

## RETRATAÇÃO TOTAL EM: Revista Direito Público, volume 20, n.108.

### Total Retraction In: Public Law Journal, volume 20, issue 108.

A equipe editorial da Revista Direito Público (Qualis A1 – ISSN: 2236-1766) comunica a publicação formal de Retração Total para a extração do artigo:

CARVALHO, O. F. D.; COSTA, E. R. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro. **Direito Público**, [S. l.], v. 20, n. 108, 2023. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/issue/view/297>. Acesso em: 20 jan. 2024.

Desde que foi constatado plágio do artigo que foi publicado em edição anterior da Revista Direito Público:

CARVALHO, O. F. D.; COSTA, E. R. O Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro. **Direito Público**, [S. l.], v. 8, n. 34, 2023. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/1813>. Acesso em: 20 jan. 2024.

Após análise do Comitê Editorial e alguns membros do Conselho Editorial da resposta enviada pelo(a) autor(a). Utilizamos e nos fundamentamos com base no Guia de Boas Práticas da ScieLo<sup>1</sup> e da COPE<sup>2</sup> para a tomada de decisão. De modo que, primeiramente, entendemos pela Lei. 9.610/1998 (Lei de Direitos Autorais) por meio de seu art. 24 que “São Direitos morais do autor: I - o de reivindicar, a qualquer tempo, a autoria da obra;”, o que nesse caso foi feito pela autora original do trabalho, profa. Luísa Cristina Pinto e Netto com cópia para o Comitê e Conselho Editorial.

---

<sup>1</sup>SCIELO. **Guia para o Registro, marcação e publicação de retratação**. Nov.2023. Disponível em: <[https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/guia\\_retratacao.pdf](https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/guia_retratacao.pdf)>. Acesso em: 20 nov. 2023; SCIELO. **Guia de boas práticas para o fortalecimento da Ética na Publicação Científica**. Set. 2018. Disponível em: <<https://wp.scielo.org/wp-content/uploads/Guia-de-Boas-Praticas-para-o-Fortalecimento-da-Etica-na-Publicacao-Cientifica.pdf>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

<sup>2</sup> COPE. **Retraction guidelines**. Disponível em: <<https://doi.org/10.24318/cope.2019.1.4>>. Acesso em: 20 nov. 2023.

Após a leitura atenta do texto publicado pelo Revista Direito Público em seu n.34, de jul./ago de 2010 na seção de assunto especial- Doutrina com o artigo intitulado “O Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro” constatamos que mesmo os autores indicando em trechos e também na referência a obra “O princípio de proibição de retrocesso social”, - Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2010, ISBN 978-85-7348-664-3- de autoria de Luísa Cristina Pinto e Netto ainda há partes com cópia integral sem a sua devida referência, o que pelo entendimento da editoria científica não é passível de atecnia mas sim de plágio na modalidade integral e indireto.

De acordo com as regras de boas práticas sobre trabalhos publicados por pesquisadores iniciantes e sua flexibilidade pelo início de carreira, entendemos que não é cabível nessa situação a aplicação da regra, por ter uma doutora e um mestrando na autoria do artigo científico, o que não isenta da responsabilidade de publicação indicado pela Declaração de Direitos Autorais da Revista Direito Público.

Indicamos que a versão publicada no vol.20, n.108 de 2023 da Revista Direito Público seguiu a formatação da edição do ano de 2010, sem considerar a nova identidade visual do periódico, tendo em vista que na época a edição era publicada fisicamente, e apenas, digitalizamos a versão para o nosso site. Reforçamos que o periódico não possuía o registro DOI para o texto, não sendo passível de indicação na nova versão publicada.

At.te,

João Paulo Bachur

Editor-Chefe da Revista Direito Público

Luciana Silva Garcia

Editora-Adjunta da Revista Direito Público

## O Princípio da Proibição de Retrocesso Social no Atual Marco Jurídico-Constitucional Brasileiro

**OSVALDO FERREIRA DE CARVALHO**

Advogado, Mestre em Direito pela PUC/GO.

**ELIANE ROMEIRO COSTA**

Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo — PUC/SP.

Submissão: 29.03.2010

Parecer 1: 04.05.2010

Parecer 2: 10.05.2010

Decisão Editorial: 10.05.2010

**RESUMO:** O artigo, inicialmente, procura registrar a necessidade de um tratamento sistêmico dos direitos fundamentais ao superar a visão dicotômica entre os direitos de liberdade (individuais) e os direitos sociais. Além disso, o artigo devota-se a examinar a existência do princípio constitucional da proibição de retrocesso social, ao ter por finalidade a promoção da justiça social, mediante a vedação da supressão, pela ação do legislador, da regulamentação legal de direitos fundamentais sociais sem que haja, ao menos, o estabelecimento de disciplina substitutiva ou compensatória, ou, ainda, por meio da proibição de redução arbitrária do nível de concretização legislativa de tal categoria de direitos fundamentais.

**PALAVRAS-CHAVE:** Estado constitucional; direitos fundamentais; direitos sociais; princípio da proibição de retrocesso social.

**ABSTRACT:** The article, initially, register for the need for a systemic treatment of fundamental rights to overcome the dichotomy between the rights of freedom (individual) and social rights. In addition, the article's scope to examine the existence of the constitutional principle of prevention of social regression to be aimed at the promotion of social justice, by removing the seal, the action of the legislature, the legal regulation of social rights without at least, the establishment of discipline replacement or compensatory, or even through the prohibition of arbitrary reduction in the level of legislative implementation of such a category of fundamental rights.

**KEYWORDS:** Constitutional State; fundamental rights; social rights; principle of prevention of social regression.

SUMÁRIO: Introdução; 1 A ideia de direito social; 1.1 Direito social e igualdade material; 1.2 A ideia de igualdade; 2 Estado constitucional e direitos fundamentais; 2.1 A inadequada compreensão dicotômica dos direitos de liberdade e dos direitos sociais; 2.2 Compreensão sistêmica dos direitos fundamentais; 3 A fundamentação jurídica do princípio da proibição de retrocesso social; Conclusão; Referências.

## INTRODUÇÃO

O estudo que ora se submete ao debate e à crítica versa sobre o princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro e objetiva averiguar a existência de elementos que fundamentem sua pertinência no ordenamento jurídico brasileiro, bem como apontar seu reconhecimento e consagração no direito lusitano.

O minucioso exame do objeto da investigação, assim como o esforço argumentativo delineado neste artigo quanto à existência de um princípio da proibição de retrocesso social, está circunscrito nas ordens jurídicas brasileira e portuguesa. Devota-se, então, enfrentar o seguinte problema: se existe um princípio de proibição de retrocesso social dirigido ao legislador, isto é, se a vinculação dos direitos sociais em relação ao legislador lhe impõe um dever de não regredir na disciplina normativa, ancorada no princípio fundamental da justiça social (arts. 170, *caput*, e 193 – ambos da CF/1988), que garante eficácia a esses direitos.

A Constituição brasileira ora vigente inaugurou um Estado Social e Democrático de Direito vocacionado para a progressiva consecução de um projeto de igualdade material. Mais do que isso, a Constituição Federal de 1988 posicionou o Estado como ícone central na realização da justiça social, incumbido da promoção dos direitos sociais e na formulação de políticas públicas voltadas para a paulatina eliminação das desigualdades. Pode-se dizer que a Constituição estabelece para o poder político um destino de justiça social a ser alcançado.

A afirmação e o reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais<sup>1</sup> imporiam ao Estado e à sociedade, necessariamente, que deixassem sua posição passiva de pretensa imparcialidade para manifestarem a favor da

---

1 Adota-se aqui, como premissa teórica, a tese da jusfundamentalidade dos direitos sociais. Nesse sentido, confirmaram-se os posicionamentos dos seguintes publicistas ao sustentarem tal ideia, seja no direito brasileiro, seja no direito português: SARLET, Ingo Wolfgang. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2009. p. 223; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 561; NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 43; ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 393; QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 90, 119.

mudança da realidade social, conferindo eficácia aos direitos dos mais necessitados, cujo objetivo é o resgate e a promoção da dignidade da pessoa humana.

Sustentar-se-á, pois, que aos direitos sociais não é negada a natureza de direitos fundamentais com força jurídica e plena eficácia, ou seja, plena potencialidade de realização, não existindo, pois, uma primazia dos direitos individuais de primeira “geração” ou dimensão sobre os direitos sociais de segunda dimensão. Reconhece-se um regime jurídico substancialmente uniforme entre os designados direitos individuais (civis e políticos) e entre os direitos sociais quanto à abertura material, eficácia e aplicabilidade plena e imediata e mesma proteção constitucional (natureza de cláusula pétreia).

Não é suficiente que a Constituição brasileira seja farta na previsão de direitos fundamentais de conteúdo social, econômico e cultural<sup>2</sup>. É igualmente importante que, em estrito cumprimento das disposições constitucionais, os direitos sociais sejam realizados, concretizados e protegidos. A tarefa do legislador, nesse particular, é de máxima relevância, uma vez que, por meio da atividade legiferante, os direitos sociais constitucionalmente previstos poderão atingir o nível de densidade normativa necessário para que possam, de fato, gerar direitos subjetivos para os cidadãos. Ademais, não basta que o legislador tenha competência para minuciar o conteúdo das normas constitucionais que consagram direitos sociais se, posteriormente, pudesse eliminar, pura e simplesmente, a regulamentação efetuada, recriando uma indesejável situação de vácuo normativo.

Quando a Constituição cria para o legislador a obrigação de editar leis que concretizem, efetivem os direitos fundamentais sociais (os direitos de segunda “geração” ou dimensão), estabelece que não se possa revogar as leis que cuidam dessa concretização sem que seja criada alguma regulamentação compensadora ou substitutiva. Da mesma forma, não se poderá admitir que o legislador venha reduzir ou suprimir o grau de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental social. Do contrário, o projeto de modernidade da Constituição brasileira será ignorado.

O artigo está estruturado em seis seções: a segunda seção dedicar-se-á a apontar a ideia de direito social como direito da sociedade em oposição ao individualismo liberal, ao ter como premissa que o direito social é um direito conectado ao grupo, e não a um indivíduo isolado. A terceira seção exibirá a estreita relação entre Estado Constitucional e direitos fundamentais, visto que estes (os direitos fundamentais) configuram o Estado Constitucional, o qual se move no espaço dos direitos fundamentais ao constituir, pois, um Estado de

---

2 Digno de nota é o advento da mais nova Emenda Constitucional nº 64, de 4 de fevereiro de 2010, ao introduzir o direito à alimentação no rol dos direitos sociais do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Impende recordar que não constitui o primeiro momento que o art. 6º da Constituição experimenta modificação, visto que, em razão da EC 26, de 14 de fevereiro de 2000, acrescentou-se à relação de direitos sociais o direito à moradia.

direitos fundamentais<sup>3</sup>. Os direitos fundamentais aparecem como fundamento e limite do poder estatal. Em seguida, será proposta uma visão sistêmica dos direitos fundamentais que supere a dicotomia entre direitos de liberdade ou individuais (civis e políticos) e direitos sociais. A quarta seção registrará a fundamentação jurídica do princípio da proibição de retrocesso social. Nessa seção, serão delineados os argumentos que se reputam necessários para admitir o princípio da proibição de retrocesso social nos ordenamentos jurídico-constitucionais brasileiro e português. Por fim, serão esboçadas as principais conclusões a que se chegou.

Com base nesses desenvolvimentos, afigura-se extremamente importante afirmar e defender a vinculação do legislador à concretização dos direitos sociais, cuja violação se traduz na proibição de retrocesso social, visto que o comprometimento com as escolhas constituintes impede que seja intransigente sobre a fundamentalidade dos direitos sociais e, conseqüentemente, sobre sua vinculação em relação aos Poderes do Estado. Ademais, levar os direitos sociais a sério significa respeitá-los e cumpri-los como direito constitucional vigente por formarem um conjunto de direitos fundamentais de mais alto grau normativo<sup>4</sup>.

Não se desconhece que o tema é polêmico e que o princípio da proibição de retrocesso social no atual marco jurídico-constitucional brasileiro não tem sido acolhido de forma unânime em diversos quadrantes. Propõe-se oferecer contribuição a esse estudo ao aceitar o princípio da proibição de retrocesso social como elemento do regime dos direitos fundamentais sociais, essencial no processo de edificação de uma dogmática constitucional responsável e adequada.

## 1 A IDEIA DE DIREITO SOCIAL

Os direitos sociais vieram à luz em uma relação dialética, em que a liberdade assegurada pelos direitos fundamentais de primeira dimensão, quando contraposta às desigualdades econômicas inerentes ao sistema capitalista, acaba por significar a supressão da própria liberdade, engendrando o imperativo de proteção social dos economicamente vulneráveis como única forma de preservação desta. Nesse sentido, as relações de trabalho constituíram o berço dos direitos sociais<sup>5</sup>.

3 Essa expressão é utilizada por Cristina Queiroz na seguinte obra: QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 88. Nessa página citada, a expoente jurista lusitana ensina, com acuidade, que o moderno Estado de Direito Democrático e Constitucional constitui um Estado de direitos fundamentais.

4 MÜLLER, Friedrich. Vinte anos da constituição: reconstruções, perspectivas e desafios. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – Rebec*, Belo Horizonte, a. 2, n. 8, p. 2, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56013>>. Acesso em: 18 mar. 2010. Segundo Müller, não existe nenhuma hierarquia interna na Constituição entre os direitos fundamentais, os quais estão conectados sistematicamente e em termos de conteúdo.

5 NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de posituação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009. p. 217-218.

Assim, o direito social originou-se das questões entre patrões e operários da grande indústria, da luta operária, da denominada luta de classes. Foi tratado como direito dos trabalhadores, direito dos operários ou como legislação social. O direito social é aquele que se refere à proteção dos indivíduos economicamente enfraquecidos ao ter por finalidade o equilíbrio social, o bem comum, o direito à satisfação das necessidades vitais do indivíduo como membro da coletividade ante um esforço conjunto dos institutos jurídicos para a eficácia e efetividade das normas de direito social.

Segundo José Luís Bolzan de Moraes, a ideia do direito social é um produto essencialmente dos tempos modernos<sup>6</sup>. Foi necessária, conforme salienta Georges Gurvitch<sup>7</sup> – mencionado por aquele autor – que a emancipação total do pensamento humano no Renascimento, a afirmação de um pluralismo de sistemas equivalentes, a liberação da sociedade humana – como totalidade – de sua confusão com outras espécies de totalidades, uma síntese entre individualismo e universalismo, para que florescesse a construção de um pensamento acerca de outro direito, ligado não mais ao indivíduo isolado, mas ao(s) grupo(s) social(is) o(s) qual(is) integra<sup>8</sup>.

A teoria liberal sob os seus vários aspectos maximiza a figura do homem-singular, o indivíduo, único capaz de julgar sobre suas paixões e interesses. O projeto jurídico que daí decorre assume definitivamente como figura central e intocável de sua estrutura, este homem só, alheio e alienado de seu ambiente. Assim, o direito individual – como direito subjetivo – será a expressão jurídica do modelo liberal<sup>9</sup>.

Todavia, a reação ao projeto liberal se faz sentir, contemporaneamente, com a profusão das doutrinas socialistas e, também, com as crises experimentadas por este modelo que impelem, por vários caminhos, a reinserção social

---

6 MORAIS, José Luís Bolzan de. *A ideia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 30.

7 José Luis Bolzan de Moraes dedica-se a revisitar o pensamento de Georges Gurvitch, que escreveu "*L'idée du droit social*" na década de 30 do século passado. Gurvitch é sociólogo francês, de origem russa, nascido em 1894 e falecido em 1965, naturalizado francês em 1928. O citado sociólogo francês foi o primeiro sistematizador do conceito de *direito social* e de *pluralismo jurídico* ao partir da premissa de que cada grupo tem a possibilidade de engendrar sua própria ordem jurídica interna de forma autônoma. Os grupos, assim, não esperam a intervenção estatal para produzir, uma vez que são considerados focos autônomos de regulamentação jurídica. No direito, diferentes órgãos (focos) se embatem, interpenetram-se, organizam-se, equilibram-se, de modo a se organizarem hierarquicamente de diversas maneiras. Deste modo, o direito social não se reduz a uma mera regulamentação do Estado em termos de ajuda social; implica, portanto, uma autonomização da sociedade e um novo tipo de regulação social que pressupõe a relação entre Estado/grupo e indivíduo. Por ser um fato normativo, ele faz com que o todo se comunique com as partes de uma maneira direta. O todo representa uma unidade, a qual foi criada na relação funcional com a multiplicidade. Mais especificamente, o direito social representa a integração do todo em que se pretende encarnar uma unidade criada na relação funcional com a multiplicidade, mas irreduzível a ela. Logo, a este direito social genérico estariam agregadas "n" ordens normativas parciais. Para José Luis Bolzan de Moraes, "esta convivência pressupõe a desvinculação desta teoria com o princípio da completude e abriria caminho para a ocorrência de uma pluralidade de ordens" (Morais, 1997, p. 29-40, 88-94).

8 Idem, p. 30.

9 Idem, p. 32.

deste indivíduo isolado de seu contexto sócio-histórico. Ao privilegiar a ideia de comunidade, em senso largo, vai permitir, no campo jurídico, a sustentação da concepção de direito social<sup>10</sup>.

Para José Bolzan de Morais, é também certo direito social que, no limiar do século XX, delineará a conjugação de uma nova ideia de Estado, o qual passará a ter funções positivas ao deixar de lado o seu feitio minimalista atrelado às seguranças interna e externa. O papel do Estado passa, então, a regulador e promotor do bem-estar social. É a ideia do *welfare state* que se comporá efetivamente no pós-45, em que o aspecto promocional passa a integrar definitivamente o vocabulário jurídico-político do século XX<sup>11</sup>.

É o direito social, também, que, embora, muitas vezes, seja considerado tão só como conjunto de regras próprias à disciplina das relações de trabalho e à organização das questões de trabalho e à organização das questões relativas à seguridade social, de acordo com Bolzan de Morais, é proposto por Georges Gurvitch como uma espécie de autorregulação comunitária, privilegiadamente alheia à normatização estatal. Nesse sentido, de acordo com Bolzan de Morais, pode-se ler, em Georges Gurvitch, a crítica a uma visão limitada do direito social, ligada à ideia de política social do Estado, ou seja, como normas estatais próprias à regulação das relações de trabalho e seus consectários, como previdência, aposentadoria, etc.<sup>12</sup>

Conforme sustentado por Bolzan de Morais, a apropriada compreensão de direito social gurvitchiano, em *L'idée du droit social*, assume a feição de

[...] um direito autônomo de comunhão, integrando de uma forma objetiva cada totalidade ativa real, que encarna um valor positivo atemporal. Este direito advém diretamente do “todo” em questão, para regular-lhe a vida interna, independentemente do fato que este “todo” seja organizado ou não. O direito de comunhão faz participar o “todo” de uma forma imediata na relação jurídica que dele resulta, sem transformar este “todo” em um sujeito distinto dos seus membros. O “direito de integração” insitui um poder social que não está essencialmente ligado a uma coação incondicionada e que pode se realizar plenamente na maior parte dos casos, através de uma coação relativa à qual se pode subtrair; sob certas condições, este poder social funciona, às vezes, mesmo sem coação. O direito social precede, na sua camada primária, toda organização do grupo e não pode se exprimir de uma forma organizada a não ser que a associação esteja fundada sobre o direito da comunidade objetiva subjacente, quer dizer, ao mesmo tempo em que constitui uma associação igualitária de colaboração, e não uma associação hierárquica de dominação. O direito social se dirige, na sua camada organizada, a sujeitos jurídicos específicos – pessoas coletivas complexas – tão diferentes dos sujeitos individuais isolados quanto das pessoas morais – unidades simples – que absorvem a multiplicidade de seus membros na vontade única da corporação ou da organização.<sup>13</sup>

10 Idem, p. 33.

11 Morais, 1997, p. 33.

12 Idem, p. 33.

13 Tradução de José Luís Bolzan de Morais. Gurvitch, 1931, apud Morais, 1997, p. 37.

Reprise-se, então, segundo leciona Bolzan de Moraes, que a noção de direito social gurvitchiano faz alusão ao direito social como autônomo e de comunhão, incorporando valor positivo. Tratar-se-ia, portanto, do direito de integração<sup>14</sup>, distinto do direito de coordenação (ordem individual) e do direito de subordinação, reconhecido por sistemas de individualismo jurídico e de universalismo unilateral.

O direito individual tem como postulados a liberdade e a igualdade formal. Assim, o direito individual pertenceria ao campo da justiça comutativa ao estatuir a equivalência; o direito social, por sua vez, enquadrar-se-ia na justiça distributiva ao fixar a proporcionalidade.

Bolzan de Moraes, em seu estudo acerca da ideia de direito social, ao reportar-se ao pensamento gurvitchiano, assinala que este trata o direito social como direito de integração, como direito dos enfraquecidos e dos despossuídos economicamente, querendo a intervenção do Estado. O direito social trata dos sujeitos aos quais ele se destina. Funda-se na confiança, no esforço comum; assim, ele não é imposto de “fora” e nem do “alto”. Segundo Bolzan de Moraes, Georges Gurvitch reconhece que o direito social regulamenta o que está no interior e por baixo. O direito social, como direito de integração, é direito de participação, de caráter democrático e pluralista<sup>15</sup>.

Logo, o direito social destaca o homem concreto, a sociabilidade e a solidariedade, distintamente do direito individual, que consagra o homem isolado e abstrato. Importa ao direito social o predomínio do interesse coletivo sobre o interesse privado.

O direito individual tem como fundamento direito à liberdade, à propriedade, à igualdade formal. O direito social tem como pressuposto atingir a igualdade substancial (ou material) ao partir das situações em que impera a desigualdade. O direito individual pertence à ordem da justiça comutativa, da equivalência, enquanto o direito social pressupõe a justiça distributiva, a proporcionalidade.

O direito social que não elimina o direito individual, mas antes completa o seu âmbito de ação, não está situado fora nem contra o Estado. Nesse sentido, Celso Antônio Bandeira de Mello, em lapidar magistério, aponta a relevância e consagração dos direitos sociais, *in verbis*:

---

14 Consoante lapidar magistério de José Luís Bolzan de Moraes, o direito social assume como ordem integrativa, pois está fundado sobre a confiança compartilhada pelos membros do grupo, pelo esforço comum e pela ajuda mútua. O citado autor preleciona que “[...] é este caráter comum(nitário) que permite traçar a linha delimitativa que separa, de um lado, esta ordem integrativa e, de outro, uma ordem coordenativa ou uma ordem subordinativa. Estas, ambas, assumem a feição disjuntiva, seja por estarem ancoradas na desconfiança e no conflito – característico do direito individual (direito de coordenação) –, seja por se apoiarem na sujeição (direito de subordinação). A característica integrativa significa que a ordem normativa de direito social precisa renunciar aos pressupostos do individualismo jurídico e compreender que o direito não tem o caráter unívoco da negação e da limitação, enquanto se assegura de seu feito democrático” (Moraes, 1997, p. 53-54).

15 Moraes, 1997, p. 34 et seq.

É sabido e assente que o constitucionalismo do século XX marca-se pela superação da perspectiva inerente ao liberalismo individualista do período clássico. As Constituições, mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919 são os primeiros sinais expressivos de um ideário novo, de cunho social, cristalizado nas Cartas Fundamentais.

Nelas está plasmada a concepção de que não basta assegurar os chamados direitos individuais para alcançar-se a proteção do indivíduo. Impende considerá-lo para além de sua dimensão unitária, defendendo-o também em sua condição comunitária, social, sem o que lhe faltará o necessário resguardo. Isto é, cumpre ampará-lo contra as distorções geradas pelo desequilíbrio econômico da própria sociedade, pois estas igualmente geram sujeições, opressões e esmagamento do indivíduo. Não são apenas os eventuais descomedimentos do Estado que abatem, aniquilam ou oprimem os homens. Tais ofensas resultam, outrossim, da ação dos próprios membros do corpo social, pois podem prevalecer-se e se prevalecem de suas condições socioeconômicas poderosas em detrimento dos economicamente mais frágeis.

A consagração dos direitos individuais corresponde ao soerguimento de uma paliçada defensiva do indivíduo *perante o Estado*. A consagração dos direitos sociais retrata a ereção de barreiras defensivas do indivíduo *perante a dominação econômica de outros indivíduos*.

Enquanto os direitos individuais interditam ao Estado o amesquinamento dos indivíduos, os direitos sociais interditam aos próprios membros do corpo social que deprimam economicamente ou que releguem ao abandono outros indivíduos menos favorecidos pela fortuna.<sup>16</sup>

Os estudiosos do direito social acentuam que o fim das leis sociais é a proteção dos economicamente enfraquecidos ou a garantia das necessidades vitais. Dá-se a intervenção do Estado para a segurança social a fim de assegurar o interesse geral e o bem comum. O direito social define-se como um complexo de princípios e leis sociais imperativas, tendo o Estado a função supletiva de proteção das deficiências do indivíduo<sup>17</sup>.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, é nesse panorama que se verificará que, sem dúvida, os direitos sociais surgem como direitos fundamentais em face dos reclamos que se fizeram presentes em dada época, em dado momento, em especial devido ao impacto da industrialização e aos graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, às doutrinas socialistas e à constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não propiciava a garantia do seu efetivo gozo que acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios (como direitos trabalhistas e direitos à seguridade

16 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 235, 1981. Grifos no original.

17 Nesse sentido: MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 80; SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 301.

social, cuja proteção jurídica se reclama), assim como o reconhecimento progressivo de direitos, atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social<sup>18</sup>.

A Constituição do México de 1917 pode considerar-se como a primeira intenção de conciliar os direitos de liberdade com os direitos sociais ao superar, assim, os polos opostos do individualismo e do coletivismo. Mas, sem dúvida, o Texto Constitucional mais importante, o que melhor reflete o novo estatuto dos direitos fundamentais na passagem do Estado Liberal ao Estado Social do Direito, é a Constituição alemã de Weimar de 1919. Na segunda parte da citada norma, formulavam-se os “direitos e deveres fundamentais dos alemães”, reconhecendo-se, juntamente com as liberdades individuais tradicionais, direitos sociais referentes à proteção da família, à educação e ao trabalho. A Constituição de Weimar foi, durante muito tempo, o texto inspirador das cartas constitucionais que desejaram conjugar em seu sistema de direitos fundamentais as liberdades com os direitos econômicos, sociais e culturais. Essa orientação influenciou a Constituição brasileira de 1934, continuando nas constituições posteriores (em especial a de 1988), bem como na maior parte do constitucionalismo surgido após o fim da Segunda Guerra Mundial. É o caso, por exemplo, da Constituição italiana de 1947, da grega de 1975, da portuguesa de 1976 e da espanhola de 1978<sup>19</sup>.

As Constituições referidas acima trataram deliberadamente de estabelecer um marco de direitos fundamentais integrado pelas liberdades públicas (tendentes a garantir as situações individuais) como também pelos direitos sociais. Talvez um dos pontos distintivos destes textos seja, precisamente, a ampliação do estatuto dos direitos sociais com o objetivo de satisfazer as novas necessidades de caráter econômico, cultural e social que conformam o ícone determinante de nossa época.

O eminente jurista José Afonso da Silva oferece, em lapidar magistério, a seguinte definição de direitos sociais, *expressis verbis*:

[...] como dimensão dos direitos fundamentais do homem, são prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressupostos do gozo dos direitos individuais à medida 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 liberdade.<sup>20</sup>

---

18 Sarlet, op. cit., p. 56.

19 LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004. p. 39-40.

20 SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 286-287.

Os direitos sociais, todos eles, independentemente da forma de sua manifestação como prestação, têm por finalidade a criação e a garantia de uma igualdade entre os indivíduos e, por isso, de uma liberdade material (e não somente formal). São direitos que buscam, pois, a justiça social.

Assim, o vocábulo – *direitos sociais* – é utilizado comumente para significar a tutela de bens jurídicos que visam ao alcance da justiça social<sup>21</sup>.

Dimitri Dimoulis e Leonardo Martins pontificam que os chamados direitos sociais ou a prestações encontram-se na categoria dos direitos de *status positivus*, porquanto permitem ao indivíduo exigir determinada atuação do Estado no intuito de melhorar as condições de vida ao assegurar os pressupostos materiais necessários para o exercício da liberdade, incluindo as liberdades de *status negativus* (trata-se de direitos que permitem aos indivíduos resistir a uma possível atuação do Estado)<sup>22</sup>. Segundo eles, o termo *direitos sociais* se justifica porque seu escopo é a melhoria de vida de extensas categorias da população mediante políticas públicas e medidas concretas de política social<sup>23</sup>. E arrematam ao indicar que os direitos sociais são considerados direitos fundamentais, visto que todos os direitos garantidos na Constituição são considerados fundamentais, mesmo quando seu alcance e relevância social forem bastante limitados. Ressaltam, enfim, que o termo “direito fundamental” é de sentido idêntico do termo “direito que possui força jurídica constitucional”<sup>24</sup>.

Em outro plano de análise, tem-se o proficiente escólio de João dos Passos Martins Neto, que, ao aduzir o modelo de positivação dos direitos sociais, elucida que *fundamentais* são os direitos protegidos por meio de uma cláusula pétrea ou de rigidez absoluta, isto é, insuscetíveis de emenda destinada à sua supressão<sup>25</sup>. Sustenta que os direitos sociais são verdadeiros direitos subjetivos fundamentais, pois, embora o art. 60, § 4º, da CF/1988 aponte a literalidade da expressão “direitos e garantias individuais”, não exclui os direitos sociais, os quais constituem, em todas as suas projeções singulares ao longo do Texto Constitucional brasileiro, direitos pétreos e, como tais, fundamentais<sup>26</sup>.

---

21 Paulo Bonavides sustenta o seguinte: “[...] A observância, a prática e a defesa dos direitos sociais, a sua inviolável textura formal, premissa indeclinável de uma construção material sólida desses direitos, formam hoje o pressuposto mais importante com que fazer eficaz a dignidade da pessoa humana nos quadros de uma organização democrática da Sociedade e do Poder. [...] Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º). O mesmo tem pertinência com respeito à redução das desigualdades sociais, que é, ao mesmo passo, um princípio da ordem econômica e um dos objetivos fundamentais de nosso ordenamento republicano, qual consta respectivamente no art. 170, VII, e do sobredito art. 3º” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 642).

22 DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007. p. 67.

23 Idem, p. 67.

24 Idem, p. 54, 67.

25 MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003. p. 173.

26 Idem, p. 173.

## 1.1 DIREITO SOCIAL E IGUALDADE MATERIAL

O conceito de pobreza abrange um complexo de distintas necessidades que implica exclusão ao acesso à saúde, à educação, à habitação, ao saneamento, ao lazer, à alimentação (EC 64/2010), além das visíveis dificuldades para a inserção no mercado de trabalho. Logo, a insuficiência de renda e a exclusão social decorrente da falta de emprego são indicadores de gargalos quanto ao acesso ao direito à cidadania<sup>27</sup>, bem como das situações geradoras de desigualdade social em relação aos sujeitos que serão abrangidos pelas políticas sociais.

As políticas públicas empreendidas por meio de investimento econômico e social obedecerão ao princípio da dignidade humana quando prestarem atendimento nutricional, oferecerem benefícios ou serviços de capacitação profissional, de saúde, apoio à família, defesa dos direitos, bem como ações voltadas às carências humanas como tratamento de doença, gravidez ou ações direcionadas àqueles vitimados por alguma forma de violência. Nesse sentido, o indivíduo carente que se enquadre em alguma dessas políticas inclusivas poderá se tornar sujeito ou beneficiário de direito social.

Em termos de políticas assistenciais, as ações particulares ou estatais ligadas à geração de mínimos vitais, independentemente de contribuição, instituem renda aos indivíduos que se encontram abaixo da linha de pobreza declarada por leis.

Como direito social, o art. 6º da Constituição brasileira dispõe sobre “assistência aos desamparados”. Diante da noção ampla de Seguridade Social, o direito à assistência constitui produto histórico (direito) de conquista. As prestações assistenciais têm por finalidade os mínimos sociais. Mínimos sociais são também denominados benefícios e serviços essenciais, constituem o mínimo de assistência de bem-estar que compreende certo limite de sobrevivência.

O Estado Providência se funda na solidariedade social<sup>28</sup>, na justiça distributiva, na ideia de direito social. Destina-se a eliminar a exclusão por meio de política de redistribuição de renda. Assim, as políticas públicas securitárias

---

27 Conforme profícua lição de Flávia Piovesan, os elementos que integram a concepção contemporânea de cidadania são o caráter indivisível, integral, interdependente e inter-relacionado dos direitos humanos, sendo inconcebível separar os valores liberdade (direitos civis e políticos) e igualdade (direitos sociais, econômicos e culturais). Além disso, segundo a autora, destaca-se um novo componente que veio integrar a concepção contemporânea de cidadania, ou seja, o processo de especificação do sujeito de direito, visto que este deixa de ser considerado em sua abstração e generalidade e passa a ser projetado em sua concretude, em suas especificidades e peculiaridades ao se falar, pois, na tutela jurídica dos direitos dos idosos, mulheres, crianças, grupos raciais minoritários, refugiados etc. PIOVESAN, Flávia. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: \_\_\_\_\_. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 327-329.

28 Eurico Bitencourt Neto ensina que a solidariedade supõe não apenas vínculo com a sociedade, mas o reconhecimento das dificuldades sociais de um indivíduo como dificuldades de todos os membros da sociedade, pelo que a todos cabe o dever de colaborar para sua superação. Em seguida, afirma que a solidariedade constitui alicerce de direitos fundamentais, notadamente direitos a prestações materiais que asseguram mínimo para uma existência digna e que propiciam mais justa distribuição de rendas e riquezas. BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 108, 111-112.

objetivam a promoção da igualdade, o incentivo de inclusão social. Em outros termos, pretendem a equivalência da proteção entre sujeitos definidos por lei. No entanto, em que consiste a igualdade?

## 1.2 A IDEIA DE IGUALDADE

O princípio universal da igualdade será tratado segundo o expoente jurista Celso Antônio Bandeira de Mello.

Na obra *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*, Celso Antônio Bandeira de Mello analisa o princípio da igualdade à luz do conceito de igualdade de Aristóteles – “a igualdade consiste em tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais” –, o enquadramento deste princípio no direito positivo<sup>29</sup>. Indaga o jurista “quem são os iguais e quem são os desiguais?” e “[...] o que permite radicalizar alguns sob a rubrica de iguais e outros sob a rubrica de desiguais?”; assim, “qual critério autoriza distinguir pessoas e situações em grupos apartados para fins de tratamento jurídico diverso?”<sup>30</sup>.

Kelsen leciona que a igualdade dos sujeitos perante a Constituição não quer dizer idêntico tratamento, mas que a igualdade perante as leis expedidas com base na Constituição implica que as normas identificam os sujeitos e situações distintas, realizando, portanto, o princípio da igualdade<sup>31</sup>. A igualdade é característica da lei, assim como a abstratividade, a universalidade, a generalidade. A igualdade está presente na generalidade e na universalidade. Assim, para o eminente jurista, a igualdade no direito pressupõe o tratamento desigual, uma vez que os sujeitos se desiguam<sup>32</sup>.

Bandeira de Mello vê a necessidade do *discrimen* contido na norma. Dessa forma, qualquer elemento pode ser eleito como diferenciador de situações, pessoas ou coisas. Em outros termos, deve ser atendido não apenas o “preceito isonômico, mas também seu espírito”<sup>33</sup>. O princípio da igualdade impede o tratamento desuniforme às situações em que o Direito tem que incidir<sup>34</sup>. Nos dizeres deste jurista, a ordem jurídica pretende evitar as desigualdades fortuitas ou injustificadas. Assim, o sistema normativo, a fim de atingir o princípio da igualdade, impõe a observância dos preceitos enunciados pela norma jurídica para impedir decisões “proveitosas” e arbitrárias<sup>35</sup>. Por isso, elege-se o critério discriminatório ao verificar uma “justificativa racional”, um “fundamento lógi-

29 BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 10.

30 Bandeira de Mello, 1999, p. 11.

31 Kelsen, 1962 apud Bandeira de Mello, 1999, p. 11.

32 Bandeira de Mello, 1999, p. 12.

33 Idem, p. 24.

34 Idem, p. 12.

35 Idem, p. 18.

co” que atribua certo tratamento jurídico a partir de uma desigualdade firmada como válida<sup>36</sup>.

A regra do direito subordinada ao fundamento da igualdade que busca o “espírito” da lei e verifica se fora atendido o preceito isonômico<sup>37</sup> ao assegurar a garantia individual expressa na norma, mas que reprime os favoritismos<sup>38</sup>. A discriminação consiste em verificar situações e circunstâncias distintas entre si<sup>39</sup>. Em outros termos, no rigor jurídico, Bandeira de Mello salienta que o que é igual para todos não pode ser tomado como elemento diferenciador. E o que se põe em pauta são pessoas, fatos ou situações e onde reside a diferença, bem como as distinções de tratamento justificam-se perante fatos e situações diversas<sup>40</sup>.

A vivência do princípio da isonomia sugere que sejam tratadas de forma igual as situações idênticas e desigual as situações que se desiguam. Assim ocorrendo, não há como desigualar pessoas e situações quando não se verificam nelas fatores desiguais<sup>41</sup>.

## 2 ESTADO CONSTITUCIONAL E DIREITOS FUNDAMENTAIS

O Estado Constitucional, esculpido pelos princípios da juridicidade, da democracia e da socialidade<sup>42</sup>, pode ser designado Estado de Direitos Fundamentais ao considerar a centralidade assumida pelos direitos fundamentais como fim e medida da estruturação, organização e atuação do Estado e do seu

36 Idem, p. 21-22.

37 Idem, p. 24.

38 Idem, p. 23.

39 Idem, p. 30.

40 Idem, p. 33.

41 Bandeira de Mello, 1999, p. 35.

42 O princípio da juridicidade ou do Estado de Direito impõe que as atuações estatais se pautem por critérios jurídicos preestabelecidos, densifica juridicamente o propósito político de submeter o poder à disciplina e aos limites jurídicos e pode ser reconduzido a subprincípios como o sistema de direitos fundamentais, a divisão de poderes, a legalidade da Administração, a vedação do excesso, a segurança jurídica e a proteção da confiança (CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 243-245). Segundo magistral lição de Canotilho, na página 245 da obra mencionada, o princípio de juridicidade aponta, também, para a ideia de justiça, para um Estado de justiça em que se observam e protegem os direitos, incluindo os direitos das minorias, bem como se destaca pela equidade na distribuição de direitos e deveres fundamentais e na determinação da divisão de benefícios da cooperação em sociedade, em que existe, ainda, igualdade de distribuição de bens e igualdade de oportunidade.

Quanto ao princípio democrático, também tradução jurídica de um propósito político, ou seja, garantir a titularidade do poder pelo povo apresenta dimensões materiais e dimensões organizativo-procedimentais. Sugere a existência de um objetivo a realizar por meio da democracia (Canotilho, 2003, p. 287-288).

De acordo com Canotilho, o princípio da socialidade impõe a vinculação jurídica do Estado a atuar na criação de condições de existência digna para as pessoas, até mesmo como garante de sua liberdade e autonomia. O princípio, especificamente no campo social, pode ser reconduzido a uma dimensão subjetiva concretizada por meio dos direitos sociais e a uma dimensão objetiva que obriga o Estado à “transformação das estruturas econômicas” voltada à igualdade social, ou seja, o Estado deve também ser conformador na busca de “dignidade social” (Canotilho, 2003, p. 337-338, 341-343, 348-349).

relacionamento com a sociedade e com os indivíduos<sup>43</sup>. Essa centralidade liga-se à dignidade da pessoa humana, que habita o vértice do sistema de direitos fundamentais inerente e estrutural ao Estado Constitucional, informando-o e justificando-o<sup>44</sup>. A dignidade da pessoa humana, numa concepção plural, aberta e tolerante<sup>45</sup>, é o valor fundante da ordem jurídica, permeando-a em toda a sua extensão, permeando-a com os direitos fundamentais a ponto de se poder justificar a denominação “Estado de Direitos Fundamentais” ou “Estado fundado na dignidade da pessoa humana”<sup>46</sup>.

A consagração constitucional da dignidade da pessoa humana, como ensina Jorge Reis Novais, coloca um dever ser jurídico que obriga o Estado, conforma a ordem jurídica estatal e vincula todos os poderes estatais<sup>47</sup>. Como princípio estruturante do Estado Constitucional, urge compreender a dignidade à luz do pluralismo e da tolerância<sup>48</sup>; mais, a dignidade deve ser o reconhecimento da liberdade de autodeterminação do sentido da própria dignidade ligada ao desenvolvimento da personalidade, da liberdade de escolher e adotar planos e formas de vida sem qualquer intervenção estatal que não seja a exclusivamente necessária para assegurar igual respeito à dignidade de todos<sup>49</sup>. Em suma, em um Estado Constitucional, não há que cogitar de uma concepção oficial de dignidade; o conteúdo da dignidade tem caráter intrinsecamente aberto<sup>50</sup>.

As Constituições brasileira e portuguesa consagram a dignidade da pessoa humana quer em previsões textuais, quer deixam-na transparecer implicitamente<sup>51</sup>.

Afastando a concepção segundo a qual os direitos fundamentais seriam criações do Direito positivo e, assim, concessões do Estado, entende-se aqui que há imposições originadas da dignidade da pessoa humana que antecedem o Estado, condicionam e limitam, ao mesmo tempo que fundamentam, seu po-

---

43 Jorge Reis Novais propôs deslocar a tônica, na configuração do Estado de Direito, do império da lei para os direitos fundamentais (NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 12). Cristina Queiroz leciona que, no moderno Estado de Direito Democrático e Constitucional, por ser um Estado de Direitos Fundamentais, o *status positivus* deve voltar a ser posicionado no mesmo plano do *status negativus* (QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 88). Paulo Bonavides sintetiza a ideia ao afirmar que os “direitos fundamentais são a bússola da Constituição” (BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 600).

44 Jorge Miranda ensina que a dignidade da pessoa humana situa a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2000. p. 180).

45 NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 56-59.

46 Novais, 2006, p. 12.

47 Novais, 2004, p. 51.

48 Idem, p. 56.

49 Idem, p. 58-59.

50 Idem, p. 59.

51 Veja, por exemplo, o art. 1º, inciso III, da CRFB/1988 e o art. 1º da CRP/1976.

der e o próprio Direito positivo<sup>52</sup>; com essa premissa, reconhece-se a centralidade dos direitos fundamentais para o Estado Constitucional e sua ordem jurídica. Os direitos fundamentais, neste enquadramento, expressam escolhas básicas da comunidade política que, plasmadas na Constituição, conferem-lhes substrato material-valorativo, impregnando-a das derivações da dignidade da pessoa humana<sup>53</sup>, com capacidade irradiante para toda a ordem jurídica e vinculante de qualquer atuação estatal<sup>54</sup>.

Os direitos fundamentais constituem os alicerces da relação entre Estado e indivíduos; o exercício do poder político pelo Estado se legitima pela necessidade de preservar os direitos fundamentais. Direitos fundamentais aparecem, desse modo, como fundamento e limite do poder estatal, justificando seu exercício ao mesmo tempo que o limitam. Só assim se compreende e concretiza, na sua essência, o Estado Constitucional; a Constituição, neste contexto, volta-se ao reconhecimento e à garantia dos direitos fundamentais<sup>55</sup>. O Estado deve se mover no espaço dos direitos fundamentais, e não o contrário<sup>56</sup>.

A fundamentalidade das normas jusfundamentais é compreendida por meio das dimensões subjetiva e objetiva, que se complementam e permitem captar todas as suas virtualidades<sup>57</sup>. A dimensão subjetiva coloca em destaque a qualidade dos direitos fundamentais como direitos subjetivos do indivíduo dirigidos contra o Estado<sup>58</sup>. A dimensão objetiva denota a ordem valorativa objetiva representada pelos direitos fundamentais e que se espalha como dimensão básica jurídico-constitucional por todo o sistema normativo<sup>59</sup>. Os direitos fun-

---

52 É possível travar discussões acerca desta relação se seria uma questão de validade do Direito positivo, uma questão de legitimidade ou de justiça. Consigna-se o questionamento ao anotar que se adere à ideia de que a dignidade e, assim, os direitos fundamentais se impõem ao Estado e à sua ordem jurídica. Os direitos fundamentais são direitos do homem que se impõem ao Estado, mas são direitos que somente se realizam por meio do Estado. Mencionem-se, quanto a isso, as seguintes lições: ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 111; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p. 116-119, 576; NOVAIS, Jorge Reis. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 25-26.

53 Jorge Miranda ensina que a dignidade da pessoa humana situa a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado (MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2000. p. 180).

54 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 173-174, 407; DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 130.

55 QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 88; LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p. 116-119.

56 NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009. p. 31.

57 As dimensões subjetiva e objetiva podem ser mais bem compreendidas e elucidadas pelo expoente jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade (ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004. p. 133 et seq.).

58 Sarlet, 2007, p. 178-180.

59 Andrade, 2004, p. 115-116.

damentais são uma das decisões políticas básicas da Constituição que plasma valores éticos e políticos que vão determinar as relações entre indivíduos e o Estado, bem como a organização e atuação estatais, funcionando como diretriz interpretativa basilar para todo o ordenamento jurídico. Por meio da dimensão objetiva, explica-se a força irradiante dos direitos fundamentais. Logo, a partir do topo da ordem constitucional, esses critérios objetivos destes valores conferem-lhe unidade e coerência<sup>60</sup>.

José Carlos Vieira de Andrade realça que a dimensão objetiva dos direitos fundamentais se liga à ultrapassagem do modelo liberal de Estado e à afirmação de uma concepção do homem não como ser isolado, mas como membro de uma comunidade, com liberdades limitáveis em prol dessa sua inserção na sociedade e com necessidades a serem atendidas pelo Estado. O autor destaca que, no âmbito de cada direito fundamental, é traçado um espaço normativo que se preenche por valores que se afirmam como bases da ordenação da vida social, possibilitando a produção de efeitos jurídicos que complementam a dimensão subjetiva<sup>61</sup>.

Daniel Sarmento leciona que o reconhecimento da dimensão objetiva dos direitos fundamentais não significa depreciar a sua dimensão subjetiva, mas reforço a ela<sup>62</sup>. Segundo ele, a dimensão objetiva complementa a subjetiva ao agregar a esta uma “mais valia”, conferindo proteção robustecida aos direitos fundamentais mediante esquemas que transcendem a estrutura relacional típica dos direitos subjetivos<sup>63</sup>.

Para além das dimensões objetiva e subjetiva, a fundamentalidade dos direitos fundamentais permite cogitar de sua multifuncionalidade, das múltiplas funções que desempenham, entre as quais se destacam: (a) de defesa ou liberdade, (b) de prestação social, (c) de proteção perante terceiros e (d) de não discriminação<sup>64</sup>.

## 2.1 A INADEQUADA COMPREENSÃO DICOTÔMICA DOS DIREITOS DE LIBERDADE E DOS DIREITOS SOCIAIS

A passagem do Estado Liberal para o Estado Social e a necessária superação da clivagem entre Estado e sociedade explicitaram a insuficiência dos direitos de liberdade (ou individuais) para a concretização da dignidade da pessoa humana e para a construção de uma sociedade mais equilibrada<sup>65</sup>. Nesse contexto, a positivação dos direitos sociais foi sensivelmente impulsionada e

60 SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 124-129; BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004. p. 588-589.

61 Andrade, 2004, 60-62, 115-117, 142-149.

62 Sarmento, 2008, p. 108.

63 Idem, *ibidem*.

64 Sobre cada uma das funções, veja-se em: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 407-410.

65 NETTO, Luísa Cristina Pinto. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 41.

provocou uma mudança notável na concepção dos direitos fundamentais<sup>66</sup>; um conceito que inicialmente visava a limitar a ação do Estado passou a exigir a gestão da ordem econômica e social. A partir da dignidade da pessoa humana, fortaleceu-se o entendimento de que, para além da proteção por meio dos direitos de liberdade ou de defesa, é necessária a garantia de condições materiais, o que reclama a atuação prestacional do Estado na efetivação dos direitos sociais<sup>67</sup>.

Em sentido objetivo, pode-se entender o conjunto de direitos sociais como o conjunto de normas pelas quais o Estado equilibra e modera as desigualdades sociais, prevendo deveres de prestação dirigidos, primordialmente, à concretização da igualdade substancial, mas também ao reforço da liberdade<sup>68</sup>. Subjetivamente, pode-se afirmar que são faculdades dos indivíduos e dos grupos de participar dos benefícios da vida social, o que se traduz em direitos a prestações, diretas ou indiretas, por parte dos poderes públicos<sup>69</sup>. Os direitos sociais são direitos a algo, direitos a prestações fáticas, por meio dos quais se obriga o Estado a comportamentos positivos na satisfação das prestações<sup>70</sup>. Diferenciam-se, assim, os direitos sociais dos direitos de liberdade, pois estes, no campo dos direitos a algo, referem-se a ações negativas<sup>71</sup>.

A dicotomia entre as categorias direitos de liberdade (DL) e direitos sociais (DS) no ordenamento jurídico português tem raiz constitucional, encontrando-se aí uma separação na enumeração dos direitos – direitos, liberdades e garantias (DLG), de um lado, e direitos económicos, sociais e culturais (Desc) –, geralmente referidos como direitos sociais –, de outro lado, bem como distinções de regime jurídico<sup>72</sup>.

Para José Joaquim Gomes Canotilho, o regime específico dos DLG explica-se pela necessidade de exprimir a natureza desses direitos como elementos estruturantes do Estado Democrático de Direito; ao lado do regime geral dos direitos fundamentais, marcado pelos princípios da universalidade, da igualdade e do acesso ao direito e garantia da tutela jurisdicional efetiva, há o regime específico dos DLG, do qual não se beneficiam os Desc – a não ser que desfru-

---

66 NOVAIS, Jorge Reis. *Contribuição para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006. p. 179-187; NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004. p. 32-33.

67 NETTO, Luísa Cristina Pinto. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 42. No mesmo sentido é a magistral lição do jusfilósofo espanhol Antonio Enrique Pérez Luño (LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005. p. 324).

68 SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 299-300.

69 Luño, 2005, p. 86.

70 Sarlet, 2007, p. 299. Nesta página citada, Ingo Wolfgang Sarlet, em magistral lição, aduz que os direitos sociais prestacionais têm por objeto precípua conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente em uma prestação de natureza fática.

71 No universo dos direitos sociais, não é difícil visualizar posições de defesa (Sarlet, 2007, p. 298-301, 317).

72 Confirmam-se, especialmente, os arts. 17 a 79 e 288 da CRP/1976.

tem de natureza análoga –, e no qual, entre um vasto conjunto de princípios, destacam-se os da aplicabilidade direta, da vinculatividade das entidades públicas, da reserva de lei para a sua restrição e a garantia contra leis de revisão restritivas ao seu conteúdo<sup>73</sup>.

Jorge Miranda, ao afirmar a natureza fundamental dos Desc, entende que a Constituição confere mais impacto ou relevo aos DLG do que àqueles, o que pode ser inferido das diversas disposições constitucionais, principalmente da consagração de um regime específico para os DLG. O autor explica as razões da maior atenção prestada pela Constituição portuguesa aos DLG, mas assinala a possibilidade e a necessidade de se traçar um regime singular dos Desc em confronto com o regime expressamente previsto para os DLG, bem como a aplicabilidade àqueles de algumas regras formuladas para estes. Avança, assim, diversamente da maior parte da doutrina, que apenas explicita regime específico para os DLG, traços de um regime dos Desc, e sustenta, pois, a vinculatividade do conteúdo essencial dos Desc, a possibilidade de sua aplicação imediata, se verificados os pressupostos da efetivação, e a eficácia diante de terceiros<sup>74</sup>.

No direito brasileiro, não há base constitucional explícita para sustentar uma diferença de regimes entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, visto que não são delineados regimes específicos para essas categorias. Ingo Wolfgang Sarlet, por exemplo, destaca que a Constituição brasileira não estabeleceu distinção entre os direitos de liberdade e os direitos sociais quanto a um regime reforçado, tendo submetido todos, em princípio, a um mesmo regime jurídico<sup>75</sup>.

Joaquín Herrera Flores escreve que não se pode mais falar de duas classes de direitos humanos: os individuais (direitos civis e políticos) e os sociais, econômicos e culturais, existindo apenas uma classe de direitos: os direitos humanos<sup>76</sup>. Segundo ele, a liberdade e a igualdade são as duas faces da mesma moeda; uma sem a outra nada significa e, além disso, declara que, “sem condições que as coloquem em prática (políticas de igualdade que se concretizam nos direitos sociais, econômicos e culturais), as liberdades individuais (quer dizer, os direitos civis e políticos) e os direitos sociais não terão espaço em nosso mundo”<sup>77</sup>. Afirma, ainda, que é preciso afastar a distinção entre ideais de liberdade e políticas de igualdade ao reivindicar a interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos<sup>78</sup>. E arremata ao defender, pois, uma concepção *integral* dos direitos, que supere a dicotomia entre direitos individuais e direitos sociais, econômicos e culturais<sup>79</sup>.

---

73 Canotilho, 2003, p. 403-437.

74 Miranda, 2000, p. 100, 144-145, 383-384.

75 Sarlet, 2007, p. 274-275.

76 HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009. p. 74.

77 Idem, *ibidem*.

78 Idem, p. 76.

79 Idem, p. 84.

Registre-se o magistral estudo delineado pelo espanhol Santiago Sastre Ariza sobre uma teoria exigente dos direitos sociais. Segundo este autor, a conexão entre os direitos individuais e os direitos sociais não se reduz a uma questão meramente conceitual, visto que ambos designam um conjunto de obrigações positivas e negativas, senão que existe, além disso, uma intensa relação de conteúdo<sup>80</sup>. Os direitos sociais, para o mencionado autor, aspiram ao desenvolvimento e, ademais, objetivam completar ou realizar algumas exigências que estão manifestadas nos direitos individuais<sup>81</sup>. Ainda, conforme leciona o autor, os direitos sociais encontram seu fundamento na igualdade substancial, na liberdade, na autonomia e inclusive na própria dignidade<sup>82</sup>.

Portanto, pode-se afirmar que os direitos sociais têm em vista a plena realização ou o aperfeiçoamento dos direitos individuais. Carlos Santiago Nino a isto se refere quando escreve com muita proficiência que

*[...] los derechos sociales pueden verse como una extensión y prolongación natural de los derechos individuales básicos, porque estos derechos sociales, por ejemplo, el derecho a tener atención médica adecuada o a tener una vivienda digna o a tener un salario adecuado etc., en definitiva pueden considerarse como la extensión del derecho a la vida o a la integridad corporal o a la autonomía individual etc. Una vez que se advierte el simple hecho de que los derechos no solo se violan por acciones – actos de agresión – sino que también se violan por omisión – se violan por la omisión de dar a los demás la ayuda o los recursos que son necesarios para desarrollar una vida digna y autónoma –, no se puede justificar esta distinción. Por qué dar privilegios a la acción sobre la omisión? Por qué suponer que cuando estamos pasivos y dejamos que otros sufran daños no estamos violando sus derechos individuales? Cuando entendemos esto, los derechos sociales aparecen, insisto, no en contraposición con los derechos individuales sino como la extensión y prolongación natural de esos derechos individuales.*<sup>83</sup>

André de Carvalho Ramos, na mesma linha de raciocínio expendida pelos autores espanhóis acima referidos, sustenta que os direitos sociais asseguram as condições para o exercício dos direitos civis e políticos (chamados de direitos individuais) e que, em razão disso, a responsabilidade internacional do Estado por violação dos direitos sociais deve expor as omissões e fraquezas deste mesmo Estado e obrigá-lo a executar as políticas públicas necessárias à correta concretização desses direitos<sup>84</sup>.

---

80 ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 112, p. 257, abr./jun. 2001.

81 Idem, ibidem.

82 Idem, ibidem.

83 NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, p. 84, set./dez. 1989.

84 RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005. p. 235.

Indo além, Celso Lafer vê a complementaridade entre os direitos individuais e os direitos sociais, pois estes últimos buscam assegurar “as condições para o pleno exercício dos primeiros, eliminando ou atenuando os impedimentos ao pleno uso das capacidades humanas”<sup>85</sup>. Ainda, para o autor, os direitos sociais são direitos de crédito do indivíduo em relação à coletividade e tem como sujeito passivo o Estado porque, “na interação entre governantes e governados, foi a coletividade que assumiu a responsabilidade de atendê-los”<sup>86</sup>.

José Ledur, na esteira do que foi revelado no parágrafo acima, afirma que os direitos sociais surgiram para conferir vitalidade aos direitos de primeira dimensão<sup>87</sup>. Segundo ele, os direitos de primeira e segunda dimensão são direitos compatíveis e complementares que se necessitam reciprocamente para terem pretensão de efetividade ao se exigir, portanto, atuação complementar e não excludente<sup>88</sup>.

Antonio Enrique Pérez Luño assinala que o nascimento e o paulatino reconhecimento dos direitos sociais, na atualidade, não devem ser interpretados como uma negação dos direitos individuais (civis e políticos), senão como um fator decisivo para redimensionar seu alcance, visto que estes não podem ser concebidos como atributo do homem isolado que objetiva interesses individuais e egoístas, mas como um conjunto de faculdades do homem ao desenvolver sua existência na esfera comunitária e conforme as exigências do viver social<sup>89</sup>. Nesse sentido, para o expoente jurista espanhol, os direitos individuais só podem ter justificação se relacionados à comunidade ou aos efeitos da vida social, isto é, como direitos sociais, econômicos e culturais, os quais devem ser promovidos e protegidos com o fim de afirmar a dimensão social da pessoa humana, dotada de valores autônomos, porém ligada de modo inseparável à comunidade onde desenvolve sua existência<sup>90</sup>.

## 2.2 COMPREENSÃO SISTÊMICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Considerando-se inadequada a visão dicotômica, pretende-se registrar a necessidade de um tratamento sistêmico dos direitos fundamentais, seja na Constituição portuguesa, seja na Constituição brasileira, e, além disso, apontar algumas de suas consequências para os direitos sociais, partindo-se da existên-

---

85 LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988. p. 127.

86 Idem, *ibidem*.

87 LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998. p. 163. O autor esclarece, por exemplo, acerca da utilidade de alguém possuir o direito de expressão se não reúne condições, oriundas do acesso à educação básica, para se expressar, e vice-versa. Pode-se observar que as duas categorias de direitos formam vias de mão dupla.

88 Idem, *ibidem*.

89 Luño, 2005, p. 86.

90 Idem, p. 90.

cia de uma “unidade de sentido jurídico-constitucionalmente fundada” quanto aos direitos fundamentais<sup>91</sup>.

Essa unidade axiológico-normativa não se reconduz a uma ordem de valores caracterizada por uma hierarquia absoluta, abstrata e fechada; diversamente, concebe-se o sistema dos direitos fundamentais – subsistema do sistema constitucional – como pluralista e aberto, correspondente a uma ordem cultural positiva e histórica guiada pela dignidade da pessoa humana<sup>92</sup>.

Ao considerar a Constituição como conjunto normativo superior da ordem jurídica, tomam-se as normas constitucionais como formalmente situadas na mesma posição hierárquica, o que é reforçado pela necessidade de unidade da Constituição.

A aceitabilidade da concepção sistêmica dos direitos fundamentais torna impossível de efetivamente traçar uma linha divisória entre os direitos de liberdade e os direitos sociais. De fato, uma razão relevante em prol do entendimento sistêmico encontra-se na revelação de que mesmo os clássicos direitos de liberdade não se configuram sempre e integralmente como direitos de defesa, direitos a meras omissões estatais. O direito à vida presta-se a esta consideração, visto ser evidente que, ao lado da dimensão negativa, se apresenta, cada vez com mais força, uma dimensão protetiva que demanda a atuação positiva do Estado<sup>93</sup>. O mesmo se dá com diversos direitos sociais.

Paulo Bonavides perfilha a compreensão sistêmica e integral entre os direitos de primeira dimensão (direitos individuais) e direitos de segunda dimensão (direitos sociais), não existindo, pois, hierarquia entre eles. O autor, com destreza doutrinal, leciona que

---

91 As ideias expelidas fundamentam-se, sem que se adira a todas as afirmações, nas concepções do expoente jurista lusitano José Carlos Vieira de Andrade (Andrade, 2004, 105-111). O autor aduz na página 110: “[...] Os direitos fundamentais não têm sentido nem valem apenas pela vontade (pelo poder) que historicamente os impõe. O conjunto de direitos fundamentais é significativo e desvendável porque é referido a um critério de valor; os direitos fundamentais são obrigatórios juridicamente porque são explicitações do princípio da dignidade da pessoa humana, que lhes dá fundamento. É que a unidade dos direitos fundamentais, como a unidade da ordem jurídica em geral, há de ser uma unidade axiológica, material, que funde e legitime o seu conteúdo normativo. É neste sentido que se defende que o valor da dignidade de cada pessoa, como ser livre e responsável, único e irrepetível, não é um produto ideológico, uma especificidade do liberalismo individualista já perimido, antes corresponde a uma potencialidade característica do ser humano, que se vai atualizando nas ordens jurídicas concretas. [...]”.

92 NETTO, Luísa Cristina Pinto. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 55.

93 É o que expõe Canotilho: “De um modo simples, pode-se dizer que, na generalidade, os direitos e liberdades individuais são indissociáveis dos referentes econômicos, sociais e culturais, o paradigma da liberdade igual, razoável e racionalmente estruturado em termos de uma justiça ou de uma moralidade normativo-constitucionalmente plasmada, pressupõe uma ordem jurídico-constitucional de reciprocidade. E esta ordem assenta sem subterfúgios em ideias já intensamente trabalhadas pelos movimentos sociais: direito à vida e integridade física, mas também direito a cuidados e prestações asseguradoras de corpo e espírito são, direito à inviolabilidade de domicílio, mas também direito a ter lar; direito à liberdade de escolha de profissão, mas também direito a ter um posto de trabalho. Estes referentes de reciprocidade revelam a nossa compreensão e precompreensão. Não significam que possam dispensar o crivo analítico-reflexivo” (Canotilho, 2003, p. 401-402).

[...] *não há distinção de grau nem de valor entre os direitos sociais e os direitos individuais*. No que tange à liberdade, ambas as modalidades são elementos de um bem maior já referido, sem o qual tampouco se torna efetiva a proteção constitucional: a dignidade da pessoa humana. Estamos, aqui, em presença do mais alto valor incorporado à Constituição como fórmula universal de um novo Estado Social de Direito. É por essa ótica – a dignidade da pessoa humana – que se guia a diligência interpretativa das presentes reflexões. Garantias sociais são, no melhor sentido, garantias individuais, garantias do indivíduo em sua projeção moral de ente representativo do gênero humano, compêndio da personalidade, onde se congregam os componentes éticos superiores mediante os quais a razão qualifica o homem nos distritos da liberdade, traçando-lhe uma circunferência de livre-arbítrio que é o espaço de sua vivência existencial.<sup>94</sup>

A dignidade da pessoa humana, que aparece na base da ideia de direitos fundamentais, justifica uma compreensão sistêmica destes direitos; se estes são positivizações do homem com o objetivo de garantir proteção à dignidade da pessoa humana ao assegurar o pleno desenvolvimento da personalidade, com autodeterminação e liberdade, não se justifica um tratamento estanque, sob pena de se fragmentar o que deve ser pleno – a dignidade – e de não se lograr atingi-lo. Assim, a partir da dignidade humana, é possível conferir unidade ao sistema de direitos fundamentais – ainda que seja possível identificar diferentes graus de realização nos diversos direitos fundamentais –, uma vez que impõe deveres ao Estado que não se esgotam em omissões, estendem-se à exigência de prestações positivas, à atuação conformadora do Estado na perseguição de condições materiais concretas<sup>95</sup>.

Pode-se dizer que, além de a dignidade da pessoa humana conferir fundamentalidade aos direitos sociais (de 2ª dimensão), exigindo que compartilhem com os direitos de liberdade ou individuais (de 1ª dimensão) desta fundamentalidade, deixa transparecer que os direitos de liberdade, não raras vezes, não lograriam qualquer efetividade ou realização sem os direitos sociais, o que vem reforçar a indivisibilidade destes (direitos sociais).

Antonio Enrique Pérez Luño, ao ensinar que os direitos sociais devem ser entendidos como categoria jurídico-positiva complementar aos direitos de liberdade, assinala que aqueles não diferem destes em vários aspectos<sup>96</sup>. O autor volta-se a procurar um critério hermenêutico que possibilite superar a lógica individualista propiciadora da concepção de fratura entre as liberdades individuais e os direitos sociais, apontando a ideia de emancipação da pessoa humana pelo desenvolvimento pleno de suas dimensões e exigências<sup>97</sup>.

94 Bonavides, 2004, p. 642-643. Grifo nosso.

95 Novais, 2004, p. 52-53, 64-68; Andrade, 2004, p. 97-98.

96 Para o jurista espanhol, os direitos sociais não diferem dos clássicos direitos de liberdade quanto à fundamentação, formulação, tutela e titularidade dos direitos sociais e sua eficácia perante terceiros (Luño, 2005, p. 89-96).

97 Antonio Enrique Pérez Luño propõe uma leitura avançada dos arts. 9.2 e 10.1 – que se revelam na emancipação da pessoa humana pelo desenvolvimento pleno de suas dimensões e exigências – da Constituição espanhola, os quais serviriam de base e critério hermenêutico para uma concepção constitucional dos direitos fundamentais superadora da fratura (Luño, 2005, p. 98).

A concepção sistêmica dos direitos fundamentais superadora da dicotomia entre direitos de liberdade e direitos sociais entende-se possível ao reportar-se à construção de Robert Alexy sobre a teoria dos direitos fundamentais como princípios<sup>98</sup>. Não se trata de negar a heterogeneidade do universo dos direitos fundamentais, mas de procurar uma construção unitária e sistêmica deste universo, capaz de solucionar os eventuais conflitos daí advindos.

Robert Alexy funda-se sua construção teórica ao aduzir que a distinção entre regras e princípios constitui, pois, uma distinção entre dois tipos de normas. Apresentam-se as normas jurídicas como gênero, do qual são espécies as regras e os princípios<sup>99</sup>; os direitos fundamentais são compreendidos, nesta teoria, como princípios, mandados de otimização de sua realização na maior medida fática e juridicamente possível<sup>100</sup>. Na verdade, são inseridos num modelo combinado, no qual, ao lado do nível das regras, há o nível dos princípios; estes, dotados de capacidade irradiadora sobre todo o ordenamento jurídico, têm uma vocação expansiva – constituem mandados de otimização consentâneos com a busca da plenitude da dignidade da pessoa humana.

A compreensão dos direitos fundamentais como princípios aproxima as várias categorias de direitos fundamentais. Quanto aos direitos sociais, mas

---

98 A tese central do livro *Teoría de los derechos fundamentales*, de Robert Alexy, ressalta que as normas de direito fundamental, além de serem concebidas com caráter de regra, podem ter o caráter de princípio. Quando tem esse caráter, tais normas devem ser entendidas como mandados (comandos) de otimização que ordenam que o objeto protegido pelo direito fundamental se realize na maior medida possível, de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas. A natureza central dessa tese e a inovação que representa a definição dos princípios como mandados de otimização foram captadas pela doutrina quando se refere à teoria de Alexy como a “teoria dos princípios”. Pode-se examinar com percurciência o capítulo terceiro da seguinte obra de Alexy: ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007. p. 63-149.

99 Para maiores desenvolvimentos sobre a diferença entre regras e princípios, podem ser mais bem examinados nas seguintes obras: OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008. p. 63-73; SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 63-65; BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 40-57; DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 106-115; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1159-1175.

100 Alexy, 2007, p. 67-68. Cumpre informar que a compreensão de Friedrich Müller contrapõe-se à de Robert Alexy quanto à teoria da norma em geral e à norma de direito fundamental. Os direitos fundamentais, segundo a Teoria Estruturante do Direito (TED), de Friedrich Müller, constituem a base normativa do desenvolvimento social e político de cidadãos e homens livres em uma democracia. Os direitos fundamentais não são meros valores ou princípios, mas normas. Por trás deles encontram-se representações axiológicas de dignidade, liberdade e igualdade de todos os homens. No entanto, a partir do momento em que uma Constituição os tenha positivado em seu texto, tornam-se direito vigente. Quem deseja rotulá-los como valores ou como princípios paradoxalmente os desvaloriza. Assim, desde a sua positividade, os direitos fundamentais adquirem caráter estatal-normativo. Logo, levá-los a sério significa respeitá-los e cumpri-los como direito constitucional vigente. Ademais, os efeitos da TED de Müller são, em relação aos direitos fundamentais, de reforçar a positividade ou normatividade, a materialidade e a racionalidade desses direitos. Segundo Müller, não existe nenhuma hierarquia interna na Constituição entre os direitos fundamentais, os quais estão conectados sistematicamente e em termos de conteúdo por formarem um conjunto de direitos fundamentais de mais alto grau normativo (MÜLLER, Friedrich. Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – Rebec*, Belo Horizonte, a. 2, n. 8, p. 2, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56013>>. Acesso em: 18 mar. 2010).

também quanto à dimensão prestacional dos direitos de liberdade, verifica-se esta aproximação; ambos exigem a intervenção estatal<sup>101</sup>. Nesse sentido, aponta-se a importância haurida nos direitos a prestações em sentido amplo que, consoante magistral lição de Robert Alexy, todo direito a uma ação positiva, isto é, a uma ação do Estado, é um direito prestacional<sup>102</sup>. Desta maneira, o direito prestacional é a contrapartida exata do conceito de direito de defesa, ao abrigo do qual incide todo o direito a uma ação negativa, isto é, a uma omissão do Estado. Para Robert Alexy, a escala das ações positivas do Estado que podem ser objeto de um direito prestacional se estende desde a proteção do cidadão perante os outros cidadãos, por meio de normas de direito penal, passa pela criação de normas de organização e procedimento e alcança até prestações em dinheiro e em bens<sup>103</sup>.

A compreensão dos direitos fundamentais como princípios e a perspectiva estrutural aí implicada oferecem um esquema explicativo que se coaduna com a visão sistêmica dos direitos fundamentais.

A dignidade da pessoa humana permite uma aproximação aos direitos fundamentais que implica sua indivisibilidade e conduz à ideia de sistema de direitos fundamentais, já que não se satisfaz somente com a proteção estatal, reclamando igualmente promoção; justifica, então, que se persiga a maximização não só dos direitos de liberdade, mas também dos direitos sociais. Nesse contexto, os direitos sociais comungam da multifuncionalidade dos direitos fundamentais e impõem, pelo prisma da maximização de sua eficácia, uma clara vinculação aos poderes estatais. Ao tomar a sério os direitos sociais como direitos fundamentais, não resta alternativa: é forçoso reconhecer sua vinculatividade em relação aos poderes estatais. Para esses direitos, há evidentes notas de eficácia imediata.

Sem negar as diferenças entre direitos de liberdade e direitos sociais, urge compreendê-los sistematicamente, unidos pela dignidade da pessoa humana, que torna irrecusável a afirmação de que também os direitos sociais são direitos fundamentais e, assim, devem ser retirados da deliberação da maioria parlamentar, devem ficar ao largo das pressões momentâneas; sua fundamentalidade traduz-se exatamente na sua imposição para os poderes estatais<sup>104</sup>.

### 3 A FUNDAMENTAÇÃO JURÍDICA DO PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Não se procura, nesta oportunidade, arrolar exaustivamente as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais acerca do princípio da proibição de retrocesso social; pelo contrário, pretende-se fornecer indicações do surgimento de

---

101 Alexy, 2007, p. 391-392.

102 Idem, p. 391.

103 Idem, ibidem.

104 NOVAIS, Jorge Reis. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 17.

construções sobre o princípio e possibilitar uma visão panorâmica da situação diante dos ordenamentos brasileiro e português.

A proibição de retrocesso social em Portugal é inevitavelmente reconduzida ao célebre acórdão relatado por Vital Moreira (AC 39/84), no qual, por violação ao princípio da proibição de retrocesso social, o Tribunal Constitucional português declarou inconstitucional o art. 17 do Decreto-Lei nº 254/1982, de 29 de junho, que revogava dispositivos legais que organizavam o Serviço Nacional de Saúde. O Tribunal considerou que esse serviço é garantia institucional da realização do direito à saúde e que, criado por lei, passa a ter sua existência garantida constitucionalmente. O direito à saúde, assim como os demais direitos sociais, teriam uma vertente negativa que vedaria condutas lesivas, bem como uma vertente positiva, que permitiria exigir do Estado a atividade e as prestações necessárias para sua salvaguarda. Acentuou-se, ainda, que a criação do serviço configura uma imposição legislativa concreta e permanente e que seu descumprimento constituiria omissão inconstitucional<sup>105</sup>.

No âmbito da doutrina constitucional portuguesa, que tem exercido significativa influência sobre o nosso próprio pensamento jurídico, destaca-se o nome do conceituado publicista José Joaquim Gomes Canotilho, ao sustentar que, após sua concretização na órbita infraconstitucional, os direitos sociais fundamentais assumem, simultaneamente, as condições de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na (plena) esfera de disponibilidade do legislador, no sentido de que os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança (por sua vez, diretamente deduzido do princípio do Estado de Direito), que, de sua parte, implica a inconstitucionalidade de todas as medidas estatais que inequivocamente venham a ameaçar o padrão das prestações já alcançado<sup>106</sup>.

Essa proibição de retrocesso, segundo Canotilho, pode ser considerada uma das consequências da perspectiva jurídico-subjetiva dos direitos sociais fundamentais na sua dimensão prestacional, que, neste contexto, assumem a condição de verdadeiros direitos de defesa contra medidas de cunho retrocessivo, as quais tenham por objetivo a sua destruição ou redução<sup>107</sup>. Com esse en-

---

105 Disponível em: [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt).

106 Canotilho, 2003, p. 338-340, 478.

107 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001. p. 374. Assim também: CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. p. 476. Nessa última obra citada, Canotilho sustenta que os direitos sociais são compreendidos como autênticos *direitos subjetivos* (Idem, p. 476). No mesmo sentido: QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 90, 119; CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional*: direitos fundamentais. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 415.

tendimento, Canotilho conceitua o princípio da proibição de retrocesso social nos seguintes termos:

[..] o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas (“lei de segurança social”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzem, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial.<sup>108</sup>

Sustentando a existência de um regime específico para os Desc, Jorge Miranda arrola como princípio material desses direitos o “não retorno da concretização”; considera que os Desc dependem, na maioria das vezes, de normas infraconstitucionais para sua efetivação e só são plenamente atuantes por meio dos chamados direitos derivados a prestações. Assim, a supressão das normas infraconstitucionais que consagram os direitos derivados a prestação retiraria a eficácia jurídica das normas constitucionais que preveem os respectivos Desc, o que estaria vedado pela regra do “não retorno da concretização” ou do não retrocesso social, baseada no princípio da proteção da confiança<sup>109</sup>.

Interessa-se, também, pelo exímio estudo da jurista lusitana Cristina Queiroz, que, ao versar acerca do princípio da proibição de retrocesso social, em especial no contexto do constitucionalismo português, perfilha a tese da “irreversibilidade” dos direitos sociais fundamentais constitucionalmente consagrados por assumirem a função de “guarda de flanco” desses direitos e pretensões no seu conjunto ao garantir o grau de concretização já obtido, transformando-se, por assim dizer, numa espécie de “densificação”<sup>110</sup> de direitos fundamentais. Segundo ela, ainda que os direitos de natureza prestacional não imponham uma obrigação de “avançar”, estabelecem, contudo, uma proibição de retroceder<sup>111</sup>.

Partindo dessa premissa, a respeitável jurista citada, com destreza doutrinal, assinala que a proibição de retrocesso social determina, de um lado, que,

---

108 Canotilho, 2003, p. 340.

109 Miranda, 2000, p. 397. Segundo magistral lição de Rafael Maffini, a *proteção da confiança* deve ser considerada um princípio deduzido, em termos imediatos, no sentido subjetivo, do princípio da segurança jurídica, e, em termos mediatos, do princípio do Estado de Direito, com precípua finalidade voltada à obtenção de um estado de coisas que enseje estabilidade, previsibilidade e calculabilidade dos atos, procedimentos ou simples comportamentos estatais e que traz consigo deveres comportamentais mediatos que impõem a preservação de atos estatais e de seus efeitos (MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006. p. 55).

110 Canotilho, estribado nas definições conceituais ancoradas na metódica jurídica normativo-estruturante de Friedrich Müller, define a expressão *densificar uma norma* nestes termos: “*Densificar uma norma* significa preencher, complementar e precisar o espaço normativo de um preceito constitucional, especialmente carecido de concretização, a fim de tornar possível a solução, por esse preceito, dos problemas concretos. As tarefas de concretização e de densificação de normas andam, pois, associadas: densifica-se um espaço normativo (preenche-se uma norma) para tornar possível a sua concretização e a consequente aplicação a um caso concreto” (Canotilho, 2003, p. 1201. Grifo no original).

111 QUEIROZ, Cristina. *Direitos fundamentais sociais: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade*. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 102.

uma vez consagradas legalmente as prestações sociais, o legislador não pode, em seguida, eliminá-las sem alternativas ou compensações<sup>112</sup>. Uma vez dimanada do Estado, a legislação concretizadora do direito social fundamental se apresenta perante esse direito como uma lei de proteção; a ação do Estado, que se consubstanciava num dever de legislar, transforma-se num dever mais abrangente: o de não *eliminar* ou *revogar essa lei*<sup>113</sup>. De outro lado, em conformidade com o pensamento da renomada jurista, a garantia de uma proteção efetiva do direito jusfundamental não resulta criada a partir da legislação; antes, esse âmbito de proteção vem garantir mediante a *atuação dessa legislação*. Nisto consiste o dever de proteção jurídico-constitucional que deve ser pressuposto quer pela Administração Pública, quer pelo Poder Judiciário<sup>114</sup>.

No Brasil, a doutrina tem-se debruçado sobre o tema, mas não há registro de decisão do Supremo Tribunal Federal (STF) com fundamento no princípio da proibição de retrocesso social, embora este tenha sido invocado em votos-vencidos<sup>115</sup>.

Luís Roberto Barroso, exemplificando uma das manifestações do princípio da proibição (ou vedação) de retrocesso social, pontifica que uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito estabelecido na Constituição. Para ele, o que se veda é o ataque à efetividade da norma, que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Se o legislador infraconstitucional complementa a eficácia de uma norma programática, dando-lhe “concretude” ou tornando “[...] viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior”<sup>116</sup>.

Além disso, o notável constitucionalista se manifestou sobre o princípio da proibição de retrocesso social, *in verbis*:

[...] Por este princípio, que não é expreso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.<sup>117</sup>

Na mesma linha de entendimento expendida anteriormente é a posição de Flávia Piovesan, que assim se exprime:

---

112 Idem, p. 103.

113 Idem, ibidem.

114 Idem, p. 103-104.

115 Há menções ao princípio de proibição de retrocesso social no voto-vencido do Ministro Sepúlveda Pertence na ADIn 2065/DF e no voto-vencido do Ministro Celso de Mello na ADIn 3105/DF.

116 BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 152-153.

117 Idem, p. 152.

O movimento de esfacelamento de direitos sociais simboliza uma flagrante violação à ordem constitucional, que inclui entre suas cláusulas pétreas os direitos e garantias individuais. *Na qualidade de direitos constitucionais fundamentais, os direitos sociais são direitos intangíveis e irredutíveis, sendo providos da garantia da suprema rigidez, o que torna inconstitucional qualquer ato que tenda a restringi-los ou aboli-los.*

[...] Além disso, à medida que os direitos humanos são indivisíveis, interdependentes e inter-relacionados, a violação a direitos sociais implica, consequentemente, a violação a direitos civis e políticos.<sup>118</sup>

Contra o reconhecimento, em princípio, de uma proibição de retrocesso na esfera das conquistas sociais, costuma debater-se especialmente o argumento de que o princípio em comento esbarra no fato de que o conteúdo do objeto dos direitos sociais fundamentais não se encontra, em regra, definido na órbita da Constituição, sendo, além disso, indeterminável sem a intervenção do legislador, de sorte que este deverá dispor de uma quase absoluta liberdade de conformação nesta seara, que, por sua vez, engloba a autonomia para voltar atrás no que se refere às próprias decisões, liberdade essa que, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, se encontra limitada pelo princípio da proteção da confiança e pela necessidade de justificação das medidas reducionistas ou retrocessivas<sup>119</sup>.

Tal ilação esposada *retro* não merece ser acolhida, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, sob pena de se outorgar ao legislador o poder de dispor (de forma demasiadamente livre) do conteúdo essencial dos direitos sociais fundamentais, notadamente em relação à sua concretização legislativa, já que, no plano da mudança constitucional formal, se dispõe da proteção (não absoluta, mas reforçada) assegurada pelos limites à reforma da Constituição. Não há como acolher, também, a crítica formulada ante a incapacidade prestacional do Poder Público (concernente aos limites postos pela reserva do possível)<sup>120</sup>, ao ser factível uma total supressão de uma determinada legislação concretizadora de direitos sociais ou de políticas públicas nesta seara<sup>121</sup>.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet, em se admitindo uma ausência de vinculação mínima do legislador, bem como dos órgãos estatais em geral, ao núcleo essencial já concretizado no âmbito dos direitos sociais e das imposições constitucionais em matéria de justiça social, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, porquanto o legislador – que ao legislar em matéria de proteção

118 PIOVESAN, Flávia. Não à desconstitucionalização dos direitos sociais. São Paulo: Consultor Jurídico, 2000. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas\\_trabalhistas\\_preservadas](http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas)>. Acesso em: 20 mar. 2010. Grifo nosso.

119 Sarlet, 2007, p. 455.

120 Acerca de a reserva do possível poder ser compreendida, de acordo com a preleção de Ana Paula de Barcellos, como “[...] o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis, diante das necessidades quase sempre infinitas a serem supridas pelo Poder Público” (BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 236).

121 Sarlet, 2007, p. 455.

social apenas cumpre uma ordem do Constituinte – poderia, pura e simplesmente, desfazer o que fez no estrito cumprimento da Constituição. O legislador não pode simplesmente eliminar as normas (legais) concretizadoras de direitos sociais, pois isso equivaleria a subtrair às normas constitucionais a sua eficácia jurídica, já que o cumprimento de um comando constitucional acaba por converter-se em uma proibição de destruir a situação instaurada pelo legislador<sup>122</sup>.

Além disso, para o multicitado jurista, com a supressão pura e simples do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito social (especialmente os direitos sociais vinculados ao mínimo existencial)<sup>123</sup>, estará sendo afetada, em muitos casos, a própria dignidade da pessoa, o que desde logo se revela inadmissível, ainda mais em se considerando que na seara das prestações mínimas para uma vida condigna não poderá prevalecer a objeção da reserva do possível e a alegação de uma eventual ofensa ao princípio democrático e da separação dos Poderes<sup>124</sup>.

Ademais, a afirmação da fundamentalidade dos direitos sociais, principalmente diante das ordens jurídicas estudadas, confere vinculatividade destes direitos perante todos os poderes estatais, incluindo o Poder Legislativo.

A fundamentalidade dos direitos sociais propicia, em razão da importância das normas e posições que aí se podem encartar, que tais normas e posições figurem no topo da ordem jurídico-constitucional, postas a salvo da disposição dos poderes estatais constituídos, resguardadas das pressões momentâneas.

Para Felipe Derbli, o princípio da proibição de retrocesso social veda ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando sua exequibilidade<sup>125</sup>. E acrescenta que haverá retrocesso social quando o legislador, comissiva e arbitrariamente, retornar “a um estado correlato a uma primitiva omissão inconstitucional ou reduzir o grau de concretização de uma norma definidora de direito social”<sup>126</sup>.

Registre-se, ainda, a lição expendida por Felipe Derbli sobre como se opera o princípio da proibição de retrocesso social. Segundo ele,

[...] veda-se ao legislador a possibilidade de, injustificadamente, aniquilar ou reduzir o nível de concretização legislativa já alcançado por um determinado direito fundamental social, facultando-se ao indivíduo recorrer à proteção, em esfera

---

122 Idem, p. 455-456.

123 O próprio Ingo Wolfgang Sarlet assim define o que seja a noção de *mínimo existencial*: “[...] compreendida, por sua vez, como abrangendo o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, correspondendo a padrões qualitativos mínimos” (Idem, p. 464).

124 Idem, p. 456.

125 DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 240.

126 Idem, *ibidem*.

judicial, contra a atuação retrocedente do Legislativo, que se pode consubstanciar numa revogação pura e simples da legislação concretizadora ou mesmo na edição de ato normativo que venha a comprometer a concretização já alcançada.<sup>127</sup>

Felipe Derbli aduz que o princípio da proibição de retrocesso social é um princípio constitucional, com *caráter retrospectivo*, visto que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária. E, além disso, consigna que o princípio em tela não se traduz em mera manutenção do *status quo*, antes significando também a obrigação de avanço social<sup>128</sup>.

Ingo Sarlet apresenta, na sua obra *A eficácia dos direitos fundamentais*, os paradigmas português e alemão acerca da proibição de retrocesso social e reafirma suas convicções ao asseverar que esse princípio, embora encontre suas manifestações especialmente na seara dos direitos sociais, estende-se aos demais direitos fundamentais e até mesmo a outros ramos do Direito, como, por exemplo, ao Direito Ambiental<sup>129</sup>. Justifica-se especial referência à lapidar lição, visto que, mesmo em países como a Alemanha, nos quais os níveis de proteção social são superiores aos nossos, cujas Constituições sequer albergam expressamente a proibição de retrocesso social ou mesmo a proteção de direitos adquiridos, dão-se especial importância ao princípio da proibição de retrocesso. Logo, deve ser reconhecida, *a fortiori*, sua aplicabilidade no direito brasileiro<sup>130</sup>.

Ana Cristina Costa Meireles lembra que o princípio da proibição de retrocesso social foi, no direito pátrio, explicitamente acolhido no que diz respeito ao direito do trabalho, embora a *adoção* do princípio da proibição de retrocesso pelo Estado de Bem-Estar já fosse suficiente por esse motivo. Ele se extrai do *caput* do art. 7º da Lei Suprema, que, em sua parte final, estabelece que são direitos dos trabalhadores aqueles relacionados em seus diversos incisos, “além de outros que visem à melhoria de sua condição social”<sup>131</sup>.

Entendemos que o princípio da proibição de retrocesso social há de ser observado em nosso ordenamento jurídico-constitucional ao proibir que o legislador realize supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais consagradoras de direitos sociais, conferindo plena eficácia a estes direitos.

## CONCLUSÃO

Apontados os pontos essenciais da investigação e reflexão empreendidos com vistas em verificar a existência de um princípio da proibição de retrocesso

---

127 Idem, p. 243.

128 Idem, p. 202.

129 Sarlet, 2007, p. 447.

130 Idem, p. 454.

131 MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2007. p. 48.

social nas ordens jurídicas portuguesa e brasileira, enumeram-se esquematicamente as conclusões a que se chegou:

1. Como alicerces da ordem jurídica, fundamento e limite do poder estatal, os direitos fundamentais assumem múltiplas dimensões e funções, podendo-se destacar suas dimensões objetiva e subjetiva e suas funções ou eficácias de defesa, de prestação social, de proteção perante terceiros e de não discriminação;
2. Firmou-se, tradicionalmente, uma visão dicotômica dos direitos fundamentais ao distinguir os direitos de liberdade e os direitos sociais; tal visão encontra, certa medida, fundamento na CRP/1976, uma vez que há previsão de regime específico para os direitos de liberdade – os chamados direitos, liberdades e garantias –, diverso do regime de direitos sociais que compreendem os direitos sociais, econômicos e culturais. Na Constituição brasileira de 1988 *não há* distinção explícita de regimes;
3. A visão dicotômica deve ser relativizada em favor de uma visão sistêmica, baseada na indivisibilidade e interdependência dos direitos fundamentais reclamada pela dignidade da pessoa humana;
4. A visão sistêmica assumida considera a unidade de sentido jurídico-constitucionalmente existente em matéria de direitos fundamentais, unidade axiológico-normativa determinada pela dignidade da pessoa humana que permite vislumbrar os direitos fundamentais como subsistema do sistema constitucional;
5. A dignidade da pessoa humana, que confere unidade e coerência ao sistema de direitos fundamentais, reclama proteção e promoção, direitos de liberdade e sociais compreendidos sob uma ótica de indivisibilidade dos direitos fundamentais; tal sistema participa do núcleo identitário da Constituição;
6. O princípio da proibição de retrocesso social gera para os direitos sociais a mesma proteção garantida aos direitos de liberdade, visto que, uma vez concretizados por leis que objetivam o desenvolvimento dos conteúdos das próprias normas constitucionais, passam os direitos sociais a apresentar o *status negativus* pacificamente reconhecido aos direitos de liberdade;
7. O princípio da proibição de retrocesso social veda ao legislador subtrair da norma constitucional definidora de direitos sociais o grau de concretização já alcançado, prejudicando sua exequibilidade. Portanto, o princípio da proibição de retrocesso social reclama que seja observado em nosso ordenamento jurídico-constitucional, em que o Estado deve-se abster de atentar contra as normas consagradoras de direitos sociais ao adotar medidas de cunho retrocessivo que tenham por escopo a sua destruição ou redução.

## REFERÊNCIAS

- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Trad. Carlos Bernal Pulido. 2. ed. Madri: Centro de Estudios Políticos e Constitucionales, 2007.
- ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição portuguesa de 1976*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 2004.
- ARIZA, Santiago Sastre. Hacia una teoría exigente de los derechos sociales. *Revista de Estudios Políticos*, Madrid, n. 112, p. 253-270, abr./jun. 2001.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Eficácia das normas constitucionais sobre justiça social. *Revista de Direito Público*, São Paulo, n. 57-58, p. 233-256, 1981.
- \_\_\_\_\_. *Conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 1999.
- \_\_\_\_\_. *A eficácia das normas constitucionais e direitos sociais*. São Paulo: Malheiros, 2009.
- BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios fundamentais: o princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 8. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- BITENCOURT NETO, Eurico. *O direito ao mínimo para uma existência digna*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 14. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.
- CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador: contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.
- \_\_\_\_\_. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.
- CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. Segurança jurídica e o princípio da proibição de retrocesso social. *Interscienceplace – Revista Científica Internacional*, Rio de Janeiro, a. 2, n. 6, p. 1-17, mar. 2009.
- CUNHA JÚNIOR, Dirley da. A efetividade dos direitos fundamentais sociais e a reserva do possível. In: CAMARGO, Marcelo Novelino (Org.). *Leituras complementares de direito constitucional: direitos fundamentais*. Capítulo 18. 2. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2007.
- DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- DIMOULIS, Dimitri; MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: RT, 2007.
- HERRERA FLORES, Joaquín. *A reinvenção dos direitos humanos*. Trad. Carlos Roberto Diogo Garcia, Antônio Henrique Graciano Suxberger e Jefferson Aparecido Dias. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2009.
- LAFER, Celso. *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*. São Paulo: Companhia das Letras, 1988.

- LEDUR, José Felipe. *A realização do direito ao trabalho*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- LUÑO, Antonio Enrique Pérez. *Los derechos fundamentales*. 8. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9. ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2005.
- MAFFINI, Rafael. *Princípio da proteção substancial da confiança no direito administrativo brasileiro*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.
- MARTINS NETO, João dos Passos. *Direitos fundamentais: conceito, função e tipos*. São Paulo: RT, 2003.
- MEIRELES, Ana Cristina Costa. *A eficácia dos direitos sociais*. Salvador: JusPodivm, 2008.
- MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 3. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2000.
- \_\_\_\_\_. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. 4. ed. rev. e atual. Coimbra: Coimbra, t. 4, 2008.
- MORAIS, José Luís Bolzan de. *A ideia de direito social: o pluralismo jurídico de Georges Gurvitch*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- MÜLLER, Friedrich. Vinte anos da Constituição: reconstruções, perspectivas e desafios. *Biblioteca Digital Revista Brasileira de Estudos Constitucionais – Rebec*, Belo Horizonte, a. 2, n. 8, p. 1-6, out. 2008. Disponível em: <<http://www.editoraforum.com.br/bid/bidConteudoShow.aspx?idConteudo=56013>>. Acesso em: 18 mar. 2010.
- NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *Os direitos sociais como limites materiais à revisão constitucional*. Salvador: JusPodivm, 2009.
- \_\_\_\_\_. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.
- NINO, Carlos Santiago. La filosofía del control judicial de constitucionalidad. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid, n. 4, p. 79-88, set./dez. 1989.
- NOVAIS, Jorge Reis. *Os princípios constitucionais estruturantes da república portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 2004.
- \_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais: trunfos contra a maioria*. Coimbra: Coimbra, 2006.
- \_\_\_\_\_. *Contributo para uma teoria do estado de direito*. Coimbra: Almedina, 2006.
- NUNES JÚNIOR, Vidal Serrano. *A cidadania social na Constituição de 1988: estratégias de positivação e exigibilidade judicial dos direitos sociais*. São Paulo: Verbatim, 2009.
- OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível*. Curitiba: Juruá, 2008.
- PIOVESAN, Flávia. Não à desconstitucionalização dos direitos sociais. São Paulo: Consultor Jurídico, 2000. Disponível em: <[http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas\\_trabalhistas\\_preservadas](http://www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas_trabalhistas_preservadas)>. Acesso em: 20 mar. 2010.
- \_\_\_\_\_. A responsabilidade do Estado na consolidação da cidadania. In: PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial. Coimbra: Coimbra, 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos fundamentais sociais*: funções, âmbito, conteúdo, questões interpretativas e problemas de justiciabilidade. Coimbra: Coimbra, 2006.

RAMOS, André de Carvalho. *Teoria geral dos direitos humanos na ordem internacional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

\_\_\_\_\_. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: LEITE, George Salomão; SARLET, Ingo Wolfgang (Coord.). *Direitos fundamentais e Estado constitucional*: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho. Capítulo 10. São Paulo: RT; Coimbra: Coimbra, 2009.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 28. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

RETRATAÇÃO TOTAL