

**XXVII ENCONTRO NACIONAL DO
CONPEDI SALVADOR – BA**

**DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA
SOCIAL**

JOSÉ RICARDO CAETANO COSTA

ZÉLIA LUIZA PIERDONÁ

FELIPE FRANZ WIENKE

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. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás

Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais

Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul

Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI

Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro

Prof. Dr. Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina

Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo

Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)

Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:

Relações Institucionais

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará

Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM – Distrito Federal

Relações Internacionais para o Continente Americano

Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goiás

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo

Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul)

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina)

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul)

Dr. Caio Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais)

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos sociais, seguridade e previdência social [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFBA

Coordenadores: Felipe Franz Wienke; José Ricardo Caetano Costa; Zélia Luiza Pierdoná – Florianópolis: CONPEDI, 2018.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-619-2

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Direito, Cidade Sustentável e Diversidade Cultural

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVII Encontro Nacional do CONPEDI (27 : 2018 : Salvador, Brasil).

CDU: 34



XXVII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI SALVADOR – BA DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE E PREVIDÊNCIA SOCIAL

Apresentação

No Grupo de Trabalho DIREITOS SOCIAIS, SEGURIDADE SOCIAL E PREVIDÊNCIA SOCIAL foram apresentados artigos relacionados aos direitos sociais, em especial os de seguridade social (previdência, saúde e assistência social) e os trabalhistas. A discussão relativa aos mencionados direitos é essencial, não somente em face das reformas que têm alterado os direitos sociais, principalmente os trabalhistas e os previdenciários, como também em razão crise econômica, a qual, ao mesmo tempo que exige maior proteção social, compromete o seu financiamento.

Foram apresentados os seguintes trabalhos:

“A LIBERDADE DE NEGOCIAÇÃO NA ESFERA TRABALHISTA E O ESTADO CONTEMPORÂNEO”, de autoria de Fernando Rangel Alvarez dos Santos e Carlos André Coutinho Teles. O artigo analisa o reconhecimento das negociações coletivas a partir da Constituição Federal de 1988, especialmente no que respeita às alterações trazidas pela Lei nº 13.467/2017.

“A MULHER NA REFORMA TRABALHISTA: UMA ANÁLISE A PARTIR DA 'PROTEÇÃO' DOS DIREITOS”, As autoras, utilizando como base a CLT,

demonstram que as normas ditas protetivas são muitas vezes preconceituosas e discriminatórias.

“POLÍTICA PREVIDENCIÁRIA NA ECONOMIA GLOBALIZADA: CONSTITUIÇÃO COSMOPOLITA COMO GARANTIA DE REALIZAÇÃO DE DIREITOS SOCIAIS”, de autoria de Viviane Freitas Perdigão Lima e Renata Caroline Pereira Reis Mendes. O trabalho analisa o Programa de Revisão de Benefício por Incapacidade, não como eficiência estatal, mas como política de minimização do direito social à aposentadoria.

“A NECESSIDADE DE AJUSTES NA PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Zélia Luiza Pierdoná. A autora sustenta a necessidade de ajustes no subsistema previdenciário, a partir da análise dos gastos da União, de 2015 a 2017, com a previdência e com os demais subsistemas da seguridade social, bem como dos dados referentes às receitas de contribuições de seguridade social e de impostos federais, no mesmo período.

“A EFETIVIDADE DA DEMOCRACIA DIRETA NAS POLÍTICAS PÚBLICAS DE SAÚDE NO BRASIL COMO ALTERNATIVA À JUDICIALIZAÇÃO DA SAÚDE À LUZ DA BIOÉTICA”, de Rodrigo Gomes Flores e Maria Claudia Crespo Brauner. O trabalho examina os motivos da judicialização das questões relacionadas à saúde no Brasil, bem como demonstra a importância dos Conselhos de Saúde, como instrumento de democracia direta e como alternativa à judicialização da saúde.

“RETROCESSO DOS DIREITOS TRABALHISTAS ATRAVÉS DAS COOPERATIVAS DE TRABALHO”, de autoria de Everton Silva Santos e Mirta

Gladys Lerena Manzo de Misailidis. O artigo analisa as cooperativas de trabalho, seus princípios e requisitos para sua constituição e legalidade, em contraponto às “falsas cooperativas”.

“ANÁLISE CRÍTICA SOBRE A REFORMA TRABALHISTA: APONTAMENTOS DOS IMPACTOS DO CONTRATO INTERMITENTE E DA PEJOTIZAÇÃO NA APOSENTADORIA DO TRABALHADOR E NA ARRECADAÇÃO DA PREVIDÊNCIA SOCIAL”, de Samantha Caroline Ferreira Moreira e Cláudia

Mara de Almeida Rabelo Viegas. As autoras examinam a Lei 13.467/2017, avaliando os processos de pejotização, bem como os impactos e os reflexos deste processo no direito previdenciário.

“A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DE CRISE ECONÔMICA SOB A ÉTICA DA FRATERNIDADE”, de Adelaide Elisabeth

Cardoso Carvalho de Franca e Clara Cardoso Machado Jaborandy. O trabalho verifica a possibilidade de aplicação da vedação ao retrocesso social em tempos de crise econômica, utilizando os referenciais do constitucionalismo fraternal e da ética da responsabilidade.

“LEI 13.135/15 E REFORMA NO BENEFÍCIO DA PENSÃO POR MORTE: AFRONTA AO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO?”, de Juliana de Oliveira. A autora avalia as alterações legislativas trazidas pela Lei nº 13.135/15 na concessão do benefício previdenciário de pensão por morte e suas repercussões, sob a ótica do princípio da vedação do retrocesso.

“A BOA-FÉ OBJETIVA NA NEGOCIAÇÃO COLETIVA TRABALHISTA”, de autoria de Juliana Maria da Costa Pinto Dias. O artigo analisa os

desdobramentos da boa-fé, a qual assegura a proteção de ambas as partes durante a contratação, questionando a legitimação das entidades sindicais e o processo de judicialização que ocorre nestas demandas.

“PERTINÊNCIA DA SUSPENSÃO DA PRESCRIÇÃO QUINQUENAL AOS EMPREGADOS AFASTADOS POR ACIDENTE DO TRABALHO”, de Polyana

Arantes Machado Mendes e Ana Iris Galvão Amaral. As autoras avaliam a pertinência da suspensão da prescrição trabalhista no afastamento por acidente laboral, considerando a divergência existente, à luz da legislação ordinária vigente e dos ditames constitucionais de proteção aos direitos fundamentais.

“A PROTEÇÃO SOCIAL DA MULHER E A PENSÃO POR MORTE: BREVES CONSIDERAÇÕES SOBRE A REFORMA DE 2015”, autoria de Elizania

Caldas Faria. O artigo analisa, a partir dos fundamentos do Estado brasileiro, da dignidade da pessoa humana e do valor social do trabalho, os efeitos da Lei nº 13.135/2015, especialmente no que tange à proteção social das mulheres.

Prof. Dr. José Ricardo Caetano Costa – FURG

Profa. Dra. Zélia Luiza Pierdoná – UPM

Prof. Dr. Felipe Franz Wienke - FURG

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

**A VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL NO CONTEXTO DE CRISE
ECONOMICA SOB A ÉTICA DA FRATERNIDADE**

**THE SEAL OF SOCIAL RETROCESS IN THE CONTEXT OF ECONOMIC CRISIS
UNDER THE ETHICS OF FRATERNITY**

**Adelaide Elisabeth Cardoso Carvalho De Franca ¹
Clara Cardoso Machado Jaborandy ²**

Resumo

Este trabalho faz a análise da possibilidade de aplicação da vedação ao retrocesso social em tempos de crise econômica, como a que o Brasil vem enfrentando. Objetiva-se verificar até que ponto é possível reduzir políticas públicas necessárias à concretização de direitos sociais. Como meio de conter a subtração de direitos sociais conquistados por longos períodos de luta, pretende-se demonstrar a contribuição do constitucionalismo fraternal, fundamentado na ética da responsabilidade para a valorização dos fundamentos e objetivos constitucionais com o direito humano do trabalho. Para tanto analisam-se conceitos jurídicos a partir de uma crítica argumentativa por meio de referencial teórico.

Palavras-chave: Retrocesso social, Crise, Mínimo existencial, Fraternidade

Abstract/Resumen/Résumé

This paper analyzes the possibility of applying the fence to social regression in times of economic crisis, such as the one Brazil has been facing. The objective is to verify the extent to which it is possible to reduce public policies necessary for the realization of social rights. It is intended to demonstrate the contribution of fraternal constitutionalism, based on the ethics of responsibility for the valorization of constitutional foundations and objectives with the human right of work. For this, legal concepts are analyzed from an argumentative critique through theoretical reference.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Social retraction, Crisis, Existential minimum, Fraternity

¹ Mestranda do curso de Pós graduação da Universidade Tiradentes

² Doutora em Direito pela Universidade Federal da Bahia. Mestre em Direito pela Universidade Federal da Bahia. . Professora do Mestrado em Direitos Humanos da UNIT

1. INTRODUÇÃO

Em mundo globalizado, com intrincados feixes de inter-relacionamentos entre países, empresas e pessoas não se pode admitir mais o isolamento dos impactos de crises financeiras, especialmente quando a maior parte das soluções que se apresentam para mitigá-las, partem de cortes em direitos sociais, vulnerabilizando sobremaneira os mais pobres.

Em recente relatório do PNUD divulgado em março do corrente ano é possível constatar que o Brasil se mantém estagnado aos níveis de 2014, com o índice de Desenvolvimento Humano (IDH) no valor de 0,754, ocupando no ranking 79ª. posição entre 188 países avaliados, sendo que em 5º. na América do Sul, atrás do Chile, Argentina, Uruguai e Venezuela.

O relatório reconhece que o processo de desenvolvimento passa necessariamente pelo “*equilíbrio entre a regulação dos mercados, a governança de organizações multilaterais e a participação de uma sociedade civil cada vez mais interconectada.*”¹

Compatibilizar o dever de promover desenvolvimento humano que o Constitucionalismo Fraternal, modelo adotado pelo Brasil que preconiza, a erradicação da pobreza, da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais é o desafio que se impõe no momento a todos integrantes do mundo científico e político.

Este breve estudo pretende contribuir com a compreensão e fortalecimento da fundamentação teórica dos princípios de vedação ao retrocesso social em momentos de crise a partir da adoção dos valores éticos da fraternidade.

No primeiro tópico abordou-se os parâmetro erigidos pelo mínimo existencial para estabelecer a incidência da vedação ao retrocesso social. Em seguida, espelhou-se o entendimento jurisprudencial nacional e estrangeiro em momentos de crise econômica, buscando identificar as possibilidades e limites sob a ética da fraternidade .

2. GARANTIA DO MÍNIMO EXISTENCIAL COMO LIMITE À VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL

¹ Tradução: “*The transformation of global institutions can expand human development for everyone. It is a process that requires a delicate balance among the regulation of markets, the governance of multilateral organizations and participation of an increasingly interconnected global civil society.*” In HDR Report (<http://hdr.undp.org/en/2016-report>)

A maturidade constitucional brasileira, que a despeito de seu processo tardio, determina a concepção de que as normas de direitos fundamentais que compõe o universo axiomático dos Direitos Humanos são indivisíveis e interdependentes e inter-relacionadas. Apenas com o reconhecimento de todo o seu conteúdo, entende-se garantido o direito mais elementar. Nas palavras de Hector Gros Espeill:

Solo el reconocimiento integral de todos estos derechos puede asegurar la existencia real de cada uno de ellos, ya que sin la efectividad del goce de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales. Pera la inversa, sin la realidad de los derechos civiles y políticos, sin la efectividad de la libertad entendida em su más amplio sentido, los derechos económicos y sociales carecem, a sua vez, de verdadera significacion. (ESPIELL, 1985)

Não é demais enunciar que os marcos teóricos ocidentais contribuíram sobremaneira para edificação da teoria do mínimo existencial. A França revolucionária do sec. XVIII, com os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, quando a assistência aos necessitados deixa de ser tratada como mera caridade e passa a integrar a política do Estado (TORRES, 2009, p. 23 e ss), e as Constituições pós guerra, em especial a Constituição de Weimar de 1919, depois da Primeira Guerra Mundial, que instituiu sob regime democrático, “o direito de existência digna para todos”. E ainda, o artigo XXIII da Declaração da ONU de 1948 com a associação da dignidade humana ao o direito a um padrão de vida suficiente para assegurar a saúde, bem-estar para o indivíduo e sua família também promoveram inovação no ambiente internacional para a proteção à dignidade da pessoa humana.

Em âmbito nacional a íntima relação entre os direitos sociais e os valores da dignidade humana foi expressa no contexto constitucional brasileiro de forma inovadora em 1934 com a submissão da ordem econômica aos ditames de “valorização do trabalho humano e da livre iniciativa” objetivando “assegurar a todos existência digna conforme os ditames da justiça social”. Associação essa, também realizada na Constituição de 1988 quando estabelece a dignidade da pessoa humana como fundamento da Republica Brasileira e os direitos sociais encontram-se expressos nos arts. 6º. ao 11, e os arts. 193 a 232, com suas múltiplas dimensões como destaca George Marmelstein Lima que põe à prova a sua exigibilidade. (LIMA, 2003)

Nesse aspecto, dois expoentes de grande autoridade no meio jurídico brasileiro, que embora sensíveis à defesa dos direitos sociais, apresentam posicionamentos divergentes:

Ricardo Lobo Torres enfatiza que “a dependência legislativa não fazem nascer, por si só, uma obrigação a prestações positivas estatais, uma vez que os direitos sociais são desprovidos de eficácia *erga omnes* e encontram-se subordinados a ideia de justiça social” e que por sua demanda social impõe do poder político uma “demanda de recursos para sua aplicabilidade plena, o que gera fortes pressões ideológicas e envolve escolhas políticas “. (TORRES, 2009, p. 273)

Por outro lado, Ingo Wolfgang Sarlet ao defender da dupla “fundamentalidade” dos direitos sociais, a formal e a material (SARLET, 2003), reforça o argumento de Romeu Felipe Bacelar Filho de que a constitucionalização do princípio da dignidade da pessoa humana determinou uma “mudança paradigmática com campo da Administração: da Administração de agressão, para a Administração de prestação; do Estado de Direito para o Estado Social; da Administração de autoridade para a Administração de cooperação”. (BACELLAR FILHO, 2013)

Os direitos sociais, seriam portanto, “direito das preferências e das desigualdades”, uma vez que na eleição das prioridades exige-se um novo padrão de política social a ser adotado no Brasil, no qual o mínimo existencial não está encarcerado à noção de norma programática, mas livre para repercutir em todo o ordenamento jurídico como norma constitucional de caráter dúplice. Ou seja, como norma fundamental, os direitos sociais reúne em si as duas espécies normativas, princípios e regras. (FARIA, 1994, p. 99).

Sugestivamente a doutrina nacional, dedicando-se ao tema, tem oferecido grande contribuição à construção conceitual.

Ricardo Lobo Torres preleciona que o mínimo existencial não poderia ser quantificado, nem definido, já que poderia abranger qualquer direito essencial à sobrevivência digna ainda que não seja fundamental. Diferencia-o dos direitos sociais, os quais estariam situados na esfera *status positivus socialis* do indivíduo, que abrangeriam as prestações de bem-estar exigíveis do Estado, operacionalizadas pelas políticas públicas limitadas pelas contingências orçamentárias. O mínimo, portanto, como condição de liberdade, determina-se por visar a proteção do indivíduo em relação ao Estado contra a ingerência do legislador em ações e bens (*status negativo*), bem como para exigir do

Executivo prestações básicas (aspecto positivo) que viabilizem, em ambos os casos, a sua sobrevivência e de sua família.

Ana Paula Barcelos compreende o mínimo existencial como um núcleo irreduzível do princípio da dignidade humana formado por quatro elementos de natureza prestacional: educação fundamental, saúde básica, assistência aos desamparados e o acesso à justiça. (BARCELOS, 2002, p.258)

Vicenzo Demetrio Florenzano, por sua vez, enxerga o conteúdo do mínimo existencial como sendo o art. 7º. da Constituição, quando preceitua que o salário mínimo deve ser capaz de arcar com despesas daquele que o recebe e de sua família pertinentes à moradia, alimentação, educação, saúde, lazer, vestuário, higiene, transporte e previdências social. (FLORENZZANO, 2005, p.47)

Ingo Wolfgang Sarlet e Carolina Zancaner Zockun constatando a autonomia em relação aos direitos sociais, frisa que a noção de um mínimo existencial não pode ser considerada como inteiramente fungível mas:

(...) opera como relevante critério material (embora não exclusivo) para interpretação do conteúdo dos direitos sociais, como para a decisão que em muitos casos envolve juízo de ponderação) a respeito do quanto em prestações sociais deve ser assegurado mesmo contra as opções do legislador e do administrador, mas também no âmbito de revisão de decisões judiciais nessa seara. (SARLET e ZOCKUN, 2016, p. 125).

Propõe então, que seu conteúdo seja aberto dada a variabilidade das necessidades sociais concretas de uma determinada época e de uma comunidade específica.

Considerando a hegemonia doutrinária quanto o aspecto positivo e negativo imanente do mínimo existencial, é evidente no plano judicial, a proliferação de ações individuais e coletivas que passaram a exigir a prestação de um serviço público. E o Supremo Tribunal Federal vem aplicando concretamente as noções mínimo existencial a diversos direitos sociais fundamentais como direito à saúde básica (Agravo Regimental no Re no. 271.285/RS, DJ 24.11.2000 rel. Min. Celso de Mello e STA/CE 175, julgada em 17.03.2010, rela. Ministro Gilmar Mendes), à educação (STA 241/RJ, julgada em 10.10.2008, rel Ministro Gilmar Mendes), e mais recentemente, relativas ao benefício de assistência social –LOAS (RE 567.985-MT, rel. ministro Marco Aurélio e Reclamação 4.374-PE, rel. Ministro Gilmar Mendes, ambas julgadas em 18.04.2013).

Com essas decisões e todas outras decorrentes da garantia jurisdicional dos direitos fundamentais emerge da jurisprudência os primeiros contornos sobre cada direito social judicializado, o que para Ricardo Lobo Torres trata-se de uma abordagem equivocada uma vez que “*a insistência do Judiciário brasileiro no adjudicar bens públicos individualizados (ex. remédios), ao revés de determinar a implementação da política pública adequada, tem levado à predação da renda pública pelas elites, a exemplo do que acontece em outros países*” (TORRES, 2013, p.75).

Quanto ao aspecto negativo do conceito do mínimo existencial que impõe ao legislador abstenção interferir por meio de tributação em bens e atividades essenciais à subsistência do cidadão, relaciona-se ao direito de autodeterminação da pessoa que deve ser exercido sem constrangimentos pelo Estado (TORRES, 1989, p. 40)

Erige-se também, paralela e de forma relacionada o princípio de proibição ao retrocesso social, para que o próprio Estado se abstenha de reduzir o que minimamente positivou para garantir a dignidade de pessoa humana.

Rosângela Tremel destaca a insustentabilidade do Estado Democrático de Direito sem a estabilidade e previsibilidade das relações jurídicas, pois o dever de confiança construído entre o Estado e seus administrados impede as mudanças no ordenamento jurídico de maneira abrupta e sem nenhuma causa justificante. (TREMEL 2012).

Historicamente o princípio de proibição ao retrocesso social tem o seu nascedouro na jurisprudência europeia. Na Alemanha, conhecido como a teoria da irreversibilidade, foi associado ao direito de propriedade como forma de garantir as inovações legislativas promovesse mudanças restritivas aos direitos sociais. (ALMEIDA 2007, p. 118)

Em Portugal, relata Eliana Romeiro Costa que a notoriedade da vedação ao retrocesso deu-se com o célebre acórdão lavrado por Vital Moreira (AC 39/84), por meio do qual o Tribunal Constitucional Português declarou a inconstitucionalidade do art. 17 do Decreto-Lei 254/1982, de 29 de junho que revogava dispositivos referentes ao Serviço Nacional de Saúde, considerados como a concreção do direito fundamental à saúde que impunha, ademais de obrigações positivas para lhe conferir efetividade, haveria também obrigações negativas, vedando-lhe qualquer conduta lesiva. (COSTA, 2011, p.329)

Destaca-se na doutrina portuguesa também Gomes Canotilho, quando sustenta que a concretização dos direitos sociais no âmbito infraconstitucional determina a feição

de direitos fundamentais, gerando para seus destinatários, direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e uma garantia institucional que impede o legislador de dispor sobre o que já se encontra positivado de forma tendente a reduzir ou suprimir. (CANOTILHO, 2004, p.338)

Realça ainda que “quaisquer medidas estatais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa anulação, revogação ou aniquilação pura e simples desse núcleo essencial” deve ser considerado como flagrantemente inconstitucional. (CANOTILHO, 2004, p.339)

Para Ingo Wolfgang Sarlet o princípio de proibição ao retrocesso social, implicitamente admitido na ordem constitucional, como derivação de outros tantos princípios (Estado Democrático e Social de Direito, da Dignidade da Pessoa Humana, da Máxima eficácia e efetividade das normas de Direitos Fundamentais) encontra no princípio da proteção da confiança e segurança jurídica a sua íntima conexão e justificativa. (SARLET, 2008)

Esse impedimento a implementação de políticas públicas que enfraqueçam ou prejudiquem os direitos fundamentais, destacado pela doutrina, assume a forma de “cliquet” em analogia à expressão francesa que significa trava de mosquetão, usada por alpinistas para indicar que, a partir de um determinado ponto da escalada, não é possível retroceder. (CUNHA JUNIOR 2014). Presta-se então, a brechar os planos políticos tendentes a enfraquecer as diretrizes fundamentais, como “forma de mensuração para o controle de constitucionalidade em abstrato, favorecendo e fortalecendo o arcabouço de assistência social do Estado e as organizações envolvidas neste processo”. (ALMEIDA, 2007, p.124)

Luis Roberto Barroso, no entanto, ao referir-se ao princípio de proibição ao retrocesso social, ressalta que após a regulamentação pelo legislador ordinário, o direito albergado seria incorporado ao patrimônio jurídico da cidadania e nasceria para ele, legislador, a vedação de alterar o conteúdo de uma norma programática (BARROSO, 2001, p. 153)

Felipe Derbli enfatiza o caráter retrospectivo do princípio de proibição ao retrocesso social realçando que, ademais da vedação à supressão ou restrição arbitrária, exige-se do legislador, em contrapartida, atitude propositiva em busca do avanço social. (DERBLI, 2007, p. 72)

Catarina Santos Botelho mesmo reconhecendo os direitos sociais como normas programáticas, incapaz de gerarem direitos subjetivos diretamente acionáveis, é categórica em afirmar que “são vinculativas em termos de funcionarem como padrão interpretativo para a jurisprudência e para o exercício político-legislativo dos órgãos constitucionais componentes.” (BOTELHO, 2015)

A vedação ao retrocesso social portanto, estabelece a proibição ao legislador ordinário de editar normas que restrinjam ou suprimam direitos sociais que potencialize a vulnerabilidade dos indivíduos, com reformas que tornem indignas as relações estabelecidas a partir dela.

Estabelecido o mínimo existencial e a vedação ao retrocesso social, é preciso testá-lo em momentos de crise econômica.

3. JURISPRUDÊNCIA DE CRISE: LIMITES E POSSIBILIDADES

A crise econômica de dimensões globais teve graves repercussões na vida dos destinatários dos direitos sociais, o *homos laborian* na acepção arendtiana, se vê submetido às várias forças opressoras, para mitigar os valores do modelo de Bem Estar Social, e atribuir ao indivíduo pobre a responsabilidade de seu próprio fracasso.

Conquistas sufragadas pela norma constitucional, como a irredutibilidade dos salários e a impossibilidade de aumentar impostos, além da capacidade contributiva do cidadão, passaram a ser permitidas pela simples invocação da crise econômica.

Em Portugal, a própria vedação ao retrocesso social passou por uma reinterpretção pelo Tribunal Constitucional a partir do Acórdão 590/04 que assim destacou:

Onde a Constituição contenha uma ordem de legislar, suficientemente precisa e concreta, de tal sorte que seja possível ‘determinar com segurança, quais as medidas jurídicas necessárias para lhe conferir exequibilidade’, a margem de liberdade do legislado retroceder no grau de proteção já atingido é necessariamente mínima, já que só é poderá fazer na estrita medida em que a alteração legislativa pretendida não venha a consequências uma inconstitucionalidade por omissão (...) Noutras circunstâncias, porém, a proibição de retrocesso social apenas pode funcionar em casos limite, uma vez que, desde logo, o princípio da alternância democrática, sob pena de se lhe reconhecer uma subsistência meramente formal, inculca a revisibilidade das opções político-legislativas, ainda quando estas assumam o caráter de opções legislativas fundamentais.

A flexibilização dos direitos sociais tendentes a atingir o mínimo essencial pode ser identificada também no acórdão 353/2012 que declarou a constitucionalidade do não pagamento do subsídio de férias e da gratificação natalina aos servidores públicos no ano de 2012, sob a justificativa de que tais pessoas por exercerem atividade de interesse público, deveriam civicamente aceitar a supressão temporária de tais parcelas salariais visando o bem da maioria da população, nos limites da proibição do excesso.

No recurso extraordinário RE 633703/MGn no qual o Ministro Luiz Fux já alertava em seu voto sobre a compatibilidade do princípio da confiança com o ordenamento legal brasileiro:

As ideias que gravitam em torno do princípio da proteção da confiança começaram a se desenvolver mais intensamente na Alemanha a partir do início dos anos cinquenta, momento do pós-guerra em que o Estado social alemão passou a desempenhar um rol mais amplo de atribuições. Atualmente, a necessidade de proteção da confiança se dissemina em um ambiente de crescente demanda por segurança e estabilidade em um mundo de rápidas e frequentes alterações, em que o indivíduo depende, cada vez mais, das decisões e normas estatais. Sem embargo de ainda não possuir uma posição de destaque em nosso ordenamento, o princípio da proteção da confiança poderá servir no Brasil, da mesma forma que em outros países, para garantir, com critérios mais firmes, nítidos e objetivos, a preservação futura de expectativas legítimas de particulares oriundas de comportamentos estatais. Trata-se de um princípio que, no dizer de ANNA LEISNEREGENSPERGER, leva em consideração a confiança do cidadão na continuidade de uma decisão ou de um comportamento estatal.

No entanto, diante da grave crise econômica que em que está submergido o Brasil, a vedação ao retrocesso social tem sido flexibilizada, sob o argumento da aplicação da hermenêutica da ponderação de princípios constitucionais, sem atenção aos limites que o mínimo existencial impõe, e os fundamentos da República Federativa Brasileira, e os objetivos previstos no art. 3º. da Constituição.

O que importa em destacar que essa metodologia aplicada sem a observância de todo o arcabouço constitucional de proteção dos valores sociais do trabalho bem como do permanente comprometimento com a erradicação da pobreza, e preservação da dignidade da pessoa humana relevantemente destacado pelo constituinte no art. 1º. não

se sustenta em base sólida, uma vez que impõe medidas restritivas de direito aos mais desfavorecidos, além do mínimo existencial .

Em razão disso, há que se dá especial relevo aos deveres fundamentais e aos padrões morais, éticos e políticos ligados à dimensão da fraternidade para o adequado enfrentamento da questão.

Como preleciona Clara Machado como vetor interpretativo, o princípio da fraternidade desempenha relevante função na teoria dos direitos fundamentais já que agindo em conjunto com a liberdade e igualdade, “redimensiona e complementa a interpretação e aplicação dos direitos e deveres fundamentais, a partir do fenômeno do reconhecimento e da ética da responsabilidade.” (MACHADO 2017, p. 58)

Nessa linha, há que se entender que a construção social passa pelo reconhecimento mútuo de diversos sujeitos, universalmente considerados numa dinâmica de partilha e de responsabilidade, o que leva a alguns doutrinadores a imputar o princípio da diferença concebido por Rawls como a centralidade do princípio da fraternidade, o qual direciona as diferenças para a promoção da equidade. (OLIVEIRA, ROSA e TENORIO, 2015)

Assim, para a tomada de decisão em meio as questões sociais e políticas, a equidade fraterna torna-se um importante guia elaborar possíveis caminhos a serem seguidos, onde os indivíduos no exercício pleno de sua cidadania determinam-se em retomar o Bem Estar Social com políticas públicas inclusivas e promotoras de desenvolvimento da coletividade.

Busca-se assim resgatar o compromisso com os deveres no Estado contemporâneo, introjetando no inconsciente coletivo a responsabilidade com o outro, domesticando os ímpetus dos seres humanos para que o ganho coletivo justifique o investimento individual. (PASSOS, 2003, p.102)

Ainda nos ensina Clara Machado sobre a relevância dos deveres para a efetivação dos direitos igualmente fundamentais, pois o indivíduo é livre e responsável, consigo próprio e com a comunidade em que está inserido como promotor e garantidor da fraternidade.

O fundamento ético dos deveres é o imperativo categórico kantiano segundo o qual o agir humano deve estar pautado na máxima moral da expectativa de ser tratado da mesma forma. A comunidade seria sempre um fim para o indivíduo e nunca um meio, em uma harmoniosa relação de virtude e reciprocidade. (MACHADO, 2017, p.149)

Documentos internacionais sobrealvam o papel dos deveres fundamentais. O Pacto São Jose da Costa Rica, internalizada pelo Decreto 678/1992 e a Declaração dos Direitos Humanos (art. 29) são expressões de destaque.

O dever de fraternidade ao desenvolvimento exige de todos, individual ou coletivamente organizados, junto com o Estado, a busca da redução das disparidades econômicas, com a definição das prioridades diante da escassez de recursos públicos. Tal fato encontra guarida no constitucionalismo fraternal, assim sintetizado por Carlos Ayres Britto:

Efetivamente, se considerarmos a evolução histórica do Constitucionalismo, podemos facilmente ajuizar que ele foi liberal, inicialmente, e depois social. Chegando, nos dias presentes, à etapa fraternal da sua existência. Desde que entendamos por Constitucionalismo Fraternal esta fase em que as Constituições incorporam às franquias liberais e sociais de cada povo soberano a dimensão da Fraternidade; isto é, **a dimensão das ações estatais afirmativas**, que são atividades assecuratórias da abertura de oportunidades para os segmentos sociais historicamente desfavorecidos, como, por exemplo, os negros, os deficientes físicos e as mulheres (para além, portanto, da mera proibição de preconceitos). De par com isso, o constitucionalismo fraternal alcança a dimensão da luta pela afirmação do valor do Desenvolvimento, do Meio Ambiente ecologicamente equilibrado, da Democracia e até de certos aspectos do urbanismo como direitos fundamentais. Tudo na perspectiva de se fazer da interação humana uma verdadeira comunidade. Isto é, **uma comunhão de vida**, pela consciência de que, estando todos em um mesmo barco, não têm como escapar da mesma sorte ou destino histórico.

Se a vida em sociedade é uma vida plural, pois o fato é que ninguém é cópia fiel de ninguém, então que esse pluralismo do mais largo espectro seja plenamente aceito. Mais até que plenamente aceito, que ele seja cabalmente experimentado e proclamado como valor absoluto. E nisso é que se exprime o núcleo de uma sociedade fraterna, pois uma das maiores violências que se pode cometer contra seres humanos é negar suas individualizadas preferências estéticas, ideológicas, profissionais, religiosas, partidárias, geográficas, sexuais, culinárias, etc. Assim como não se pode recusar a ninguém o direito de experimentar o Desenvolvimento enquanto situação de compatibilidade entre a riqueza do País e a riqueza do povo. Autosustentadamente ou sem dependência externa”. (destaques no original) (BRITO, 2003, p. 216)

Nesse contexto, é oportuna a lição de Amartya Sen de que não se deve fiar no “nobre sentimentalismo” dos seres humanos, nem substituir pela suposição oposta do “vil sentimentalismo”, mas as liberdades que desfrutamos no exercício de nossas responsabilidades são dependentes das circunstâncias pessoais, sociais e ambientais, e ilustra:

O trabalhador adscrito nascido na semiescarvidão, a menina submissa tolhida por uma sociedade opressora, o desamparado trabalhador sem terra, desprovido de meios substanciais para auferir uma renda, todos esses indivíduos são privados não só de bem-estar, mas do potencial para levar uma vida responsável, pois esta depende do gozo de certas liberdades básicas. Responsabilidade requer liberdade. (SEN, 2010, p. 361)

E acrescenta:

A visão arbitrariamente de responsabilidade individual – com o indivíduo posto numa ilha imaginária, sem ser ajudado nem estorvado por outros – tem de ser ampliada, reconhecendo-se não meramente o papel do Estado, mas também as funções de outras instituições e agentes” (SEN, 2010, p.362)

Essa reflexão é importante para repensar a ponderação do princípio da vedação ao retrocesso social a partir da ética da responsabilidade e do princípio da fraternidade que exige a adoção de medidas de proteção a todo arcabouço normativo que garanta ao indivíduo a máxima expansão de suas capacidades como condição para o exercício livre de suas responsabilidades consigo mesmo e com sua comunidade.

A decisão de restringir direitos emancipatórios que significam o núcleo essencial dos direitos sociais, não podem ser tomadas em benefício daqueles que se encontram na posição de comando do funcionamento de mercados.

Ao contrário, as medidas de superação de uma crise econômica deve atentar para a posição de centralidade do ser humano no processo de desenvolvimento, que requer a adoção de medidas políticas e normativas que as forças do mercado podem não atender. Daí a primordial importância da compreensão de que as conquistas sociais que garantam a essencialidade do mínimo existencial não comportam um movimento regressivo.

A vedação ao retrocesso social reforça os deveres fundamentais e a responsabilidade de adoção de medidas de equidade que inexoravelmente não correspondem à busca de incremento à produção de riqueza, mas de proteção daqueles que numa situação de vulnerabilidade social, necessitam de respaldo do Estado para que

as diferenças que lhes identificam não lhes inferiorize. Nesse sentido cumpre lembrar a magistral citação cunhada por Boaventura de Souza Santos:

Temos o direito de ser iguais quando a nossa diferença nos inferioriza; e temos o direito de ser diferentes quando a nossa igualdade nos descaracteriza. Daí a necessidade de uma igualdade que reconheça as diferenças e de uma diferença que não produza, alimente ou reproduza as desigualdades. (SANTOS, 2013, p. 72)

Assim, a vedação de retrocesso social sob a ética da responsabilidade e do princípio da fraternidade justifica a resistência à alteração do ordenamento jurídico, tendentes a exigir do indivíduo que isoladamente considerado, assuma as medidas que representam restrições a seus direitos sociais para combater a crise econômica, desonerando o mercado do dever de promover o desenvolvimento.

O capital humano deve prevalecer ao capital econômico em todas as situações e oportunidades em que exige-se a adaptação do modelo brasileiro de Estado de Bem-Estar Social, fundamentado nos direitos humanos sociais, especialmente determinados pelos momentos de crise.

4. CONCLUSÕES

Das grandes conquistas na área social soblevam-se os direitos conquistados a partir de longos processos de luta para conquistar a utópica supremacia do homem sobre o capital ou ao menos a possibilidade de conferir a ele uma vida digna, com o desenvolvimento das capacidades individuais.

Para a efetividade desse processo de desenvolvimento forçoso é reconhecer que ele deve ter um fluxo contínuo de progresso, que possibilite a permanente ampliação do seu núcleo à máxima extensão, barrando as inovações normativas tendentes ao reducionismo ou supressão.

Nesse ideal teórico, a flexibilização de direitos tidos como essenciais à vida digna do homem, não se compatibiliza com as garantias protetivas que afastam as inovações legislativas que impeçam o mínimo existencial, especialmente a relativa a vedação ao retrocesso social erigida no continente europeu e incorporada ao ordenamento brasileiro como um princípio implícito da ordem constitucional brasileira.

Nem mesmo os influxos das crises econômicas que determinam medidas recessivas, podem, pretender reduzir àquilo que já se encontra definido como o mínimo, sob pena de atingir o bem maior que lhe justifica, a dignidade humana.

Nesse cenário, medidas urgentes devem ser adotadas para despertar para a importância dos deveres fundamentais e padrões éticos, morais e políticos ligados à dimensão da fraternidade, direcionando as diferenças para a promoção da equidade, numa perspectiva rawlsiniana que longe de representar uma oportunidade para flexibilizar direitos sociais, determinam a solidificação da vedação do retrocesso social compromissado com os direitos humanos do trabalho, ao tempo que impõe ao legislador parâmetros de atuação, ao menos, de ordem proibitiva de restringir ou suprimir direitos sociais.

BIBLIOGRAFIA

- ALEXY, Robert 2017. *Teoria dos Princípios Fundamentais*. São Paulo: Malheiros.
- ALMEIDA, Dayse Coelho. 2007. “A fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição ao retrocesso.” *Inclusão Social*, 2007 de março: 118.
- ARIZA, Santiago Sastre. 2009. “La Ciencia ante el Neoconstitucionalismo.” Em *Neoconstitucionalismo (s)*, por Miguel Carbonell, 239-258. Madrid: Editorial Trotta.
- AWAD, Fahd Medeiros. 2013. “Revista Justiça do Direito .” *www.ufp.br*. 20 de novembro. Acesso em 20 de novembro de 2017. www.ufp.br/seer/index.php/rjd/article/view/2146.
- BARCELOS, Ana Paula. 2002. *A Eficácia jurídica dos princípios Constitucionais. O Princípio da dignidade da pessoa humana*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BARROSO, Luis Roberto. 2001. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas Normas*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BOTELHO, Catarina Santos. 2015. *papers.ssrn.com*. 20 de novembro. Acesso em 20 de novembro de 2017. <https://www.oa.pt/upl/%7B3b5c2948-c1e2-41db-b892-0a97b602b483%7D.pdf>.
- BRITO, Carlos Ayres, 2003, *Teoria da Constituição*, Rio de Janeiro, Editora Forense
- CANOTILHO, Jose Joaquim Gomes. 2004. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina.
- COSTA, Eliane Romeiro. 2011. “O princípio da proibição de retrocesso social no atual marco constitucional.” *Revista de Direito Constitucional e Internacional*, 01 de agosto.

CUNHA JUNIOR, Dirley da. 2014. “A proibição de retrocesso e o efeito "cliquet" dos Direitos Fundamentais.” *jusbrasil*. 20 de novembro. Acesso em 16 de novembro de 2017. [http:// dirleydacunha junior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais](http://dirleydacunha.junior.jusbrasil.com.br/artigos/152845012/a-proibicao-do-retrocesso-e-o-efeito-cliquet-dos-direitos-fundamentais).

DERBLI, Felipe. 2007. *O princípio da proibição de retrocessão na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar.

DWORKIN, Ronald. 2002. *Levando o Direito a Sério*. São Paulo: Malheiros.

ESPIELL, Hector Gros. 1985. “www.juridicas.unam.mx.” 20 de novembro. Acesso em 21 de novembro de 2017. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3188/7.pdf>.

FARIA, Jose Eduardo. 1994. “O Judiciário e os direitos humanos e sociais: notas para uma avaliação da justiça brasileira.” Em *Direitos Humanos, sociais e justiça*, por Jose Eduardo Faria. São Paulo: Malheiros.

BACELLAR FILHO, Romeu Felipe. 2013. “Reflexo da Constitucionalização do direito administrativo - Pessoa Humana, Processo e Contrato Administrativo.” *Interesse Público - IP*, 01 de outubro: versão eletrônica.

FLORENZZANO, Vincenzo Demetrio. 2005. “Justiça social, mínimo social e salário mínimo: uma abordagem transdisciplinar.” *Revista de informação Legislativa*, 05 de março: 47.

KAUFMANN, Rodrigo de Oliveira. 2011. “*Direitos Humanos, Direito Constitucional e Neopragmatismo*”. São Paulo: Almedina.

KRELL, Andreas J. 2002. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: os descaminhos de um direito constitucional comparado*. Porto Alegre: Sergio A. Fabris.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. 2009. “Portal jurídico investidura.” www.investidura.com.br. 24 de maio. Acesso em 18 de novembro de 2017. www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3583.

LIMA, George Marmelstein. 2003. “Críticas à Teoria das gerações (ou mesmo dimensões) dos Direitos Fundamentais.” *Jus Navegandi*. 26 de dezembro. Acesso em 03 de novembro de 2017. <http://jus.com.br/revista/texto/4666>.

MACHADO, Clara. 2017. “O princípio jurídico da fraternidade: um instrumento para proteção de direitos fundamentais transindividuais”. *Lumens Juris*

PASSOS, José Joaquim Calmon de. 2003. “Direito, poder, justiça e processo: julgando os que nos julgam. Rio de Janeiro: Forense

OLIVEIRA, Soraia Santos de, Dora Leal ROSA, e Robinson Moreira TENORIO. 2015. “equidade.faced.ufba.br.” *ufba.gov.br*. 05 de maio. Acesso em 01 de novembro de 2017. http://www.equidade.faced.ufba.br/sites/equidade.oefaced.ufba.br/files/fraternidade_-_soraia_dora_e_robinson.pdf.

PIOVESAN, Flavia. 2000. *Não à desconstitucionalização dos direitos sociais*. 02 de junho. www.conjur.com.br/2000-jun-02/conquistas.

SARLET, Ingo. 2003. “Os Direitos Fundamentais Sociais como cláusulas pétreas.” *Cadernos de Direito*, 03 de dezembro: 79-97.

IDEM, 2008. *Proibição de retrocesso, Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível*. 01 de setembro. <http://www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>.

IBIDEM, 2017. “Consultor Jurídico.” *conjur.com.br*. 24 de março. Acesso em 2017 de novembro de 2017. [https://www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada ...](https://www.conjur.com.br/2017-mar-24/direitos-fundamentais-nada...)

SARLET, Ingo Wolfgang, e Carolina Zancaner ZOCKUN. 2016. “Notas sobre o mínimo existencial e sua interpretação pelo STF no âmbito do controle judicial das políticas públicas com base nos direitos sociais.” *Revista de Investigações Constitucionais*, 01 de agosto: 115-141.

SEN, Amartya. 2012. *Desenvolvimento como Liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras.

SILVA, Jose Afonso da. 2000. *A aplicabilidade das Normas Constitucionais*. São Paulo: Malheiros.

IDEM, 2011. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. São Paulo: Malheiros.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Direitos Humanos, Democracia e Desenvolvimento*. São Paulo. Cortez Ed., 2013.

TORRES, Francisco Lobo. 1989. *O Mínimo Existência e Direitos Fundamentais*. Rio de Janeiro: Revista de Direito Administrativo 177:29-49.

IDEM 2009. *O Direito ao Mínimo Existencial*. Rio de Janeiro: Renovar

IBDEM, 2013. “O mínimo existencial, direitos sociais e os desafios de natureza orçamentária.” Em *Direitos Fundamentais, Orçamento e reserva do possível*, por Ingo Wolfgang SARLET e Luciano Benetti TIMM, 75. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

TREMEL, Rosangela. 2012. *Princípio da Proibição do Retrocesso: Sua importância e Necessidade de Ampliação do Entrenchment para proteção dos hipossuficientes*. 20 de novembro. Acesso em 20 de novembro de 2017.
http://www.portaldeperiodicos.unisul.br/index.php/U_Fato_Direito/article/view/1080.