XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

CARLOS ALBERTO SIMÕES DE TOMAZ

ELOY PEREIRA LEMOS JUNIOR

RUI DECIO MARTINS

Copyright © 2016 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos.
Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UNICAP
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet – PUC - RS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim – UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Maria dos Remédios Fontes Silva – UFRN
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes – IDP
Secretário Executivo - Prof. Dr. Orides Mezzaroba – UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Representante Discente – Doutoranda Vivian de Almeida Gregori Torres – USP

Conselho Fiscal:
Prof. Msc. Caio Augusto Souza Lara – ESDH
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto – UFG/PUC PR
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches – UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva – UFS (suplente)
Prof. Dr. Fernando Antonio de Carvalho Dantas – UFG (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais – Ministro José Barroso Filho – IDP
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho – UPF
Educação Jurídica – Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues – IMED/ABEDi
Eventos – Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta – FUMEC
Prof. Dr. Jose Luiz Quadros de Magalhaes – UFMG
Profa. Dra. Monica Herman Salem Caggiano – USP
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo – UNIMAR
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr – UNICURITIBA
Comunicação – Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro – UNOESC

D598
Direitos e garantias fundamentais I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UNICURITIBA;

Coordenadores: Carlos Alberto Simões de Tomaz, Eloy Pereira Lemos Junior, Rui Decio Martins – Florianópolis: CONPEDI, 2016.
Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-340-5
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: CIDADANIA E DESENVOLVIMENTO SUSTENTÁVEL: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito.
1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Congressos. 2. Garantias Fundamentais. I. Congresso Nacional do CONPEDI (25. : 2016 : Curitiba, PR).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Florianópolis – Santa Catarina – SC
www.conpedi.org.br

XXV CONGRESSO DO CONPEDI - CURITIBA

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS I

Apresentação

Certamente é uma honra para nós podermos apresentar aos leitores os resultados das apresentações dos artigos expostos no Grupo de Trabalho de nº 80 – Direitos e Garantias Fundamentais I, no contexto do XXV Congresso do CONPEDI, com a temática central Cidadania e Desenvolvimento sustentável: o papel dos atores sociais no Estado Democrático de Direito, realizado no período de 07 a 10 de dezembro de 2016, nas dependências da prestigiada UNICURITIBA, a quem desde já ficam nossos profundos agradecimentos pela calorosa recepção e prestimosa organização do evento.

A temática do grupo de trabalho por si só já é auto explicativa quanto à sua importância e necessidade das discussões no universo acadêmico brasileiro, em especial na dimensão dos Cursos e Programas de Pós Graduação em Direito do Brasil.

Foram apresentados, e debatidos, dezenove trabalhos, da lavra dos mais diferentes juristas das mais diversas Universidades e/ou Faculdades de nosso país.

Foi incrível o nível dessas produções sobre as quais restou impossibilitado distinguir se seus autores seriam Professores, ou mestrandos ou doutorandos, tamanha a variedade dos temas abordados e, principalmente, a qualidade dos mesmos.

A começar pelo estudo da propriedade no contexto da Corte Interamericana de Direitos Humanos, seguido pela abordagem referente à cidadania, não como algo estanque, mas, sim, como um processo.

Na seara constitucional fomos todos aquinhoados com diversos trabalhos passando por um dos tópicos mais sintomáticos e de importância ímpar, como o é a dignidade da pessoa humana. A relação Direito e Poder consubstancia-se na visão da legitimidade democrática da jurisdição constitucional. Também os direitos políticos ganharam um capítulo quando da apresentação do texto sobre a iniciativa popular, prevista em diversos dispositivos constitucionais, e sua aparente ineficácia como um direito fundamental.

As questões de gênero – e suas desigualdades – vêm questionar a efetividade do direito fundamental à igualdade demonstrando que isso ainda não passa de quimera. O tema da igualdade reaparece no contexto dos critérios raciais que norteiam as ações afirmativas de

acesso às universidades no Brasil. Os tributos, com sua especificidade técnica, encontraram um nicho apropriado nesse Grupo de Trabalho sobre direitos e garantias fundamentais ao apresentar as peculiaridades de uma cidadania fiscal e seu exercício. O direito à moradia encontra aqui, um espaço para fundar-se na influência da estrutura fundiário do país para atingir sua plena consolidação. Fechando esse bloco, como não poderia deixar de ser, uma indagação se nos apresenta, qual seja, a da necessidade, ou não, de um Estado Ambiental para se atingir um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

A atuação do papel do Poder Judiciário não ficou de fora, bastando ver o estudo sobre a efetivação das políticas públicas relacionada à atuação da toga. Num momento de crise política, ética e moral por que passa o Brasil não poderíamos prescindir de artigo sobre as questões de transparência, direito e sociedade na busca de acesso às informações, sempre atrelado às práticas de 'transparência'.

Num mundo virtual, como o atual, não se poderia deixar de lado um estudo sobre a influência da internet na atuação dos tribunais frente ao tema do "esquecimento", como um direito fundamental.

A sociedade atual, no Brasil e alhures, passa por profundas transformações em sua trajetória evolutiva e os direitos sociais são um de seus mais basilares fundamentos, razão pela qual é de interesse vital o estudo sobre a segurança jurídica e a proibição de retrocesso social, aqui apreciado.

O cenário jurídico atual não pode mais ser encarado como gravitando em torno de si mesmo; faz-se necessária a integração com outros saberes. É o que nos traz o trabalho sobre a transdisciplinaridade entre Saúde e Direitos Fundamentais ao analisar a Lei dos 60 dias, em correlação com a Lei da "pílula do câncer". A conferir!

Por fim, coroando a qualidade dos temas já abordados, vemos com satisfação que direito e religião são peças integrantes do mesmo "lego" cultural, independente dos espaços geográficos em que se manifestam como bem o atesta a obra sobre neopentecostalismo, de verniz cristão, em relação com diversas outras manifestações religiosas que têm por matriz a realidade africana. Todavia, ainda nos infelicitamos com a intolerância incidente sobre a questão da restrição ao direito à liberdade religiosa.

Prof. Dr. Carlos Alberto Simões de Tomaz Fundação Universidade de Itaúna - UIT

Prof. Dr. Eloy Pereira Lemos Junior UNIVERSIDADE DE ITAÚNA - UIT

Prof. Dr. Rui Decio Martins - UNIMEP - Univ. Metodista de Piracicaba

DIREITO FUNDAMENTAL SOCIAL, SEGURANÇA JURÍDICA E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL.

FUNDAMENTAL SOCIAL RIGHT, LEGAL CERTAINTY AND PROHIBITION OF RETROGRESSION

Léa Maria Massignan Berejuk [1]

Resumo

Considerando a necessidade do ser humano por segurança e estabilidade, este estudo pretende analisar o instituto da segurança jurídica e a cláusula de proibição de retrocesso social, como salvaguarda dos direitos fundamentais. Com base no princípio da dignidade humana consagrado na Constituição Federal de 1988, nas determinações constitucionais e nas posições doutrinárias pátrias, o estudo tem enfoque na proteção dos direitos fundamentais sociais e na necessidade de garantia das conquistas sociais, que, eventualmente, possam ser ameaçadas por leis infraconstitucionais ou atos administrativos, alterando ou reduzindo o conteúdo essencial dos direitos fundamentais, portanto, violando direitos assegurados constitucionalmente e promovendo insegurança jurídica.

Palavras-chave: Direito fundamental social, Dignidade humana, Segurança jurídica, Proibição de retrocesso social

Abstract/Resumen/Résumé

Considering the human needs of security and stability, this study aims to analise the legal certainty institute and the provision of social retrogression ban, as safeguards of fundamental rights. Based on the principle of human dignity enshrined in the Federal Constitution of 1988, the constitutional provisions and the doctrinal homelands positions, the study has focused on the protection of fundamental social rights and the need to guarantee the social achievements that eventually could be threatened by infraconstitutional laws or administrative acts by changing or reducing the essence of the fundamental rights, thus violating constitutionally guaranteed rights and promoting legal uncertainty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Fundamental social rights, Human dignity, Legal certainty, Prohibition of social retrogression

---

[1] Mestranda na área de concentração “Direitos Fundamentais e Democracia”, do programa de mestrado do Centro Universitário Autônomo do Brasil-Unibrasil.

INTRODUÇÃO

Faz parte da natureza humana a busca por estabilidade, seja material, física ou espiritual. Para alcançar tais objetivos, o homem concentra suas aptidões e esforços em busca de realizações que lhe proporcionem segurança. A falta desse elemento causa fragilidade, vulnerabilidade, dependência e incertezas. Nesse sentido, pode-se dizer que é característico do ser humano a busca por segurança material e imaterial, e, em grande medida, essa busca reflete o desejo de viver dignamente.

Considerando que para bem viver o ser humano tem necessidades a ser satisfeitas que lhe permitam um mínimo indispensável para uma existência digna, a Constituição Federal de 1988, consagrou o princípio da dignidade humana como pilar de sustentação e base dos direitos fundamentais, contemplando também os direitos sociais, ao determinar o dever estatal na prestação de atendimento aos que não têm como prover suas necessidades mais elementares.

Dessa forma, dirigindo seus objetivos para a concretização da dignidade da pessoa humana, os direitos fundamentais sociais impõem ao Poder Público o dever na prestação de bem estar como saúde, educação, segurança entre outros, com o objetivo de reduzir as desigualdades e promover desenvolvimento e uma sociedade justa e fraterna. Vislumbra-se com clareza, que a Carta Magna se preocupou com o ser humano em uma dimensão ampla, e nesse sentido, a segurança está intimamente relacionada com a dignidade e a efetivação dos direitos fundamentais sociais.

Com um olhar especial para aqueles que dispõem de menos condições materiais para suprir suas carências, os direitos sociais são frutos de conquistas históricas que necessitam ser preservadas e respeitadas. Dada importância dessa matéria, a Constituição determinou, implicitamente, a vedação de retrocesso social por leis infraconstitucionais que possam restringir ou suprimir os direitos fundamentais, com o fim de assegurar o núcleo essencial desses direitos, e garantir segurança jurídica para todos.

Nessa perspectiva, este estudo pretende verificar os direitos fundamentais sociais sob a ótica da dignidade humana, bem como o dever constitucional do Estado na prestação de bem estar ao cidadão; analisar a segurança jurídica e a cláusula da

proibição de retrocesso social, como instrumento de proteção ao núcleo essencial dos direitos constitucionais. Portanto, a vinculação entre direitos fundamentais sociais, garantidores da vida com dignidade, o direito à segurança jurídica assegurado constitucionalmente, e a cláusula de vedação de retrocesso social como garantia de proteção desses direitos e salvaguarda da segurança jurídica, constituem o objetivo desse estudo.

1 O Direito Fundamental Social na Constituição de 1988

1.1 Dignidade e direitos fundamentais

A Constituição Federal de 1988 elegeu, expressamente, no artigo 1º, inciso III, o princípio da dignidade humana, consagrando o princípio basilar e estruturante da Carta Magna e da República, com reflexos que se espraiam por todo o ordenamento jurídico pátrio.

Ao eleger a dignidade humana como um dos fundamentos da Constituição, coloca o homem no centro do ordenamento jurídico em uma perspectiva ampla, impondo a garantia do respeito e de proteção ao cidadão, consagrado pelos direitos fundamentais, e determinando a obrigação e o dever do Poder Público no atendimento às necessidades indispensáveis para uma vida digna, e não é por outro motivo que é chamada Constituição cidadã.

No entanto, ainda que muito se expresse, a doutrina reconhece que não há um conceito único sobre dignidade, sendo quase impossível a definição, no entanto, algumas reflexões induzem à compreensão do significado do termo. Numa visão kantiana, Maria Celina Bodin de Moraes (MORAES, 2003, p.110-113) entende que, "para distinguir os seres humanos, diz-se que detém uma substância única, uma qualidade própria comum unicamente aos humanos: 'uma dignidade' (grifo da autora) inerente à espécie humana". Conforme Kant expressou, "no mundo social existem duas categorias de valores: o preço e a dignidade. Enquanto o preço representa um valor exterior (de mercado), a dignidade representa um valor interior (moral) e é de interesse geral". Assim, resume a autora: "as coisas têm preço; as pessoas, dignidade".

Ingo Wolfgang Sarlet propõe uma conceituação jurídica da dignidade da pessoa humana, que compreende: "[...] a qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres

fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano". Para o autor, a dignidade "é a necessidade de garantir o suficiente a proporcionar ao cidadão as "condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres" (SARLET - a, 1988, p. 60).

De acordo com Jorge Reis Novais (NOVAIS, 2015, p. 69), é na medida em que se afirmam direitos fundamentais, concebidos historicamente como produto da alteração das condições sociais, que surge num Estado democrático de Direito a necessidade de se proporcionar a sua efetivação, como forma de concretização da dignidade humana. Dessa forma, é no reconhecimento de igual dignidade para todos, e, "[...] porque, no relacionamento com os poderes públicos, a pessoa humana é elevada à condição de fim último justificador da própria existência do Estado, que as Constituições consagram um elenco de direitos fundamentais destinados a assegurar juridicamente a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos".

Portanto, conforme o autor observa (NOVAIS 2015, p. 70), "é através do reconhecimento da sua dignidade que a pessoa se alça à qualidade de sujeito jurídico". Nessa perspectiva, a dignidade humana, mais do que um direito, ou mais do que uma garantia jurídica, é considerada como um "verdadeiro direito originário a ter direitos" (grifo do autor). Firma-se, assim, o entendimento de que o Estado não dispõe dos direitos fundamentais, mas antes, cabe-lhe respeitar, garantir, proteger e promover o desenvolvimento como forma de concretizar a ideia de República fundamentada na dignidade da pessoa humana.

Alinha-se aqui o pensamento de Dürig (DÜRIG, apud NOVAIS, 2015, p.72), ao expressar que a dignidade da pessoa humana é a base em que assenta a República, representa o princípio fundamental na ordem dos valores que orienta o relacionamento jurídico entre Estado e indivíduo; portanto, "influi na conformação jurídica da natureza e do alcance dos direitos fundamentais".

Nesse contexto, pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é o "fundamento da consagração constitucional dos direitos fundamentais destinados a assegurar a autonomia, a liberdade e uma vida condigna a todos os cidadãos (incluindo-se potencialmente nesse elenco os direitos de liberdade, de igualdade, de participação política e os direitos sociais)". Portanto, se o Estado reivindica para si a qualificação de

Estado de Direito, todo o poder público fica vinculado juridicamente, e obrigado a respeitar e a observar os direitos fundamentais (NOVAIS, 2015, p. 73).

Nessa perspectiva, a dignidade da pessoa humana representa, portanto, a gênese do sistema dos direitos fundamentais, e, "reciprocamente, cabe aos direitos fundamentais concretizar, desenvolver e garantir a vinculação do Estado e dos poderes públicos ao comando constitucional" (NOVAIS, 2015, p. 75). Dessa forma, entende-se o fundamento da responsabilidade estatal para o bem estar do cidadão e o dever de promover os direitos fundamentais sociais.

1.2 Direitos Fundamentais Sociais: Direitos prestacionais

Conforme ensinamentos de J. J. Gomes Canotilho, "[...] como são um elemento constitutivo do Estado de Direito, os direitos fundamentais são um elemento básico para a realização do princípio democrático [...] coenvolve a abertura do processo político no sentido da criação de direitos sociais, econômicos e culturais, constitutivos de uma democracia econômica, social e cultural" (CANOTILHO, 2003, p. 290).

Para José Afonso da Silva, "o qualificativo 'fundamentais' (grifo do autor) indica situações jurídicas sem as quais a pessoa humana não se realiza, não convive e, às vezes, nem sempre sobrevive [...] no sentido de que a todos, por igual, devem ser, não apenas formalmente reconhecidos, mas concreta e materialmente efetivados" (SILVA, 2000, p. 182). Dessa forma, diz-se que "[...] os direitos sociais, são a dimensão dos direitos fundamentais do homem" (SILVA, 2000, p. 289).

Conforme Canotilho pontua, os direitos sociais decorrem da consagração como "autênticos direitos subjectivos inerentes ao espaço existencial do cidadão", com a mesma dignidade subjetiva dos direitos de liberdade, e lhe conferem a prerrogativa de exigir as prestações institucionais necessárias para a concretização dos direitos reconhecidos na Constituição (CANOTILHO, 2003, p. 476 ss).

Cumpre observar que os direitos sociais, surgidos como resposta à necessidade de assegurar a liberdade real, dependem de ações positivas de intervenção do Estado, e não somente de abstenção. A esse respeito, Ingo W. Sarlet observa que os direitos sociais abrangem tanto direitos prestacionais (positivos) quanto defensivos (negativos), o que evidencia o dever de atuação positiva do Estado – tanto pelo dever de implementação e a garantia de proteção e segurança social ao cidadão, como

instrumento para assegurar um patamar mínimo de condições para uma vida digna (SARLET-b, 2006, p. 555).

Dessa forma, a doutrina divide os direitos fundamentais em dois grandes grupos: direitos fundamentais de defesa e direitos fundamentais a prestações. Para esse estudo, interessam, sobretudo, os direitos prestacionais, que, por sua vez, além dos direitos de proteção, e direitos à participação na organização e procedimento, abarcam os direitos a prestações em sentido estrito, definidos como direitos fundamentais sociais, ou seja, direitos a prestações materiais sociais (SARLET-c, 2007, p. 170 ss.).

Conforme Alexy destaca, "os direitos a prestações em sentido estrito são direito do indivíduo em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes no mercado, poderia também obter de particulares" [...] esses direitos geram um "dever estatal objetivo *prima facie* à realização de prestações". Nesse sentido, são direitos sociais, indistintamente, todos aqueles que dependem da providência estatal, ou seja, da ação positiva do Estado, a quem cabe assegurar prestações existenciais aos cidadãos (ALEXY, 2012, p. 499-501).

Considerando a duplicidade de caráter dos direitos fundamentais – porque são ao mesmo tempo um direito subjetivo e objetivo – vale ressaltar que o direito subjetivo confere ao cidadão um direito individual que impõe ao Estado o dever de assegurar esse direito, e, por sua vez, como direito objetivo, integra o ordenamento jurídico objetivo da coletividade (HESSE, 1988, p. 228).

Para Hans Peter Schneider (SCHNEIDER, apud SCHIER, 2011, p. 08), os direitos, liberdades e garantias fundamentais "não são compreendidos como 'concessões' estatais" (grifo do autor), e, sim, são deveres estatais constitucionalmente garantidos; assim sendo, os direitos a prestações em sentido estrito, exigem ações concretas dos poderes públicos, que consistem em prestações fáticas ou jurídicas, e são pertinentes ao Estado de Direito Democrático e Social (RAMOS, 2010, p. 57). Assim, "os denominados direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa, seja na dimensão prestacional, constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana" (SARLET-a, 2001, p. 92).

Sob esse prisma, os direitos fundamentais sociais positivos têm a função de assegurar, mediante prestações materiais, "a compensação das desigualdades sociais, proporcionando o exercício de liberdade e igualdade reais e efetivas, o que pressupõe um comportamento ativo do Estado, já que a igualdade material não se oferece

simplesmente por si mesma, devendo ser devidamente implementada" (SARLET-c, 2007 p. 202 e ss). Conforme Contreras Peláez manifesta: *"para los derechos sociales, la prestación estatal representa verdaderamente la sustancia, el núcleo, el contenido esencial del derecho […] la inexistencia de prestación estatal supone automáticamente la denegación del derecho (PELÁEZ, 1994, p. 21 apud ABRAMOVICH e COURTIS).*

Nesse sentido, Paulo Ricardo Schier destaca a expressão de Konrad Hesse (HESSE, apud SCHIER, 2011, p. 04), ao consignar que, "[...] é a partir dos direitos fundamentais (pois são os direitos vinculados à proteção do homem) que se deve compreender uma Constituição [...]; assim, são os direitos fundamentais que "justificam a criação e desenvolvimento de mecanismos de legitimação, limitação, controle e racionalização do poder".

Entretanto, levando em conta que a ambiguidade da norma transfere ao legislador ordinário a tarefa (o dever constitucional) de concretizar o direito fundamental, e somente após essa intervenção legislativa a prestação devida pelo destinatário torna-se exigível, diz-se que "os direitos sociais prestacionais carecem de decisões legislativas". Por essas razões, é inviável precisar, em nível constitucional, o conteúdo e alcance da prestação dos direitos sociais (SARLET, 2007, p. 327).

Nesse sentido, observa-se que "o Poder Legislativo não pode, livremente, negar a Constituição. É por isso que a restrição de direitos fundamentais possui limites materiais e formais, internos e externos" (ALEXY, apud SCHIER, 2011, p. 08). De acordo com Paulo Ricardo Schier, é esse o motivo de "não existir cláusula geral de restrição dos direitos fundamentais, pois do contrário eles substanciariam benesses políticas do Parlamento e se condicionariam às suas oscilações [...] afinal, os direitos fundamentais nascem como espécie de limite (e legitimação) da atuação estatal" (SCHIER, 2011, p. 08). Conforme o autor pontua**,** "a Constituição autoriza que lei (infraconstitucional) restrinja o interesse particular, em determinadas situações, em favor do interesse público, mas sempre se pautando pela razoabilidade, proporcionalidade, observando a proibição do excesso e preservação do núcleo essencial" (SCHIER, 2001, p. 09).

2 Segurança Jurídica

2.1 Direitos fundamentais, dignidade da pessoa humana e segurança jurídica

J. J. Canotilho, ao se referir ao princípio geral da segurança jurídica, assim manifesta: "o homem necessita de segurança para conduzir, planificar e conformar autônoma e responsavelmente a sua vida. Por isso, desde cedo se consideram os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança como elementos constitutivos do Estado de Direito" (CANOTILHO, 2003, p. 257).

É importante ressaltar, de acordo com Clèmerson Merlin Clève e Bruno Menezes Lorenzetto, que a Constituição, o Estado Democrático e a República requerem alguma estabilidade, assim, "a Constituição não condensa apenas a vontade de seus mentores [...] é um projeto a ser realizado por várias gerações". Em outras palavras, entende-se que a Constituição não é imutável, e por isso mesmo, ela é o "resultado da adequada gestão da recorrente tensão entre permanência e mudança" (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 174).

Assim, estando o ordenamento jurídico suscetível a mudanças, observa-se que "o próprio sistema constitucional e suas cláusulas pétreas podem estar abertos, em certo grau, para mutações constitucionais" (SOUZA NETO e SARMENTO, apud CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 356); portanto, em relação ao chamado núcleo duro dos direitos constitucionais, abre-se a discussão a respeito da segurança jurídica, uma vez que esse princípio diz respeito à estabilidade e permanência (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 356).

Nessa perspectiva, Ingo Wolfgang Sarlet realça que, num Estado que se intitule Estado de Direito, a estabilidade nas relações jurídicas constitui um valor fundamental, assim, o direito à segurança, reconhecido desde a Declaração dos Direitos Humanos de 1948, passou a constar também nos principais documentos internacionais, em Constituições modernas, e na Constituição brasileira de 1988, como se verifica em vários dispositivos dos direitos fundamentais, a exemplo o artigo 5º, caput (SARLET- e, 2008, p. 02).

Dessa forma, conforme o autor, no que tange à efetividade e eficácia dos direitos fundamentais, e, sobretudo, "a efetividade dos direitos que lhe são assegurados pela ordem jurídica, já integra, de certo modo, um direito à segurança" (SARLET- e, 2008, p. 02). Nesse sentido, reporta-se ao núcleo essencial dos Direitos Fundamentais[1].

[1] Cf. J. J. Gomes Canotilho, "a ideia fundamental deste requisito é aparentemente simples: existe um núcleo essencial dos direitos, liberdades e garantias que não pode, em caso algum, ser violado". (CANOTILHO, 2003, p. 458).

Considerando um contexto marcado por incertezas, e indicador de insegurança, "no direito constitucional brasileiro a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental, em sentido formal e material" (SARLET-e, 2008, p. 06).

Clèmerson Merlin Clève e Bruno Menezes Lorenzetto observam que "a segurança jurídica, direito fundamental e princípio constitucional, é uma das razões de ser do Estado", e, portanto, não se pode admitir que qualquer órgão público atue em desconformidade com suas exigências ou pretenda eximir-se da tarefa de protegê-la (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 183). Na expressão de Carlos Aurélio Mota de Souza, a segurança jurídica "é um valor primordial do Direito, especialmente quando este preside o Estado Democrático, razão pela qual se justifica todo empenho em estruturar esquemas para sua garantia no campo jurídico" (SOUZA, 1996, p. 102).

Considerando que a própria Constituição prevê algumas possibilidades de mutações, há que se respeitar os limites impostos pelas cláusulas pétreas, e qualquer interferência nesse núcleo da Constituição, representaria "uma ruptura institucional"; busca-se, portanto, o princípio da segurança jurídica que prestigia a estabilidade e a permanência (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 183).

Admitindo-se a possibilidades de alterações e interpretações de leis, ou mesmo mudanças por atos administrativos, nas reflexões de Judith Martins Costa, "o ordenamento jurídico, tal qual a vida, equilibra-se entre os polos da segurança (na abstrata imutabilidade das situações constituídas) e da inovação" (COSTA, 2014, p. 110-120). Dessa forma, considerando que na relação entre tempo e direito, o princípio da segurança jurídica significa "um espaço de retenção, imobilidade, continuidade e permanência, a segurança jurídica vai ao encontro do cidadão para não ser apanhado de surpresa por modificações ilegítimas na linha de conduta da Administração Pública, ou por lei posterior, ou modificação na aparência das formas jurídicas" (COSTA, 2014, p. 110-120).

Nessa perspectiva, a segurança jurídica "exige um conjunto normativo apto a solucionar controvérsias judiciais e, mais do que isso, uma arquitetura institucional" que proporcione decisões justas; portanto, é possível reconhecer uma dimensão material ou valorativa na segurança jurídica, "que a qualifica como um instrumento a serviço do cidadão para o controle da atuação do Poder Público". Entende-se, pois, que qualquer pretensão de tensão entre mudança e permanência terá, necessariamente, que atender às

exigências da segurança jurídica, obrigando os poderes públicos a obedecer tais condições (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 184).

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet pontua, "o reconhecimento, a eficácia e a efetividade do direito à segurança cada vez mais assume papel de destaque na constelação dos princípios fundamentais", e nessa perspectiva, proporciona a garantia de uma relativa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica, que se reflete tanto em projetos de vida do cidadão, como na sua realização. Portanto, a ideia de segurança jurídica "encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana" (SARLET-e, 2008, p. 06).

2.2 As dimensões objetiva e subjetiva da segurança jurídica

De acordo com Clève e Lorenzetto, a segurança jurídica apresenta-se em duas dimensões. A dimensão objetiva compreende os limites à retroação, e procura proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada, na conformidade do artigo 5º, XXXVI da CF. Por sua vez, a dimensão subjetiva diz respeito à proteção e confiança dos indivíduos aos atos, procedimentos e condutas da atividade estatal (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 185).

A dimensão objetiva refere-se à certeza e à previsibilidade, mas tem reflexos na subjetividade do cidadão por abarcar a ideia de 'proteção da confiança' (grifos dos autores)" (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p.186), ou seja, de acordo com José Adércio Leite Sampaio, "o aspecto subjetivo é a 'exigência do direito', tanto no sentido da previsibilidade quanto da garantia das liberdades e dos direitos individuais, especialmente aqueles de cunho patrimonial" (SAMPAIO, 2005, p. 03). Portanto, as esferas de proteção da segurança objetiva e subjetiva têm uma relação de complementaridade.

Decorrentes da dimensão objetiva estão a segurança na orientação e na aplicação. A segurança na orientação estabelece três exigências a serem cumpridas, a saber: a existência de uma norma jurídica, existência de uma norma anterior e a pretensão de previsibilidade da norma. Já a aplicação, em essência, refere-se ao adequado cumprimento da norma jurídica por seus destinatários, o que exige racionalidade na aplicação, ou seja, o impedimento de arbitrariedades – seja formal, no sentido de subordinação à lei, seja no aspecto material, no desrespeito ao direito do cidadão (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 186-187).

No que tange à dimensão subjetiva da segurança jurídica, impõe-se o princípio da confiança, na defesa da proteção dos cidadãos diante de mudanças nas jurisprudências dos tribunais, no intuito de proteger fatos passados, e da mesma forma, diz respeito à confiança que mantém o liame entre governantes e governados (CLÉVE e LORENZETTO, 2016, 186-187).

Para Judith Martins Costa trata-se do crédito social, ou seja, fundamenta-se numa confiança racional constantemente renovada. Nessa perspectiva, a confiança é mais do que o apelo à segurança da lei e até mais que a boa fé, trata-se de expectativa legítima da proteção da personalidade humana, de acordo com a lei (COSTA, 2014, p. 116).

Nesse sentido, vale ressaltar que existem limites a serem observados e o princípio da boa-fé, hoje amplamente admitido no ordenamento pátrio, implica o respeito a um direito fundamental de cunho principiológico, e a sua tutela impõe as consequências geradas pela quebra da confiança (CLÈVE e LORENZETTO, 2016, p. 190-191).

Considerando que a lei não é uma opção, mas um marco civilizatório, é importante ressaltar que, na possibilidade de mutações informais da Constituição, seja pela via legislativa infraconstitucional, via jurídica nas interpretações jurisprudenciais, ou ainda, na via da Administração Pública por atos e condutas, é imprescindível reconhecer que existem limitações às alterações, de forma a proteger o cidadão de eventuais arbítrios que possam gerar reflexos e ofensas na esfera dos direitos fundamentais.

Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet observa que o direito à segurança visa à proteção do direito fundamental contra atos do poder público e de outros particulares, num autêntico Estado de Direito (SARLET-e, 2008, p. 05); a dignidade só estará protegida e respeitada na medida em que for possível "confiar em um mínimo de estabilidade e nas instituições sociais estatais, (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas" (SARLET-e, 2008, p. 07).

Cabe ressaltar que um autêntico Estado de Direito é sempre, também, em tese, um Estado de segurança jurídica (SARLET-e, 2008, p. 03). Nesse sentido, Celso Antonio Bandeira de Mello consigna que "o princípio da segurança jurídica é da

essência do próprio Direito" e num Estado Democrático de Direito, integra o sistema constitucional como um todo (MELLO, 2003, p. 112 ss).

3 Segurança Jurídica e proteção aos direitos fundamentais

3.1 A cláusula de proibição de retrocesso social: algumas considerações

Inaugurando esse tópico, é importante mencionar, na expressão de Ingo Wolfgang Sarlet, que "a problemática da proibição de regresso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica" (SARLET-c, 2007, p. 440). Conforme J. J. Canotilho expressa, "a mudança ou alteração frequente das leis (de normas juridicas) pode perturbar a confiança das pessoas, sobretudo quando as mudanças implicam efeitos negativos na esfera jurídica dessas mesmas pessoas" (CANOTILHO, 2003, p. 257).

Assim, no intuito de proteger eventuais excessos e retrocessos em matéria de direitos fundamentais, é que se reconhece o instrumento denominado pela doutrina de princípio da vedação do retrocesso social, e é na esfera dos direitos sociais – devido à intensa atuação do legislador infraconstitucional no sentido de regulamentação e implementação – onde problemas se apresentam com maior intensidade (SARLET-e, 2008, p. 03).

Nesse sentido, para Felipe Derbli, a proibição de retrocesso social consiste na "vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina infraconstitucional de um direito fundamental social" (DERBLI, 2007, p. 196); conforme Luís Roberto Barroso, "a questão a que se põe é a da revogação pura e simples da norma infraconstitucional, pela qual o legislador esvazia o comando constitucional, exatamente como se dispusesse contra ele diretamente" (BARROSO, 2004, p. 380).

Ingo Wolfgang Sarlet defende que a cláusula da proibição de retrocesso "abrange toda e qualquer forma de conquistas sociais, mesmo quando realizadas exclusivamente no plano infraconstitucional, que diretamente concretiza os princípios da Justiça e do Estado Social", e, ao lado do Estado de Direito e do princípio democrático, "encontra respaldo na Constituição". Para o autor, a proibição de retrocesso não se manifesta apenas no âmbito dos direitos fundamentais sociais, uma vez que deriva da proteção conferida aos direitos adquiridos em geral, e, portanto, também à proteção outorgada pelas cláusulas pétreas da Constituição (SARLET-e, 2008, p. 11).

No entanto, forçoso reconhecer que é particularmente no âmbito dos direitos sociais – devido à necessidade de proteção, e, também, de uma constante adequação dos níveis de segurança social, sempre suscetível às mutações da realidade social e econômica – que "se manifesta com particular agudeza"; considerando que a humanidade anseia por segurança e justiça sociais, ou seja, por direitos sociais efetivos (SARLET-e, 2008, p. 14), afirma-se que "um dos maiores desafios e tarefas do Estado brasileiro é a manutenção dos direitos fundamentais sociais" (FILETI, 2009).

Nessa perspectiva, a questão da proteção das conquistas sociais permanece no centro das atenções, uma vez que toca diretamente na concretização dos direitos fundamentais, razão pela qual surge o questionamento: "como e em que medida esses direitos sociais podem ser assegurados contra uma supressão ou restrição". É perceptível que a realidade dos direitos sociais impõe a proibição de retrocesso social, daí a necessidade de um tratamento constitucionalmente adequado (SARLET-e, 2008, p. 14-15).

3.2 A cláusula da proibição de retrocesso social: fundamentos Jurídicos

A cláusula da proibição de retrocesso social, conforme Narbal Antônio Mendonça Fileti destaca, encontra-se mais desenvolvida em países como Alemanha, Itália e Portugal, e tem suporte nas lições de J. J. Canotilho (FILETI, 2009). Na leitura de Ingo Wolfgang Sarlet, para o constitucionalista português os direitos fundamentais sociais, após a concretização em nível infraconstitucional, passam à condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e adquirem uma garantia institucional, desse modo, não se encontram mais na esfera de disponibilidade do legislador, e, consequentemente, não poderão mais sofrer restrições ou supressões (CANOTILHO, apud SARLET-e, p. 15).

Em Portugal, o paradigmático acórdão[2] do Tribunal Constitucional, reconheceu a existência do princípio da proibição de retrocesso ao declarar a inconstitucionalidade de lei infraconstitucional que revogava parte da lei que instituía o Serviço Nacional de Saúde daquele País. O Conselheiro Vital Moreira, então relator, entendeu que a lei que instituiu o SNS era um meio de realização do direito fundamental de proteção à saúde, consagrado na Constituição portuguesa. Em síntese, em defesa dos

[2] Cf. Tribunal Constitucional Português, Acórdão n. 39/1984.

direitos sociais, o relator desenvolveu os argumentos da proibição de retrocesso social, afirmando a inconstitucionalidade do decreto-lei, objeto da discussão (FILETI, 2009).

No Brasil atribui-se a José Afonso da Silva o pioneirismo desse princípio. Para esse constitucionalista, as normas definidoras de direitos sociais seriam normas de eficácia limitada e ligadas ao princípio programático, que exigem a intervenção legislativa infraconstitucional para a sua concretização; dessa forma, vinculam os órgãos estatais e demandam uma proibição de retroceder na concretização desses direitos. Portanto, o entendimento de que o autor, "ainda que indiretamente, admite a existência do princípio da proibição constitucional de retrocesso social" (DERBLI, 2007, p. 166-167).

Tratando das normas programáticas, na lição de José Afonso da Silva, são em grande parte definidoras de direitos sociais, e com base na doutrina de J. J. Canotilho, "são direitos originários a prestações fundados na Constituição e não direitos a prestações derivados na lei"; dessa forma, "os direitos subjetivos a prestações, mesmo quando não concretizados, existem para além da lei por virtude da Constituição, podendo ser invocados judicialmente contra as omissões inconstitucionais" (SILVA, J A., 2009, p. 145). A doutrina brasileira, com sustentação em vários autores[3] que tratam dessa matéria, reconhece a existência do princípio da proibição de retrocesso social no sistema jurídico constitucional pátrio (FILETI, 2009).

Na jurisprudência brasileira, verifica-se que o STF proferiu o primeiro acórdão na ADI n. 2.065-0-DF, em que se debatia a extinção do conselho Nacional de Seguridade Social e dos Conselhos de Estaduais e Municipais de Previdência Social. Registra-se que, apesar de o STF não ter conhecido da ação por entender ter havido ofensa apenas reflexa à Constituição, repercutiu o voto do relator originário Ministro Sepúlveda Pertence, que admitia a inconstitucionalidade de lei que simplesmente revogava lei anterior, necessária à eficácia plena de norma constitucional e reconhecia uma vedação genérica ao retrocesso social, decisão que fundamentou outras que seguiram essa linha (FILETI, 2009).

De acordo com Felipe Derbli, com base na teoria de Humberto Ávila, "princípios são normas jurídicas de conteúdo finalístico destinadas a promover um

[3] Cf. Narbal Antônio Mendonça Fileti menciona: Lenio Luiz Streck, Luís Roberto Barroso, Ana Paula de Barcellos, Luiz Edson Facchin, Juarez Freitas, Suzana Toledo de Barros, Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, José dos Santos Vicente Mendonça, Ingo Wolfgang Sarlet e Felipe Derbli,. FILETI, op. cit.

estado de coisas, e, portanto, dotadas de caráter prospectivo"; nesse sentido, a proibição de retrocesso social possui inquestionável natureza de princípio, pois exibe um elemento de finalidade, traduzido na garantia "do nível de concretização dos direitos fundamentais sociais e permanente imposição constitucional, de desenvolver essa concretização" (DERBLI, 2007, p. 200).

Nessa linha, o princípio apresenta conteúdo positivo, ou seja, o dever do legislador em manter, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais. Assim, a proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção "do *status quo,* antes significando também a obrigação de avanço social" (DERBLI, 2007, p. 202). Nesse sentido, vale dizer que também se constata a existência de medidas retrocessivas que não chegam a ter caráter retroativo, uma vez que não atingem situações anteriores (SARLET-e, 2008, p. 11).

No entanto, conforme Felipe Derbli ressalta, em se tratando de caráter primariamente prospectivo, conforme Ávila, "não é possível avaliar qual comportamento é adequado à realização de um estado de coisas [...] sem considerar o já conquistado". Logo, se reconhece o caráter restrospectivo do princípio (DERBLI, 2007, p. 201).

Sob esse prisma, o conteúdo negativo do princípio da proibição de retrocesso social, impõe ao legislador ao elaborar atos normativos, o dever de se ater a não suprimir ou não reduzir de modo desproporcional ou desarrazoado, o grau de densidade normativa que a Constituição conferiu aos direitos fundamentais. Nesse sentido, trata-se de "um princípio constitucional com caráter retrospectivo, na medida em que protege a restrição ou supressão de situações jurídicas, ou estado de coisas já conquistadas" (DERBLI, 2007, p. 201-202).

Em resumo, conforme Felipe Derbli expõe, a particularidade do princípio da proibição de retrocesso está na prevalência do caráter negativo da sua finalidade, ainda que exista o dever do legislador em, progressivamente, ampliar a concretização dos direitos fundamentais, dentro das possibilidades fáticas e jurídicas (DERBLI, 2007, p. 202). Concretamente, poder-se-ia imaginar, uma lei que viesse a revogar, por exemplo, a Lei n.º 1.533/51, que disciplina o rito do mandado de segurança (art. 5º, LXIX, da CF); nesse caso, estaria violando frontalmente um direito fundamental assegurado constitucionalmente.

Em resumo de Narbal Antônio Mendonça Fileti, entende que o princípio da proibição de retrocesso social se materializa na Constituição de 1988, em decorrência do princípio do Estado Social e Democrático de Direito (art. 5º, caput), da dignidade da pessoa humana, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de Direitos Fundamentais (at. 5º, p. 1º), da segurança jurídica e proteção da confiança, do valor social do trabalho e da valorização do trabalho humano, e vai ao encontro dos objetivos constitucionais na redução das desigualdades sociais, na construção de uma sociedade solidária e na busca pela justiça social (FILETI, 2009).

Por último, importante ressaltar que o conteúdo do princípio da proibição de retrocesso social está na possibilidade de reconhecimento do grau de vinculação do legislador, e, "também, dos demais órgãos estatais, uma vez que medidas administrativas e decisões judiciais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção da confiança às determinações constitucionais dos direitos sociais". Nesse sentido, Ingo Wolfgang Sarlet pontua, "os órgãos estatais não podem, em qualquer hipótese, suprimir pura e simplesmente direitos sociais, ou restringir os direitos sociais de modo a invadir o seu núcleo essencial, ou, ainda, atentar contra as exigências da proporcionalidade e de outros princípios constitucionais" (SARLET-e, 2008, p.25).

Nesse sentido, pertinentes as reflexões de Clèmerson Merlin Clève, ao expressar que, "sob a égide da Constituição Federal de 1988, o Estado, espaço político por excelência, haverá de ser compreendido como uma espécie de ossatura institucional desenhada pelo Constituinte para satisfazer os princípios, objetivos e direitos fundamentais através da atuação do Legislativo". E nessa perspectiva, incumbe ao Executivo desenvolver políticas públicas voltadas para a concretização dos dispositivos constitucionais, onde se incluem os direitos prestacionais de saúde, educação, entre outros (CLÈVE, 2011, p. 99).

3.3 A relativização da cláusula da proibição de retrocesso: reflexões pontuais

Das reflexões colhidas acima, sem descuidar da relevância da proteção dos direitos fundamentais, sobretudo os sociais, forçoso admitir, de acordo com Ingo Wolfgang Sarlet, que a dinâmica das relações sociais e econômicas, sobretudo na questão da segurança social na via de prestações sociais, demonstra "não ser viável uma vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais"(SARLET-e, 2008, p. 28).

No entanto, é imprescindível ressaltar a imposição de resguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, constitucionalmente assegurado, de alguma medida retrocessiva. Da mesma forma, é de vital importância a proteção do princípio da dignidade humana no que tange aos direitos sociais prestacionais, considerando aqui o conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, diretamente ligado aos direitos fundamentais; nesse sentido, "afetar o cerne material da dignidade da pessoa continuará sempre sendo uma violação injustificável do valor (e princípio) máximo da ordem jurídica e social" (SARLET-e, 2008, p. 29-30).

Também é importante considerar, que a proibição de retrocesso consiste numa proteção adicional outorgada pela ordem jurídico-constitucional, que vai além da proteção tradicional dos institutos do direito adquirido, da coisa julgada, bem como das vedações específicas de medidas retroativas; portanto, levando em conta as diferenças entre atos de natureza retroativa e medidas prospectivas, não é possível conferir o mesmo tratamento a todas as situações (SARLET-e, 2008, p. 29-30).

Sobre esse tema, Luís Roberto Barroso se manifesta: "por esse princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regular um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido" (BARROSO, 2009, p. 152).

Por outro lado, da mesma forma que se defende a não outorga do legislador dispor livremente do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, não se pode desconsiderar o fato de que não é possível retirar do legislador a tarefa que lhe cabe, constitucionalmente. Nesse sentido, a posição de José Carlos Vieira de Andrade é mais cautelosa, por entender que a proibição de retrocesso social não pode ser encarada como uma regra, pois poderia comprometer e afetar a função do legislador como órgão de execução das decisões constitucionais (ANDRADE, 1987, p. 307-309).

Outra questão que se levanta é que na aplicação dessa teoria, que protege os direitos sociais individuais para preservar interesses públicos relevantes, poderia levar a uma proteção maior dos direitos sociais em relação aos direitos de liberdade (KRELL, apud SARLET-e, 2008, P. 26).

Nesse sentido, verifica-se a necessidade da aplicação da ponderação em cada caso concreto, quando estiver em questão uma medida retrocessiva, semprese

pautando pela razoabilidade e proporcionaliade; nesse sentido, conforme reflexão de Juarez Freitas, importa optar, sempre, pela melhor resposta hermenêutica, pela solução mais compatível com a dignidade da pessoa humana (FREITAS, 1995, p. 207 ss).

Nessa perspectiva, "há um dever conexo e absoluto de motivação (justificação) como pressuposto indispensável para a legitimação do procedimento pelo Poder Público"; destaca-se aqui a importância do princípio da proporcionalidade, bem como o princípio da isonomia, que devem necessariamente ser considerados quando está em causa a proibição de retrocesso social (SARLET-e, 2008, p.33-35).

Outro ponto relevante a considerar é o que diz respeito ao mínimo existencial, intrinsecamente ligado à vida digna, que, na hipótese de ser desconsiderado, equivale à violação da dignidade da pessoa humana, portanto, é inconstitucional (SARLET-e, 2008, p. 33).

Considerando uma realidade em constante mudança social, econômica e política, e levando em conta que o direito acompanha a realidade, um dos principais desafios a ser enfrentado no âmbito da proibição de retrocesso, e a adequação de uma nova realidade entre direito à segurança social e jurídica, elementos fundamentais na ordem de valores do Estado Democrático de Direito. Nessa perspectiva entende-se que o correto manejo da proibição de retrocesso social na esfera dos direitos fundamenta sociais é ferramenta importante, que impõe a vinculação do legislador para a eficiente implementação e garantia dos direitos fundamentais, e a preservação da segurança jurídica (SARLET-e, 2008, p. 36).

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Verifica-se que os direitos fundamentais sociais, devido a mutações econômicas, sociais e políticas, podem sofrer alterações pela via legislativa, fato que gera reflexos nos direitos fundamentais, muitas vezes de caráter retrocessivo, e, consequentemente, causando insegurança jurídica. Com a finalidade de coibir excessos, assegurar os direitos fundamentais sociais e a segurança jurídica, entende-se que a cláusula de proibição de retrocesso social é um importante instrumento para preservar as conquista dos direitos fundamentais sociais.

No entanto, por se tratar de princípio, constata-se que não é absoluto; considerando que não se pode engessar a realidade, nem é possível usurpar o poder do legislador, e, admitindo-se a necessidade de leis infraconstitucionais para regulamentar

as normas constitucionais, faz-se necessário o uso da ponderação na aplicação desse princípio, para equilibrar o direito e a finalidade almejada, com racionalidade e proporcionalidade, preservando sempre o núcleo essencial dos direitos fundamentais.

Observa-se que no centro dessa discussão, em lugar de especial destaque, está a preocupação com a dignidade da pessoa humana, princípio basilar e estruturante do Estado Democrático de Direito, que necessita ser preservado acima de qualquer interesse. Tomando por empréstimo as palavras de Carmem Lúcia Antunes Rocha, "a dignidade corresponde ao coração do patrimônio jurídico-moral da pessoa humana", pode-se afirmar que, o conjunto de prestações básicas dos direitos sociais não deve ser suprimido ou reduzido para aquém do seu conteúdo em dignidade da pessoa humana, conforme determina a Constituição, uma vez que, afetando o conteúdo desse princípio basilar, configura-se violação injustificável de valor e princípio máximo da ordem jurídica e social, consagrada constitucionalmente.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABRAMOVICH, Victor; COURTIS, Christian. *Hacia La Exigibilidad de Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Estándares internacionales y Criterios de La Aplicación Ante Los Tribunales Locales*. Disponível em: http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf. Acesso em: 02 set. 2016.

ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio A. da Silva. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e Aplicação da Constituição*. 6 ed. revista, atualizada e ampliada. São Paulo: Saraiva. 2004.

_____. *O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas. Limites e Possibilidades da Constituição Brasileira.* 9. ed. Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina. 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin; LORENZETTO, Bruno Menezes. *Governo Democrático e Jurisdição Constitucional*. Belo Horizonte: Ed. Fórum, 2016.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais. In: BACELLAR Fº, Romeu Felipe; GABARDO, Emerson; HACHEM, Daniel Wunder (Coords.). *Globalização, Direitos Fundamentais e Direito Administrativo: Novas*

Perspectivas para o Desenvolvimento Econômico e Socioambiental. Belo Horizonte: Fórum. 2011.

COSTA, Judith Martins. *A Re-significação do Princípio da Segurança Jurídica na Relação entre o Estado e os Cidadãos:* a segurança como crédito de confiança. R. CEJ. Brasília, n. 27, out./dez. 2004, p. 10-120.

DERBLI, Felipe. *O Princípio da Proibição de Retrocesso social na Constituição de 1988.* Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007.

FILETI, Narbal Antônio Mendonça. *O Princípio da Proibição de Retrocesso Social.* Revista Jus Navigandi, Teresina, ano 14, n. 2059, 19 fev. 2009. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/12359>. Acesso em: 05 ago. 2016.

FREITAS, Juarez. *Interpretação Sistemática do Direito*. São Paulo: Malheiros, 1995.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo*. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

MORAES, Maria Celina Bodin. O Conceito de Dignidade Humana: substrato axiológico e conteúdo normativo. In: SARLET, Ingo Wolfgang (org). *Constituição, Direitos Fundamentais e Direito Privado*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

NOVAIS. A *Dignidade da pessoa Humana; Dignidade e Direitos Fundamentais.* V 1. Coimbra: Almedina, 2015.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. Direito Fundamental à Saúde na Perspectiva da Constituição Federal: uma análise comparada. *Revista Jurídica da Procuradoria Geral do Estado do Paraná.* Curitiba, n. 1, p. 53-92, 2010, p. 57. Disponível em: http://www.pge.pr.gov.br/arquivos/File/Revista_PGE_2010/04_O_direito_fundamental.pdf. Acesso em: 01 abr. 2016.

ROCHA, Carmem Lúcia Antunes. *O* Princípio da Dignidade da Pessoa Humana e a Exclusão Social. In: *Revista Interesse Público*, n. 4. 2000.

SAMPAIO, José Adercio Leite. *Direito adquirido e expectativa de direito*. Belo Horizonte: Del Rey, 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. (a) *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988.* Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. (b) Direitos Fundamentais Sociais. "Mínimo Existencial" e Direito Privado: breves notas sobre alguns aspectos da possível eficácia dos direitos sociais nas relações entre particulares. In: SARMENTO, Daniel, GALDINO Flávio. *Direitos Fundamentais:* estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2006.

_____. (c) A Eficácia dos Direitos Fundamentais. 7. ed. revista, atualizada e ampliada. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. (d) Proibição de Retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: Manifestação de um Constitucionalismo Dirigente e Possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*. Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 15, setembro/ outubro/novembro, 2008. Disponível em: <http://www.dieitodoestado. com.br/rere.asp>. Acesso em: 05 ago. 2016.

SCHIER, Paulo Ricardo**.** Ensaio sobre a supremacia do interesse público sobre o privado e o regime jurídico dos direitos fundamentais. *Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico (REDAE)*, Salvador, Instituto Brasileiro de Direito Público, nº 26, maio/junho/julho, 2011. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com/ revista/redae-26-maio-2011-paulo-schier. pdf>. Acesso em: 15 abr. 2016.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo. Teoria dos Direitos Fundamentais do Homem***.** 17. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

_____. *Aplicabilidade das Normas Constitucionais*. 7. ed. 3ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Carlos Aurélio Mota de. *Segurança Jurídica e Jurisprudência:* um enfoque filosófico-jurídico. São Paulo: LTr, 1996.