

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL: UMA INTERPRETAÇÃO AMPLIADA

THE NON-REGRESSION PRINCIPLE: AN EXPANSIVE INTERPRETATION

José Wilson Reis Filho ¹

Fernando de Brito Alves²

RESUMO: Este artigo diz respeito à possibilidade de uma interpretação ampliada do Princípio da Vedação do Retrocesso Social para, funcionando como guardião de todos os direitos fundamentais, se constitua um *cliquet anti-retour*, que impeça o legislador ordinário de esvaziar o chamado “núcleo essencial” dos direitos fundamentais. Analisa-se a posição do princípio da vedação do retrocesso no ordenamento jurídico brasileiro, bem como sua eventual autonomia. Como hipótese, o presente estudo busca, através de uma análise do contexto no qual os direitos fundamentais e o princípio em questão estão insertos, identificar a percepção que o texto constitucional pátrio possui acerca destes. Partindo de balizada doutrina, utilizando-se de recursos metodológicos dedutivos, analíticos e críticos, pretendeu-se apresentar o tema da vedação do retrocesso articulado com as discussões sobre a sociedade global, e seus estudos sobre os efeitos e impactos do direito na contemporaneidade.

PALAVRAS-CHAVE: Constituição Federal; Direitos Fundamentais; Interpretação Ampliada; Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

ABSTRACT: This article concerns the possibility of an expanded interpretation of the Non-Regression Principle. Functioning as guardian of all fundamental rights, it constitutes an *cliquet anti-retour*, which prevents to the ordinary legislator emptying the called "essential core" of fundamental rights. It analyzes the position of the Non-Regression Principle in Brazilian constitutional law, as well as its eventual autonomy. As a hypothesis, this study aims, through an analysis of the context in which the fundamental rights and the constitutionals principles are inserts, identify the perception that the constitutional text has Brazilian rights on these. Leaving buoyed doctrine, using methodological resources deductive, analytical and critical, intended to introduce the topic of eternity clauses articulated discussions on global society, and his studies on the effects and impacts of the contemporary right.

KEYWORDS: Non-Regression Principle; Expansive Interpretation; Federal Constitution; Fundamental Rights.

¹ Graduando em Direito nas Faculdade Integradas de Ourinhos (SP).

² Pós-doutorando em Direito Constitucional e democracia pelo *Ius Gentium Conimbrigae* da Universidade de Coimbra. Doutor em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino. Mestre e Graduado em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Professor Adjunto da UENP (graduação e mestrado em Direito). Prof. das Faculdades Integradas de Ourinhos (SP).

INTRODUÇÃO

É sabido que a Constituição Federal de 1988 carrega em seu bojo um vasto rol de direitos e garantias fundamentais que muitas vezes dependem de legislação infraconstitucional regulamentando-os para que possam ter eficácia plena. Por vezes, contudo, a ação legiferante suprime total ou parcialmente leis que já proporcionavam certo grau de concretização desses direitos. Ou seja, ao invés de se proceder a um avanço, o legislador simplesmente retrocede.

O princípio da vedação do retrocesso, que pretendemos tratar neste artigo, funcionaria como verdadeira muralha com a finalidade de impedir que o legislador aja de sorte a esvaziar o chamado “núcleo essencial” de um determinado direito fundamental (principalmente o de cunho social), o que viria a suprimi-lo.

O Princípio da Vedação do Retrocesso Social deve ser analisado sob uma nova ótica constitucional. Insta lembrar, ainda, que a forma com que um Estado lida com os direitos fundamentais retrata sua ideologia e política, sendo certo que o respeito a estes direitos é característica marcante de um Estado Democrático de Direito. Portanto, não haveria óbice a uma interpretação ampliada deste princípio, e tampouco, para considerá-lo um super princípio.

Desta forma, o principal objetivo do presente artigo é justamente remeter à conclusão sobre a viabilidade de se ampliar a importância do Princípio da Vedação do Retrocesso Social, à luz da Constituição de 1988, para em simbiose com os direitos fundamentais como um todo figurar como um dos pilares do atual texto constitucional. Assim, possibilitar-se-á a maximização de seus efeitos e, por conseguinte, aumento das barreiras à ação legiferante que vise comprometer o grau de concretização de um direito fundamental qualquer, além de servir de orientação para todo o ordenamento jurídico.

A problemática emerge justamente quando analisada essa possibilidade de interpretação ampla do princípio. Ao ampliar seus efeitos ele assumiria postura de um princípio autônomo? É possível elevar sua importância a tal patamar que possa ser equiparado a um superprincípio? O ordenamento jurídico brasileiro admite tal interpretação?

A partir deste panorama, uma vez revelada sua importância substantiva na salvaguarda dos direitos fundamentais, a hipótese desta pesquisa consiste em se concluir, como dito acima, pela viabilidade de uma interpretação ampliada do Princípio da Vedação do Retrocesso Social a todos estes direitos, elevando-o à condição de superprincípio que busca o constante progresso e impulsão da Constituição na persecução da justiça social.

Inicialmente é analisado o contexto no qual estão insertos os direitos fundamentais e qual o seu significado para o Estado Democrático de Direito. Posteriormente, partindo de uma compreensão adequada da sociedade global e seus impactos sobre o estudo e a efetividade do direito na contemporaneidade, aborda-se o Princípio do Retrocesso Social, cabendo verificar sua exteriorização noutros sistemas jurídicos, precisamente na Alemanha e Portugal. A partir daí, são estabelecidas algumas proposições hermenêuticas acerca, não apenas da possibilidade, mas, sobretudo, da necessidade da interpretação extensiva do Princípio da Vedação do Retrocesso Social, como instrumento adequado para assegurar a efetividade dos direitos fundamentais.

1. Da globalização e o princípio da vedação do retrocesso social

A globalização guarda íntima relação com o desprestígio e a crise do Estado Social de Direito. A redução da miséria e exclusão social foi relativa, não significativa, como muitos querem crer, de modo que na verdade o que se vê é a figura estatal à mercê de uma ditadura econômica, que visando ao lucro não mede esforços para que o ser humano, consumidor, não seja o fim em si mesmo, mas apenas objeto do capital.

Neste aspecto, os Estados - os emergentes em especial - sujeitam-se às imposições de grandes grupos econômicos chegando até mesmo a reduzir direitos, a exemplo daqueles do proletariado, ao bel prazer destes.

Não é por menos que Antonio Carlos Wolkmer (2000, p. 80), ao discorrer acerca do Poder, Estado e Direito, conclui acerca das influências do capitalismo no mundo jurídico:

(...) constata-se que a eficácia do poder está diretamente vinculada a uma estrutura jurídica que disciplina e consagra o exercício da propriedade, do contrato e da herança, assegurando a reprodução das relações sociais de produção. Admitindo-se as proposições de N. Poulantzas, vê-se que a estrutura jurídica capitalista desempenha as funções principais de “regular” e “definir os limites” da articulação de poder do Estado. (...) Se o Direito organiza o jogo do poder do lado das classes dominantes, organiza-o igualmente ao lado das classes dominadas. Assegura a impossibilidade do acesso delas ao poder, segundo as suas regras, ao mesmo tempo que lhes cria a ilusão, de que esse acesso é possível.

Sem maiores dificuldades, verifica-se que a influência econômica sobre o Estado e o ordenamento jurídico continua latente e da forma que foi asseverada. A fragilidade da economia dos países em desenvolvimento, cuja dependência do capital externo é notória, estampam uma Constituição fragilizada, conivente e que faz “vistas grossas” à aliciação econômica.

Acentua Felipe Derbli (2007, p. 15-16) a respeito destas agressões aos valores que permeiam as Constituições:

(...) o Estado vem sendo tratado como uma instância secundária de decisões e a Constituição vem perdendo sua posição de primazia, como repositório dos valores eleitos como fundamentais pela sociedade ou pelas lideranças sociais, em favor de uma ordem econômica que rende suas homenagens primordialmente ao capital

De fato, exemplo disto são as empresas transnacionais. Com a globalização econômica, os grandes grupos econômicos emigram para países que acatem seus termos e flexibilizem sua legislação em desfavor dos mandamentos do capital. Em decorrência disto, não raras as vezes que tais países promovem inúmeras emendas às suas Constituições, geralmente de forma casuística (como no caso do Brasil, por exemplo, as emendas n.º 5, 6, 7, 8 e 9/95), o que contribui para a maximização da exclusão social.

Passa-se a vigorar, pois, a *lex mercatoria*, instrumento de dominação do mercado, podendo ser entendida como

(...) corpo de normas sempre aberto, como todo sistema, que busca a regulação das relações comerciais internacionais, caracterizando-se pelo seu poder normativo independente das emanções legislativas estatais, visando a solução dos litígios com base na aplicação das práticas comerciais correntes - usos e costumes (AZEVEDO, 2006, p. 97-98).

Através da persuasão, barganha e outros meios, a pressão feita pelos grandes grupos econômicos sobre o Estado provoca a descentralização da titularidade do poder normativo, isto é, o Estado coagido a escolher dentre dois caminhos: ou cede às normas ditadas pelas transnacionais, ou se fecha ao capital estrangeiro, acarretando a saída do capital volátil e dos meios de produção e agravando cada vez mais o quadro socioeconômico do país devido ao aumento do desemprego, diminuição de receitas, entre muitos outros gravames. Não há como esquecer, também, o surgimento da arbitragem – o juízo estatal passa a ser substituído pelo juízo arbitral na composição dos conflitos entre os particulares.

Com a transferência da instância de decisões políticas para os conglomerados empresariais ou mesmo para instâncias supranacionais, a solução de conflitos passa a ser objeto de negociação, com prejuízo da transparência para o público, que perde os seus meios legítimos de acompanhamento do desenrolar do exercício do poder político. Mais do que isso, fragiliza-se a questão da legitimidade desse poder político, com o que se atinge um dos pilares fundamentais do Estado de Direito: a *democracia representativa* (DERBLI, 2007, p. 28).

Tendo-se em conta este panorama, pertinente menção e de extrema valia é a abordagem de Norberto Bobbio (2000, p. 125-126) sobre o Estado social ou Estado de justiça, que, com propriedade em sua obra “Estado, Governo, Sociedade – Para uma teoria geral da política”, adverte:

Para dizer a verdade, com relação a este último dão-se duas interpretações opostas, conforme sejam julgadas favoravelmente ou não as transformações ocorridas com respeito ao Estado liberal (liberalista no interior e protecionista para o exterior): aquilo que os intérpretes benévolos chamam de Estado de justiça social – que corrigiu algumas das maiores deformações do Estado capitalista em benefício das classes menos favorecidas – é, para os críticos de esquerda que não renunciaram ao ideal do socialismo ou do comunismo, “O Estado do capital”, o assim chamado *capitalistate*, o “capital que se fez Estado” (Habermas), ou com expressão menos recente mas continuamente retomada, o Estado do “capitalismo organizado” (Hilferding), um sistema de poder, em substância, do qual o sistema capitalista se serve para sobreviver e continuar a prosperar, como condição da sua própria “valorização” numa sociedade em que, através da democratização das estruturas de poder, a força do antagonista (o movimento operário) aumentou enormemente. A julgar pelo estado atual do debate, a crítica de esquerda teve por efeito não o início de uma mais profunda transformação do Estado, chamado depreciativamente de “assistencial”, num Estado com maior conteúdo socialista, mas o despertar de nostalgias e esperanças neo-liberalistas.

Bem salientada e razoável a crítica esquerdista lembrada por Bobbio, haja vista que de fato, ao que se vislumbra ainda hoje quanto ao Estado social, parece ser um revestimento, ou melhor, uma máscara que disfarça o prestígio que as Constituições acabam por dar à persuasão do capital – podendo-se até mesmo falar em uma vinculação a ele. Não se trata de um pessimismo constitucional exagerado, e sim uma advertência pertinente de que o Estado social não está na prática a desempenhar suas funções corretamente, bem como perseguir seu ideal, seus objetivos.

Cumpre ao constitucionalismo corrente reverter este quadro e insurgir contra as mazelas da globalização.

A Constituição sintetiza aqueles valores mais expressivos, mais significativos da ordem jurídica, estando eles imersos no gênero norma jurídica, sejam princípios ou regras. Merece ênfase que àqueles cabe a cristalização dos valores fundamentais da sociedade, além de conferir unidade e harmonia ao sistema e orientar a atividade hermenêutica (DERBLI, 2007, p. 36). Isso porque, quando da existência de antinomias constitucionais, mecanismos da nova dogmática constitucional, voltada a assegurar a força normativa da Constituição, hão de atuar. Exemplo disto, observando a ênfase dada, é a regra da ponderação de interesses, viabilizada pela característica da amplitude do campo de valoração principiológico. Por ter

maior carga valorativa do que as regras, portanto, maior subjetivismo, será permitido que um princípio prevaleça sobre o outro em um determinado caso.

Neste contexto, a Constituição constitui verdadeiro óbice à globalização. Suas regras e princípios obstam a nítida intenção da *lex mercatoria* em pugnar por um retorno ao chamado constitucionalismo *pré-weimariano*, no qual o Estado tem mínima atuação, não havendo o que se cogitar quanto a direitos sociais e normas programáticas.

Na visão de Felipe Derbli (2007, p. 46), tal cenário retrata

(...) injustificado retrocesso. (...) é de se considerar o alerta de Daniel Sarmiento, para quem perspectiva, ao ignorar as possibilidades da Constituição de conformar a realidade social e promover os valores de uma comunidade política, reveste-se de evidente crueldade, sobretudo nos países subdesenvolvidos como o Brasil: o abandono do projeto constitucional de emancipação das classes sociais menos favorecidas significará a aceitação do quadro de profunda injustiça social que ainda assola o país. Resta muito evidente que a incorporação pura e simples da ideologia neoliberal no Brasil decerto significa uma *queima de etapas*, representando a intenção de ser pós-moderno sem ter antes sido liberal e moderno

O autor acusa também a economia global de, sem qualquer observância à soberania popular e ao princípio democrático, transferir os centros de decisões políticas do Estado para aqueles que detêm o capital transnacional, o que impediria a sociedade de escolher seu próprio rumo (DERBLI, 2007, p. 39).

Ora, em nenhuma hipótese a Constituição deve estruturar-se aos moldes ditados pelo capital.

Assim, merece ser frisado, como dito alhures, a imprescindível necessidade de um contra-ataque do constitucionalismo contra os atentados da lei que rege os mercados. A proteção dos direitos fundamentais, além da diminuição das desigualdades sociais e a consequente realização da justiça social devem voltar a ocupar as mais altas aspirações constitucionais. A Constituição deve impor-se, aplicar seus mandamentos e atingir aqueles fins por ela estabelecidos.

Mister filiar-se à *resistência constitucional* advogada por Lenio Streck (2004, p. 192-193), cujo modelo

(...) supera o esquema da igualdade formal rumo à igualdade material, o que significa assumir uma posição de defesa e suporte da Constituição como fundamento do ordenamento jurídico e expressão de uma ordem de convivência assentada em conteúdos materiais de vida e em um projeto de superação da realidade alcançável com a integração das novas necessidades e a resolução dos conflitos alinhados com os princípios e os critérios de compensação constitucionais.

No caso brasileiro, tem-se que aquelas promessas da modernidade sequer foram minimamente cumpridas e que o Estado democrático (e social) de Direito, na condição de Estado da justiça material, não passa de um simulacro (STRECK *apud* SARLET, 2005, p. 17).

É razoável inferir que o aspecto dirigente presente em um determinado texto constitucional é constante a ser considerada na consecução da justiça social.

Sem maiores aprofundamentos acerca do dirigismo constitucional, mesmo porque ultrapassaria os limites e fins pelos quais preza este estudo, tem-se que em sua essência (engendrada por J. J. Canotilho) o caráter dirigente faz com que a Constituição fixe competências aos órgãos estatais e vincule negativa e positivamente o legislador, de tal sorte que o Estado fique obrigado a perseguir constantemente os fins por ela estabelecidos, visando à realização da justiça social. Assim sendo, mais do que um Estado Democrático de Direito, a expectativa é a sua legitimação como um Estado de justiça social (CANOTILHO, 2001, p. 20-24). As Constituições-garantia características do Estado liberal são substituídas por aquelas imbuídas de um conteúdo programático - as Constituições dirigentes.

Principal ponto a ser destacado no presente estudo - dada a conveniência - diz respeito à vinculação do legislador aos ditames da norma constitucional.

Com efeito, de um lado o caráter dirigente impõe balizas ao legislador conformando-o a atuar dentro dos moldes preconizados pela Constituição e vedando a edição de normas que atentem contra o conteúdo material, ou seja, trata-se de uma postura de abstenção. Por outro, simultaneamente, o caráter dirigente insta o legislador a desenvolver sua atividade criativa permitindo-lhe que aja livremente na atividade legislativa, contudo, dentro do balizamento constitucional, a fim de que seus fins sejam atingidos.

Quanto ao assunto, atesta Felipe Derbli (2007, p. 49):

A atividade legislativa, portanto, é juridicamente vinculada à Constituição, mas goza de liberdade para conformar os fins político-sociais plasmados no texto magno – o legislador tem plenas possibilidades de movimentação política, contanto que permaneça adstrito à norma constitucional.

Não é de se considerar apenas a ação legiferante negativa ou positiva. Há que considerar também os casos em que ocorre omissão legislativa.

Deveras, sua relevância reside justamente no fato de que o legislador sequer realizou o mínimo que deveria, ou melhor, se manteve inerte quando na verdade estava obrigado

constitucionalmente a cumprir com as imposições constitucionais – é o que se entende por *inconstitucionalidade por omissão*.

É importante destacar a relação existente entre as imposições constitucionais e os direitos fundamentais, principalmente no que tange aos direitos sociais, os quais dependem, na maioria, de ações positivas por parte do legislador. Nesse caso, o legislativo é obrigado a proporcionar condições materiais para a realização do direito. Diferentemente ocorre no caso das normas programáticas, as quais constituem imposições abstratas cuja inobservância, apesar de rumar à inconstitucionalidade, refletem apenas um “não-cumprimento” do que fora disposto na Constituição - são normas constitucionais que dependem da intermediação do legislador (*interpositio legislatoris*) para que possam surtir efeitos (a exemplo do que ocorre no artigo 208, inciso I e seu § 1º, da CF, referente ao direito à educação fundamental), e, portanto, dispensam o Estado da obrigatoriedade no fornecimento de condições materiais para sua realização.

Outrossim, ainda que algum tempo depois Canotilho tenha revisto parte de sua teoria acerca da Constituição dirigente, não deixou de colocar o dirigismo constitucional como fixador de limites ao legislador, o qual deverá perseguir os fins estabelecidos no programa constitucional. Neste diapasão, Felipe Derbli (2007, p. 69-70), em explicação às revisões de Canotilho, afirma:

Isso significa que a Constituição continua sendo mais do que mero instrumento de governo – trata-se, ainda, do repositório das premissas materiais da política, de elemento substancial de vinculação do legislador. A Constituição dirigente ainda é o arcabouço normativo necessário para o desenvolvimento de um projeto de combate à pobreza, mediante esquemas de socialidade. Pois bem, a Constituição dirigente carrega em si as promessas de modernidade do Estado Democrático de Direito. (...) Prescindir do conteúdo dirigente da Constituição significaria retornar ao tempo das Constituições-garantia, nas quais o Estado aparecia como inimigo a ser controlado. Contudo, o Estado é partícipe do desenvolvimento social – mais do que isso, é o seu mais importante agente.

Realmente, a Constituição-garantia a qual objetiva garantir as liberdades individuais e coletivas impondo apenas limites ao Estado (exige uma ação negativa dele) não se faz mais pertinente. Para além de garantias, necessária também uma nova postura estatal direcionada à realização da justiça social e cumprimento dos fins e programas plasmados pela Constituição. Referindo a este caráter programático, Marcelo Novelino (2009, p. 113) afirma:

A constituição programática (diretiva ou dirigente) se caracteriza por conter normas definidoras de tarefas e programas de ação a serem concretizados pelos poderes

públicos. As constituições dirigentes têm como traço comum a tendência, em maior ou menor medida, a serem uma constituição total.

Destarte, o dirigismo constitucional, buscando cada vez mais a implementação da cidadania, imporá ao legislador a busca constante pela concretização das normas constitucionais, sempre de forma crescente e não retrógrada, de modo que os patamares até então alcançados sejam mantidos.

Percebe-se, pois, a íntima ligação do Princípio da Vedação do Retrocesso Social ao dirigismo constitucional. A Constituição dirigente não é apenas uma premissa de sua formulação, mas também tal princípio é decorrência lógica do dirigismo (DERBLI, 2007, p. 45).

Na didática explicação de Luís Roberto Barroso (2007, Prefácio) sobre o Princípio da Vedação do Retrocesso Social,

Trata-se, em essência, de um limite à liberdade de conformação do legislador, retirando-lhe a possibilidade de revogar total ou parcialmente determinadas leis quando isso decorra da paralisação ou considerável esvaziamento da eficácia de dispositivos constitucionais dependentes de regulamentação. (...) A vedação do retrocesso operaria em um segundo momento, impedindo que, uma vez criada norma regulamentadora, esta viesse a ser suprimida, devolvendo a ordem jurídica ao vazio anterior, contrário à Constituição.

Tal princípio possui relação direta com a dignidade da pessoa humana e com a segurança jurídica (elemento fundamental do Estado de Direito ou Estado da segurança jurídica). A dignidade não estará efetivamente resguardada em um cenário no qual predomina uma instabilidade jurídica e onde sequer o cidadão possa confiar nas instituições sociais e estatais, na segurança, bem como ver assegurada certa estabilidade quanto as suas posições jurídicas. Consequentemente, implícito ao problema, haveria prejuízo aos direitos fundamentais, os quais sequer teriam seu núcleo essencial preservado, isto é, a sua essência.

Como é possível se verificar do exposto acima, notável que a segurança jurídica caminha ao lado da confiança do indivíduo na própria ordem jurídica onde está inserido, principalmente no que refere à Constituição vigente.

O princípio da segurança jurídica (aqui abrangendo também o princípio da proteção da confiança) torna imprescindível que os atos do poder público sejam transparentes e confiáveis, de modo que permitam ao cidadão sentir-se seguro quanto as suas disposições pessoais, aos direitos adquiridos, ao ato jurídico perfeito, além de outros efeitos jurídicos seus. Nesta perspectiva, a segurança jurídica pode ser vista em uma dimensão objetiva e outra

subjetiva. A primeira diz respeito a um mínimo de continuidade do Direito, ao passo que a segunda assegura ao indivíduo uma segurança individual de suas posições jurídicas.

No que refere ao princípio da proteção da confiança, além de lembrar que ele constitui um dos elementos materiais do princípio da boa-fé, Ingo W. Sarlet (2005, p. 10) leciona que

De qualquer modo, ainda no que diz com a proteção da confiança, esta atua como importante elemento para a aferição da legitimidade constitucional de leis e atos de cunho retroativo, até mesmo pelo fato de que a irretroatividade de determinados atos do poder público encontra o seu fundamento justamente na necessidade de proteger a confiança do cidadão na estabilidade de suas posições jurídicas e do próprio ordenamento, o que tem levado ao reconhecimento, para além da salvaguarda dos direitos adquiridos, até mesmo de um certo grau de proteção das assim denominadas expectativas de direitos, assim como da necessidade de estabelecer regras de transição razoáveis, nos casos de alteração de determinados regimes jurídicos.

Assim é que, tendo em conta essa simbiose entre a dignidade da pessoa humana, segurança jurídica e a proteção à confiança, o Princípio da Vedação do Retrocesso Social emerge como uma robusta norma jurídica contra medidas retrocessivas por parte do legislador, o qual, sem qualquer compensação, reduz ou revoga total ou parcialmente leis que tratam de conquistas sociais, atingindo o núcleo essencial dos direitos até então conquistados e retirando destes dispositivos (geralmente dependentes de regulamentação infraconstitucional) a eficácia – o que leva o ordenamento jurídico a um vazio totalmente contrário ao texto constitucional. Daí a inequívoca ilação de que se trata de um princípio de cunho negativo (ou de defesa).

Deve ser ressaltado que embora se fale em medidas retrocessivas, não há alcance ao direito adquirido, ao ato jurídico perfeito e à coisa julgada – ou seja, posições jurídicas já consolidadas. Isso porque há retrocesso também com relação a atos com efeitos prospectivos, o que acarreta grave retrocesso.

Portanto,

(...) admitir que apenas os direitos sociais estão sujeitos a uma tutela contra um retrocesso poderia, inclusive, legitimar o entendimento de que existe uma diferença relevante com relação ao regime jurídico (no caso, a tutela constitucional dos direitos sociais e dos demais direitos fundamentais, visto que a estes se aplicariam os critérios convencionais utilizados para legitimar (limites) e controlar (limites dos limites) a constitucionalidade de medidas restritivas, reforçando, inclusive, a ideia – que segue encontrando adeptos – de que os direitos sociais, especialmente em relação aos direitos de liberdade, ou não são sequer fundamentais ou estão sujeitos a um regime jurídico menos reforçado (SARLET. *In*: CORREIA et al, 2010, p. 75-76).

Dessa forma resta demonstrada não apenas a relação do surgimento das cláusulas de *cliquet anti-retour* (trava antirretorno) e a globalização, mas sobretudo o conteúdo da referida cláusula, que se encontra especialmente atrelada a segurança jurídica e a proteção que deve ser conferida à esperança juridicamente legítima.

Oportuno neste momento, atentando-se para o que a Constituição brasileira de 1988 possibilita, encaminhar considerações sobre a viabilidade hermenêutica e constitucional da interpretação extensiva do Princípio da Proibição do Retrocesso Social.

2. Da viabilidade de uma interpretação ampliada em harmonia com o ordenamento jurídico brasileiro

Foi-se o tempo das Constituições-garantia nas quais o Estado era incumbido apenas a garantir direitos, sem qualquer obrigação positiva. O dirigismo constitucional veio a rever todo esse sistema, impondo ao Estado o dever de zelar pelo bem-estar social e de se engajar na persecução da justiça social (material). Trata-se de uma nova postura deveras humanitária.

Foi com essa tratativa escolhida pelo Estado brasileiro que a dignidade da pessoa humana foi cravada como norte maior do ordenamento jurídico, funcionando como critério de valoração do sistema constitucional juntamente com os direitos fundamentais no seu encaixe.

Esse espírito revolucionário depositado na Constituição de 1988 gerou duras críticas por parte da doutrina, haja vista que ao longo do tempo muitas das promessas ali previstas não foram efetivadas, fazendo com que alguns afirmassem, não sem razão que o Estado Democrático e Social de Direito não passa de um simulacro.

Ao que parece, dada a tamanha incapacidade do Estado brasileiro em cumprir com as suas obrigações para com o cidadão, o texto constitucional pátrio seria composto apenas por promessas, aliás, palavras vãs.

Na mesma linha, lembrando as críticas de J. J. Canotilho, Felipe Derbli (2007, p. 60-61) comenta:

(...) Canotilho critica a falta de parcimônia do estabelecimento de imposições constitucionais, que, muitas vezes, mais representariam uma “ética de convicção” do que uma “ética de responsabilidade prática” e, destarte, haveria a consequência ‘da grandiloquência nas palavras e da fraqueza nos actos’. Noutras palavras, há normas constitucionais de conteúdo emancipatório que, conquanto aceitas no momento em se firmou o compromisso constituinte, representam apenas o espírito do momento revolucionário e não se incluem entre as metas dos moderados que, com a consolidação das instituições, tendem a chegar ao poder. Logo, servirão apenas ao descrédito de institutos como a ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção (este, em especial, já muito diminuído em suas potencialidades

pela experiência jurisprudencial brasileira).

Sem dúvida, são razoáveis as críticas sustentadas por Streck e Canotilho, contudo, não há como negligenciar que o problema da Constituição Federal está intimamente vinculado à política que rege o país. Há de se perseguir uma democracia material, substancial.

Desde já é renunciada a discussão desta polêmica sob pena de distanciação do enfoque tratado neste estudo. Entretanto, um detalhe não deve ser esquecido: não trata a Constituição de uma utopia. A sensação de utopia decorre de outros fatores que não o texto constitucional brasileiro propriamente dito.

A seu turno, os direitos fundamentais, ao lado dos princípios constitucionais, desempenham papel determinante no progresso constitucional.

Cumprindo inicialmente, a propósito, com vistas a uma sustentação futura acerca de uma possibilidade de sobrelevar o Princípio da Vedação do Retrocesso Social ao *status* de super princípio, concatenar as diversas teorias e discussões que giram em torno do que sejam regras e princípios, além da forma de como são tratados nas Constituições mediante uma análise e confrontação entre Constitucionalismo garantista e Constitucionalismo principialista – somados à questão da eficácia das normas constitucionais.

O primeiro ponto a ser analisado cuida do desenvolvimento do que venham a ser regras e princípios.

Buscando esse mister, inicia-se com o clássico embate entre as ideias de Herbert L. A. Hart e Ronald Dworkin quanto à divisão das normas jurídicas em regras e princípios. O problema incidiria justamente na discricionariedade que o intérprete teria às mãos – tão questionada pelos positivistas tradicionais.

O positivismo jurídico tradicional, clássico (do século XIX), pregava métodos pelos quais o intérprete não possuía qualquer discricionariedade quando da aplicação da lei. O magistrado não poderia se dar ao luxo de qualquer interpretação. A regra era a subsunção.

Todavia, certo é que no Direito não há sempre uma norma específica para uma determinada situação ou litígio, mesmo devido à elevada complexidade da realidade social.

Como furta-se, então, de uma necessária interpretação das normas ante o fenômeno social? O positivismo jurídico tradicional precisava ser revisto. E de fato o foi. Emergiram duas correntes no século XX. Uma defendia a tradição positivista admitindo a possibilidade de uma margem de interpretação ao intérprete quando diante daqueles casos difíceis em que a lógica da subsunção não serviria como fundamentação para a decisão jurídica – corrente

seguida por Hart, Bobbio e Kelsen -, ao passo que a outra corrente propôs uma nova lógica, um novo método jurídico, capaz de compensar a falta de racionalidade que pairava sobre a argumentação jurídica – corrente seguida inclusive por Perelman.

Se o positivismo jurídico separava radicalmente direito e moral, a partir do momento em que se abre oportunidade à margem interpretativa, portanto, à discricionariedade, fatalmente haverá uma carga moral a ser aplicada.

É nesse ponto que Dworkin age, encontrando nos princípios a maneira ideal de conciliar moral e direito, o que seria impossível no caso das regras, visto que a elas vigeria o “tudo ou nada”. “Os princípios têm uma dimensão que as regras não têm: a dimensão de peso ou importância” (DWORKIN *apud* CELLA; OLIVEIRA, 2013, p. 05), sendo passíveis de serem medidos, isto é, *ponderados*.

A diferença entre regras e princípios não é simplesmente uma diferença de grau, mas sim de tipo qualitativo ou conceitual. As *regras* são normas que exigem um cumprimento pleno e, nessa medida, podem somente ser cumpridas ou descumpridas. Se uma regra é válida, então é obrigatório fazer precisamente o que ordena, nem mais nem menos. As regras contêm por isso determinações no campo do possível fática e juridicamente. A forma característica de aplicação das regras é, por isso, a subsunção. Os princípios, no entanto, são normas que ordenam que se realize algo na maior medida possível, em relação às possibilidades jurídicas e fáticas. Os princípios são, por conseguinte, mandatos de otimização que se caracterizam porque podem ser cumpridos em diversos graus (RODRIGUEZ *apud* CELLA; OLIVEIRA, 2013, p. 04).

Deste modo, os princípios seriam passíveis de mensuração, cabendo, a partir dos conteúdos que lhe são inerentes, a aplicação a cada caso concreto.

Essa noção de separação entre regras e princípios, posteriormente foi utilizada por Alexy em sua teoria na qual para a aplicação dos princípios haveria de ser utilizada a *ponderação* (Teoria da Máxima Ponderação).

Na visão de Alexy os princípios teriam como característica primeira o caráter *prima facie*, o que os distinguiriam das regras, as quais seriam, salvo exceção, razões definitivas. “Princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Nesse sentido, eles não contêm um *mandamento definitivo*, mas apenas *prima facie*” (2011, p. 103-104), isto é, indicam uma trajetória a ser seguida. Para o autor, também:

Diante disso, alguém poderia imaginar que os princípios têm sempre um mesmo caráter *prima facie*, e as regras um mesmo caráter definitivo. Um tal modelo parece estar presente em Dworkin, quando ele afirma que regras, se válidas, devem ser

aplicadas de forma tudo-ou-nada, enquanto os princípios apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma determinada decisão. Esse modelo é, contudo, muito simples. Um modelo diferenciado é necessário. Mas também no âmbito desse modelo diferenciado o diferente caráter *prima facie* das regras e dos princípios deve ser mantido (2011, p.104).

Seguindo em seu raciocínio, regras e princípios devem ser considerados como razões para as normas, ao passo que aqueles são considerados como razões para estas e somente para estas (ALEXY, 2011, p. 107).

Resumindo, princípios são considerados mandamentos de otimização de acordo com as possibilidades fáticas e jurídicas, devendo ser submetidos à regra da *máxima proporcionalidade em sentido estrito*, isto é, a

(...) exigência de sopesamento, decorre da relativização em face das possibilidades jurídicas. Quando uma norma de direito fundamental com caráter de princípio colide com um princípio antagônico, a possibilidade jurídica para a realização dessa norma depende do princípio antagônico. Para se chegar a uma decisão é necessário um sopesamento nos termos da lei de colisão. Visto que a aplicação de princípios válidos – caso sejam aplicáveis – é obrigatória, e visto que para essa aplicação, nos casos de colisão, é necessário um sopesamento, o caráter principiológico das normas de direito fundamental implica a necessidade de um sopesamento quando elas colidem com princípios antagônicos. Isso significa, por sua vez, que a máxima da proporcionalidade em sentido estrito é deduzível no caráter principiológico das normas de direitos fundamentais (ALEXY, 2011, p. 117-118).

Da mesma forma que Dworkin, Robert Alexy discute a possibilidade de um elo conceitual entre direito em moral, o que de certa forma acaba por influenciar no problema acerca de quais seriam os fundamentos dos direitos fundamentais.

O publicista ofereceu o argumento da correção. Tal argumento procura determinar um sistema jurídico levando em consideração uma relação necessária com a moral e, conseqüentemente com a justiça. “Para ALEXY, as normas jurídicas ou os sistemas jurídicos, se ultrapassam certos limites da injustiça, perdem seu caráter jurídico” (CELLA; OLIVEIRA, 2013 p. 15). Uma segunda parte do argumento seria a de que um sistema jurídico sem qualquer pretensão de correção estaria incurso em uma contradição normativa.

Todo ato promulgado pressupõe a crença do agente de que o ato é correto, ou pelo menos, satisfaz aos requisitos da correção ou busca atingir a sua correção. Se uma norma é promulgada sem essa pretensão, ela mesma seria contraditória, pois uma condição necessária do ato de afirmar é crer no que se afirma. Se afirmo algo e imediatamente digo que não o creio, produzo uma contradição performativa. Os sistemas jurídicos que não formulam a pretensão de correção não são sistemas jurídicos, uma vez que incorrem em uma falha conceitual, em uma contradição. Não basta a formulação da pretensão de correção; o sistema jurídico também deve satisfazê-la. Essa pretensão de correção outorga ao direito uma dimensão ideal, e o

que constitui o direito é a satisfação desse ideal. ALEXY não se compromete com uma moral concreta ou com algum conteúdo. Basta afirmar, para este autor, que as sociedades possuem uma moral procedimental, na qual os argumentos de uns são contrapostos aos argumentos de outros argumentadores morais, segundo as regras do discurso prático geral e da argumentação jurídica (CELLA; OLIVEIRA, 2013, p. 15).

Vale ressaltar que estes argumentos de Alexy foram duramente criticados por Eugenio Bulygin, porém, em razão do enfoque deste estudo, entende-se desnecessária a sua abordagem.

O que vem ao caso, sim, é alertar que essas discussões em torno de uma possível relação entre direito e moral acabam por deixar em aberto a questão dos fundamentos que regeriam os direitos fundamentais. Neste contexto,

Los derechos humanos son asunto importante: a todos nos incumbe personalmente que se respeten y que se extiendan. Pero son también problemas. Como tales, no estamos muy seguros de ellos; dudamos de que efectivamente los hayamos conquistado. Ni siquiera estamos muy seguros de que los entendamos cabalmente: no tenemos aún una teoría suficiente para pensarlos con plenitud. Quizás los recursos tradicionales y envejecidos de la ciencia jurídica no responden a fenómenos nuevos que necesitan de nuevas categorías y de nuevos recursos teóricos (VERNENGO *apud* CELLA; OLIVEIRA, 2013, p. 15).

Conquanto haja dúvidas acerca dos reais fundamentos dos direitos fundamentais, de quais direitos seriam aptos a receber este estatuto fundamental (como referência feita no capítulo 3 deste estudo acerca da fundamentalidade destes direitos), além do fato da inexistência de uma teoria suficiente para entendê-los em sua plenitude (como aduzido por Roberto Vernengo logo acima), certo é que os direitos fundamentais são uma das peças centrais do Neoconstitucionalismo (nova perspectiva sobre o constitucionalismo desenvolvida a partir do início do século XXI), senão a principal.

A respeito, Walber de Moura Agra (2008, p. 31) aduz que:

o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implantação de um Estado Democrático e Social de Direito. Ele pode ser considerado como um movimento caudatário do pós-modernismo. Dentre suas principais características podem ser mencionados: a) positivação e concretização de um catálogo de direitos fundamentais; b) onipresença dos princípios e das regras; c) inovações hermenêuticas; d) densificação da força normativa do Estado; e) desenvolvimento da justiça distributiva.

Por este panorama, esse novo robustecimento do constitucionalismo procura buscar a máxima eficácia da Constituição, sendo que seu modelo normativo passa a ser o axiológico (e

não o descritivo ou deontológico) – “a Constituição como valor em si” (AGRA, 2008, p. 31). A nova regra não é mais a limitação do poder (como ocorria no constitucionalismo moderno), mas sim a concretização dos direitos fundamentais.

Paolo Comanducci, ao fazer críticas ao neoconstitucionalismo (as quais não serão referenciadas nesta oportunidade) o distingue em três variantes: teórico, no qual se enquadrariam Ferrajoli e Zagrebelsky; ideológico, no qual se enquadrariam Dworkin e Alexy; e metodológico, no qual direito e moral teriam como ligação os princípios constitucionais (2002, p. 89-112).

Por conveniência, cumpre fazer referência ao constitucionalismo garantista empunhado por Luigi Ferrajoli e ao constitucionalismo principialista de Gustavo Zagrebelsky, autores enquadrados - como visto acima - na variante teórica do neoconstitucionalismo.

Segundo Ferrajoli, o que aproxima os autores do constitucionalismo principialista (argumentativo ou jusnaturalista ou antijuspositivista) é a configuração como princípios ético-políticos de grande parte das normas constitucionais, notadamente dos direitos fundamentais, sendo aqueles objetos de ponderação enquanto aquelas são objeto da subsunção (FERRAJOLI *apud* CADEMARTORI; NEVES, 2013, p. 04).

Na concepção garantista, o constitucionalismo funciona como sistema jurídico no qual a submissão a normas constitucionais é vinculante e inderrogável. Nesse caso, a ação legiferante se submete aos conteúdos e procedimentos compatíveis com a Constituição, sendo certo que em caso de violação haverá antinomias ou omissões.

Da mesma forma, não é admitida a relação entre a moral e direito, o que impediria juízos morais eivados de arbitrariedades por parte dos magistrados, bem como interferências do legislativo na vida moral das pessoas.

Nessa perspectiva, também, os princípios de cunho político e ético que consolidavam o direito natural acabaram por ser positivados, saindo da esfera das fontes externas e passando a legitimarem-se internamente no ordenamento jurídico.

Ferrajoli critica o constitucionalismo principialista pela aproximação entre direito e moral, a diferenciação qualitativa entre regras e princípios e o papel da ponderação como solução dos conflitos entre princípios jurídicos, além do papel dos direitos fundamentais (CADEMARTORI; NEVES, 2013, p. 01).

Para o autor, haveria o risco de um cognitivismo ético (um tipo de dogmatismo moral conexo ao constitucionalismo), de um enfraquecimento da hierarquia das fontes e da normatividade constitucional, além do fato de que o ativismo judicial geraria incertezas

quanto ao próprio direito (CADEMARTORI; NEVES, 2013, p. 06).

Em que pese o caráter positivista da não aceitação de uma conexão entre direito e moral, Ferrajoli chega a admitir certa margem de discricionariedade quando da imprecisão da linguagem legal. Nessa situação, ao intérprete seria permitida a utilização de uma discricionariedade de cunho interpretativo em que fatalmente haveria uma carga moral embutida.

Todavia, não é na conexão entre direito e moral que estaria a substância da democracia constitucional, mas sim nos direitos fundamentais (FERRAJOLI, 2012, p. 23), os quais são inerentes a todos, condicionando a validade substancial e a coerência do direito positivo (CADEMARTORI; NEVES, 2013, p. 07).

Pelo modelo do garantismo jurídico, os direitos fundamentais, ao lado do princípio da dignidade da pessoa humana, constituem vinculação do direito - tanto no que refere a sua produção quanto a sua aplicação - aos conteúdos constitucionais, podendo assumir cunho negativo ou positivo no que refere a prestações e proibição de lesão. São direitos que estariam na “esfera do indecidível”, limitando o Legislativo (ROSA, 2011, p. 07).

De acordo com a proposta garantista de definição teórica formal dos direitos fundamentais, são direitos fundamentais direitos subjetivos (constituintes de expectativa positiva ou negativa em face do Estado) de que são titulares todos os seres humanos dotados de status de pessoa. Esta formulação, para Ferrajoli, serve de parâmetro/critério para se aferir o grau de democracia substancial do ordenamento jurídico (CADEMARTORI; NEVES, 2013, p. 07).

Adentrando na concepção do constitucionalismo principialista, o positivismo jurídico destoa das demandas das atuais democracias constitucionais, sendo que a moral - que para o positivismo deveria ser externa ao direito - é posicionada na ordem interna do direito.

Também, ponto importante a ser considerado é que os direitos constitucionais são equiparados a princípios e, portanto, caso entrem em conflito entre si, submetem-se à regra da ponderação.

É nessa perspectiva que Gustavo Zagrebelsky oferece uma nova ótica para o constitucionalismo.

Tendo em conta a enorme diversidade de grupos e relações sociais, nas sociedades pluralistas atuais a Constituição vem a ocupar um papel que vai além do estabelecimento de um projeto para a vida comum. A Constituição agora deve se engajar na viabilização desse projeto. É necessária a substituição da soberania estatal pela soberania constitucional. Para

tanto, há necessidade de constituições “abertas”, as quais, dentro da baliza constitucional, permitam a espontaneidade da vida social e a direção política – ambas necessárias a uma sociedade pluralista e democrática (ZAGREBELSKY, 2002, p. 14).

É neste contexto que incide a ductilidade constitucional proposta pelo referido autor. “Demanda-se, nesse sentido, que cada um dos valores e princípios consagrados na Constituição não seja assumido absolutamente, e sim mediante a sua compatibilidade com os outros valores com os quais deve conviver” (CADEMARTORI; NEVES, 2013, p. 11). Não cabe mais a existência de uma ciência constitucional rígida.

Atentando-se para a diferença entre regras e princípios, somente àquelas se aplicariam os vários métodos de interpretação jurídica (devendo ser obedecidas), enquanto os princípios são aderidos, o que tornaria imperioso compreender os valores pelos quais zelam, bem como o contexto cultural no qual estão insertos.

Assim, os princípios proporcionam critérios sobre como atuar frente a um caso concreto à primeira vista (*a prima facie*) indeterminável, podendo, inclusive, submeterem-se à ponderação e relativização. No caso, a interpretação do direito é importantíssima ao intérprete ao estabelecer um direcionamento. Se houver necessidade no caso concreto, a vontade legislativa poderá ser invalidada, prevalecendo o juízo de constitucionalidade sobre a própria lei (ZAGREBELSKY, 2002, p. 134).

(...) Zagrebelsky ressalta que as possibilidades de interpretação dependem ainda da discricionariedade de que goza o intérprete para conciliar as exigências que permeiam o caso concreto, não só por meio de métodos de interpretação, mas também da própria estrutura da lei. O direito, por vezes, não resiste a ser interpretado de acordo com as demandas casuísticas. Isto ocorre, sobretudo, com as normas “elásticas” ou “abertas”, que utilizam cláusulas genéricas contrapostas às concepções estritamente positivistas do direito e da função judicial. Quando a produção legislativa se dá dessa forma, na percepção de Zagrebelsky (2002, p. 136), significa que o próprio legislador é quem declara a sua incapacidade de prever a concreta aplicação da norma, autorizando expressamente que os casos e suas exigências obtenham o devido reconhecimento (CADEMARTORI; NEVES, 2013, p. 15).

Sem pretensões de esgotar a temática acerca do constitucionalismo garantista e constitucionalismo principialista por ser inviável no presente estudo, é possível, com base no que foi tratado até o momento, mesclar diversos pontos levantados por ambas vertentes, aplicando-as ao neoconstitucionalismo brasileiro.

Com efeito, pelo enorme prestígio que a carta constitucional brasileira confere aos direitos fundamentais é observado que na mesma linha de Ferrajoli a Constituição os coloca

na esfera do indecível, funcionando como verdadeiros limites ao ente estatal – especialmente contra o Legislativo – e resguardando-os contra eventuais supressões de maiorias.

Por outro lado, importantíssima a dinamicidade constitucional proposta por Zagrebelsky através da concepção de direito dúctil, isto, um direito que se adapta ao pluralismo da sociedade moderna na qual está inserto.

Nessa linha de raciocínio, extremamente razoável uma interpretação que preze por uma proteção do cidadão contra os arbítrios do Estado, principalmente contra o Legislativo, e ao mesmo tempo proporcione dinamicidade da ação legiferante, porém dentro do balizamento constitucional. Essa noção importante será revista adiante quando da abordagem do Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

No entanto, ainda com foco aos direitos fundamentais, antes de adentrar no objeto propriamente dito deste estudo, mas visando constituir as bases de sua fundamentação, resta ainda fazer referência à eficácia das normas jurídicas.

De acordo com a classificação elaborada por Ana Paula de Barcellos sobre a eficácia jurídica segundo a aptidão das normas para produção dos efeitos pretendidos, têm-se as seguintes modalidades (referência aqui adotada por ser pertinente ao estudo, não desconsiderando outras formulações e classificações doutrinárias a respeito): a) *simétrica* ou *positiva*, o que determina um direito como subjetivo, podendo reclamá-lo pela via judicial; b) *nulidade*, tendo em conta atos praticados contra o disposto na norma (manifesta-se apenas em juízo); c) *ineficácia*, desconsiderando-se os efeitos dos atos praticados em desconformidade com a norma; d) *anulabilidade*, constitui forma de invalidade a ser requerida na via judicial, devendo, contudo, ser alegada tempestivamente pelo legitimado a fazê-la; e) *negativa*, condizente com os princípios visto que autoriza a declaração de invalidade de todas as normas e atos contrários à finalidade pretendida pela norma em questão; f) *penalidade*, que obriga ao indivíduo a agir conforme a norma, sendo que em caso de descumprimento possivelmente haverá sanção determinada; g) *interpretativa*, na qual a norma avoca o papel de vetor hermenêutico da compreensão; h) *outras*, a exemplo da intervenção federal (BARCELLOS *apud* DERBLI, 2007, p. 120-121).

Além do rol de modalidades de eficácia jurídica exposto acima, a autora admite como modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais a *vedativa do retrocesso* atrelada aos direitos fundamentais, principalmente quanto àqueles que dependam da *interpositio legislatoris* para que possam ser concretizados. Por essa linha, há possibilidade de

decretação da invalidade de normas que revoguem normas que antes versavam sobre direitos fundamentais, casos estes em que não há qualquer política substitutiva ou equivalente (BARCELLOS, 2001, p. 68-71).

A despeito deste entendimento, a questão da vedação do retrocesso não se trata de uma modalidade de eficácia jurídica, mas sim, constitui princípio constitucional considerado em si mesmo.

Por fim, há de ser considerada a chamada *eficácia irradiante* dos direitos fundamentais, segundo a qual haverá vinculação do legislador na sua atuação, devendo ele zelar pela preservação e permanente promoção dos direitos fundamentais e valores constitucionais inerentes às normas que o definem (DERBLI, 2007, p. 130-131). Nesta mesma esteira:

Segundo Luís Roberto Barroso, a eficácia irradiante desempenha os papéis de princípio hermenêutico e de mecanismo de controle de constitucionalidade, através da interpretação conforme a Constituição. No primeiro papel, ela impõe ao operador do direito que, diante da ambigüidade de determinada norma jurídica, opte pela exegese que torne essa norma compatível com a Constituição, mesmo que não seja a exegese mais óbvia do preceito. No segundo, permite ao Supremo Tribunal Federal que elimine, por contrariedade à Lei Maior, possibilidades interpretativas de determinada norma, sem redução do seu texto. Cada juiz, no que tange ao controle difuso de constitucionalidade, também têm a obrigação de interpretar as normas jurídicas de modo mais consentâneo com a Lei Fundamental. A eficácia irradiante dos direitos fundamentais manifesta-se, sobretudo, em relação à interpretação e à aplicação das cláusulas gerais e dos conceitos jurídicos indeterminados presentes na legislação infraconstitucional. Entretanto, o reconhecimento da função hermenêutica dos direitos fundamentais não exclui, de modo algum, a função normativa desses direitos e a possibilidade de incidência direta destas normas sobre relações jurídicas concretas, de caráter público ou privado (BARROSO *apud* PIMENTA; BARROS, 2013, p. 2796-2797).

Feitas todas estas abordagens, bases do presente estudo, passa-se ao que foi proposto.

Do que foi analisado ao longo deste e dos capítulos anteriores, nada mais razoável do que a dedução pela existência de um Princípio da Vedação do Retrocesso Social implícito na Constituição de 1988. Deveras, a noção de retrocesso social interliga-se à noção de direito subjetivo no sentido de que há possibilidade de se atacar na via judicial qualquer medida que conflite com o texto constitucional ou que venha a pura e simplesmente revogar ou suprimir uma norma que já possua um certo grau de concretização.

Assim considerado como um direito subjetivo negativo, Ingo Sarlet (2012, p. 456-457) acusa que o Princípio da Vedação do Retrocesso Social na Constituição decorre dos seguintes princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional: a) do princípio do Estado

democrático e social de Direito, o qual impõe um patamar mínimo de segurança jurídica (inclui, inclusive, a proteção da confiança e manutenção de um patamar mínimo da ordem jurídica), bem como segurança contra medidas retroativas e retrocessivas de um modo geral; b) do princípio da dignidade da pessoa humana, exigindo do Estado o bem-estar social e existência condigna de todos por meio de prestações positivas (de direitos fundamentais sociais); c) do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais (artigo 5º, § 1º, da CF), que abarca também a noção de maximização da proteção dos direitos fundamentais e, conseqüentemente, ao lado da segurança jurídica, confere maior proteção possível contra medidas de cunho retrocessivo; d) as manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição não dão conta das inúmeras situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica; e) o princípio da proteção da confiança impõe aos poderes públicos a boa-fé e respeito para com o indivíduo em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente consideradas; f) os órgãos estatais estão vinculados, além das imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, aos atos anteriores; g) o não reconhecimento do princípio da vedação do retrocesso social possibilitaria que os órgãos legislativos, a pretexto de estarem vinculados aos direitos fundamentais e às normas constitucionais em geral, dispusessem do poder de tomar suas decisões mesmo em flagrante desrespeito à vontade do Constituinte; h) robustecimento dos argumentos esgrimidos por um fundamento adicional extraído do direito internacional, sistema protetivo o qual impõe a progressiva implementação efetiva da proteção social pelos Estados (implicitamente fica vedado o retrocesso em relação aos direitos sociais já concretizados).

De extrema relevância os pontos elencados acima. Contudo, J. J. Canotilho (*apud* DERBLI, 2007, p. 60) insurge-se contra o dispositivo do artigo 5º, § 1º, da CF, no que refere principalmente à aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais sociais, ao sustentar que:

Pecaria a Constituição dirigente, ademais, na extensão acrítica da aplicabilidade imediata, própria dos direitos fundamentais de liberdade, aos direitos fundamentais sociais, em geral dependentes da ação do legislador para alcançarem a plenitude de seus efeitos. Nesse sentido, o § 1º do artigo 5º da Constituição brasileira de 1988 consagraria posição insustentável.

Mesmo que se questione a sua aplicabilidade com relação aos direitos sociais, como faz Canotilho, certo é que há de se interpretar o princípio da aplicação imediata dos direitos

fundamentais (inserto no dispositivo supracitado) levando-se em conta a busca por uma maximização de seus efeitos e eficácia, ou seja, mesmo que *a prima facie* não atinja o fim (condicionado à ação legiferante regulamentadora), uma carga mínima de dever e obrigação estatais lhe são inerentes.

Esse dispositivo constitucional, além de assegurar o caráter dirigente e vinculante dos direitos fundamentais, reforça a força normativa tanto destes direitos quanto das garantias e liberdades fundamentais. Esses caracteres inserem os direitos fundamentais como um norte a ser sempre perseguido e respeitado tanto pelo legislador infraconstitucional quanto pelo poder constituinte reformador, bem como pelos poderes públicos em geral – ou seja, atuam diretamente contra a própria lei quando esta destoa dos objetivos e diretrizes traçados pela Constituição.

A partir do exposto, verifica-se que a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de (todas) as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, § 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e jurisdicionais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade (SARLET, 2012, p. 457).

Portanto, neste primeiro momento, irrefragável que o Princípio da Vedação do Retrocesso Social consiste em um princípio de defesa implícito na Constituição, o qual decorre tanto do princípio do Estado de Direito (no tocante à proteção da confiança e segurança jurídica) quanto do princípio do Estado Social (assegurando graus mínimos de segurança social já alcançados) e da dignidade da pessoa humana. Negá-lo tal reconhecimento implicaria em grave prejuízo à efetividade constitucional, submetendo os indivíduos a eventuais arbitrariedades (mazelas) do legislador.

Vem ao caso, ainda, uma consideração a ser feita, ou melhor, frisada: o Princípio da Vedação do Retrocesso Social não se limita aos direitos fundamentais sociais, muito embora seja comumente associado e conciliado a eles. O texto constitucional não hierarquiza estes direitos fundamentais, mantendo-os em mesmo patamar de importância com todos os demais.

Aliás, esse mesmo raciocínio é compartilhado por Sarlet (*In* CORREIA et al, 2010, p. 75-76):

(...) reitera-se a nossa posição em prol da possibilidade de uma aplicação da noção de proibição do retrocesso, desde que tomada em sentido amplo de uma proteção contra medidas de cunho restritivo a todos os direitos fundamentais.

No mais, tem-se que o Princípio da Vedação do Retrocesso - um “enlatado importado europeu” – encontra compatibilização e acolhimento dentro do ordenamento jurídico brasileiro, ocupando posição confortável. É um princípio que felizmente logrou êxito na Constituição brasileira atual, coadunando-se com os aspectos econômicos-políticos e sócio-culturais pátrios – o que poderia não ocorrer em outras ordens jurídicas.

De modo muito prudente Andreas Krell (*apud* DERBLI, 2007, p. 136) pondera:

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

De toda forma, o elevado grau de harmonização deste princípio com o ordenamento jurídico brasileiro possibilita uma dinamicidade tamanha de atuação nos moldes do balizamento legal, que permite sobrelevá-lo ao *status* de super princípio – enaltecimento este que merecidamente lhe é devido -, acabando por aprimorar e maximizar a efetividade constitucional (eis aqui sua principal benfeitoria). Mas afinal, o que vem a ser um superprincípio?

Um superprincípio vem a constituir o molde dos demais princípios, isto é, a fonte de onde emanam os demais. É uma verdadeira base de criação e direcionamento de princípios e, conseqüentemente, de regras (em consonância com as lições de Alexy de que os princípios constituiriam razões para as regras, como referido alhures).

Atualmente, a doutrina majoritária toma a dignidade da pessoa humana como o super princípio que rege o ordenamento jurídico brasileiro. Dentre aqueles que compartilham de tal entendimento, inclui-se Flávia Piovesan (2003, p. 355-398), a qual encara a dignidade da pessoa humana como norma maior a orientar o constitucionalismo contemporâneo,

conferindo-lhe racionalidade, unidade e sentido.

Outrossim, realizadas as explanações necessárias ao prosseguimento do raciocínio proposto, suscita-se que ao lado da dignidade da pessoa humana, o Princípio da Vedação do Retrocesso Social constitui super princípio que traça uma trajetória ao Estado brasileiro, principalmente ao legislativo na confecção das leis. Que direção seria esta?

Por esta interpretação ampliada, o Princípio da Vedação do Retrocesso Social, fortemente atrelado aos direitos fundamentais (na sua manutenção), estabelece que o legislador deve criar leis sempre em um caráter de progresso, isto é, visando ao progresso social, não devendo elaborar leis que retrocedam as “conquistas fundamentais” já concretizadas - trata-se do denominado efeito *cliquet*.

A expressão ‘efeito *cliquet*’ é utilizada pelos alpinistas e define um movimento que só permite ao alpinista ir para cima, ou seja, subir. A origem da nomenclatura, em âmbito jurídico, é francesa, onde a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (chamado de ‘*effet cliquet*’) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente. (...) Pensa-se, contudo, que apenas no caso de retrocesso social, em que o Estado brasileiro abriria mão de conquistas sociais já atingidas, é que a justificação da reserva do possível não prosperaria. As conquistas sociais têm efeito de catraca (Efeito *Cliquet*), não podendo retroceder, conforme defendeu o português Canotilho na primeira edição de sua obra. No julgamento da ADIn 1.946/DF, o STF entendeu que o direito ao salário-maternidade seria uma cláusula pétrea; houve uma aplicação, ainda que não tão evidente, do chamado princípio do não retrocesso. (...) a jurisprudência do Conselho Constitucional reconhece que o princípio da vedação de retrocesso (por ele chamado de ‘*effet cliquet*’) se aplica inclusive em relação aos direitos de liberdade, no sentido de que não é possível a revogação total de uma lei que protege as liberdades fundamentais sem a substituir por outra que ofereça garantias com eficácia equivalente (LEITE *apud* GARCIA, 2010, p.05).

Talvez o raciocínio feito até o presente revele uma “interpretação ampliada” simplória, uma vez que não houve mudanças significativas em comparação ao que já era da essência do princípio anteriormente considerado em si mesmo. Todavia há nuances.

O *plus* está justamente na mescla de atributos do constitucionalismo garantista de Ferrajoli com aqueles do constitucionalismo principialista de Zagrebelsky, sendo certo, contudo, o predomínio destes últimos.

Ter-se-á o Estado, principalmente o legislador, sob as rédeas da soberania constitucional. Ao constituinte incumbe sempre o progresso, tendo-se em mente sempre a dignidade da pessoa humana (prioridade) e o Princípio da Vedação do Retrocesso Social, sendo que este último carrega em seu bojo os direitos fundamentais como um todo (tornando-

se responsável pela sua manutenção).

O Princípio da Vedação do Retrocesso Social não chega a ser autônomo, visto que decorrente de diversos princípios e argumentos constantes da esfera constitucional como visto anteriormente. No entanto, tendo por base uma interpretação ampliada, ousa-se afirmar que ele adquire uma *autonomia derivada* na ordem constitucional brasileira, dado este caráter de administrador dos direitos fundamentais.

Poder-se-ia especular que por esta ótica é vislumbrado um princípio de caráter absoluto. Equivocada é essa ilação. Há um certo consenso de que os princípios possam ser relativizados e, portanto, submetem-se à regra da ponderação. Conforme afirma Alexy (2011, p. 111),

No caso de princípios absolutos trata-se de princípios extremamente fortes, isto é, de princípios que em nenhuma hipótese cedem em favor de outros. Se existem princípios absolutos, então, a definição de princípios deve ser modificada, pois se um princípio tem precedência em relação a todos os outros em caso de colisão, até mesmo em relação ao princípio que estabelece que as regras devem ser seguidas, nesse caso, isso significa que sua realização não conhece nenhum limite jurídico, apenas limites fáticos.

Nota-se, assim, que não há que se sustentar que essa nova interpretação acerca do Princípio da Vedação do Retrocesso Social mascara um caráter absoluto. Pode até mesmo aproximar-se dele, contudo não o é, mesmo porque seu papel é o da salvaguarda dos direitos fundamentais no nível em que se encontram concretizados (maximizando a segurança jurídica e a proteção da confiança). Por via de consequência, embute-se às suas características a *força expansiva* atribuída por Antonio Enrique Pérez Luño (1991, p.310) dos direitos e garantias fundamentais, o que significa a irradiação por todo o universo constitucional – servindo de parâmetro hermenêutico para todas as normas do ordenamento jurídico brasileiro.

Imprescindível a essa situação, também, a ductilidade constitucional pregada por Zagrebelsky.

Por meio desta, é possível afirmar que na nova interpretação do Princípio da Vedação do Retrocesso Social ele é um princípio dinâmico (“elástico”). Tendo em conta esta característica, ao contrário do que os doutrinadores inferem normalmente, este princípio admite sim uma relativização. Ele permite que o legislador revogue ou suprima determinada norma, contudo, o condiciona de maneira a que deva repor o vazio jurídico por ele deixado, ou que elabore formas de compensação. Essa dinamicidade inerente ao princípio - consequente desta nova interpretação que lhe é conferida (ampliada) - impede argumentos no

sentido do enrijecimento da atividade legislativa e preserva uma produção legislativa com margens de liberdade para o legislador. Esse princípio, agora com roupagem dinâmica, adaptável à sociedade na qual está inserto, permite que o Estado se atente justamente para aqueles mecanismos da reserva do possível, no caso dos direitos que demandam atuação positiva. O princípio, na qualidade de um administrador dos direitos fundamentais como um todo que visa ao progresso do Estado e à realização da justiça material, permite uma dinâmica de atuação estatal dentro da escala constitucional, isto é, como princípio que visa ao progresso é permitido ao Estado "dar um passo para trás para que dois sejam dados a frente"; contudo, pode-se dizer que essa situação se trata de uma "discrecionalidade vinculada", uma vez que a discrecionalidade estatal deve observar necessariamente os ditames constitucionais. O que se veda, apenas, como consta no estudo, é que o legislador não forneça qualquer substituição ou compensação daquilo que em tese retrocedeu, ou seja, poder-se-ia reduzir em algo, contudo compensá-lo de outra maneira. O que importa é não deixar de observar aos direitos fundamentais e tampouco retornar ao vazio anterior a sua concretização.

Mais uma vez, o caráter dúctil, dinâmico, permite a adaptação do Princípio da Vedação do Retrocesso Social à sociedade sobre a qual opera juntamente com os direitos fundamentais – indispensáveis ao neoconstitucionalismo, lembrando que

Os direitos fundamentais representam uma das decisões básicas do constituinte, através da qual os principais valores éticos e políticos de uma comunidade alcançam expressão jurídica. Os direitos fundamentais assinalam um horizonte de metas sociopolíticas a alcançar, quando estabelecem a posição jurídica dos cidadãos em suas relações com o Estado, ou entre si (PEREZ LUÑO *apud* PIOVESAN, 2012, p. 91).

Finalmente, note-se, por via de consequência da interpretação ampliada proposta, que há o surgimento de um limite material implícito ao poder constitucional de reforma, não previsto no artigo 60, § 4º, da Constituição Federal, visto que ao legislador caberá também se engajar na preservação e manutenção dos direitos fundamentais como um todo.

De todo o aludido acima, verifica-se a possibilidade de uma interpretação extensiva do Princípio da Vedação do Retrocesso Social nos moldes da Constituição Federal, logrando êxito na sua elevação ao *status* de super princípio e provando-se o seu papel na maximização da efetividade constitucional.

Considerações Finais

Ao longo deste artigo foi visto a intrínseca relação dos direitos fundamentais com o Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

A atual Constituição Federal é rica à beça na consagração dos direitos fundamentais. Cuida-se de texto constitucional extremamente humanitário correlacionado com o neoconstitucionalismo, forjado sob os moldes do dirigismo constitucional pregado por J. J. Canotilho.

Essa vasta gama de direitos fundamentais compõe-se de direitos que normalmente dependem da *interpositio legislatoris* para que possam ser concretizados.

Além de deixados ao relento pela corrente omissão legislativa, não raras as vezes que o legislador - de forma arbitrária e/ou até mesmo imprudente - atenta contra os direitos fundamentais (principalmente contra os sociais), revogando normas jurídicas que já concretizavam certo direito em um determinado patamar sem oferecer qualquer compensação - o que leva ao regresso inadmissível ao vácuo legislativo.

O Princípio da Vedação do Retrocesso Social vem a impor rédeas à ação legiferante de modo que ao legislador é vedado qualquer tipo de retrocesso que iniba ou suprima o nível de concretização já alcançado por determinado direito fundamental.

Esta postura rendeu fortes críticas ao princípio no sentido de que enrijeceria a atividade legislativa, bem como não observaria a realidade político-econômica do Estado onde estivesse inserto. Isso porque não atentaria para a chamada *reserva do possível*, teoria esta que abarca os direitos que exigem uma prestação por parte do Estado. Segundo ela, em apertada síntese, é necessária a disponibilidade de recursos financeiros para a satisfação do direito prestacional, assim como autorização orçamentária por parte do Legislativo para que o Estado possa utilizar o recurso. Por vezes, referida teoria foi utilizada para justificar a não concretização de direitos prestacionais.

Essa situação de modo algum merece prosperar. Os direitos fundamentais devem ser resguardados como um todo contra as arbitrariedades estatais.

A nova ótica do Princípio da Vedação do Retrocesso Social que o eleva à categoria de super princípio acaba com as críticas acima referidas e permite a maximização da efetividade constitucional por meio do dinamismo que lhe passa a ser inerente.

A interpretação ampliada, por ora proposta, permite ao legislador atuar livremente na produção legislativa, conquanto o faça dentro do balizamento constitucional e sempre com o intento progressista, nunca de retrocesso.

Muita cautela e atenção são demandadas para com esta interpretação. Em nenhum

momento se afirma que ao legislador é vedado regredir em determinado ponto para que outro seja alcançado, ou seja, essa possibilidade de retroceder está dentro da margem da atuação legislativa, dentro da sua “discrecionalidade vinculada”, contudo sujeitando-se apenas ao condicionamento do não comprometimento do nível de concretização alcançado por determinado direito fundamental sem qualquer compensação razoável e plausível.

A bem da verdade, indiretamente esta nova interpretação está impregnada por uma essência centrista - aquela que dentro do espectro político se apresenta entre o capitalismo e o comunismo (posicionamento central), observadas as graduações necessárias. Crê-se realmente que o progresso somente é efetivado por meio desta posição política intermediária – noção esta que pode ser repassada sem qualquer óbice à natureza e valoração do Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

Na qualidade de super princípio (com autonomia derivada), ele passa a servir como fonte de inspiração para todo o ordenamento jurídico pátrio revestindo-se como uma condição diretiva ao legislador, o qual encontra-se vinculado à soberania constitucional.

REFERÊNCIAS

AGRA, Walber de Moura. **Curso de direito constitucional**. 4ª Edição. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2011.

AZEVEDO, Pedro Pontes de. **A *lex mercatoria* e a sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. {on line}. Disponível em: <http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PAzevedo.pdf>. Acesso em 03 de maio de 2013.

BARCELLOS, Ana Paula de. **A eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BOBBIO, Norberto. **Estado, Governo, Sociedade – Para uma teoria geral da política**. 8ª Edição. São Paulo: Paz e Terra, 2000.

CADEMARTORI, Daniela Mesquista Leutchuk de; NEVES, Isadora Ferreira.

Constitucionalismo garantista X Constitucionalismo principialista: aproximações entre Ferrajoli e Zagrebelsky. {on line}. Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fdbd31f2027f2037>>. Acesso em: 27 de abril de 2013.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador:**

Contributo para a Compreensão das Normas Constitucionais Programáticas. 2. ed.

Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

CELLA, José Renato Gaziero; OLIVEIRA, Marlus Heriberto Arns de.

Neoconstitucionalismo (s) e seus problemas: quais os fundamentos dos direitos fundamentais?. {on line}. Disponível em: <

<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=30a237d18c50f563>>. Acesso em: 11 de maio de 2013.

COMANDUCCI, Paolo. **Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico.**

Traduzido por Miguel Carbonell, Revista Isonomía n. 16, p. 89-112, abr.2002.

CORREIA, Érica Paula Barcha; CORREIA, Marcus Orione Gonçalves; CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direitos Fundamentais Sociais.** São Paulo: Saraiva, 2010.

DERBLI, Felipe. **O princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988.**

Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

FERRAJOLI, Luigi. **Constitucionalismo principialista e constitucionalismo garantista.**

Tradução de A. K. Trindade. In: ____; STRECK, Lenio Luiz; TRINDADE, André Karam (orgs.). **Garantismo, hermenêutica e (neo) constitucionalismo: um debate com Luigi Ferrajoli.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

GARCIA, Sergio Renato Tejada. **O princípio da vedação de retrocesso na jurisprudência pátria - análise de precedentes do Supremo Tribunal Federal, dos Tribunais Regionais Federais e da Turma Nacional de Uniformização.** {on line}. Disponível em:

<http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/index.htm?http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao036/sergio_tejada.html>. Acesso em: 04 de março de 2013.

KRELL, Andreas Joachim. **Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha: Os (Des) Caminhos de um Direito Constitucional “Comparado”.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **Do efeito cliquet ou princípio da vedação de retrocesso.** Revista Jus Vigilantibus, 13 de maio de 2009.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional.** 3. ed. São Paulo: Método, 2009.

PÉREZ LUÑO, Antonio-Enrique. **Derechos humanos, Estado de derecho y Constitución.** 4.ed. Madrid: Tecnos, 1991.

PIMENTA, José Roberto Freire; BARROS, Juliana Augusta Medeiros de. **A eficácia imediata dos direitos fundamentais individuais nas relações privadas e a ponderação de interesses.** {on line}. Disponível na Internet via

<http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/bh/jose_roberto_freire_pimenta.pdf>.

Acesso em 06 de março de 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____; VIEIRA, Renato Stanzola. **A Força Normativa dos Princípios Constitucionais Fundamentais: A Dignidade da Pessoa Humana**, in Temas de Direitos Humanos, 2º ed., São Paulo: Max Limonad, 2003.

RODRIGUEZ, Manuel Atienza. **As razões do direito: teorias da argumentação jurídica**. Tradução de Maria Cristina Guimarães Cupertino, São Paulo: Landy, 2000.

ROSA, Alexandre Morais da. **Garantismo jurídico e controle de constitucionalidade material: aportes hermenêuticos**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 11.ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

_____. **A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: dignidade da pessoa humana, direitos fundamentais e proibição de retrocesso social no direito constitucional brasileiro**. {on line}. Disponível na Internet: <http://www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em 24 de abril de 2013.

STRECK, Lenio Luiz. **Jurisdição Constitucional e Hermenêutica**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

VERNENGO, R.J. **Dos ensayos sobre problemas de fundamentación de los derechos humanos**. Buenos Aires: Cuadernos de Investigaciones 13 del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”, 1989.

WOLKMER, Antonio Carlos. **Ideologia, Estado e Direito**. 3.ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **El derecho dúctil: ley, derechos, justicia**. Traducción de: Marina Gascón. Madri: Editorial Trotta, 2002.