualidade de norma embasadora de todo o sistema constitucional, que orienta a compreensão da totalidade do catálogo de direitos fundamentais, tais como os direitos individuais à vida, liberdade etc. Ademais, figura como princípio ético-jurídico capaz de orientar o reconhecimento de direitos fundamentais implícitos.

¹⁹⁸SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 134.

¹⁹⁹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁰⁰Ibidem.

Para Ingo Sarlet:²⁰¹

temos por dignidade da pessoa humana a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e co-responsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida.

Verifica-se que a dignidade da pessoa humana identifica um núcleo de integridade física e moral a ser assegurado a todas as pessoas por sua existência no mundo, relacionando-se tanto com a satisfação espiritual quanto com as condições materiais de subsistência do ser humano, vedando-se qualquer tentativa de degradação ou coisificação de ser humano em sociedade. A delimitação do significado ético-jurídico de que o ser humano é um fim em si mesmo deve ser buscada em cada contexto histórico-cultural, no plano real de afirmação dos valores que integram a experiência concreta e permanentemente inconclusa dos direitos humanos fundamentais²⁰².

Ressalte-se que a partir do momento em que é admitida a força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, com evidente superioridade axiológica e teleológica no ordenamento brasileiro, observa-se que há uma dúplici dimensão desse princípio: a subjetiva e a objetiva.

Constata-se que o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de respeito ou abstenção ao Estado e aos particulares, mas também exige a realização de condutas positivas por agentes públicos e privados tendentes a efetivar e a promover a existência digna do indivíduo. Que a dignidade da pessoa humana figura como o primeiro fundamento de todo o sistema constitucional posto e o último arcabouço da

²⁰¹ SARLET, Ingo Wolfgang. SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.70.

²⁰² SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.142.

guarda dos direitos fundamentais, porquanto a busca pela realização de uma vida digna direciona o intérprete do direito à necessária concretização daqueles valores essenciais a uma existência digna²⁰³.

Na atualidade, o reconhecimento da força normativa do princípio constitucional da dignidade da pessoa humana se afigura como um dos mais importantes pilares do conhecimento jurídico, com reflexos diretos no modo de compreender e exercitar o paradigma dos direitos fundamentais dos cidadãos.

Como está situado no ápice do sistema jurídico, o princípio da dignidade da pessoa humana exprime as estimativas e finalidades a serem alcançadas pelo Estado e pelo conjunto da sociedade civil, irradiando-se na totalidade do direito positivo pátrio, não podendo ser pensada apenas do ponto de vista individual, enquanto posições subjetivas dos cidadãos a ser preservadas diante dos agentes públicos ou particulares, mas também vislumbrada numa perspectiva objetiva, como norma que encerra valores e fins superiores da ordem jurídica, impondo a ingerência ou a abstenção dos órgãos estatais e mesmo de agentes públicos²⁰⁴.

Sendo assim, o princípio da dignidade da pessoa humana permite uma releitura da interpretação e aplicação dos direitos fundamentais no nosso ordenamento jurídico, para que se tenha a realização do direito justo, com o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos sociais de cunho prestacional e a aceitação da idéia de vedação ao retrocesso no campo dos direitos fundamentais²⁰⁵.

A dignidade não estará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais e uma certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas²⁰⁶.

A dignidade da pessoa humana não exige apenas uma proteção em face de atos de cunho retroativo, mas também não dispensa uma proteção contra

²⁰³SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio constitucional da dignidade da pessoa humana**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.146.

²⁰⁴Ibidem, p.149.

²⁰⁵Ibidem, p.150.

²⁰⁶SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 437.

medidas retrocessivas, que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada²⁰⁷.

O legislador não pode suprimir determinados conteúdos da Constituição ou revogar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, principalmente na área dos direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos. Por isso, deve ser defendida a idéia da proibição de retrocesso, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana.

4.4 O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO E O PRINCÍPIO DA SEGURANÇA JURÍDICA

Joaquim José Gomes Canotilho afirma que a segurança jurídica dá ao cidadão a confiança de que os seus atos ou que as decisões tomadas pelo poder público incidentes sobre os seus direitos se ligam à efeitos jurídicos duradouros, previstos ou calculados com base nas normas²⁰⁸. A segurança jurídica se apresenta como uma segurança de orientação, portanto, a certeza da execução da sentença de acordo com a lei codificada.

Na legislação Brasileira, a estabilidade das relações jurídicas é matéria constante na Lei de Introdução ao Código Civil²⁰⁹, e na Constituição Federal. No Código Civil, tal instituto consta no artigo 2º da sua lei de introdução²¹⁰, onde está assegurada a irretroatividade e a vigência da lei que não se destinando à vigência temporária, terá vigor até que outra a modifique ou revogue.

No artigo 6º da Lei de Introdução ao Código Civil²¹¹ está inscrito que: “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitando o ato jurídico perfeito, o direito adquirido e a coisa julgada”.

²⁰⁷SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos fundamentais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, p. 438.

²⁰⁸CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional**. Coimbra: Livraria Almedina, 1992. p.377.

²⁰⁹**DL4657/42**. In<www.planalto.gov.br/ccivil_3/Decretolei/Dec4657.htm>.

²¹⁰Ibidem.

²¹¹Ibidem.

O ato jurídico perfeito está definido nos seguintes termos; “A lei em vigor terá efeito imediato e geral, respeitados o ato jurídico perfeito, direito adquirido e a coisa julgada, § 1º: Reputa-se ato jurídico perfeito o já consumado segundo a lei vigente ao tempo em que se efetuou”.

No entendimento de Francisco Amaral “o ato jurídico perfeito é aquele que sob o regime de determinada lei tornou-se apto para dar nascimento

O ato jurídico perfeito ao consolidar determina a segurança jurídica, garante que todos os atos que foram abarcados dentro de uma mesma norma terão o mesmo tratamento, portanto a segurança jurídica significa a estabilidade das relações e a garantia que todos os destinatários desse direito terão o mesmo tratamento em demandas judiciais de mesma natureza.

Na Constituição Federal de 1988²¹², o direito adquirido consta no artigo 5º, inciso XXXVI, o qual recepciona o caput do artigo 6º da Lei de Introdução do Código Civil²¹³, e no artigo 60, parágrafo 4º, inciso IV da Constituição Federal de 1988²¹⁴, que recepciona, por sua vez, todos os direitos e garantias individuais.

O princípio da irretroatividade da lei não é direito constitucional, mas princípio geral do Direito. Decorre do princípio de que as leis são feitas para vigorar e incidir para o futuro. Isto é: são feitas para reger situações que se apresentem a partir do momento em que entram em vigor. Só podem surtir efeitos retroativos quando elas próprias o estabeleçam.

É relevante considerar que cada ato deve ser regido de acordo com o regime jurídico que lhe é peculiar, mas em uma interação com a totalidade do ordenamento, pois o direito há de ser sempre interpretado em um todo, especialmente com a Constituição Federal²¹⁵ que é a norma ordinária para a validade de todo o nosso sistema jurídico.

Na consumação do ato jurídico perfeito protege-se também o direito adquirido, pois não é possível alegar a invalidade do ato jurídico anteriormente

²¹²BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²¹³Brasil. lei n.º10.406/02.Código Civil Brasileiro. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 mar. 2011.

²¹⁴BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²¹⁵Ibidem.

constituído se uma lei nova venha alterar os dispositivos que se referem à forma do ato. O ato jurídico perfeito consagra o princípio da segurança jurídica justamente para preservar as situações constituídas na vigência da lei anterior, porque a lei nova só projeta seus efeitos para o futuro²¹⁶.

É um fundamento Constitucional que marca a segurança e a certeza das relações jurídicas na sociedade. É uma garantia aos cidadãos como fator da própria convivência social.

Este instituto é um ato que se aperfeiçoa, se integraliza, se consolida, e se perfaz, debaixo de uma ordem normativa vigente, de uma legislação aplicável naquele instante. Por isso ele é chamado de ato jurídico perfeito. O ato assim nascido se incorpora ao patrimônio jurídico de quem dele se beneficia, adquirindo o beneficiário, um direito definitivo²¹⁷.

O ato jurídico perfeito é, portanto, um instituto que foi concebido pelo constituinte sob o aspecto formal. É aquele que nasce e se forma sob a luz de uma determinada lei, tendo todos os requisitos necessários exigidos pela norma vigente para se concretizar.

A imutabilidade diferencia-se da estabilidade, pelo seu caráter material, no primeiro essa modificação é impossível, segundo esta modificação é possível, o que pressupõe ser flexível, mas ao mesmo tempo rígida, configurando-se em uma forma de segurança jurídica frente à evolução social, e esta modificação, embora pareça trazer insegurança a todo ordenamento jurídico, na verdade colabora com a sua eficácia e efetividade.

Desde o evento da Constituição Imperial e dos esboços dos primeiros códigos pátrios, é fato que sempre existiu por parte do legislador, a excessiva preocupação de se proteger o sistema jurídico de ataques que porventura pudessem ser lançados por uma legislação posterior.

Direito adquirido quer dizer obtido, já conseguido, incorporado. Por essa forma, direito adquirido quer significar o direito que já se incorporou ao patrimônio da pessoa, já é de sua propriedade, já constitui um bem, que deve

²¹⁶SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. 29 ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p.31/32.

²¹⁷FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido**. 6.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.112-113.

ser juridicamente protegido contra qualquer ataque exterior, que ouse ofendê-lo ou turbá-lo.

Neste contexto, o direito adquirido pode ser interpretado como sinônimo de proibição da retroatividade das leis, pois é dela que o legislador sempre procurou dar conta. As diversas alterações legislativas que ocorreram posteriormente sempre se restringiram à reedição dos dispositivos constantes nas leis anteriores, com pequenas ou nenhuma modificação, também relacionando o direito adquirido com a proibição da retroatividade das leis²¹⁸.

A segurança jurídica deve ser entendida como a garantia da efetividade e eficácia do direito fundamental, portanto, a garantia da estabilidade jurídica. Contudo, estabilidade não significa imutabilidade, pois esta significa a impossibilidade da mudança, enquanto aquela significa segurança, porém passível de modificação desde que haja requisitos para tanto.

O direito adquirido é um bem jurídico criado por um fato capaz de produzi-lo, segundo as leis vigentes à época, que tenha se incorporado ao patrimônio do seu titular, portanto, o direito adquirido é patrimônio jurídico de quem o adquiriu por cumprir todos os requisitos determinados pela lei vigente.

A Constituição brasileira é a única a considerar expressamente o direito adquirido como critério normativo. O Brasil é o país que desfruta do privilégio de, por maior tempo, haver mantido a unidade do pensamento jurídico em relação à matéria²¹⁹.

O princípio da vedação do retrocesso social não tem previsão expressa no nosso texto constitucional. Contudo, ele apresenta uma íntima relação com o direito adquirido e o ato jurídico perfeito. Pois, ele tem o objetivo de garantir que o núcleo dos direitos fundamentais, estabilizados pela segurança jurídica, não sejam reduzidos ou extintos.

Protege os direitos sociais em relação a propostas por Emenda Constitucional ou por atos infraconstitucionais, pois é possível entender que

²¹⁸SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 12 ed. v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2000. p. 53.

²¹⁹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p.340.

este princípio também é albergado pelo artigo 60, § 4º, e artigo 5º, XXXVI da nossa Constituição²²⁰.

Segundo Canotilho, o princípio do não retrocesso social limita a reversibilidade dos direitos adquiridos. Para ele, o princípio da proibição do retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas, considera-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais, que sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial²²¹.

Joaquim José Gomes Canotilho considera que os direitos sociais apresentam uma dimensão subjetiva que decorre da consagração como verdadeiros direitos fundamentais e da radicação subjetiva das prestações, instituições e garantias necessárias à concretização dos direitos Constitucionais, assumindo a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de natureza retrocessiva com o objetivo claro de sua destruição ou redução²²².

Na Constituição da República portuguesa não há menção direta ao termo direito adquirido, como consta na nossa Constituição²²³, porém ele também está presente naquela Constituição, como indica a sua própria jurisprudência. De acordo com esta, a partir do momento em 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 e 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.

²²⁰BRASIL.Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²²¹CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p.340.

²²²Ibidem, p.340.

²²³BRASIL.Op. Cit.

No julgado²²⁴ da Corte Portuguesa que declarou a inconstitucionalidade material do artigo 17 do decreto Lei n° 254/82, revogando parte da Lei n° 56/79 que instituiu o Serviço Nacional de Saúde do Estado português, o relator, Vital Moreira, argumenta que o Estado ao instituir o Serviço Nacional de Saúde estava realizando o direito fundamental de proteção à saúde, consagrando o artigo 64° daquela Constituição, e que o Governo, através do Decreto-lei 254/82, artigo 17° estava extinguindo este direito fundamental.

O relator do Acórdão considerou o direito de proteção à saúde como direito fundamental, argumentando que se o Estado antes possuía a obrigação de atuar para satisfazer o interesse social, uma vez satisfeito este direito, o Estado passa a ser obrigado a defender tal interesse satisfeito, não podendo atentar contra este, isto é, considerou que os direitos fundamentais garantidos pela Constituição foram adquiridos, nascendo assim a garantia constitucional destas conquistas.

O artigo 18/3 da Constituição da República de Portugal, que é o equivalente ao nosso artigo 5º, inciso XXXVI²²⁵, considera que, as leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstrato e não podem ter efeito retroativo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Sendo assim, se forem editadas novas leis restringindo direitos anteriormente garantidos, estas não podem ter carácter retroativo e devem atingir a todos igualmente, sem qualquer distinção. Na Constituição Portuguesa, diferente do que temos na nossa Constituição, protege-se o direito adquirido esclarecendo qual é a extensão desta proteção e vedando a possibilidade do retrocesso social no próprio texto.

Verifica-se que não se defende aqui que o princípio da segurança jurídica, e por conseqüência, o princípio da vedação do retrocesso social, devem ser entendidos como princípios blindados, imutáveis e não suscetíveis

²²⁴ **Enciclopédia Portuguesa de Direitos Humanos - Acórdão 39/84.** Disponível em: >http://74.125.47.132/search?q=cache:G08oQcxwZ4J:www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/portugal/jurisprudencia/tc_39_84.pdf+39/84+do+Tribunal+Constitucional+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br. Acesso em 13 abr. 2009.

²²⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil.** Brasília, DF: Senado, 1988.

de mudanças, devendo ser sempre considerado que a sociedade está em constante evolução.

Conceber este princípio como imutável é ir contra a evolução social. Mesmo que seja alegado que a modificação ou supressão de um determinado direito constitua retrocesso social, deve antes ser observado se esta mudança está de acordo ou não com as expectativas da sociedade naquele momento e quais os efeitos desta modificação serão projetados para o futuro. Os princípios da vedação do retrocesso social e da segurança jurídica devem atuar, conjuntamente, fiscalizando e garantindo que estas mudanças irão ocorrer da forma mais tênue e justa possível.

O princípio do não retrocesso social possui total relação com a noção de segurança jurídica, a qual é inerente e essencial a um Estado Social de Direito. A doutrina constitucional contemporânea considera a segurança jurídica uma expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ser o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado de Direito²²⁶.

Sendo assim, a segurança jurídica, além de assumir a condição de direito fundamental da pessoa humana, é um princípio fundamental da ordem jurídica estatal e internacional, de acordo com vários documentos supranacionais.

O direito à segurança é, também, compreendido como um direito à proteção contra atos do poder público e de outros particulares violadores dos diversos direitos pessoais. Há uma conexão direta entre a segurança jurídica e as demais dimensões referidas, notadamente da segurança social e pessoal.

A segurança social envolve necessariamente um certo grau de proteção dos direitos sociais (acima de tudo no âmbito dos benefícios de cunho existencial) contra ingerências dos órgãos estatais, assim como contra violações provindas de outros particulares.

No direito constitucional brasileiro a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental, em sentido formal e material. Aliás, justamente em face da instabilidade institucional, social e econômica vivenciada, que

²²⁶CANOTILHO, Joaquim José Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Livraria Almedina, 2002. p.436.

inevitavelmente tem resultado numa maratona reformista, igualmente acompanhada por elevados níveis de insegurança, verifica-se que o reconhecimento, a eficácia e a efetividade do direito à segurança cada vez mais assume papel de destaque na constelação dos princípios e direitos fundamentais.

Além disso, a segurança jurídica não pode ser encarada por um prisma demasiadamente formal e não quer, além disso, significar a absoluta previsibilidade dos atos do poder público e a impossibilidade de sua alteração²²⁷.

Segundo Ingo Sarlet, como a segurança jurídica é um dos maiores anseios do ser humano, percebe-se que o mesmo está intimamente ligado à noção de dignidade da pessoa humana. A dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica, social, econômica e política, que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas²²⁸.

O princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, contido no artigo 5º, parágrafo 1º²²⁹, diz respeito também à maximização da proteção dos direitos fundamentais. Ou seja, a realização da eficácia e da efetividade do direito à segurança jurídica impõe uma proteção também contra medidas de caráter retrocessivo. Ou seja, otimizar a proteção dos direitos fundamentais, implica uma proteção isenta de lacunas, abarcando inclusive situações não expressamente previstas pelo Constituinte²³⁰.

²²⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.a.sp>>. Acesso em 15 de janeiro de 2011, p.6.

²²⁸ Ibidem., p.7.

²²⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.451.

As previsões constitucionais protegem o cidadão contra medidas de cunho retroativo, como a proteção dos direitos adquiridos, da coisa julgada e do ato jurídico perfeito, mas existem situações, que não estão abarcadas neste esquema, e que compõem o conceito amplo de segurança jurídica, o qual encontra fundamento direto no artigo 5º, caput, da Constituição Federal²³¹.

Observa-se que a proibição de retrocesso se fundamenta também no princípio da maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais. O artigo 5º, parágrafo 1º, da nossa Constituição²³², impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, já que medidas administrativas e decisões jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança.

Portanto, além de terem o dever de desenvolverem, protegerem e concretizarem os direitos fundamentais, os órgãos estatais não podem suprimir pura e simplesmente direitos sociais ou, simplesmente, restringirem os direitos sociais, de modo a invadir o seu núcleo essencial ou violar contra a proporcionalidade e outros princípios fundamentais estabelecidos na Constituição.

4.5 O CARÁTER RELATIVO, E NÃO ABSOLUTO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO

Observa-se que, na atualidade, há um certo consenso em relação ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso em matéria de direitos fundamentais, tanto na doutrina e jurisprudência nacionais quanto estrangeiras. No entanto, ainda existem controvérsias quanto a sua amplitude.

Uma das questões fundamentais diz respeito ao fato do princípio do não retrocesso ter um caráter absoluto ou relativo. Há uma forte discussão em torno

²³¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²³²Ibidem.

da amplitude da proteção contra o retrocesso, com significativas diferenças de entendimento registradas no âmbito doutrinário e jurisprudencial.

De acordo com Sarlet²³³:

O reconhecimento de uma proibição de retrocesso não pode resultar na transformação do legislador em órgão de mera execução das decisões constitucionais e nem assegurar (caso compreendida como absoluta vedação de qualquer alteração ou ajuste) aos direitos fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizadas uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, já foi objeto de referência na doutrina. Posta a questão em outros termos, a aplicação de uma proibição de retrocesso por si só não veda uma diminuição dos níveis de proteção e promoção de direitos sociais, especialmente na perspectiva subjetiva, para assegurar outros interesses públicos urgentes e relevantes, pois do contrário poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos civis e políticos. Em síntese, se uma posição preferencial das liberdades há de ser afastada, pelo menos no sentido de um caráter secundário dos direitos sociais, no Estado Democrático de Direito também não se poderia justificar uma posição preferencial dos direitos sociais, tema que, à evidência, merece maior reflexão do que aqui se pode oferecer. Aliás, bastaria esta linha argumentativa para reconhecer que não se pode encarar a proibição de retrocesso como tendo a natureza de uma regra de cunho absoluto, seja pelo fato, já apontado, de que a atividade legislativa não pode ser reduzida à função de execução pura e simples da Constituição, seja pelo fato de que esta solução radical, caso tida como aceitável, acabaria por conduzir a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em Direito Constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste. Além disso, resulta evidente que a admissão de uma vedação absoluta de retrocesso – especialmente no sentido estrito aqui versado – inexoravelmente resultaria na procedência das críticas formuladas pelos seus adversários.

Vieira de Andrade, por exemplo, adota posição cautelosa nesta matéria. O mesmo aponta para a circunstância de que a proibição de retrocesso social não pode ser tida como uma regra geral, sob pena de se colocar seriamente em risco a indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais²³⁴.

Além disso, ainda de acordo com Vieira de Andrade, uma proibição em termos absolutos do retrocesso social acabaria por outorgar aos direitos

²³³SARLET, Ingo Wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano**, Rev. TST, Brasília, vol. 75, n.º 3, jul/set 2009 137,p.137.

²³⁴ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 307/309.

fundamentais sociais a prestações legislativamente concretizados uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial, ressaltando-se, ainda, que o direito constitucional lusitano justamente consagrou a juridicidade reforçada dos direitos, liberdades e garantias²³⁵.

Na doutrina brasileira, Andreas Krell, em relação ao princípio do não retrocesso, sustenta que a aplicação dessa teoria, que, por si só não veda uma diminuição dos direitos sociais individuais para assegurar interesses públicos urgentes e relevantes, poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade²³⁶.

De acordo com a doutrina de Jorge Pereira da Silva, a relatividade do princípio em questão confirma, aliás, que se a proibição de retrocesso social é relativa, nada há que se falar em maior proteção dos direitos sociais em face das liberdades e garantias constitucionais. Um absurdo caráter absoluto do princípio em apreço poderia gerar um paradoxal efeito: dificilmente o legislador elevaria o nível das prestações sociais, com receio de assumir compromissos que, em tempos de instabilidade econômica, o Estado não pudesse honrar²³⁷.

Sendo assim, a proibição de retrocesso não deve ser tida como uma regra geral de cunho absoluto, pois esta engessaria a atividade legislativa e prejudicaria o próprio direito.

A proibição de retrocesso deve ser tida como um princípio constitucional fundamental implícito, que pode ser reconduzido tanto ao princípio do Estado de Direito (no âmbito da proteção da confiança e da estabilidade das relações jurídicas inerentes à segurança jurídica), quanto ao princípio do Estado Social, na condição de garantia da manutenção dos graus mínimos de segurança social alcançados, sendo, de resto, corolário da máxima eficácia e efetividade

²³⁵ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**, Coimbra: Almedina, 2006, p. 309.

²³⁶ KRELL, Andréas. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha – os (des) caminhos de um direito constitucional comparado**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, p. 40.

²³⁷ PEREIRA DA SILVA, Jorge. **Dever de Legislar de Legislar e Proteção Constitucional contra Omissões Legislativas: Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão**. Lisboa: Universidade Católica, 2003, p. 281.

das normas de direitos fundamentais sociais e do direito à segurança jurídica, assim como da própria dignidade da pessoa humana²³⁸.

Com efeito, neste contexto, vale reproduzir a lição de Gomes Canotilho, ao sustentar que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado pelo legislador encontra-se constitucionalmente garantido contra medidas estatais que, na prática, resultem na anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial, de tal sorte que a liberdade de conformação do legislador e a inerente auto-reversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado²³⁹.

No entanto, o princípio do não retrocesso deve ser tido como relativo porque, pode ocorrer a substituição de uma legislação por outra, desde que protegido o núcleo essencial dos direitos sociais.

Segundo Barroso²⁴⁰:

A própria possibilidade de substituição, em determinados casos, da disciplina legal por outra, ainda que referente ao núcleo essencial do direito social regulamentado, aponta para a relatividade da proibição de retrocesso social, de tal maneira que a modificação da disciplina infraconstitucional de um direito fundamental social pode ocorrer, desde que preservado o nível de concretização legislativa já alcançado. Para além do núcleo essencial, o princípio da proibição do retrocesso será perfeitamente suscetível de ponderação com outras normas constitucionais, observado, para tanto, o princípio da proporcionalidade.

A proibição de retrocesso social não se trata de regra geral e absoluta, mas, sim, de princípio. Não admite solução baseada na “lógica do tudo ou nada”, já mencionada no capítulo relativo à teoria dos princípios. Inclusive, nas situações que envolvem direitos sociais não abrangidos no seu núcleo essencial, deve ocorrer a ponderação de princípios, aceitando-se, em determinados casos, reduções no âmbito das conquistas sociais ao nível infraconstitucional.

O caráter relativo do princípio do não retrocesso social é verificado em face da própria realidade fática, até porque a concretização legislativa dos

²³⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 340.

²³⁹Ibidem, p. 340.

²⁴⁰BARROSO, José Roberto. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p.218/246.

direitos fundamentais sociais não pode dissociar-se da realidade. O princípio da proibição de retrocesso social não é absoluto, e deve ser objeto de ponderação, a não ser nos casos em que está em jogo o núcleo essencial de direitos fundamentais sociais.

Primeiramente, observa-se que esta situação pode ocorrer, por exemplo, em situações que a própria Constituição Federal de 1988²⁴¹ classifica como de estado de defesa ou de sítio. Nestas situações extremas, a Constituição²⁴², em seus artigos 136 e 137, autoriza restrições a alguns direitos. Sendo assim, nessas hipóteses, admite-se um retrocesso, enquanto perdurar a situação delicada.

Em segundo lugar, verifica-se que, diante das inúmeras relações sociais e econômicas em que vivemos, é inviável se sustentar que há uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais. Pois, diante da variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade, das crises econômicas e de problemas na esfera arrecadação de recursos, o princípio da proibição de retrocesso não pode ser considerado como absoluto.

O que é importante destacar é que, em condições normais, nos casos em que se discute o não retrocesso social, haja um sopesamento entre o princípio que protegem o direito social a ser atingido pelo retrocesso e outro que proteja outro direito, para que se chegue à solução mais adequada, aplicando-se a teoria de Alexy.

No entanto, nos casos em que seja envolvido o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, o legislador não pode, após a concretização de um direito social no plano da legislação infraconstitucional, suprimi-lo, afetando o seu núcleo essencial concretizado. Sendo assim, deve ser observado se o núcleo essencial do direito social está protegido.

²⁴¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁴²Ibidem.

Observa-se que este núcleo essencial está totalmente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, ainda mais no que diz respeito ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade.

A noção de mínimo existencial abrange o conjunto de prestações materiais que asseguram, a cada indivíduo, uma vida com dignidade, uma vida saudável, que vão além da mera garantia da sobrevivência física.

Segundo Sarlet, a dignidade da pessoa atua como diretriz jurídico-material tanto para a definição do núcleo essencial, quanto para a definição do que constitui a garantia do mínimo existencial, que, na esteira de farta doutrina, abrange bem mais do que a garantia da mera sobrevivência física, não podendo ser restringido, portanto, à noção de um mínimo vital ou a uma noção estritamente liberal de um mínimo suficiente para assegurar o exercício das liberdades fundamentais²⁴³.

Diante do fato de o valor dignidade da pessoa humana ser o princípio máximo da ordem jurídica e social, sabe-se que as prestações estatais básicas destinadas à garantia de uma vida digna para cada pessoa não poderão ser suprimidas ou reduzidas.

Sendo assim, verifica-se que cada caso concreto, em que o núcleo de direitos sociais não esteja presente, mas que envolva uma medida retrocessiva em relação a outros direitos sociais deve ser analisado para que, a partir de uma ponderação de interesses, se chegue a uma solução adequada e compatível com a dignidade da pessoa humana.

Baseado neste entendimento foi que o Tribunal Constitucional de Portugal, através do Acórdão de nº 509/2002²⁴⁴, decidiu pela da inconstitucionalidade (por violação do princípio da proibição de retrocesso) do Decreto da Assembléia da República que, ao substituir o antigo rendimento

²⁴³SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n. 15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.a.sp>>. Acesso em 15 de janeiro de 2011, p. 27.

²⁴⁴**Enciclopédia Portuguesa de Direitos Humanos - Acórdão 509/2002**. Disponível em: >http://74.125.47.132/search?q=cache:G08oQcxwZ4J:www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/portugal/jurisprudencia/tc_39_84.pdf+39/84+do+Tribunal+Constitucional+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.> Acesso em 13 abr. 2009.

mínimo garantido por um novo rendimento social de inserção, excluiu da fruição do benefício (ainda que mediante a ressalva dos direitos adquiridos) pessoas com idade entre 18 e 25 anos.

A decisão, ainda que não unânime, entendeu que a legislação revogada, atinente ao rendimento mínimo garantido, concretizou o direito à segurança social dos cidadãos mais carentes (incluindo os jovens entre os 18 e 25 anos), de tal sorte que a nova legislação, ao excluir do novo rendimento social de inserção as pessoas nesta faixa etária, sem a previsão e/ou manutenção de algum tipo de proteção social similar, estaria a retroceder no grau de realização já alcançado do direito à segurança social a ponto de violar o conteúdo mínimo desse direito já que atingido o conteúdo nuclear do direito a um mínimo de existência condigna, não existindo outros instrumentos jurídicos que o possam assegurar com um mínimo de eficácia.

Então, qualquer medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar - em qualquer hipótese - o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas²⁴⁵.

Verifica-se que, no âmbito da proibição de retrocesso, importa que se tenha sempre presente a circunstância de que o conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa, resulta evidente e vai aqui assumido como pressuposto de nossa análise²⁴⁶.

Ademais, que a dignidade da pessoa humana e a noção de mínimo existencial não são os únicos critérios a serem considerados no âmbito da aplicação do princípio da proibição de retrocesso, mas também as noções de segurança jurídica e proteção da confiança. No âmbito da proibição de

²⁴⁵SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com.br/rere.a.sp>>. Acesso em 15 de janeiro de 2011, p.30.

²⁴⁶Ibidem, p.30.

retrocesso, a noção de segurança jurídica pressupõe a confiança na estabilidade de uma situação legal atual.

Sendo assim, a partir do princípio da proteção da confiança, qualquer intervenção restritiva de posições jurídicas sociais gera uma ponderação de valores entre a agressão provocada pela lei restritiva à confiança individual e a importância do objetivo almejado pelo legislador para o bem da coletividade. A implementação de uma medida supressiva e/ou restritiva de uma posição social está ligada a um dever conexo e absoluto de motivação (justificação) como um dos pressupostos indispensáveis à legitimação do respectivo procedimento do poder público²⁴⁷.

Toda esta tese se relaciona com o princípio da proporcionalidade e da isonomia, os quais devem ser observados nas situações concretas, para que seja tomada a melhor solução. Ademais o princípio da segurança jurídica que traz em seu bojo uma certa garantia de continuidade da ordem jurídica, deve ser observado, visto que não se assegura exclusivamente com a limitação de medidas estatais tipicamente retroativas.

4.6 O DEVER DE CONCRETIZAÇÃO DO NÚCLEO ESSENCIAL DOS DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO

Como já foi enfatizado anteriormente, o legislador não pode, após a concretização de um direito social no plano da legislação infraconstitucional, suprimi-lo afetando o seu núcleo essencial concretizado. O núcleo essencial do direito social deve ser sempre protegido.

Mas o que significa esse núcleo essencial? Será que é somente esse núcleo essencial dos direitos sociais que dever ser protegido pelo princípio do não retrocesso social? E os direitos sociais que não fazem parte desse núcleo?

Existe uma corrente doutrinária, denominada de absoluta, que identifica o conteúdo essencial do direito fundamental como uma medida fixa, relativa

²⁴⁷SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.15,setembro/outubro/novembro,2008.Disponívelem:<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.a.sp>>. Acesso em 15 de janeiro de 2011, p.32.

aos elementos típicos que configuram o direito, no sentido que não pode ser afetada, sob pena de inconstitucionalidade.

Por outro lado, há uma corrente denominada de relativa, que considera que a afetação desse núcleo se verifica quando o direito é limitado além do que obrigava a justificação constitucional da intervenção. O conteúdo essencial não seria um elemento estável do direito, mas somente se determinaria no confronto da norma que prevê o direito com a justificação constitucional da intervenção²⁴⁸.

Verifica-se que o princípio do não retrocesso social deve respeitar um núcleo essencial, que impede que o legislador retire a concretização de um norma de direito fundamental social, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios.

Condena-se o descumprimento da norma de direito fundamental social com o retorno ao estado de ausência de regulamentação legislativa, com o desrespeito ao núcleo essencial deste direito social, que não poderá ser atingido.

Quanto à questão da substituição de uma lei por outra, que trate da mesma matéria, a posição mais correta é aquela que defende a impossibilidade de revogação do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, sem que se crie uma nova lei substitutiva da revogada. Portanto, o núcleo essencial do direito social deve ser preservado.

De acordo com os ensinamentos de Luísa Cristina Pinto e Netto, a defesa do núcleo essencial dos direitos sociais parte da consideração de que, para concretizá-los, é necessário inseri-los sistematicamente na ordem constitucional, confrontando-os com os demais direitos fundamentais, para determinar, dentro das normas *prima facie*, as que se tornam definitivas em cada caso concreto. Esta definição do conteúdo *prima facie* do direito comporta a identificação de seu núcleo essencial, não se estabelecendo, assim, a definitividade das normas e posições comportadas por este²⁴⁹.

²⁴⁸NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O Princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 176/ 177.

²⁴⁹Ibidem, p.178.

Sendo assim, o conteúdo do núcleo essencial de um direito fundamental social não é fixo e imutável. É necessário que seja realizada uma análise sistemática dos direitos envolvidos para que esse núcleo seja identificado, e possa ser defendido e considerado ponto intocável.

Citando Luísa Cristina Pinto e Netto²⁵⁰:

O que não se aceita é que dentre as posições e normas *prima facie* adscritas à disposição jusfundamental não se possam determinar aquelas mais importantes, ou melhor, aquelas que identificam o direito. Certamente, esta definição não é imutável temporal, espacial e culturalmente, a interpretação das disposições jusfundamentais que a ela conduz faz-se sempre em um contexto cujos elementos são levados em conta. Neste ponto, interessa referir que há diversos elementos que podem guiar a identificação do núcleo ou conteúdo essencial; Partindo-se da disposição constitucional, conta-se com as demais disposições constitucionais, precedentes judiciais e mesmo legislação vigente e anterior, além do *standards* oferecidos pelo Direito Internacional.

Observa-se que, em relação ao núcleo essencial dos direitos sociais, cumpre salientar que defender a idéia deste núcleo não significa defender a sua irrestringibilidade, mas significa reconhecer que as intervenções que incidirem neste requerem um maior peso em relação aos outros direitos.

Afirma Luísa Cristina²⁵¹ também o seguinte:

Com base no que se assentou sobre o núcleo essencial dos direitos sociais, bem como nos desenvolvimentos anteriores, podem ser avançadas algumas idéias-guia que sintetizam o exposto e apontam para as considerações acerca da vinculatividade dos direitos sociais em face do Legislador. São elas: a) o âmbito de proteção inicial dos direitos fundamentais é amplo, congrega o conjunto de normas e posições que se adscvem *prima facie* à disposição de direito fundamental; b) o âmbito de garantia efetivo do direito define-se a partir da disposição de direitos fundamentais e da atuação dos poderes estatais, que determinam as normas e posições adscritas definitivamente, ou com pretensão de definitividade - pois, no caso do Legislativo, há, ainda, a possibilidade de controle judicial -, à disposição de direito fundamental; c) no âmbito de proteção inicial do direito, ou seja, no conjunto de normas e posições *prima facie* adscritas à disposição jusfundamental, é possível identificar quais compõe seu núcleo ou conteúdo essencial; d) o núcleo ou conteúdo essencial do direito não é determinado por meio de ponderação com outros direitos ou bens dignos de tutela, mas pela análise da importância - vínculo material - das normas e posições para a

²⁵⁰NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O Princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.180.

²⁵¹Ibidem, 181/182.

identificação deste direito, conferindo-lhe significado normativo como elemento da ordem jurídica; e) não há uma determinação com absoluta objetividade do núcleo ou conteúdo essencial, nem esta se dá independentemente do contexto temporal espacial e cultural; f) no núcleo essencial dos direitos sociais – direitos a prestações fáticas – incluem-se, necessariamente, normas e posições de prestação; g) sobre todo o âmbito de proteção do direito – incluído o núcleo essencial – podem incidir intervenções, cuja constitucionalidade verifica-se por ponderação, balizada pela proporcionalidade; h) o esvaziamento genérico do significado normativo do conteúdo essencial, retirando o mínimo de eficácia do direito, traduz-se em violação da norma constitucional.

Nos casos de supressão ou alteração de uma norma infraconstitucional que concretizava o núcleo essencial de um direito social, nota-se que deve ocorrer, sempre, a prevalência do princípio da proibição do retrocesso social, que protegerá este núcleo. Quando o núcleo essencial está envolvido, verifica-se que não há princípio material de maior peso que deva prevalecer.

Sendo assim, em relação ao núcleo essencial, aplica-se a regra de proibição do retrocesso social sempre. Já em relação a outros direitos sociais, o princípio do não retrocesso entra em colisão com outros princípios, e de acordo com a ponderação prevalecerá ou não, no caso concreto.

4.7 O PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO SOCIAL EM FACE DO PODER CONSTITUINTE REFORMADOR E ORIGINÁRIO

Tradicionalmente, de acordo com a teoria de Sieyès, o poder constituinte originário é o poder que estabelece a Constituição. Ele não se prende a quaisquer limites: é essencialmente político, ou seja, é poder de fato, para a maioria da doutrina. Ele funda uma nova ordem jurídico-constitucional, ou a partir do nada, no caso da elaboração da primeira Constituição do Estado, ou mediante a substituição da ordem anterior, com a elaboração de uma nova Constituição.

Ele se caracteriza por ser inicial, autônomo e ilimitado. É inicial porque inaugura uma nova ordem jurídica, rompendo com a anterior. Isso significa que ele revoga a Constituição anterior e todas as normas infraconstitucionais que com a nova ordem forem incompatíveis. Por isso ele pode ser, simultaneamente, constituinte e desconstituinte, na medida em que quando constitui uma nova ordem, desconstitui a anterior.

É autônomo, porque só ao seu exercente cabe fixar os termos em que a nova Constituição será estabelecida e qual o Direito deverá ser implantado. É ilimitado porque é soberano e não sofre qualquer limitação prévia do Direito, exatamente pelo fato de que a este preexiste.

Seria incondicionado porque não se sujeita a nenhum processo ou procedimento estabelecido para a sua manifestação. Pode agir livremente, sem condições ou formas estabelecidas.

No entanto, vale a pena ressaltar que a doutrina moderna vem rejeitando e atualizando esta compreensão. Pois, assim como o povo não dispõe de um poder absoluto sobre a Constituição, o poder constituinte originário também possui limites, pois não é capaz de emprestar à Constituição todo e qualquer conteúdo, sem atender a quaisquer princípios²⁵².

Para Jorge Miranda, existem três categorias de limites materiais ao poder constituinte originário: limites transcendentais, imanentes e heterônomos. Os primeiros correspondem aos imperativos do direito natural, de valores éticos superiores, de uma consciência jurídica coletiva (ex. pena de morte). Os imanentes decorrem da soberania e da forma do Estado (Estado unitário ou federal). Os heterônomos são provenientes da conjugação com outros ordenamentos jurídicos, referindo-se a princípios, regras ou atos de Direito Internacional, donde resultem obrigações para todos os Estados ou só para certo Estado e também as regras de direito interno²⁵³.

Os limites heterônomos dividem-se em heterônomos de caráter geral, que correspondem aos princípios do *jus cogens*; limites heterônomos de Direito Internacional de caráter especial, que correspondem a limitações de conteúdo da Constituição em razão do Estado ter assumido deveres para com outro, com outros Estados ou com a comunidade internacional e os limites heterônomos de direito interno, que consignam os limites recíprocos entre a União Federal e os Estados Federados²⁵⁴.

Canotilho considera que apesar do poder constituinte ser inicial, autônomo, incondicionado e onipotente, esse poder sofre limitações em face de

²⁵²CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.243.

²⁵³Ibidem, p.244.

²⁵⁴Ibidem, p.244.

certos princípios de justiça e aos princípios de direito internacional, quais sejam o princípio da independência, da autodeterminação e da observância de direitos humanos²⁵⁵.

Sendo assim, o poder constituinte originário, ao mesmo tempo em que encerra princípios constitucionais, é limitado por princípios que correspondem aos valores prevalentes de um contexto interno e internacional.

Discussão interessante diz respeito à questão de se saber se o princípio do não retrocesso social, que está presente, como vimos, em diversos tratados internacionais, e, implicitamente, em diversas constituições, deve ser levado em consideração numa situação de ruptura constitucional, em que há a manifestação de um poder constituinte originário, para a elaboração de uma nova ordem constitucional.

Será que este princípio, intimamente ligado à idéia de justiça, e que constitui um valor difundido no direito internacional, pode limitar a atuação do poder constituinte originário quando da criação de uma nova ordem constitucional? Será que uma nova constituição pode retroceder socialmente?

Embora polêmica, é sustentável a tese que afirma que o poder constituinte originário de um determinado Estado deve respeitar o princípio do não retrocesso social quando se estabelece para formar uma nova ordem constitucional, pois a questão trata de direitos fundamentais que foram concretizados e já passaram a fazer parte da vida dos cidadãos.

O poder constituinte originário deve respeitar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, o conteúdo mínimo que deve ser resguardado, sendo ilegítimo qualquer fruto de inovação que ultrapasse sua fronteira.

Já o poder constituinte derivado ou constituído logra existência a partir do Poder Constituinte Originário, seu instituidor, de onde retira a sua força motriz. Logo, se insere na Constituição, conhece limitações expressas e tácitas, e define-se como um poder jurídico, que tem por finalidade ou a reforma da obra constitucional (Congresso Nacional) ou a instituição de coletividades (assembléias legislativas dos Estados Membros). Esse poder não passa de uma competência constitucional concedida pelo Poder Constituinte

²⁵⁵CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.244.

Originário, este sim, o verdadeiro poder constituinte, a certos órgãos constituídos²⁵⁶.

Ele é derivado – é poder de direito, juridicamente estabelecido, fundado no Poder Constituinte originário. Deriva deste. É limitado – a Constituição lhe impõe limitações, que podem ser temporais, circunstanciais, materiais ou procedimentais, explícitas ou implícitas, restringindo o seu exercício. É condicionado – só pode manifestar-se de acordo com as formalidades traçadas pela Constituição. Está sujeito, pois, a um processo especial previamente estabelecido pela Constituição Federal de 1988²⁵⁷.

No Brasil, o poder constituinte derivado se divide nas seguintes espécies: o poder constituinte reformador e o poder constituinte decorrente. O poder reformador é aquele destinado a alterar a Constituição, podendo essa reforma consistir em acréscimo, modificação ou supressão de parte do seu texto; já o poder decorrente é aquele cuja competência consiste em elaborar ou modificar as Constituições dos Estados-membros da Federação.

Observa-se que, em relação ao poder constituinte reformador, aplica-se, perfeitamente, o princípio do não retrocesso social. Pois, uma emenda ou revisão constitucional não pode retirar a eficácia de um direito social já concretizado.

Aliás, embora o artigo 60 da Constituição Federal²⁵⁸, como já vimos, se refira a direitos e garantias individuais, no estado social em que vivemos, é correta a interpretação que estende o alcance do artigo 60 aos direitos sociais, os quais também são considerados como cláusulas pétreas.

De acordo com o Professor George Sarmento, o artigo 60, parágrafo 4º da Constituição Federal²⁵⁹, prescreve que não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, mas esta proteção abrange também os direitos sociais, difusos, coletivos e

²⁵⁶CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010, p.246/247.

²⁵⁷Ibidem, p.247.

²⁵⁸BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁵⁹Ibidem.

individuais homogêneos. Portanto qualquer proposta de emenda constitucional que vise suprimi-los deve ser rejeitada de pronto²⁶⁰.

Sendo assim, visto que os direitos sociais devem ser respeitados pelas emendas constitucionais, estas devem se submeter ao princípio do não retrocesso social, assim como o próprio poder legislativo.

4.8 OBJEÇÕES EM RELAÇÃO AO RECONHECIMENTO DE UMA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO EM MATÉRIA DE DIREITOS SOCIAIS

Existem algumas objeções em relação ao princípio do não retrocesso social. A primeira se fundamenta no fato de que o legislador deve dispor de absoluta liberdade nesta área, com autonomia para voltar atrás no que diz com as próprias decisões, liberdade esta que só é limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas.

Para os que não aceitam o princípio do retrocesso, neste contexto, não haveria como, sem aniquilar o princípio democrático, proibir o Legislador de, uma vez emanada legislação concretizadora de direitos sociais, alterá-la de modo a retroceder no nível de concretização alcançado.

Esta proibição representaria uma cristalização da ordem jurídica, com retirada de espaço de conformação do legislador e de sua capacidade de autorrevisibilidade em prejuízo da democracia e do pluralismo, além de não se coadunar com os condicionantes fáticos que pesam sobre os direitos sociais²⁶¹.

Do mesmo pensamento compartilha Roger Stiefelman Leal, que admite, a possibilidade de uma total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou políticas públicas, nesta área²⁶².

²⁶⁰SARMENTO, George. **Direitos Humanos. Liberdades Públicas. Ações Constitucionais. Recepção dos Tratados Internacionais.** Coleção curso e concurso; v.36. Coordenação Edilson Mougnot Bonfim. São Paulo: Saraiva, 2011, p.31.

²⁶¹NETTO, Ana Cristina Pinto e. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.139.

²⁶²LEAL, Roger Stiefelman. **Direitos Sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais,** artigo extraído da página do Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal do RGS, acessível em <http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina/leal2.htm>

No entanto, este pensamento não deve ser prevalecer, pois atribui uma total liberdade ao legislador, o qual poderá dispor livremente e ilimitadamente do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais.

A aceitação dessa concepção outorgaria ao legislador o poder de disposição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, ocasionando uma fraude à Constituição por violação ao princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Se se admitir uma ausência de vinculação mínima do legislador ao núcleo essencial já concretizado na esfera dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição. Pois, 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 Constituição²⁶³.

Para Jorge Miranda, o legislador não pode simplesmente eliminar as normas concretizadoras de direitos sociais, pois isto 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 legislador²⁶⁴.

Na verdade, o que ocorre é uma tensão entre os direitos sociais e o princípio democrático. De um lado, de acordo com o princípio democrático, o Legislador deve decidir sobre questões relevantes, mas, por outro lado, diante da fundamentalidade destes direitos, o que lhes traz relevância jurídica, devem estes ficar fora do alcance da maioria parlamentar.

Diante desta colisão de princípios constitucionais, o princípio formal da liberdade de conformação do Legislador não deve prevalecer em relação aos direitos fundamentais, nem mesmo aos direitos sociais.

²⁶³SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE)**, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.15,setembro/outubro/novembro,2008.Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.a.sp>>. Acesso em 15 de janeiro de 2011, p.19.

²⁶⁴MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**, vol. IV.3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000, p. 397 e ss.

Para Carlos Bernal Pulido, através de uma interpretação sistemática da Constituição, permite-se superar a objeção fundada no princípio democrático contra a proibição do retrocesso social, conjugando, proporcionalmente, liberdade e vinculação no campo de atuação legislativa²⁶⁵.

Segundo Ana Cristina Pinto e Netto, o princípio democrático compreende-se materialmente balizado, podendo ser reconduzido à idéia de processo e programa. Quanto aos direitos sociais, se por um lado o princípio da socialidade é apenas um fim que se impõe ao Legislador para realização com ampla margem de liberdade, por outro, tal princípio encontra densificação, nas Constituições brasileira e portuguesa, por meio de numerosos direitos sociais, cuja vinculatividade não permite que se afirme uma margem de liberdade para o Legislador análoga à que se entende existente para o princípio social. Tomar a sério os direitos sociais é reconhecer sua fundamentalidade e a vinculação do Legislador, afastando a fragilização que uma ampla liberdade legislativa representa para esses direitos²⁶⁶. Esta mesma autora²⁶⁷ enfatiza que:

Nesta esteira, se se compreende constitucionalmente adequada a existência de imposições concretas dirigidas ao Legislador para garantir eficácia aos direitos sociais, não parece desarrazoado compreender também constitucionalmente adequada a proibição dirigida ao Legislador de retroceder na garantia desta eficácia, proibindo-se o retrocesso social. Entende-se, pelo que restou dito e pelos moldes em que se vai delinear o princípio de proibição de retrocesso, como se verá adiante, que não ofende o princípio democrático uma vinculação do Legislador aos direitos sociais que impõe o dever de legislar e proíbe retroceder quanto ao núcleo essencial do direito. O tratamento do tema à luz da teoria dos princípios conduz a solução para o aparente impasse entre a vinculatividade dos direitos sociais e o princípio democrático. O que os direitos sociais ordenam, no seu âmbito de proteção amplo, constitui-se de normas e posições *prima facie*, o mandado de otimização, que ordena que estes direitos sejam realizados na maior medida do possível, somente se torna definitivo diante das possibilidades fáticas e jurídicas, determinadas pelas normas opostas. Dentre estas, inclui-se, como salientou Robert Alexy, o princípio democrático. Assim, concebe-se a Constituição como uma

²⁶⁵PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador**, 2.ed.Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p.585.

²⁶⁶NETTO, Ana Cristina Pinto e. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.143.

²⁶⁷Ibidem, p.144.

ordem quadro, ou seja, a Constituição determina os conteúdos necessários ou impositivos, os conteúdos proibidos e os conteúdos permitidos, nesta seara, o Legislador tem legitimidade para exercer opções políticas. Os princípios determinam que há opções legislativas necessárias, outras são somente possíveis, no jogo com as demais normas, e outras proibidas.

Outra objeção é a alegada equivalência entre retrocesso social e omissão legislativa. No entanto, embora estes institutos sejam correlatos, estes não se equivalem. O retrocesso social pressupõe um ato comissivo, formal, do legislador, que venha de encontro aos preceitos constitucionais.

Vale lembrar que haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar a um estado primitivo de omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social²⁶⁸.

A omissão constitucional que enseja, inclusive, mandado de injunção (artigo 5º, LXXI da CF²⁶⁹) e ação direta de inconstitucionalidade por omissão (art.103, parágrafo 2º da CF²⁷⁰), existe somente quando se verifica uma imposição legiferante descumprida, ainda que parcialmente, pelo legislador²⁷¹.

O retrocesso social e omissão inconstitucional são conceitos distintos, pois, em um, o legislador voltou atrás e, em outro, deixou de ir aonde devia, respectivamente. O retrocesso diz respeito a uma conduta comissiva do legislador, que através de nova legislação, retorna ao estado originário de ausência de concretização legislativa de norma constitucional.

Uma outra objeção refere-se ao fato de uma norma infraconstitucional, ao concretizar um direito social prestacional, passar a ter força de norma constitucional. Haveria a “constitucionalização do direito legal”.

A aceitação da proibição do retrocesso implicaria subverter a hierarquia normativa, conferindo valor constitucional a normas infraconstitucionais densificadoras de direitos sociais. Aliás, isto poderia implicar em se conferir

²⁶⁸ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, p.240.

²⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

²⁷⁰ Ibidem.

²⁷¹ ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006, p.373 e ss.

maior valor às normas infraconstitucionais que às constitucionais, visto que as primeiras seriam consideradas como intocáveis, e as constitucionais seriam passíveis de reforma constitucional.

Esta objeção está relacionada com a posição de que o princípio do não retrocesso seria a aceitação, neste caso, do fenômeno da recepção constitucional. Ou seja, as normas infraconstitucionais seriam recepcionadas pela Constituição.

Para os que assim entendem, esta crítica ao não retrocesso seria rebatida com o argumento de que há a possibilidade de um processo informal de modificação da Constituição por meio da ação do legislador, que teria como justificativa a evolução da própria Lei Maior.

Segundo Felipe Derbli, por obra iniciada pelo legislador, um intérprete legítimo da Constituição, um direito fundamental social pode assumir a configuração minudenciada na lei concretizadora e, então, essa conformação passe a ser tida como integrante do próprio desenvolvimento da norma constitucional²⁷².

Noutras palavras, um determinado grau de densidade normativa, originariamente decorrente da concretização legal de uma norma constitucional definidora de direito social, pode inserir-se na consciência jurídica geral com tal profundidade que passe a ser compreendido como intrínseco à disciplina prevista na própria Constituição, que, em sua evolução, teria passado a albergar aquela configuração do direito fundamental social²⁷³.

Com acerto se manifesta Luísa Cristina Pinto e Netto quando ressalta que o que a proibição protege não são as normas infraconstitucionais, as quais também não são recepcionadas pela Constituição, não havendo uma subversão da hierarquia das normas. Que a proteção gerada pela proibição dirige-se às próprias normas constitucionais, visando a assegurar a sua eficácia²⁷⁴.

²⁷²DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, p.269.

²⁷³Ibidem, p.269.

²⁷⁴NETTO, Ana Cristina Pinto e. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.146.

Ademais, que se as normas constitucionais perdem eficácia com uma alteração ou supressão de normas infraconstitucionais, a vedação desta alteração ou supressão não altera a posição que estas ocupam na escala hierárquica. A simples supressão e determinadas alterações são estabelecidas para que a norma constitucional, que está no topo do ordenamento jurídico, não seja violada pela mutilação de sua eficácia²⁷⁵. Esta²⁷⁶ afirma que:

Neste contexto, fica ainda mais claro que o que se protege não é um conteúdo específico das normas infraconstitucionais, que ficariam petrificadas, mas a exeqüibilidade das normas constitucionais. Entende-se, assim, afastada a objeção que a hierarquia das normas poderia opor ao princípio de proibição de retrocesso social. Não há recepção constitucional das normas da legislação infraconstitucional densificadora de direitos sociais; estas continuam sendo infraconstitucionais e podendo ser modificadas por normas infraconstitucionais, seu conteúdo não se torna imutável; o mandado constitucional que impõe a feitura de tais normas proíbe sua supressão e modificação que atente contra a exeqüibilidade da norma constitucional. Com estas balizas, demonstra que não se subverte a hierarquia normativa nem se esvazia, por este motivo, o princípio democrático.

Outra crítica ao princípio do não retrocesso é a de que este atribui uma maior força, e, portanto, maior proteção, aos direitos sociais em detrimento dos direitos de liberdade. No entanto, verifica-se que a Constituição de 1988²⁷⁷ não estabelece diferenciação substancial entre os direitos fundamentais sociais e os direitos de liberdade, conferindo a ambos a mesma proteção.

Observa-se que, no ordenamento jurídico brasileiro, a proteção em relação aos direitos sociais não é maior do que aquela conferida aos direitos, liberdades e garantias, mas que a Constituição confere aos direitos sociais a mesma proteção. Uma vez concretizados por leis, que desenvolvem os conteúdos das normas constitucionais, podem apresentar o *status negativus* reconhecido aos direitos de liberdade.

Segundo Felipe Derbli, o desenvolvimento do conteúdo da norma constitucional definidora de direito social importará o desenvolvimento do

²⁷⁵NETTO, Ana Cristina Pinto e. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.146.

²⁷⁶Ibidem, p.147.

²⁷⁷BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

núcleo essencial desse direito social, razão pela qual a revogação arbitrária da norma infraconstitucional que o regulamenta significará a sua violação e, portanto, será defesa. Ressalta que esta questão que é muito tranqüila quanto aos direitos fundamentais de primeira geração: a restrição por obra do legislador não pode atingir o núcleo essencial desses direitos. Confirma-se, pois, que o que se sustenta é que todos os direitos fundamentais, inclusive os sociais, merecem o mesmo grau de proteção²⁷⁸.

Critica-se o princípio do não retrocesso social, também, devido ao seu caráter relativo em face da realidade fática. No entanto, vale a pena ressaltar que o princípio da proibição de retrocesso social não é absoluto, podendo ser, inclusive, objeto de ponderação, desde que resguardado o núcleo essencial dos direitos sociais. É que, em casos que não envolvam o núcleo essencial de direitos fundamentais, ocorrerá uma ponderação, como ocorre com os outros princípios constitucionais.

Como já ressaltado, anteriormente, existirão casos em que, mesmo que uma lei contenha dispositivos já entendidos como desenvolvimento da própria norma constitucional definidora de direito social, a sua revogação será válida à luz da Constituição porque, tendo em vista as circunstâncias do caso concreto, outras normas constitucionais aplicáveis à espécie prevalecerão²⁷⁹.

Verifica-se que o princípio do não retrocesso social possui um núcleo essencial, que impede que o legislador retire a concretização de um norma de direito fundamental social, sem que sejam criados mecanismos equivalentes ou compensatórios.

Por último, há a objeção de que em função da incidência da “reserva do possível”, isto é, da falta de recursos, não haveria como se invocar, com sucesso, a proibição de retrocesso.

Porém, em primeiro lugar, na esfera da garantia do mínimo existencial existe um direito subjetivo definitivo às prestações que lhe são inerentes. Nesse caso, obstáculos de ordem financeira e orçamentária deverão ceder ou

²⁷⁸DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, p.274/275.

²⁷⁹Ibidem, p.278.

serem removidos, inclusive mediante a realocação de recursos, fixação de prioridades, ou mesmo outras medidas.

Ademais, não se poderá pretender suprimir ou esvaziar, pelo menos não aquém do mínimo existencial, a concretização já levada a efeito dos direitos sociais. Como exemplo desta tutela negativa do mínimo existencial, colaciona-se a sua função como limite material ao poder de tributar do Estado, já que este, em regra, não pode tributar o mínimo existencial (no âmbito do imposto sobre a renda, por exemplo), ainda que mediante a alegação da necessidade de reforçar a arrecadação para promover os direitos sociais²⁸⁰.

Observa-se que o mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana operam tanto como fundamentos para a limitação de direitos, quando tal se revelar indispensável à salvaguarda da dignidade, quanto atuam como limites dos limites, pois constituem, ao mesmo tempo, o marco a ser respeitado pelas medidas restritivas²⁸¹.

É importante ressaltar que a alegação da falta de recursos para a manutenção de determinados benefícios sociais não pode justificar a violação do núcleo essencial dos direitos sociais, ainda mais quando se fala em exigências mínimas para uma vida com dignidade. Pois, o mínimo existencial é aquilo que o Estado sempre deve assegurar positivamente e aquilo que o estado deve respeitar por força de um dever de não intervenção.

Segundo o Professor Ricardo Maurício Soares²⁸²:

A Vedação do Retrocesso costuma ainda ser polarizada pela utilização do argumento da reserva do possível, para justificar a abstenção do Estado no implemento de políticas sociais. Com base na reserva do possível, entende-se que a construção de direitos subjetivos à prestação material de serviços públicos pelo Estado está submetida à disponibilidade dos respectivos recursos. Ao mesmo tempo, a decisão sobre a disponibilidade do montante estaria localizada no campo discricionário das decisões governamentais e dos parlamentos, através da elaboração dos orçamentos públicos. Nesse contexto, a limitação dos recursos públicos passa a ser considerada verdadeiro limite fático à efetivação da vida digna. Deve-se reconhecer, contudo, em nome do compromisso ético do Direito com a justiça, o primado da vedação ao retrocesso em face

²⁸¹SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.145.

²⁸²SOARES, Ricardo Maurício. Ricardo Maurício Freire. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica**. São Paulo: Saraiva, 2010, p.144.

do argumento da reserva do possível, de molde a concretizar força normativa e eficaz do princípio da dignidade da pessoa humana, interpretação mais compatível com os valores e fins norteadores do sistema constitucional brasileiro.

Verifica-se que, no contexto da proteção dos direitos sociais, no que diz respeito ao princípio da proibição do retrocesso, uma violação do núcleo essencial dos direitos sociais gerará sempre uma violação da dignidade da pessoa humana e por esta razão será sempre desproporcional e inconstitucional, o que não afasta a discussão a respeito do conteúdo do núcleo essencial em cada caso concreto.

No entanto, observa-se que quando não se tratar do núcleo essencial, mas de outros direitos sociais, realiza-se a operação do sopesamento para que se identifique qual princípio irá prevalecer, no caso concreto.

Ingo Sarlet afirma que a reserva do possível não é elemento dos direitos fundamentais, mas é um limite e garantia, e a vislumbra em uma dimensão tríplice, qual seja: a) a efetiva disponibilidade fática de recursos para a efetivação dos direitos fundamentais; b) a disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos (orçamento, distribuição de receitas, competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas); c) a proporcionalidade e razoabilidade da prestação²⁸³.

De acordo com Ana Cristina Pinto e Netto²⁸⁴:

Há que se destacar, primeiramente, como já se indicou, que todos os direitos têm custos, como tem enfatizado José Casalta Nabais; Não só os direitos sociais se assentam em avultados custos públicos, mas também os direitos de liberdade. Esclareça-se, ainda, que a dependência de recursos não pode ser alegação que, pelo simples fato de ser apresentada, tenha o condão de afastar a vinculatividade os direitos sociais. Antonio Henrique Perez Luño, assumindo posição crítica em relação a estas tradicionais afirmações, considera que o problema central situa-se na fixação dos objetivos básicos do Estado Constitucional. O autor põe em relevo o sentido ético entranhado desde a gênese do Estado de Direito e os direitos do homem supõem o reconhecimento de determinados valores da pessoa, o que implica cifrar a legitimação da ordem jurídica e política em valores éticos. Nos últimos anos, esta dimensão axiológica tem sido combatida em nome da lógica econômica; os direitos fundamentais, que aos poucos foram sendo sedimentados ao longo da evolução do

²⁸³SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.304/305.

²⁸⁴Ibidem, p.380/385.

Estado Liberal e do Estado Social, têm sua trajetória ameaçada por teses neoliberais conservadoras, que, insistindo sobre a inultrapassável oposição entre liberdade e igualdade, afirmam a perversidade e/ou inviabilidade dos direitos sociais e do Estado Social. Simplesmente assumir que não há recursos para efetivar os direitos sociais deixa de fora, como dito, o problema central, que é enfrentar a fixação de fins para a ação estatal: o Estado deve realizar, por exemplo, uma política educacional para satisfazer as necessidades básicas na área da educação e saúde? A resposta a esta questão não pode ser buscada dentro de uma lógica puramente econômica, tem que ser debatida em termos éticos. O autor adverte para a falácia de confundir fatos com valores e ser com dever-ser, justificando a limitação dos direitos sociais – que pode traduzir-se em uma compressão ou adiamento ou chegar à sua supressão ou negação de sua fundamentabilidade – com fundamento no condicionamento fiscal ou a reserva do possível, asseverando que somente se podem sustentar como direitos aqueles para os quais se disponha de meios econômicos para satisfação. Nesta senda, postula-se, falaciosamente, que o que deve ser é o que é, deixando de impor tarefas emancipatórias e axiológicas ao Estado na realização da dignidade humana.

Ademais, conforme assegura Paulo Bonavides, os direitos sociais necessitam de uma dupla garantia: jurídica e econômica. Considerando que é freqüente a alegação estatal no sentido de que a carência de recursos materiais impede a efetivação de direitos sociais, entende que o problema deve ser tratado pelos poderes do Estado com o emprego do princípio da proporcionalidade, ponderando os interesses à luz da adequação e necessidade. Ainda assim, adverte para a impossibilidade de se destruir a medula normativa de nível constitucional que compõe a estrutura daqueles direitos²⁸⁵.

Segundo Luísa Cristina Pinto e Netto²⁸⁶:

Na base deste entendimento está a idéia de que deve haver um uso eficiente dos recursos, de que se devem considerar todos os recursos disponíveis, não só financeiros internos, como recursos naturais, humanos, tecnológicos, advindos de cooperação internacional, privilegiando uma utilização eficiente e racional, direcionada para o atendimento das necessidades básicas, da concretização pelo menos do essencial de cada direito voltado a este entendimento. O Estado deve buscar as condições, não só financeiras, para a efetivação de um nível básico dos direitos fundamentais, o que, nos DESC, envolve necessariamente a garantia de eficácia prestacional essencial.

²⁸⁵BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005, p.596/597.

²⁸⁶NETTO, Ana Cristina Pinto e. **O Princípio de Proibição de Retrocesso Social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p.164.

Sendo assim, a reserva do possível e a proibição do retrocesso não se excluem, mas colocam-se em uma relação de tensão que deve ser resolvida, de acordo com a aplicação da atividade de ponderação, respeitando-se, no entanto, o núcleo essencial dos direitos sociais.

4.9 ALGUMAS NOTAS SOBRE O DIREITO ESTRANGEIRO: APRESENTAÇÃO DAS EXPERIÊNCIAS FRANCESA, ALEMÃ, PORTUGUESA E ITALIANA EM MATÉRIA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO

Antes de iniciarmos o estudo da discussão sobre a aplicação do princípio do não retrocesso em outros países, a qual está muito mais avançada do que aqui no Brasil, vale a pena citar a lição do professor Andreas Krell²⁸⁷:

Não se pode transportar um instituto jurídico de uma sociedade para outra sem levar-se em conta os condicionamentos sócio-culturais e econômico-políticos a que estão sujeitos todos os modelos jurídicos. Ordens jurídicas concretas não representam apenas variantes distintas da realização dos mesmos direitos e princípios; nelas refletem-se também diferentes paradigmas jurídicos. As possibilidades de um transplante de teorias de Direito Constitucional de um país para o outro vão necessariamente diminuir com as diferenças no sistema político, e, sobretudo, nas condições econômico-sociais das respectivas sociedades. Devemo-nos lembrar sempre de que os mesmos textos e procedimentos jurídicos são capazes de causar efeitos completamente diferentes, quando utilizados em sociedades desenvolvidas (centras) como a alemã, ou numa periférica como a brasileira.

Sendo assim, observa-se que as peculiaridades da realidade sócio-econômica e do Direito brasileiro devem ser sempre levadas em consideração, e que as soluções do Direito estrangeiro devem sofrer as adaptações necessárias para serem aplicadas e terem utilidade aqui no Brasil, por exemplo.

A Constituição da Quinta República francesa foi promulgada em meio a uma crise política, durante a guerra colonial da Argélia. Por tal motivo, e por

²⁸⁷KRELL, Andréas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) aminhos de um Direito Constitucional “comparado”**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, p.42.

influência das concepções políticas do líder político General Charles de Gaulle, que inspirou e comandou o processo de sua elaboração, em 1958, seu texto trouxe diversas inovações constitucionais de natureza autoritária.

Diante desta situação, o Conselho Constitucional francês foi, ao longo do tempo, ganhando prestígio e credibilidade, por exercer o papel, através de sua jurisprudência, de mitigar e, em alguns casos, eliminar, a aspereza de certas inovações trazidas pela Constituição²⁸⁸.

O Conselho Constitucional francês passou a exercer uma constante vigilância em relação a questões referentes aos direitos fundamentais. Então, em 1971, a célebre decisão *Liberté d'association*, através da qual instituiu o denominado *Bloc de Constitucionalité*.

O Conselho criou uma espécie de bloco de constitucionalidade, ou seja, um conjunto de normas e princípios de gênese e origem diversas, às quais ele passou a conferir status idêntico ao das normas constitucionais, impondo ao legislador a observância estrita desse *bloc*. De acordo com Joaquim Barbosa²⁸⁹:

Em suma: impôs ao legislador, à mingua de textos explícitos neste sentido, uma verdadeira *Charte jurisprudentielle des libertés*, suprimindo assim a lacuna verificada no texto original da Constituição que, como já dissemos, foi negligente quanto a esse aspecto, talvez em decorrência das circunstâncias excepcionais em que se deu a sua elaboração.

O que é importante ressaltar é que foi o Conselho Constitucional Francês que criou a jurisprudência denominada de *cliquet anti-retour* ou proibição de retrocesso, de acordo com a qual em matéria de direitos fundamentais o legislador só pode intervir com o objetivo de torná-los mais efetivos, jamais para suprimi-los ou diminuir-lhes o alcance.

Ou seja, o Conselho instituiu que o Estado sempre deve atuar para melhorar progressivamente as condições de vida da população. Sendo assim, vê com desconfiança qualquer medida estatal que tenha por fim suprimir

²⁸⁸BARBOSA, Joaquim. **A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: implantação e evolução da jurisdição constitucional na França**. Brasília, Revista Interesse Público 19, 2003, p.32 e 33.

²⁸⁹Ibidem p. 33.

garantias essenciais já implementadas para a realização da dignidade humana, as quais somente são admitidas se acompanhadas de outros mecanismos que continuem a proteger os cidadãos.

Ademais, para os franceses, o princípio da vedação ao retrocesso se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, não sendo possível a revogação total de uma lei que proteja as liberdades fundamentais sem a sua substituição por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente.

Na Alemanha, há muito tempo, já há um certo consenso em relação ao reconhecimento de algumas manifestações da proibição de retrocesso na esfera da segurança social, destacando-se a expressiva produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema, pelo menos desde o incremento dos ajustes levados a efeito no âmbito da já referida crise do Estado Social²⁹⁰.

Para a doutrina alemã, a despeito da ausência de uma proteção expressa até inclusive dos direitos adquiridos no plano constitucional, tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Federal, sempre cancelaram a proteção tanto do direito adquirido como das próprias expectativas de direitos, dimensões fazem parte da compreensão ampla da proibição do retrocesso.

Além disso, a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal reconheceu, em uma série de decisões, que a garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social legislativamente concretizados), existindo atualmente, a despeito de uma série de críticas, um determinado grau de consenso nesta esfera²⁹¹.

Ainda na época de Weimar, a garantia da propriedade, para além da proteção da propriedade em termos de direitos reais, alcançou também uma função conservadora de direitos, oferecendo ao indivíduo segurança jurídica relativamente aos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, além de proteger a confiança depositada no conteúdo de seus direitos²⁹².

²⁹⁰SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.444.

²⁹¹Ibidem, p.444.

²⁹²Ibidem, p.445.

O Tribunal Federal Constitucional chegou a este entendimento, considerando que a proteção por meio da garantia da propriedade tem por pressuposto a circunstância de que ao titular do direito é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão sem qualquer compensação, ocorreria uma colisão frontal com o princípio do Estado de Direito, o que, especialmente pela inclusão no âmbito de proteção da garantia da propriedade de direitos patrimoniais na esfera da segurança social, acabou levando a uma ampliação do conceito de propriedade vigente no direito privado, do qual o conceito constitucional de propriedade veio a se desvincular quase que completamente²⁹³.

Todavia, cumpre frisar que nem todos os direitos patrimoniais de natureza pública foram considerados protegidos pela garantia da propriedade, já que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, devem estar satisfeitos alguns requisitos: a) à posição jurídica individual (isto é, ao direito subjetivo a prestação social) deve corresponder uma contraprestação pessoal de seu titular, que necessariamente não pode ser irrelevante, de tal sorte que uma equivalência absoluta entre a prestação estatal e a contrapartida pessoal não tem sido considerada indispensável, sendo tido como suficiente que a pretensão do particular não se encontre embasada única e exclusivamente numa prestação unilateral do Estado; b) deve tratar-se de uma posição jurídica de natureza patrimonial, que possa ser tida como de fruição privada para o seu titular, o que ocorre quando o titular do direito pode partir da premissa de que se cuida de uma posição jurídica pessoal, própria e exclusiva, caracterizada por uma essencial disponibilidade por parte de seu titular; c) a prestação deve servir à garantia da existência de seu titular, já que a propriedade também protege as condições necessárias para uma vida autônoma e responsável, especialmente considerando que a maior parte dos cidadãos alcança a sua segurança existencial menos por meio do patrimônio privado imobiliário e/ou mobiliário, do que pelo resultado de seu trabalho e, portanto, por meio de suas posições jurídico-subjetivas patrimoniais²⁹⁴.

²⁹³SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 445.

²⁹⁴Ibidem, p. 446.

No âmbito destes três pressupostos e do seu gradativo incremento, bem como da ampliação do conteúdo social da propriedade a eles vinculada²⁹⁵, a proteção das posições jurídico-subjetivas patrimoniais de direito público foi consideravelmente enrobustecida, abrangendo a considerável parte das prestações que integram o sistema público de seguridade social (especialmente aposentadorias, pensões, seguro-desemprego, seguro contra acidentes de trabalho, etc), além de alcançar até mesmo as expectativas de direitos, notadamente aquelas posições que, mediante o implemento de outras condições (por exemplo, um certo prazo de espera e/ou carência) tornam-se plenamente exigíveis²⁹⁶.

No entanto, têm sido excluídas da proteção as prestações de cunho reabilitatório e secundário, sem a respectiva contraprestação, assim como prestações discricionárias, que não radicam numa posição jurídica similar à propriedade privada, devendo, portanto, tratar-se de prestações obrigatórias²⁹⁷.

Sendo assim, constata-se que o Tribunal Constitucional Federal atribui expressiva importância à proibição de retrocesso, inclusive para além da proteção dos direitos adquiridos, em ordens constitucionais onde inexistente previsão expressa de tal proibição.

Porém, sabe-se que, tanto no ordenamento jurídico brasileiro quanto no europeu, esta proteção não deve ser considerada como absoluta, como vimos anteriormente.

Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, constata-se, de modo geral, uma postura pacífica em relação ao princípio da proibição do retrocesso social, mas não se possa afirmar que exista um consenso sobre esta matéria.

No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, a qual tem exercido muita influência sobre o nosso próprio pensamento jurídico, verifica-se que existem vários defensores da proibição de retrocesso, dentre os quais merece destaque o Professor Gomes Canotilho.

²⁹⁵SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 446.

²⁹⁶Ibidem, p.446.

²⁹⁷Ibidem, p.447.

Para este, 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 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, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito. Sendo assim, são inconstitucionais todas as medidas que inequivocamente venham a ameaçar o padrão de prestações já alcançado²⁹⁸.

Esta proibição de retrocesso, segundo Gomes Canotilho e Vital Moreira, pode ser considerada uma das conseqüências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos fundamentais sociais na sua dimensão prestacional, que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, que tenham por objeto a sua destruição ou redução²⁹⁹.

Neste sentido, pode ser lembrado que a proibição de retrocesso já foi expressamente tratada pelo Tribunal Constitucional Português, através do famoso acórdão TC 39/84³⁰⁰, que declarou inconstitucional um decreto-lei que revogara grande parte de outra norma que criara o *Serviço Nacional de Saúde*. Nessa decisão, o Tribunal Constitucional lusitano decidiu que:

a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social, o respeito constitucional desta 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 actuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social.

²⁹⁸CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 474/475.

²⁹⁹CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador**. Coimbra, 1982, p.374.

³⁰⁰**Enciclopédia Portuguesa de Direitos Humanos - Acórdão 39/84**. Disponível em: >http://74.125.47.132/search?q=cache:G08oQcxwZ4J:www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/portugal/jurisprudencia/tc_39_84.pdf+39/84+do+Tribunal+Constitucional+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.> Acesso em 13 abr. 2009.

A jurisprudência do Tribunal Constitucional de Portugal através do Acórdão nº 39, de 1984³⁰¹, declarou a inconstitucionalidade de uma lei que havia revogado boa parte da Lei do Serviço Nacional de Saúde, sob o argumento de que com esta revogação estava o legislador atentando contra o direito fundamental à saúde (art. 64 da CRP), ainda mais em se levando em conta que este deveria ser realizado justamente mediante a criação de um serviço nacional, geral e gratuito de saúde (art. 64/2 da CRP).

Esta posição foi reafirmada pelo mesmo Tribunal Constitucional ao reconhecer, recentemente, a inconstitucionalidade da exclusão – por meio de lei - das pessoas com idade entre 18 e 25 anos (mesmo com ressalva dos direitos adquiridos) do benefício do rendimento mínimo de inserção, que havia substituído o rendimento mínimo garantido, que contemplava esta faixa etária, ainda que se deva reconhecer a existência de diferenças consideráveis entre ambas as decisões, seja no concernente às peculiaridades do problema que se ofereceu à análise do Tribunal Constitucional, seja no que diz respeito ao contexto social, econômico e acima de tudo político-institucional.

De acordo com Felipe Derbli, a proibição do retrocesso é, também, tema reconhecido na Itália, atribuindo-se a G. Balladore Pallieri a sua identificação no Direito Constitucional italiano. Este autor, ao tratar dos limites da atividade do Estado em face dos direitos individuais, afirma que as limitações se voltam, em última análise, para a atividade legislativa e podem assumir diversas formas, que, em alguma medida, seriam identificáveis também na Constituição brasileira³⁰².

Estas são as seguintes: a) hipóteses em que a própria norma constitucional estabelece minuciosamente as restrições da atividade estatal, prescindindo-se da lei ordinária para tanto; b) situações em que se proíbe a edição de lei dispendo em determinado sentido; c) casos em que a Constituição reserva ao legislador a disciplina de alguma matéria; d) momentos em que também se reserva à lei algum âmbito de disciplina, mas os seus

³⁰¹ **Enciclopédia Portuguesa de Direitos Humanos - Acórdão 39/84.** Disponível em: >http://74.125.47.132/search?q=cache:G08oQcxwZ4J:www.fd.uc.pt/hrc/enciclopedia/portugal/jurisprudencia/tc_39_84.pdf+39/84+do+Tribunal+Constitucional+da+Rep%C3%BAblica+Portuguesa&cd=1&hl=pt-BR&ct=clnk&gl=br.> Acesso em 13 abr. 2009.

³⁰² DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social.** Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 161.

contornos são mais definidos pelas normas constitucionais e) hipóteses em que a Constituição estabelece para o legislador a obrigação de editar ato normativo³⁰³.

É neste último grupo de situações que o autor enquadra os direitos fundamentais sociais, e dividi-os em dois subgrupos. O primeiro diz respeito às normas constitucionais em que se prevê, de forma suficientemente nítida e precisa, o conteúdo de um direito individual, cabendo ao legislador estabelecer limites razoáveis ao seu exercício. O segundo subgrupo refere-se às normas constitucionais que se dirigem primordialmente ao legislador, de modo que sem a edição da lei, não poderão gerar todos os seus efeitos. Ele, também censura a omissão do legislador na tarefa de concretizar a norma constitucional em sede legislativa e condena a conduta do legislador que “retorna sobre os próprios passos”, isto é, que após a emanação do ato legislativo que regulamenta uma norma constitucional que disponha sobre direito fundamental, volta, comissivamente, a uma situação de ausência ou insuficiência de regulamentação infraconstitucional, revogando a li antes editada³⁰⁴.

Ademais, ao discorrer sobre a experiência da Corte Constitucional da Itália, Gustavo Zagrebelsky afirma que, mesmo que se entenda que os direitos sociais previstos na Constituição não sejam direitos subjetivos e, por isso, gerem apenas uma obrigação política para o legislador, as normas constitucionais que impõem o progressivo desenvolvimento dessa categoria de direitos gerarão a vedação de que a lei dê “marcha à ré” e retorne a estágio anterior de sua concretização³⁰⁵.

De acordo com Ingo Sarlet, precisamente nesta perspectiva vale referir decisão do Tribunal Constitucional da Colômbia, de acordo com o qual a decisão de reduzir os recursos destinados a subsidiar habitações para a população de baixa renda, promovida pelo poder público municipal, embora em abstrato justificada pela necessidade de contenção de despesas (pela carência de recursos) e atendimento a outras demandas de cunho social, não resultou

³⁰³DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.162.

³⁰⁴Ibidem, p.164/165.

³⁰⁵ZAGREBELSKY, Gustavo. **El Tribunal Constitucional Italiano**. In Favoreu, Louis et. Al. **Tribunales Constitucionales Europeas y Derechos Fundamentales**. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984, p.450.

convincente no caso concreto, especialmente quando as dificuldades financeiras apontadas podem ser atribuídas à falta de planejamento e gestão deficiente do próprio poder público³⁰⁶.

Ingo Sarlet cita, ainda, um julgado proferido por Tribunal da Argentina (Câmara de Apelações do Contencioso Administrativo e Tributário da Cidade de Buenos Aires), onde igualmente estava em causa a garantia de uma habitação (moradia) digna para pessoas submetidas a condições de vida precárias em ambiente marcado por forte exclusão social³⁰⁷.

No caso concreto (que envolvia a negação do acesso à moradia por parte do autor da demanda judicial), o Tribunal argumentou que a descontinuidade das prestações sociais viola o princípio da proibição de retrocesso, pois uma vez reconhecido e efetivado um direito social, designadamente quando se trata de pessoas que se encontram em situação econômica e social precária, não é possível eliminar pura e simplesmente esta condição básica de inclusão social, ainda mais quando da falta de alternativas razoáveis adotadas por parte do poder público³⁰⁸.

Portanto, verifica-se que o princípio do não retrocesso social é discutido na doutrina e aplicado na jurisprudência de diversos países, protegendo os direitos sociais de medidas de cunho retrocessivo.

³⁰⁷SARLET, Ingo wolfgang. **Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano.** *Rev. TST, Brasília, vol. 75, nº 3, jul/set 2009.*, p.145.

³⁰⁸*Ibidem*, p.146.

5 A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DO NÃO RETROCESSO NA JURISPRUDÊNCIA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS

A jurisprudência brasileira, que só recentemente começou a aplicar o princípio da proibição de retrocesso traz alguns julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

O primeiro pronunciamento do STF a respeito do princípio do não retrocesso social ocorreu no julgamento da ADI 2065-DF, que teve como Relator o Ministro Sepúlveda Pertence.

A referida Ação direta de inconstitucionalidade foi ajuizada pelo Partido Democrático Trabalhista e pelo Partido dos Trabalhadores, e impugnava o artigo 17 da Medida Provisória nº.1999 -10/99, que revogava os artigos 6º e 7º da Lei 8212/91 e os artigos 7º e 8º da Lei 8213/91, extinguindo, com isso, o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social.

Sustentavam os autores que a Medida Provisória acima referida violava o princípio da proibição de retrocesso social, na medida em que o artigo 194, VII, da Constituição Federal³⁰⁹, impõe o caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social e, com isso, que a revogação pura e simples dos dispositivos legais mencionados acarretaria o retorno a um estado de omissão legislativa, pois não haveria mais norma infraconstitucional disciplinando a descentralização administrativa da seguridade social.

Por maioria, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Néri da Silveira e Carlos Velloso, o STF não conheceu da ação, sob o argumento de que se cuidava, naquele caso concreto, de ofensa reflexa à Constituição, entendendo-se, ademais, que a extinção de órgãos da administração é ato normativo de efeitos concretos, que não dá margem ao controle concentrado de constitucionalidade pela ausência de generalidade e abstração.

No entanto, dentre os entendimentos dos Ministros vencidos, que adotaram, cada um, os seus argumentos, para rejeitar a preliminar de não

conhecimento da ação, ressalta-se o do Ministro Sepúlveda Pertence que admitiu expressamente a inconstitucionalidade de uma lei simplesmente derogatória de lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional. Em seu voto, o Ministro afirma o seguinte:

Certo, quando, já vigente à Constituição, que editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subseqüentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra disciplina legal igualmente integrativa de preceito constitucional programático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição - ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência de complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional ... Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora da Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulamentação integradora precedente – pré ou pós-constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária³¹⁰.

A proibição do retrocesso foi também mencionada na ADIn 3105-DF³¹¹, em 18/08/2004, que teve como Relator o Ministro Cezar Peluso, e como requerente a Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP que sustentava a tese da inconstitucionalidade do artigo art. 4º, caput, da Emenda Constitucional nº 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária dos servidores públicos inativos e pensionistas.

A decisão foi tomada, por maioria, no sentido parcial do pedido, com a declaração de inconstitucionalidade das expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", constantes do parágrafo único, incisos I e II, do art. 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003, que distinguia os servidores inativos e pensionistas que já se encontravam nessa condição, quando do advento da reforma constitucional em tela, daqueles que adquirissem o direito à aposentadoria ou à pensão posteriormente, bem como

³¹⁰Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2065-DF**, Relator para o Acórdão Min. Mauricio Corrêa. Brasília, 04 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

³¹¹Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3105-DF**, Relator para Acórdão Ministro Cezar Peluso. Brasília, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

estabelecia discrimen entre os aposentados e pensionistas da União, de um lado, e os dos Estados, Distrito Federal e Municípios, de outro.

O Tribunal, por maioria, julgou improcedente a ação em relação ao caput do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41, de 19 de dezembro de 2003. Por unanimidade, o Tribunal julgou inconstitucionais as expressões "cinquenta por cento do" e "sessenta por cento do", contidas, respectivamente, nos incisos I e II do parágrafo único do artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003, pelo que aplica-se, então, à hipótese do artigo 4º da EC nº 41/2003 o § 18 do artigo 40 do texto permanente da Constituição, introduzido pela mesma emenda constitucional.

No entanto, o Ministro Celso de Mello, em minucioso voto vencido, concluiu pela inconstitucionalidade total do artigo 4º e do parágrafo único da EC 41/2003. O Ministro ressaltou o caráter de fundamentalidade dos direitos de natureza previdenciária e, invocando o princípio da proibição de retrocesso social, assinalou, mais uma vez, com fundamento na doutrina brasileira e portuguesa, e com referência expressa Acórdão 39/84 do Tribunal Constitucional português, a inconstitucionalidade das normas impugnadas.

Em seu voto, o Ministro afirma o seguinte:

Refiro-me, neste passo, ao princípio da proibição do retrocesso, que, em tema de direitos fundamentais de caráter social, e uma vez alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (como estas reconhecidas e asseguradas, antes do advento da EC n. 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive... Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em consequência, que os níveis de concretização dessa prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo inócua na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais³¹².

³¹²Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3105-DF**, Relator para Acórdão Ministro Cezar Peluso. Brasília, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

O STF, na ADI-MC 1946³¹³, que teve como relator o ministro Sydney Sanches, em relação à limitação do salário da licença-gestante, decidiu pela inconstitucionalidade do artigo 14º da emenda constitucional nº 20, de 15.12.1998, e do art.6º da Portaria nº 4.883, de 16.12.1998, pelo Ministro de Estado da Previdência e Assistência Social, devido a violação ao disposto nos artigos 3º, IV, 5º, I, 7º, XVIII, e 60, § 4º, IV, da Constituição Federal.

Segundo o STF, o legislador brasileiro, a partir de 1932 e mais claramente desde 1974, vem tratando o problema da proteção à gestante, cada vez menos como um encargo trabalhista (do empregador) e cada vez mais como de natureza previdenciária. Essa orientação foi mantida mesmo após a Constituição de 05/10/1988, cujo art. 6º determina: a proteção à maternidade deve ser realizada "na forma desta Constituição", ou seja, nos termos previstos em seu art. 7º, XVIII: "licença à gestante, sem prejuízo do empregado e do salário, com a duração de cento e vinte dias".

Diante desse quadro histórico, não é de se presumir que o legislador constituinte derivado, na Emenda 20/98, mais precisamente em seu art. 14, haja pretendido a revogação, ainda que implícita, do art. 7º, XVIII, da Constituição Federal originária. Se esse tivesse sido o objetivo da norma constitucional derivada, por certo a E.C. nº 20/98 conteria referência expressa a respeito.

Para o STF, à falta de norma constitucional derivada, revogadora do art. 7º, XVIII, a pura e simples aplicação do art. 14 da E.C. 20/98, de modo a torná-la insubsistente, implicará um retrocesso histórico, em matéria social-previdenciária, o qual não se pode presumir desejado.

Ademais, entendeu que, na verdade, se se entender que a Previdência Social, doravante, responderá apenas por R\$1.200,00 (hum mil e duzentos reais) por mês, durante a licença da gestante, e que o empregador responderá, sozinho, pelo restante, ficará sobremaneira, facilitada e estimulada a opção deste pelo trabalhador masculino, ao invés da mulher trabalhadora. Estará, então, propiciada a discriminação que a Constituição buscou combater, quando

³¹³Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº ADI 3104-DF**, Relator para Acórdão Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Brasília, 26 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

proibiu diferença de salários, de exercício de funções e de critérios de admissão, por motivo de sexo (art. 7º, inc. XXX, da C.F./88), proibição, que, em substância, é um desdobramento do princípio da igualdade de direitos entre homens e mulheres, previsto no inciso I do art. 5º da Constituição Federal.

Que se estará, ainda, conclamando o empregador a oferecer à mulher trabalhadora, quaisquer que sejam suas aptidões, salário nunca superior a R\$1.200,00, para não ter de responder pela diferença. Não é crível que o constituinte derivado, de 1998, tenha chegado a esse ponto na chamada Reforma da Previdência Social, desatento a tais conseqüências. Ao menos não é de se presumir que o tenha feito, sem o dizer expressamente, assumindo a grave responsabilidade.

Ademais, na ADI 3104/DF³¹⁴, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – CONAMP, que teve como Relatora a Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha, em 26/09/2007, decidiu pela constitucionalidade do art. 2º e 10º da emenda constitucional n.41/2003.

Estabeleceu que a aposentadoria é direito constitucional que se adquire e se introduz no patrimônio jurídico do interessado no momento de sua formalização pela entidade competente. Que, em questões previdenciárias, aplicam-se as normas vigentes ao tempo da reunião dos requisitos de passagem para a inatividade.

Que somente os servidores públicos que preenchiam os requisitos estabelecidos na Emenda Constitucional 20/1998, durante a vigência das normas por ela fixadas, poderiam reclamar a aplicação das normas nela contida, com fundamento no art. 3º da Emenda Constitucional 41/2003. Que os servidores públicos, que não tinham completado os requisitos para a aposentadoria quando do advento das novas normas constitucionais, passaram a ser regidos pelo regime previdenciário estatuído na Emenda Constitucional n. 41/2003, posteriormente alterada pela Emenda Constitucional n. 47/2005.

No entanto, vale ressaltar que, em seu pronunciamento, a Ministra Carmen Lúcia ressaltou que:

³¹⁴Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade n° ADI 3104-DF**, Relator para Acórdão Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Brasília, 26 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

Não parece lógico, até porque um dos sentidos da cláusulas pétreas é impedir o retrocesso. É garantir o avanço. Esse o significado último de cláusula pétrea. A nova Constituição traz uma conquista política, social, econômica e fraternal, de que natureza for, e a petrealidade passa a operar como uma garantia do avanço, então obtido. Uma interdição ao retrocesso.

No recurso extraordinário 351750³¹⁵, que teve como relator o Ministro Marco Aurélio, o STF decidiu que o princípio da defesa do consumidor se aplica a todo o capítulo constitucional da atividade econômica. Afastam-se as normas especiais do Código Brasileiro da Aeronáutica e da Convenção de Varsóvia quando implicarem retrocesso social ou vilipêndio aos direitos assegurados pelo Código de Defesa do Consumidor. Afirma que não cabe discutir, na instância extraordinária, sobre a correta aplicação do Código de Defesa do Consumidor ou sobre a incidência, no caso concreto, de específicas normas de consumo veiculadas em legislação especial sobre o transporte aéreo internacional.

O Superior Tribunal de Justiça, no Recurso Especial nº 567.873-MG³¹⁶, relatado pelo Ministro Luiz Fux, reconheceu a inconstitucionalidade (e ilegalidade) da denegação do benefício da isenção do IPI (Imposto sobre Produtos Industrializados) para portador de deficiência física com impossibilidade de dirigir, por ocasião da aquisição de automóvel adaptado às suas circunstâncias e necessidades pessoais, aplicando o princípio da prevalência da norma mais benigna, com base na proteção constitucional e legal (infraconstitucional) assegurada aos portadores de necessidades especiais, inclusive como expressão de uma típica e indispensável ação afirmativa.

Na referida decisão, argumentou-se que a concessão anterior do benefício da isenção do IPI para efeitos de aquisição de veículos especiais para portadores de necessidades especiais, além de poder ser considerada como sendo uma concretização de direitos fundamentais sociais, implementou

³¹⁵Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 351750**, Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 17 março 2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

³¹⁶Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 567.873-MG**, Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

o princípio da igualdade na sua perspectiva material, que não apenas veda a discriminação dos portadores de necessidades especiais, mas também impõe a implementação (e, portanto, veda a supressão) de medidas que venham a assegurar a sua inserção social e profissional.

Este traz uma aplicação típica da proibição de retrocesso, pois trata da idéia de uma proibição de retrocesso e ainda aponta para a possibilidade de extensão deste a outros direitos fundamentais e não apenas aos direitos sociais de cunho prestacional.

Também o STJ, no recurso especial 302906263³¹⁷, que teve como Relator o Ministro Herman Benjamin, estabeleceu que as restrições urbanístico-ambientais convencionais, historicamente de pouco uso ou respeito no caos das cidades brasileiras, estão em ascensão, entre nós e no Direito Comparado, como veículo de estímulo a um novo consensualismo solidarista, coletivo e intergeracional, tendo por objetivo primário garantir às gerações presentes e futuras espaços de convivência urbana marcados pela qualidade de vida, valor estético, áreas verdes e proteção contra desastres naturais.

Que nessa renovada dimensão ética, social e jurídica, as restrições urbanístico-ambientais convencionais conformam genuína índole pública, o que lhes confere caráter privado apenas no nome, porquanto não se deve vê-las, de maneira reducionista, tão-só pela ótica do loteador, dos compradores originais, dos contratantes posteriores e dos que venham a ser lindeiros ou vizinhos.

Que o interesse público nas restrições urbanístico-ambientais em loteamentos decorre do conteúdo dos ônus enumerados, mas igualmente do licenciamento do empreendimento pela própria Administração e da extensão de seus efeitos, que iluminam simultaneamente os vizinhos internos (= coletividade menor) e os externos (= coletividade maior), de hoje como do amanhã. As restrições urbanístico-ambientais, ao denotarem, a um só tempo, interesse público e interesse privado, atrelados simbioticamente, incorporam uma natureza *propter rem* no que se refere à sua relação com o imóvel e aos

³¹⁷ Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 302906**, Relator para Acórdão Ministro Herman Benjamin. Brasília, 01 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

seus efeitos sobre os não-contratantes, uma verdadeira estipulação em favor de terceiros (individual e coletivamente falando), sem que os proprietários-sucedores e o próprio empreendedor imobiliário original percam o poder e a legitimidade de fazer respeitá-las. Nelas, a sábia e prudente.

Que a voz contratual do passado é preservada, em genuíno consenso intergeracional que antecipa os valores urbanístico-ambientais do presente e veicula as expectativas imaginadas das gerações vindouras. A Lei Lehmann (Lei 6.766/1979) contempla, de maneira expressa, as "restrições urbanísticas convencionais do loteamento, supletivas da legislação pertinente" (art. 26, VII).

Do dispositivo legal resulta, assim, que as restrições urbanístico-ambientais legais apresentam-se como normas-piso, sobre as quais e a partir das quais operam e se legitimam as condicionantes contratuais, valendo, em cada área, por isso mesmo, a que for mais restritiva (= regra da maior restrição). Em decorrência do princípio da prevalência da lei sobre o negócio jurídico privado, as restrições urbanístico-ambientais convencionais devem estar em harmonia e ser compatíveis com os valores e exigências da Constituição Federal, da Constituição Estadual e das normas infraconstitucionais que regem o uso e a ocupação do solo urbano.

Que negar a legalidade ou legitimidade de restrições urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as legais, implicaria recusar cumprimento ao art. 26, VII, da Lei Lehmann, o que abriria à especulação imobiliária ilhas verdes solitárias de São Paulo (e de outras cidades brasileiras), como o Jardim Europa, o Jardim América, o Pacaembu, o Alto de Pinheiros e, no caso dos autos, o Alto da Lapa e a Bela Aliança (City Lapa). Que as cláusulas urbanístico-ambientais convencionais, mais rígidas que as restrições legais, correspondem a inequívoco direito dos moradores de um bairro ou região de optarem por espaços verdes, controle do adensamento e da verticalização, melhoria da estética urbana e sossego. A Administração não fica refém dos acordos "egoísticos" firmados pelos loteadores, pois reserva para si um *ius variandi*, sob cuja égide as restrições urbanístico-ambientais podem ser ampliadas ou, excepcionalmente, afrouxadas. O relaxamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais convencionais, permitido na esteira do *ius variandi* de que é titular o Poder Público, demanda, por ser absolutamente fora do comum, ampla e forte motivação lastreada em

clamoroso interesse público, postura incompatível com a submissão do Administrador a necessidades casuísticas de momento, interesses especulativos ou vantagens comerciais dos agentes econômicos.

Que o exercício do *ius variandi*, para flexibilizar restrições urbanístico-ambientais contratuais, haverá de respeitar o ato jurídico perfeito e o licenciamento do empreendimento, pressuposto geral que, no Direito Urbanístico, como no Direito Ambiental, é decorrência da crescente escassez de espaços verdes e dilapidação da qualidade de vida nas cidades. Por isso mesmo, submete-se ao princípio da não-regressão (ou, por outra terminologia, princípio da proibição de retrocesso), garantia de que os avanços urbanístico-ambientais conquistados no passado não serão diluídos, destruídos ou negados pela geração atual ou pelas seguintes.

Que além do abuso de direito, de ofensa ao interesse público ou inconciliabilidade com a função social da propriedade, outros motivos determinantes, sindicáveis judicialmente, para o afastamento, pela via legislativa, das restrições urbanístico-ambientais podem ser enumerados: a) a transformação do próprio caráter do direito de propriedade em questão (quando o legislador, p.ex., por razões de ordem pública, proíbe certos tipos de restrições), b) a modificação irrefutável, profunda e irreversível do aspecto ou destinação do bairro ou região; c) o obsolescimento valorativo ou técnico (surgimento de novos valores sociais ou de capacidade tecnológica que desconstitui a necessidade e a legitimidade do ônus), e d) a perda do benefício prático ou substantivo da restrição.

Que o ato do servidor responsável pela concessão de licenças de construção não pode, a toda evidência, suplantar a legislação urbanística que prestigia a regra da maior restrição. À luz dos princípios e rédeas prevalentes no Estado Democrático de Direito, impossível admitir que funcionário, ao arrepio da legislação federal (Lei Lehmann), possa revogar, pela porta dos fundos e casuisticamente, conforme a cara do freguês, as convenções particulares firmadas nos registros imobiliários.

A regra da maior restrição (ou, para usar a expressão da Lei Lehmann, restrições "supletivas da legislação pertinente") é de amplo conhecimento do mercado imobiliário, já que, sobretudo no Estado de São Paulo, foi reiteradamente prestigiada em inúmeros precedentes da Corregedoria-Geral de

Justiça, em processos administrativos relativos a Cartórios de Imóveis, além de julgados proferidos na jurisdição contenciosa. Que é irrelevante que as restrições convencionais não constem do contrato de compra e venda firmado entre a incorporadora construtora e o proprietário atual do terreno. No campo imobiliário, para quem quer saber o que precisa saber, ou confirmar o que é de conhecimento público, basta examinar a matrícula do imóvel para aferir as restrições que sobre ele incidem, cautela básica até para que o adquirente verifique a cadeia dominial, assegure-se da validade da alienação e possa, futuramente, alegar sua boa-fé.

Ao contrato de compra e venda não se confere a força de eliminar do mundo jurídico as regras convencionais fixadas no momento do loteamento e constantes da matrícula do imóvel ou dos termos do licenciamento urbanístico-ambiental. Aqui, como de resto em todo o Direito, a ninguém é dado transferir o que não tem ou algo de que não dispõe – *nemo dat quod non habet*. Aberrações fáticas ou jurídicas, em qualquer campo da vida em sociedade, de tão notórias e auto-evidentes falam por si mesmas e independem de prova, especializada ou não (Código de Processo Civil, art. 334, I), tanto mais quando o especialista empresário, com o apoio do Administrador desidioso e, infelizmente, por vezes corrupto, alega ignorância daquilo que é do conhecimento de todos, mesmo dos cidadãos comuns.

Condenará a ordem jurídica à desmoralização e ao descrédito o juiz que legitimar o rompimento odioso e desarrazoado do princípio da isonomia, ao admitir que restrições urbanístico-ambientais, legais ou convencionais, valham para todos, à exceção de uns poucos privilegiados ou mais espertos. O descompasso entre o comportamento de milhares de pessoas cumpridoras de seus deveres e responsabilidades sociais e a astúcia especulativa de alguns basta para afastar qualquer pretensão de boa-fé objetiva ou de ação inocente.

Que o Judiciário não desenha, constrói ou administra cidades, o que não quer dizer que nada possa fazer em seu favor. Nenhum juiz, por maior que seja seu interesse, conhecimento ou habilidade nas artes do planejamento urbano, da arquitetura e do paisagismo, reservará para si algo além do que o simples papel de engenheiro do discurso jurídico. E que cidades não se erguem, nem evoluem, à custa de palavras. Mas palavras ditas por juízes podem, sim, estimular a destruição ou legitimar a conservação, referendar a especulação ou

garantir a qualidade urbanístico-ambiental, consolidar erros do passado, repeti-
los no presente, ou viabilizar um futuro sustentável.

Este acórdão gerou a seguinte ementa:

PROCESSUAL CIVIL, ADMINISTRATIVO, AMBIENTAL E URBANÍSTICO. LOTEAMENTO CITY LAPA. AÇÃO CIVIL PÚBLICA. AÇÃO DE NUNCIAÇÃO DE OBRA NOVA. RESTRIÇÕES URBANÍSTICO-AMBIENTAIS CONVENCIONAIS ESTABELECIDAS PELO LOTEADOR. ESTIPULAÇÃO CONTRATUAL EM FAVOR DE TERCEIRO, DE NATUREZA PROPTER REM. DESCUMPRIMENTO. PRÉDIO DE NOVE ANDARES, EM ÁREA ONDE SÓ SE ADMITEM RESIDÊNCIAS UNIFAMILIARES. PEDIDO DE DEMOLIÇÃO. VÍCIO DE LEGALIDADE E DE LEGITIMIDADE DO ALVARÁ. IUS VARIANDI ATRIBUÍDO AO MUNICÍPIO. INCIDÊNCIA DO PRINCÍPIO DA NÃO-REGRESSÃO (OU DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO) URBANÍSTICO-AMBIENTAL. VIOLAÇÃO AO ART. 26, VII, DA LEI 6.766/79 (LEI LEHMANN), AO ART. 572 DO CÓDIGO CIVIL DE 1916 (ART. 1.299 DO CÓDIGO CIVIL DE 2002) E À LEGISLAÇÃO MUNICIPAL. ART. 334, I, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. VOTO-MÉRITO.

A Quarta Turma do Superior Tribunal do Trabalho, no Recurso de Revista n.543056/1999³¹⁸, através do Relator João Amílcar Pavan, em 01/03/2002, estabeleceu o seguinte:

O Enunciado nº 76 do c. TST positivou o entendimento de que, havendo o empregado prestado horas extraordinárias, desde o início do contrato ou por mais de 02 (dois), o respectivo valor seria objeto de incorporação ao salário. Todavia, e data *venia*, a aplicação das leis apresenta exação se a análise é procedida de forma sistemática, ou seja, em confronto com todas as demais regras do ordenamento jurídico. E o contrato de emprego, com suas feições sinalagmática, comutativa e onerosa, não poderia comportar, em seu bojo, um efeito divorciado da respectiva causa, o que seria inclusive ilógico. Atenta a estas disposições, a jurisprudência foi evoluindo, para a seguir encontrar, ainda sob a égide da Constituição Federal de 1967/69, outro óbice. Se a supressão do labor suplementar asseguraria ao empregado a percepção do respectivo valor, ao empregador também seria permitida a exigência de que o obreiro continuasse a trabalhar além dos limites máximos impostos pela lei. E, desenganadamente, tal postura ética redundaria em completo retrocesso social e jurídico.

Ademais, o mesmo TST, no Recurso em matéria administrativa de n. 812134/2001³¹⁹, em 27/09/2002, estabeleceu, a respeito da composição dos

³¹⁸Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 543.056**. Recorrente: Paes Mendonça S/A. Recorridos: Francisco Fernando Elias da Silva e Outro. Relator: Juiz Convocado João Amílcar Pavan. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<https://www.tst.gov.br/>. Acesso em: 01 mai. 2011.

³¹⁹Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso em Matéria Administrativa nº 812.134**. Recorrentes: Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região e Outros.

Tribunais Regionais do Trabalho, após a promulgação da Emenda Constitucional n.24/99, através do Relator Min. Rider Nogueira de Brito, o seguinte:

O advento da Emenda Constitucional nº24/99 não implicou a extinção das vagas decorrentes do término dos mandatos dos classistas no âmbito dos Tribunais Regionais do Trabalho do país. Recurso conhecido e provido. O poder constituinte derivado não pode diminuir o número de membros dos Tribunais Regionais do Trabalho sob pena de ofensa ao direito fundamental de acesso à Justiça do Trabalho, que também é cláusula pétrea no Direito brasileiro (art. 60, §4º, IV), e correspondente retrocesso social.

A Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da Segunda Região, na Apelação em Mandado de Segurança 44015, referente ao Processo: 2002.02.01.028160-9³²⁰, em 30/09/2002, trata de apelação interposta pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de sentença que concedeu a segurança, determinando que a autoridade indigitada coatora se abstenha de impor à Impetrante, entidade de assistência social, a cobrança da contribuição previdenciária com base nas alterações perpetradas pela Lei 9732/98. - O art. 195, §7º, da Constituição Federal, traz uma vedação à tributação que tem natureza jurídica de imunidade, sendo ainda norma de eficácia contida, que tem a normatividade necessária a sua imediata aplicação, podendo, contudo, ser condicionada por lei.

Ocorre que as limitações constitucionais ao poder de tributar, por força do art. 146, II, da Constituição Federal, devem ser regulamentadas por lei complementar, e não por lei ordinária. Ainda que a Lei 9732/98 tivesse natureza jurídica de lei complementar, padeceria de vício de inconstitucionalidade material, já que está restringindo imunidade conferida pelo constituinte originário. Em razão do princípio da proibição do retrocesso, somente é lícito ao legislador a regulamentação do art. 195, § 7º, da Constituição Federal³²¹, para estabelecer condições para o gozo da imunidade,

Recorrido: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Ministro Rider de Brito. Brasília, 22 de agosto de 2002. Disponível em: <<https://tst.gov.br>. Acesso em: 01 mai. 2011

³²⁰Tribunal Regional Federal da Segunda Região. **Apelação em Mandado de Segurança 44015264**, referente ao Processo: 2002.02.01.028160-9. Relator para Acórdão Desembargador Federal Ricardo Regueira. Rio de Janeiro, 30 set. 2002. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

³²¹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

jamais no sentido de esvaziá-la. A absoluta gratuidade das atividades das entidades filantrópicas não é e nem poderia ser requisito essencial à fruição do benefício em tela, a uma porque não está contido na Constituição, e a duas porque a lei complementar (art. 14, do Código Tributário Nacional) a ele não alude.

Sendo assim, afiguram-se ilegítimas as restrições previstas na Lei 9732/98, tendo a Impetrante direito líquido e certo a continuar imune ao pagamento da contribuição para a seguridade social, enquanto ostentar a qualidade de entidade beneficente de assistência social, nos termos da redação anterior do art. 55, da Lei 8212/91, que limita-se a repetir o previsto no art.14, do Código Tributário Nacional, norma com eficácia passiva de lei complementar.

Na Apelação Cível nº 2003.71.00.027032-0/RS³²², o TRF da 4ª Região, em 16/05/2007, decidiu que faz jus o autor ao ressarcimento parcial das despesas por ele efetuadas com o Plano de Assistência à Saúde - PAS, de acordo com os critérios e valores fixados pelas Portarias do Ministério da Fazenda nºs 470 e 548, ambas de 1993, considerado o nível funcional e a faixa etária do servidor e de seus dependentes, bem assim à restituição, a partir do mês de fevereiro de 1998, dos valores relativos à diferença remuneratória entre este e o valor estático fixado para tal fim pelas Portarias Ministeriais nºs 026 e 027, de 1998, acrescidos de juros moratórios e de correção monetária.

Que, em se tratando de direitos sociais dos trabalhadores, impera o princípio do "não-retrocesso"; as conquistas sociais incorporam-se ao patrimônio jurídico dos servidores, passando a constituir direito adquirido, que não pode ser diminuído ou simplesmente eliminado.

A decisão acima referida resultou na seguinte ementa:

ADMINISTRATIVO. SERVIDORES DO MINISTÉRIO DA FAZENDA. PRESTAÇÃO A CARGO DO ÓRGÃO AO QUAL ESTÁ VINCULADO O SERVIDOR. VALOR. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRINCÍPIO DO "NÃO-RETROCESSO." RESTITUIÇÃO. CORREÇÃO

³²²Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 2003.71.00.027032-0/RS**, Relator para Acórdão Desembargador Federal Sílvia Maria Goraieb. Brasília, 31 maio 2007. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

MONETÁRIA. TERMO A QUO. JUROS DE MORA.
VERBAHONORÁRIA.

O Tribunal Regional do Trabalho da 16ª, confirmando diversas sentenças de Varas trabalhistas de São Luís do Maranhão, aplicando o princípio do não retrocesso social, estabeleceu que é nula a cláusula de acordo ou convenção coletiva que, a pretexto de manter os contratos de trabalho com a nova empregadora, reduz a indenização sobre o FGTS de 40% para 20%, sob pena de se malferir o princípio que veda o retrocesso social, a par de transpor os limites da flexibilização das normas trabalhistas. Recurso da reclamada conhecido e parcialmente provido³²³.

A Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Mato Grosso do Sul aplicou o princípio o princípio do não retrocesso social em duas oportunidades.

As duas tratam de decisão de recurso inominado interposto pelo INSS, contra decisão que concedeu ao autor benéfico assistencial, no qual a Autarquia alegava que a renda mensal *per capita* do grupo familiar de cada recorrido ultrapassava um quarto do salário mínimo, motivo pelo qual não se adequava ao disposto no artigo 23, parágrafo 3º, da Lei 8742/93, não fazendo jus ao benefício.

O voto elabora um histórico dos diplomas legais a respeito do assunto. Menciona a Medida Provisória 132/2003, posteriormente convertida na lei 10836/2003, que unificou os programas assistenciais e fixou novos limites, estabelecendo que seriam considerados extremamente pobres aqueles cuja renda *per capita* familiar mensal não superasse R\$50,00 (cinquenta reais), ao passo que a situação de pobreza se traduziria na percepção de renda per capita familiar por mês de até R\$100,00 (cem reais), valores que corresponderiam, ao tempo das decisões judiciais em questão, a 20,83% e 41,66% do salário mínimo, respectivamente. Ou seja, a legislação nova reduziu os limites máximos de renda mensal para que o indivíduo tivesse direito aos benefícios assistenciais, restringindo o número de beneficiários.

³²³Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº 420200701616009 MA 00420-2007-016-16-00-9, Relator para Acórdão José Evandro de Souza. 07 out. 2008. Disponível em: <<http://www.trft16.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

O Órgão jurisdicional afastou a aplicação da última lei, por considerar que a lei não poderia ter reduzido o patamar máximo de renda *per capita* familiar.

O acórdão dispõe o seguinte:

Apesar de a Medida Provisória n. 132, de 20 de outubro de 2003, depois transformada na Lei 10836/2003 ter fixado a renda per capita no valor de R\$100,00 (cem reais), tenho que esse patamar não deve ser aplicado. É que a legislação que antecedeu a MP, elevava a renda *per capita* para efeito de obtenção de benefícios sociais, até o patamar de meio salário mínimo. Então, esse é o limite legal a ser considerado em situações da espécie, uma vez que, ao meu sentir, a legislação previdenciária não pode revogar conquistas alcançadas pelos seus beneficiários. Trata-se do princípio supraconstitucional da vedação do retrocesso, indubitavelmente aplicável em matéria de largo alcance social, como no caso. Os avanços civilizatórios não podem transigir³²⁴.

O tribunal de justiça do Rio Grande do Sul, na apelação de nº 70034860114³²⁵, entendeu que o direito fundamental à educação (art. 6º, da constituição da república), dada a sua aplicabilidade imediata (art. 5º, §1º), exige do poder público uma postura ativa, obrigando-o a colocar à disposição dos indivíduos prestações de natureza jurídica e material (fática), tendentes a concretizá-lo na maior medida possível. insere-se, nesse sentido, a adoção de uma série de medidas pelo poder público que sejam capazes de garantir o máximo de condições de acesso à escola pública.

Tendo o Estado oferecido uma turma de 2ª série do ensino médio no turno da noite, proporcionando, assim, condições de acesso ao ensino público àqueles alunos que necessitam trabalhar durante o dia, tudo em conformidade com o art. 206, da Constituição da República, descabe, no correr do mesmo ano letivo, o cancelamento da referida turma. Supressão que veio a ferir a confiança dos alunos na continuidade da situação inicialmente oferecida de acesso à educação, constituindo violação tanto do princípio da proibição de

³²⁴ Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul. **Processo nº 2003.60.84.002458-7, Campo Grande**, 24 ab. 2004. Disponível em: <<http://www.jfms.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

³²⁵ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70034860114**. Relator José Luiz Reis de Azambuja. Porto Alegre, 23 fev. de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

retrocesso em direitos fundamentais sociais, quanto do princípio da proteção da confiança legítima.

A Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível nº598193845³²⁶, em 17/12/1998, em relação ao desconto na mensalidade de segundo filho não ensino particular, decidiu que o artigo 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).

Sustentou que deve ocorrer a aplicação do texto ao ensino universitário (arts. 208, V, e 209, I, da CF). Pois, o dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi revogado ou derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior. Manteve-se íntegro no tempo, obediente ao princípio da proibição de retrocesso social defendido por J. J. Canotilho.

Pois, segundo o acórdão, 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 (arts. 208, V, e 209, I, da CF).

A ementa do julgado acima referido estabeleceu o seguinte:

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 (arts. 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 revogado ou 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 de retrocesso social defendido por J. J. Canotilho. Apelo improvido.

³²⁶Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 598193845**. Relator: Carlos Alberto Bencke Porto Alegre, 17 dez.1998. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

A mesma matéria foi discutida na Apelação Cível 70004480182³²⁷, em 15 de maio de 2003, pela Quinta Turma do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na Apelação Cível, oportunidade na qual a esta julgou no mesmo sentido da decisão acima transcrita.

A Primeira Câmara do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, na apelação de nº 70039425566/2010³²⁸, em 27 out. 2010, deu provimento à Apelação em relação ao dever do ente público de fornecer aparelho auditivo. A ementa assim estabeleceu:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. APARELHO AUDITIVO. OBSERVÂNCIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES. RESERVA DO POSSÍVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. 1. Interesse de agir. Não há falar em falta de interesse de agir por não ter a parte formulado pedido administrativo. Não fica o cidadão obrigado a esgotar a via administrativa para ingresso em juízo, mormente quando há expressa previsão constitucional de livre acesso ao Judiciário. 2. Mérito. a) Autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal. Postulado constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. O direito à saúde é garantia fundamental, prevista no art. 6º, caput, da Carta, com aplicação imediata, leia-se, § 1º, do art. 5º, da mesma Constituição, e não um direito meramente programático. b) Princípio da Tripartição dos Poderes. Dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Da Proibição de Retrocesso. A despeito da alegação do Estado de que há violação ao poder discricionário da Administração Pública, em que pese não se possa desconsiderar a conveniência e oportunidade, de forma a relegar qualquer interferência judicial, pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, a violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, haja vista a inércia do Poder Executivo, legitima o controle judicial. c) Da Reserva do Possível. O princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). d) Direito ao aparelho auditivo. Em sendo dever do ente público a garantia da saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade da requerente de fazer uso do aparelho auditivo descrito na inicial, imperiosa a procedência do pedido para que o ente público o

³²⁷ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 598193845**. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Porto Alegre, 15 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

³²⁸ Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 700394255662010**. Relator para Acórdão Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 27 out. de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

custeie. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. e) Bloqueio/Sequestro. Como mais uma tentativa de compelir o ente público a cumprir com as decisões judiciais e, sobretudo, a cumprir com o disposto no Constituição Federal, correto o bloqueio de verba pública suficiente para tal finalidade, caso não cumprida a ordem judicial. NEGADO SEGUIMENTO.

A Primeira Câmara Cível decidiu no mesmo sentido em relação ao dever do ente público de fornecer medicamentos, na Apelação 70042755546³²⁹, recentemente, em 20 de maio de 2011, quando a ementa assim estabeleceu:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. MEDICAMENTO. OBSERVÂNCIA À CONSTITUIÇÃO FEDERAL E À LEI ESTADUAL Nº 9.908/93. RESPONSABILIDADE DE TODOS OS ENTES FEDERATIVOS. AUTOAPLICABILIDADE DO ART. 196 DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. PRINCÍPIO DA TRIPARTIÇÃO DOS PODERES. RESERVA DO POSSÍVEL. PROPORCIONALIDADE E RAZOABILIDADE. POSTULADO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA. DIREITO À VIDA E À SAÚDE. 1. Cerceamento de Defesa. Tecnicamente, sequer de cerceamento de defesa se estaria a tratar. Todavia, sem razão o ente público, pois é o juiz o destinatário da prova. 2. Responsabilidade solidária. Cumpre tanto à União, quanto ao Estado e ao Município, modo solidário, à luz do disposto nos artigos 196 e 23, II da Constituição Federal de 1988, o fornecimento de medicamentos a quem deles necessita, mas não pode arcar com os pesados custos. 3. Mérito. a) Autoaplicabilidade do art. 196 da Constituição Federal. Postulado constitucional da Dignidade da Pessoa Humana. O direito à saúde é garantia fundamental, prevista no art. 6º, caput, da Carta, com aplicação imediata, leia-se, § 1º, do art. 5º, da mesma Constituição, e não um direito meramente programático. b) Princípio da Tripartição dos Poderes. Dos Princípios da Razoabilidade e Proporcionalidade. Da Proibição de Retrocesso. A despeito da alegação do Estado de que há violação ao poder discricionário da Administração Pública, em que pese não se possa desconsiderar a conveniência e oportunidade, de forma a relegar qualquer interferência judicial, pena de afronta ao princípio da separação dos poderes, a violação de direitos fundamentais, sobretudo a uma existência digna, haja vista a inércia do Poder Executivo, legitima o controle judicial. c) Da Reserva do Possível. O princípio da reserva do possível não se aplica quando se está diante de direitos fundamentais, em que se busca preservar a dignidade da vida humana, consagrado na Constituição Federal de 1988 como um dos fundamentos do nosso Estado Democrático e Social de Direito (art. 1º, inciso III, da Constituição Federal). d) Direito ao medicamento. Em sendo dever do ente público a garantia da saúde física e mental dos indivíduos e, em restando comprovado nos autos a necessidade da requerente de fazer uso do medicamento descrito na inicial, imperiosa a procedência do pedido para que o

³²⁹Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70042755546**. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 20 mai. 2011. Disponível em: <[http:// www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em: 15.06.2011.

ente público o custeie. Exegese que se faz do disposto nos artigos 196, 200 e 241, X, da Constituição Federal, e Lei nº 9.908/93. e) Substituição dos fármacos. É o médico responsável pela vida e pela saúde da autor quem determina qual o medicamento indispensável ao tratamento da enfermidade a que é acometida. O laudo juntado pelo ente público, data vênua, não se presta para o fim colimado, qual seja, modificar a prescrição médica. f) Denominação Comum Brasileira. É possível que seja fornecido medicamento na forma da Denominação Comum Brasileira, desde que na mesma quantidade e dosagem prescritas e com base no princípio ativo do postulado na inicial. g) Reexame necessário.. Ausência de remessa necessária, uma vez evidenciada ser hipótese das excludentes dos parágrafos do art. 475 do Código de Processo Civil. Matéria já pacificada nos tribunais superiores. h) Honorários. Honorários à Defensoria Pública. Honorários advocatícios à Defensoria Pública não são devidos pelo Estado, em face do instituto da confusão. O são, todavia, pelo Município. Valor mantido. NEGADO SEGUIMENTO AOS APELOS.

Sendo assim, observa-se que a nossa jurisprudência vem se desenvolvendo no sentido de aplicar cada vez mais o princípio do não retrocesso social, não admitindo que medidas de cunho retrocessivo retirem a eficácia de direitos sociais já concretizados.

6 CONCLUSÃO

Verifica-se que o tratamento que a ciência jurídica atribui aos princípios se modificou bastante, no decorrer da nossa história. Os jusnaturalistas consideravam os princípios, primeiramente, como sobrenaturais, depois como princípios baseados na razão humana, afastado da natureza teológica, e por último o direito natural tem sido encarado como conhecimento científico, através do qual se chega à verdade e, conseqüentemente, ao direito justo.

Com o declínio do movimento jusnaturalista, e o surgimento do positivismo jurídico, os princípios passam a ser encarados de forma totalmente diversa. Nesta fase, os princípios passam a fazer parte dos Códigos como fonte normativa subsidiária ou como válvula de segurança que garante o reinado absoluto da lei.

No entanto, a doutrina do positivismo jurídico, em todas as suas manifestações, se mostrou limitada e insuficiente. Atualmente, não se admite mais a identificação entre direito positivo e direito justo, como fora sustentado no passado. Ademais, observa-se que toda a formalização da validade normativa não propiciam visão compatível com o direito, o qual se relaciona totalmente com as questões da legitimidade e da justiça.

Neste contexto, a terceira fase de desenvolvimento do estudo dos princípios é a do pós-positivismo, que corresponde aos grandes momentos constituintes das últimas décadas do século XX. As novas Constituições promulgadas acentuam a hegemonia axiológica dos princípios, os quais passam a ser localizados no topo da pirâmide jurídica, acima de todas as normas, nos novos sistemas constitucionais.

Atualmente, as normas constitucionais, especialmente as definidoras de direitos fundamentais, não devem ser consideradas como meros conselhos ao legislador. Elas possuem força cogente, que condiciona a atividade legiferante, por meio de eficácias negativa e positiva. Esta entendida como o direito subjetivo do beneficiário da norma reivindicar a produção de seus efeitos; aquela como a possibilidade de invalidação de normas ou atos que contrariem os efeitos determinados pelo comando constitucional.

Há a possibilidade de vários princípios concorrerem para a solução de um caso concreto, e cada um apontar para caminhos diversos. Nesse caso,

cabe ao juiz avaliar quais são os princípios jurídicos preponderantes e fazer um sopesamento, estabelecendo uma relação de prioridade entre os princípios. A colisão de princípios envolve a atividade da ponderação, em todos os princípios relevantes para o caso concreto são avaliados, e os que preponderam, de acordo com a valoração do Juiz, são aplicados ao caso concreto.

Na resolução da colisão entre princípios constitucionais deve-se levar em consideração as circunstâncias que cercam o caso concreto, para que, pesados os aspectos específicos da situação, prepondere o preceito mais adequado. A tensão se resolve mediante uma ponderação de interesses opostos, determinando qual destes interesses, abstratamente, possui maior peso no caso concreto.

Diante do contexto histórico do século XIX, o Estado liberal se transforma em Estado Social, ou *welfare State*, o qual passa a intervir na sociedade e na economia. Neste momento surgem os direitos de segunda geração, os quais outorgam, ao indivíduo, direitos a prestações sociais estatais com saúde, educação, trabalho, assistência social, entre outras. Esses direitos são os direitos sociais, econômicos e culturais, os quais são denominados de direitos de igualdade, porque animados pelo propósito de reduzir material e concretamente as desigualdades sociais e econômicas até então existentes, que debilitavam a dignidade humana.

No nosso contexto de crise social, em que as desigualdades sociais estão cada vez maiores, os direitos sociais são totalmente afetados, como a saúde, a educação, a moradia, o direito do trabalho. Então, o único caminho a ser seguido para uma sociedade justa e igualitária é garantir a proteção dos direitos sociais, propiciando formas para que estas normas sejam efetivamente cumpridas.

Para a doutrina atual, um dos desdobramentos mais importantes do novo paradigma dos direitos fundamentais é a reviravolta operada no tema concernente à eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais.

A concepção anacrônica da mera programaticidade das normas principiológicas, baseada na idéia de não obrigatoriedade do Estado e mesmo dos particulares de implementar os direitos fundamentais deve ser recusada, e

abre-se espaço para que a principiologia constitucional garanta a plena eficácia dos direitos sociais.

Cabe ao Poder Judiciário, em cada caso concreto, sopesar os princípios constitucionais invocados, tendo em vista o postulado da dignidade da pessoa humana, para que chegue a uma decisão razoável, que consiga efetivar direitos sociais, dentro das possibilidades do Estado.

Na doutrina e jurisprudência nacional e estrangeira, constata-se, de modo geral, uma postura pacífica em relação ao princípio da proibição do retrocesso social, mas não se possa afirmar que exista um consenso sobre esta matéria.

De acordo com a doutrina, os direitos sociais não podem ser simplesmente restringidos ou abolidos por medidas estatais retrocessivas, a não ser que estas venham acompanhadas de uma previsão compensatória que mantenha nível similar de proteção social. No entanto, a compensação exigida deve ser específica e real, não se exaurindo nas meras promessas de criação de mais empregos, ou programas de governo.

No plano do direito internacional, o Brasil foi signatário de diversos tratados internacionais que reconhecem os direitos sociais como direitos humanos fundamentais e que acolhem expressamente o princípio do não retrocesso social, também chamado de aplicação progressiva dos direitos sociais.

O princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional, com caráter retrospectivo, na medida em que tem por escopo a preservação de um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrárias.

Cumprido ressaltar que, no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso decorre de modo implícito do sistema constitucional, tendo como fundamento diversos princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional, sendo o principal, o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio do não retrocesso social é resultante do princípio do Estado democrático e social de Direito, o qual impõe um mínimo de segurança jurídica, a qual diz respeito à proteção da confiança e a manutenção de um nível mínimo de continuidade da ordem jurídica. A segurança jurídica deve proteger

os cidadãos contra medidas retroativas e, pelo menos em certa medida, atos de cunho retrocessivo.

O caráter relativo do princípio do não retrocesso social é verificado em face da própria realidade fática, até porque a concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais não pode dissociar-se da realidade. O princípio da proibição de retrocesso social não é absoluto, podendo ser, inclusive, objeto de ponderação. No entanto, vale salientar que quando se trata do núcleo essencial dos direitos fundamentais, o não retrocesso deve prevalecer.

É sustentável a tese que afirma que o poder constituinte originário de um determinado Estado deve respeitar o princípio do não retrocesso social quando se estabelece para formar uma nova ordem constitucional, pois a questão trata de direitos fundamentais que foram concretizados e já passaram a fazer parte da vida dos cidadãos. Sendo assim, o poder constituinte originário deve respeitar o núcleo essencial do direito fundamental, o conteúdo mínimo que deve ser resguardado, sendo legítimo qualquer fruto de inovação que não ultrapasse sua fronteira.

Observa-se que, em relação ao poder constituinte reformador, aplica-se, perfeitamente, o princípio do não retrocesso social. Pois, uma emenda ou revisão constitucional não pode retirar a eficácia de um direito social já concretizado.

Quanto ao direito comparado, foi o Conselho Constitucional Francês que criou a jurisprudência denominada de *cliquet anti-retour* ou proibição de retrocesso, de acordo com a qual em matéria de direitos fundamentais o legislador só pode intervir com o objetivo de torná-los mais efetivos, jamais para suprimi-los ou diminuir-lhes o alcance.

Na Alemanha, há muito tempo já há um certo consenso em relação ao reconhecimento de algumas manifestações da proibição de retrocesso na esfera da segurança social, destacando-se a expressiva produção doutrinária e jurisprudencial acerca do tema.

Em Portugal, o princípio do não retrocesso foi aprofundado por doutrinadores como J.J. Gomes Canotilho e Vital Moreira, para os quais, 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 esfera de disponibilidade do legislador.

A proibição do retrocesso é tema reconhecido na Itália, atribuindo-se a G. Balladore Pallieri a sua identificação no Direito Constitucional italiano. Este autor, ao tratar dos limites da atividade do Estado em face dos direitos individuais, afirma que as limitações se voltam, em última análise, para a atividade legislativa e podem assumir diversas formas, que, em alguma medida, seriam identificáveis também na Constituição brasileira.

Quanto à jurisprudência brasileira, verifica-se que esta vem se desenvolvendo no sentido de aplicar cada vez mais o princípio do não retrocesso social, não admitindo que medidas de cunho retrocessivo retirem a eficácia de direitos sociais já concretizados.

Observa-se que tanto o STF quanto o STJ, o TST e alguns tribunais regionais e estaduais já trataram da matéria, e admitiram a aplicação do retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro.

Então, neste contexto, admite-se a plena aplicação do princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro, pelo menos no que diz respeito à vinculação do legislador aos programas de cunho social e econômico (nos quais se insere a previsão dos próprios direitos sociais, econômicos e culturais), o que não deixa de ser uma manifestação possível de um dirigismo constitucional, que vincula o legislador de forma direta à Constituição e que traz a garantia de uma vida digna.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008;

ALMEIDA, Dayse Coelho de. **A fundamentalidade dos direitos sociais**. Jus Navigandi, Teresina, ano 11, n. 1102, 8 jul. 2006. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/8613>>. Acesso em: 20 nov. 2010.

AMARAL, Francisco. **Introdução ao Direito Civil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

AMARAL, Gustavo. **Direito, Escassez e Escolha. Critérios Jurídicos para lidar com a Escassez de Recursos e as Decisões Trágicas**. 2 ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2009;

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. 3.ed. Coimbra: Almedina, 2006;

ÁVILA, Humberto, **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. São Paulo: Malheiros, 2003;

BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais?** Tradução José Manuel M. Castro da Costa. Coimbra: Livraria Almedina, 1994;

BAPTISTA, Felipe Derbli de Carvalho. **Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

BARBOSA, Joaquim. A quebra de mais um tabu no mundo jurídico: implantação e evolução da jurisdição constitucional na França. **Revista Interesse Público** 19, 2003;

BARCELLOS, Ana Paula. BARROSO, Luís Roberto. PEREIRA, José Reis Gonçalves. SARMENTO, Daniel. SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. **A nova interpretação constitucional. Ponderação, Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 3.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008;

_____. **A eficácia jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas**. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001;

_____. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988;

_____. **Decreto-Lei 4657/42**. Lei de Introdução ao Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Dec4657.htm>. Acesso em 01 mar. 2011;

_____. **Lei n. 8069/1990**. Estatuto da Criança e do Adolescente. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 mar.2011;

_____. **Lein.º8078/1990**. Código de Defesa do Consumidor. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em 01 mar. 2011;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 2065-DF**, Relator para o Acórdão Min. Maurício Corrêa. Brasília, 04 jun. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05. 2011;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº ADI 3128-DF**, Relator para Acórdão Ministra Helen Gracie. Brasília, 18 out. 2004. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº 3105-DF**, Relator para Acórdão Ministro Cezar Peluso. Brasília, 18 fev. 2005. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº ADIn 1946-MC**, Relator para Acórdão Ministro Sydney Sanches. Brasília, 03 abril 2003. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direita de Inconstitucionalidade nº ADIn 3104-DF**, Relator para Acórdão Ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha. Brasília, 26 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Supremo Tribunal Federal. **Recurso extraordinário nº 351750**, Relator para Acórdão Ministro Marco Aurélio Mello. Brasília, 17 março 2009. Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 567.873-MG**, Relator para Acórdão Ministro Luiz Fux. Brasília, 10 dez. 2004. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 302906**, Relator para Acórdão Ministro Herman Benjamin. Brasília, 01 dez. 2010. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso Especial nº 617757**, Relator para Acórdão Ministro Herman Benjamin. Brasília, 26 set. 2007. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 543.056**. Recorrente: Paes Mendonça S/A. Recorridos: Francisco Fernando Elias da

Silva e Outro. Relator: Juiz Convocado João Amílcar Pavan. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em: <<https://www.tst.gov.br/>. Acesso em: 01 mai. 2011;

_____.Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso em Matéria Administrativa nº 812.134**. Recorrentes: Associação dos Magistrados da Justiça do Trabalho da 1ª Região e Outros. Recorrido: Tribunal Regional do Trabalho da 1ª Região. Relator: Ministro Rider de Brito. Brasília, 22 de agosto de 2002. Disponível em: <<https://tst.gov.br>. Acesso em: 01 mai. 2011;

_____.Tribunal Regional Federal da Segunda Região. **Apelação em Mandado de Segurança 44015264**. Processo: 2002.02.01.028160-9. Relator para Acórdão Desembargador Federal Ricardo Regueira. Rio de Janeiro, 30 set. 2002. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Tribunal Regional Federal da Quarta Região. **Apelação Cível nº 2003.71.00.027032-0/RS**, Relator para Acórdão Desembargadora Federal Sílvia Maria Goraieb. Brasília, 31 maio 2007. Disponível em: <<http://www.trf4.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Tribunal Regional do Trabalho da 16ª Região. Processo nº **420200701616009 MA 00420-2007-016-16-00-9**, Relator para Acórdão José Evandro de Souza. 07 out. 2008. Disponível em: <<http://www.trt16.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul. **Processo nº 2003.60.84.002458-7, Campo Grande**, 24 ab. 2004. Disponível em: <<http://www.jfms.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70004480182**, Relator para Acórdão Marco Aurélio dos Santos Caminha. Porto Alegre, 15 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 700394255662010**. Relator para Acórdão Des. Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 27 out. de 2010. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011;

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70034860114**. Relator José Luiz Reis de Azambuja. Porto Alegre, 23 fev. de 2011. Disponível em: <<http://www.tjrs.gov.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

_____.Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 598193845**. Relator: Marco Aurélio dos Santos Caminha. Porto Alegre, 15 mai. 2003. Disponível em: <<http://www.tjrs.jus.br>>. Acesso em: 15.05.2011.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. **Apelação Cível nº 70042755546**. Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal. Porto Alegre, 20 mai. 2011. Disponível em: <[http:// www.tjrs.jus.br](http://www.tjrs.jus.br)>. Acesso em: 15.06.2011.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Rio de Janeiro: Campus, 1992;

_____. **O Positivismo Jurídico. Lições de Filosofia do Direito**. São Paulo: Cone, 2007;

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2005;

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

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador. Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas**. Coimbra: Coimbra Editora, 1982;

_____. MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra Editora, 1991;

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4 ed. Salvador: Jus Podivm, 2010;

DANTAS, Miguel Calmon. **Constitucionalismo dirigente e pós-modernidade**. São Paulo: Saraiva, 2009;

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de Direito do Trabalho**. 4.ed. São Paulo: LTR, 2005;

DERBLI, Felipe. **O princípio de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007;

DESCARTES, René. **Discurso do Método. Regras para a Direção do Espírito**. São Paulo: Martin Claret, 2001;

ECO, Umberto. **Como se faz uma tese em ciências Humanas**. 13 ed. Lisboa: Editorial Presença;

FACHIN, Luiz Edson; RUZYK, Carlos Eduardo Pianovski. Um projeto de Código Civil na Contramão da Constituição. **Revista Trimestral de Direito Civil**, Ano 1, vo. 4:243-263. Rio de Janeiro: Pádua, out./dez.2000;

FEYERABEND, Paul. **Tratado contra o método**. Tradução Cezar Augusto Mortari. São Paulo: UNESP, 2007;

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 33 ed. São Paulo: Saraiva, 2007;

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. **O princípio da proibição de retrocesso social. Breves Considerações.** Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n.1059, 19 fev. 2009. Disponível em: <http://jus.uol.com.br/revista/texto/12359>. Acesso em : 21 nov.2010;

FRAGA, Márcio André Keppler. **O princípio do Não Retrocesso Social e a Constituição Federal de 1988.** Dissertação (Mestrado em Direito) – Programa de Pós-Graduação em Direito. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, São Leopoldo, 2001;

FRANÇA, Rubens Limongi. **A irretroatividade das leis e o direito adquirido.** 6 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000;

FREITAS, Juarez. **Estudos de Direito Administrativo.** São Paulo: Malheiros, GIL, Antonio Carlos. **Como elaborar projetos de pesquisa.** 4 ed. São Paulo: Atlas, 2002;

GRAU, Eros. **A ordem Econômica na Constituição de 1988.** 8 ed. São Paulo: Malheiros, 2003;

_____. Ensaio e discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2009;

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito.** São Paulo: Martins Fontes, 2006;

KRELL, Andréas J. **Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “comparado”.** Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2002;

LAFER, Celso. **A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt.** 6. ed. São Paulo: Companhia das Letras, 2006;

LEAL, Roger Stifelman. **Direitos Sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais.** Disponível em http://orion.ufrgs.br/mestredir/doutrina/leal_2.htm. Acesso em: 05 mai. 2011;

MARTINS, Sérgio Pinto. **Direito do Trabalho.** 13. ed. São Paulo: Atlas, 2001;

MEIRELES, Edilton, Princípio do não retrocesso social no Direito do Trabalho. **Evocati Revista** n.13, 2007. Disponível em: < http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?tmp_codartigo=100 >. Acesso em: 21/11/2010;

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do Retrocesso: o que é e como perder o medo, in Gustavo Binenbojn (coord.), **Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro**, vol.XII (Direitos Fundamentais). Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003;

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional**. Vol. IV. 3.ed. Coimbra: Coimbra, 2000;

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental. Proibição de Retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. 9 ed. São Paulo: Atlas, 2001;

_____. **Direitos Humanos Fundamentais: teoria geral. Comentários aos arts. 1 ao 5 da Constituição Federal da República Federativa do Brasil, doutrina e jurisprudência**. 5.ed. São Paulo: Atlas, 2003;

MURADAS, Daniela. **Contributo ao Direito Internacional do Trabalho: a reserva implícita ao retrocesso sociojurídico do trabalhador nas convenções da Organização Internacional do Trabalho**. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2007;

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O Princípio de proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **O princípio da dignidade da pessoa humana: doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Saraiva, 2002;

OLIVEIRA, Antônio José Xavier. Da função civilizatória do direito do trabalho e do princípio da vedação ao retrocesso social como limite à flexibilização dos direitos trabalhistas. Aracaju: **Evocati Revista** n.30, jun.2008. Disponível em: <http://www.evocati.com.br/evocati/artigos.wsp?mp_codartigo=26>. Acesso em: 15 de janeiro de 2011;

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos**.1948. Disponível em: <http://www.onubrasil.org.br/documentos_direito_shumanos.php>. Acesso em: 14 mai. 2010;

ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. **Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica)**. 1969. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/CCIVIL/decreto/1990-1994/anexo/and678-92.pdf>>. Acesso em: 14 mai. 2010;

PAREJO ALFONSO, Luciano. **Estado Social y Administracion pública: los postulados constitucionales de la reforma administrativa**. Madrid: Civitas, 1983;

PEREIRA DA SILVA, Jorge. **Dever de Legislar e Proteção Constitucional contra Omissões Legislativas: Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade por Omissão**. Lisboa: Universidade Católica, 2003;

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 12 ed. São Paulo: Saraiva, 2011;

_____. Não à desconstitucionalização dos direitos sociais. **Revista Consultor Jurídico**, 02 de junho de 2000. Disponível em: <http://conjur.uol.com.br/textos/2843/>. Acesso em 15 de junho de 2008;

PRIEUR, Michel. **Congresso Internacional "O novo no direito ambiental por Michel Prieur"**, realizado pela Procuradoria Regional da República da 3ª Região (PRR-3) e pela Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), em 06/09/2010;

PULIDO, Carlos Bernal. **El Principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales: el principio de proporcionalidad como critério para determinar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el Legislador**. 2 ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005;

RICOUER, Paul. **O conflito das interpretações**. Porto: Rés Editora, 1998;

ROSS, Alf. **Direito e Justiça**. 2 ed. São Paulo: Edipro, 2007;

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 9 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007;

_____. **A eficácia do Direito Fundamental à segurança jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. Disponível em: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 17 de junho de 2010;

_____. **A problemática dos Direitos Fundamentais Sociais como Limites Materiais ao Poder de Reforma da Constituição. Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e comparado**. Rio de Janeiro: Renovar, 2003;

_____. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 8 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010;

_____. **Fala como especialista na Audiência Pública sobre o direito à saúde realizada pelo Supremo Tribunal Federal**. Brasília, 27/04/09. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=processoAudienciaPublicaSaude&pagina=Cronograma>. Acesso em 03 de julho de 2010;

_____. Notas sobre a assim designada proibição de retrocesso social no constitucionalismo latino-americano, **Rev. TST**, Brasília, vol. 75, no 3, jul/set 2009;

_____. **Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988. O Direito Público em tempos de crise: estudos em homenagem a Ruy Rubem Ruschel**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999;

_____. Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. **Revista**

Eletrônica sobre a reforma do Estado (RERE), Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, n.15, setembro/outubro/novembro, 2008. Disponível em:<<http://www.direitodoestado.com.br/rere.asp>>. Acesso em 15 de janeiro de 2011;

SARMENTO, George. **Direitos Humanos. Liberdades Públicas. Ações Constitucionais. Recepção dos Tratados Internacionais.** Coleção curso e concurso; v.36. Coordenação Edílson Mougnot Bonfim. São Paulo: Saraiva, 2011;

SILVA, Almiro do Couto. Princípio da legalidade da Administração Pública e da Segurança Jurídica no Estado de Direito. **Revista de Direito Público**, vol. XX, N.84, out./dez. 1987;

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico.** 12. ed.v.2. Rio de Janeiro: Forense, 2000;

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo.** 31 ed. São Paulo: Malheiros, 2007;

_____. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3 ed. São Paulo: Malheiros, 1999;

SILVA, Ana Cristina de Andrade. O Poder Judiciário como efetivador dos Direitos Fundamentais. **Revista CEJ**, Ano XI, n.37. Brasília, 2007.

SOARES, Ricardo Maurício Freire. **O princípio da Dignidade da Pessoa Humana.** São Paulo: Saraiva, 2010;

_____. **Hermenêutica e Interpretação Jurídica.** São Paulo: Saraiva, 2010;

STRECK, Lênio Luis. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise. Uma exploração hermenêutica da construção do direito.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003;

_____. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002;

SUSSEKIND, Arnaldo. **Direito Constitucional do Trabalho.** 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004;

VELJANOVSKI, Cento. **A Economia do Direito e da Lei. Uma introdução.** Tradução: Francisco J. Beralli. Rio de Janeiro: Instituto Liberal, 1994;

ZAGREBELSKY, Gustavo. El Tribunal Constitucional Italiano. **Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1984.