HUGO SARMENTO GADELHA
LUNARA MACHADO DE ALMEIDA

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Discussões Jurídicas

EDITORA

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Discussões Jurídicas

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO

Discussões Jurídicas

Hugo Sarmento Gadelha
Lunara Machado de Almeida

BOA VISTA/RR
2022

Editora IOLE

Todos os direitos reservados.
A reprodução não autorizada desta publicação, no todo ou em parte, constitui violação dos direitos autorais (Lei n. 9.610/98) é crime estabelecido pelo artigo 184 do Código Penal.



EXPEDIENTE

Revisão
Elói Martins Senhoras
Maria Sharlyany Marques Ramos

Capa
Alokike Gael Chloe Hounkonnou
Elói Martins Senhoras

Projeto Gráfico e Diagramação
Elói Martins Senhoras
Paulo Henrique Rodrigues da Costa

Conselho Editorial
Abigail Pascoal dos Santos
Charles Pennaforte
Claudete de Castro Silva Vitte
Elói Martins Senhoras
Fabiano de Araújo Moreira
Julio Burdman
Marcos Antônio Fávaro Martins
Rozane Pereira Ignácio
Patrícia Nasser de Carvalho
Simone Rodrigues Batista Mendes
Vitor Stuart Gabriel de Pieri

DADOS INTERNACIONAIS DE CATALOGAÇÃO-NA-PUBLICAÇÃO (CIP)

Ga1 GADELHA, Hugo Sarmento; ALMEIDA, Lunara Machado de.

Princípio da Vedação ao Retrocesso: Discussões Jurídicas. Boa Vista: Editora IOLE, 2022, 115 p.

Série: Direito. Editor: Elói Martins Senhoras.

ISBN: 978-65-998356-1-2
https://doi.org/10.5281/zenodo.7097738

1 - Brasil. 2 - Direito. 3 - Doutrina. 4 - Legislação. 5 - Princípio da Vedação ao Retrocesso.
I - Título. II - Senhoras, Elói Martins. III - Direito. IV - Série

CDD–340

A exatidão das informações, conceitos e opiniões é de exclusiva responsabilidade dos autores.



EDITORIAL

A editora IOLE tem o objetivo de divulgar a produção de trabalhos intelectuais que tenham qualidade e relevância social, científica ou didática em distintas áreas do conhecimento e direcionadas para um amplo público de leitores com diferentes interesses.

As publicações da editora IOLE têm o intuito de trazerem contribuições para o avanço da reflexão e da *práxis* em diferentes áreas do pensamento e para a consolidação de uma comunidade de autores comprometida com a pluralidade do pensamento e com uma crescente institucionalização dos debates.

O conteúdo produzido e divulgado neste livro é de inteira responsabilidade dos autores em termos de forma, correção e confiabilidade, não representando discurso oficial da editora IOLE, a qual é responsável exclusivamente pela editoração, publicação e divulgação da obra.

Concebido para ser um material com alta capilarização para seu potencial público leitor, o presente livro da editora IOLE é publicado nos formatos impresso e eletrônico a fim de propiciar a democratização do conhecimento por meio do livre acesso e divulgação das obras.

Prof. Dr. Elói Martins Senhoras

(Editor Chefe)

Copyright © Editora IOLE
2022

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO | 09

CAPÍTULO 1 |
Princípio da Vedação ao Retrocesso e
sua Relação com os Direitos Fundamentais Sociais 13

CAPÍTULO 2 |
A reserva do possível como limitadora da concessão de direitos sociais 41

CAPÍTULO 3 |
Princípio da Reserva do Possível e o Direito Fundamental à Saúde 71

CAPÍTULO 4 |
Direitos Humanos e o Princípio da
Vedação ao não Retrocesso Embutidos no Cenário Nacional 91

SOBRE OS AUTORES | 107

INTRODUÇÃO

INTRODUÇÃO

O livro, "Princípio da Vedação ao Retrocesso: Discussões Jurídicas", realiza uma avaliação crítica dos fatídicos que permeiam o seio social, primordialmente no tocante aos instrumentos que asseguram os direitos fundamentais da pessoa humana. Nesta senda, menciona-se que a obra em tela possui uma perspectiva analítica que compreende a realidade social a partir de discussões motivadas pelos recortes analíticos e debates do campo epistemológico do Direito.

Em atendimento ao objetivo proposto, esta obra foi organizada em quatro capítulos, por meio do uso do método dedutivo, caracterizando-se como uma pesquisa exploratória, descritiva e explicativa, de natureza qualitativa, que empregou, tanto os procedimentos de revisão documental e bibliográfica no levantamento de dados, quanto a hermenêutica jurídica na análise de dados.

No primeiro capítulo, "Princípio da vedação ao retrocesso e sua relação com os direitos fundamentais sociais", apresenta-se uma análise da aplicação do princípio da proibição ao retrocesso dos direitos fundamentais sociais, e para isso, adotou-se alguns objetivos específicos, como o estudo acerca dos direitos fundamentais e suas dimensões, além dos direitos sociais e suas classificações, o seu tratamento das Constituições brasileiras anteriores e sua estreita relação com a dignidade humana, além do entendimento do princípio da proibição de retrocesso.

No segundo capítulo, "A reserva do possível como limitadora da concessão de direitos sociais", tem como objetivo a inspeção de como a reserva do possível pode limitar a concessão de direitos sociais, os quais são tidos como garantias básicas ao ser humano, concedendo-lhe condições de vida mais digna.

No terceiro capítulo, "Princípio da reserva do possível e o direito fundamental a saúde", é realizada uma abordagem acerca da reserva do possível quanto ao direito fundamental ao acesso a saúde, o qual é tido como uma garantia básica ao ser humano, concedendo-lhe condições de vida mais digna.

No quarto capítulo, "Direitos humanos e o princípio da vedação ao não retrocesso embutidos no cenário nacional", apresenta-se uma abordagem acerca da a análise da aplicação do princípio da proibição ao retrocesso e sua relação com os direitos humanos e a maneira que se encontram presentes no cenário nacional brasileiro.

Desta feita, em consonância com as discussões e resultados traçados no decorrer dos quatro capítulos, a leitura desta obra apresenta reflexões contemporâneas e com alto teor de criticidade, estingando diversos mecanismos intrínsecos a promoção social. Ademais, o presente livro promove a reflexão dos instrumentos basilares para promover o desenvolvimento humano.

Excelente leitura!

Hugo Sarmento Gadelha

Lunara Machado de Almeida

(organizadores)

CAPÍTULO 1

Princípio da Vedação ao Retrocesso e
sua Relação com os Direitos Fundamentais Sociais

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO E SUA RELAÇÃO COM OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Os direitos sociais são previstos na Constituição Federal de 1988 e buscam fornecer à população acesso a direitos considerados básicos, como os previstos no artigo 6° do dispositivo supramencionado que garantem acesso à previdência social, ao trabalho, saúde, educação, alimentação etc.

Em razão desse caráter essencial que esses direitos possuem estes não podem ser, de qualquer modo, deixar de ser disponibilizados, já que, como mencionado anteriormente, são tidos como direitos básicos, os quais objetivam garantir ao cidadão uma melhor qualidade de vida, e tornar-lhe mais digna.

O Estado, o qual é o maior garantidor desses direitos, já que é seu dever fornecê-los, não tem o condão de erradicar essas garantias dos documentos normativos. Deste modo, o legislador não pode fazer modificações legislativas e suprimir esses direitos sociais. Contudo há uma brecha, no qual este só pode fazer tais alterações se for realmente necessário e se adotar medidas alternativas à sua garantia.

Assim, a hipótese a ser levantada é de que o princípio da vedação ao retrocesso social não permite que os direitos sociais possam ser atingidos por alterações legislativas, já que estão intimamente relacionados ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, a qual objetiva possibilitar que a população em geral possa viver com acesso a direitos básicos e extremamente necessários.

Diante do exposto, o objetivo geral desta pesquisa é verificar quais os direitos sociais previstos no ordenamento jurídico e a sua relevância no cenário nacional ao longo da história e como a vedação ao retrocesso aplica-se diante da importância desse tema.

Já os objetivos específicos são três, o primeiro buscar entender mais a respeito dos direitos fundamentais e suas dimensões, o segundo tratará a respeito dos direitos sociais, sua classificação e ligação com a dignidade humana, e por último, o terceiro objetivo específico dispõe acerca do princípio da vedação ao retrocesso e sua ligação com os direitos sociais.

Quanto à divisão dos capítulos, o primeiro tratará de estudar mais a respeito dos direitos fundamentais, analisando suas dimensões, principalmente a segunda dimensão de direitos, a qual trata a respeito dos direitos sociais.

O segundo capítulo irá dispor mais especificamente dos direitos sociais, com a inclusão de conceitos, como as Constituições promulgadas no Brasil trataram a respeito da aplicação dos direitos sociais, além do estudo da relação desses direitos essenciais com o princípio da dignidade da pessoa humana e a sua classificação.

O terceiro capítulo abordará a respeito do princípio da vedação ao retrocesso, conceituando o que seria e sua aplicação aos direitos sociais, afirmando a importância desses no sistema jurídico pátrio e a sua não modificação.

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Não só a legislação brasileira, mas toda a legislação internacional busca disponibilizar os direitos fundamentais a todo ser humano devido à importância destes para todo o mundo. Como a sua

própria nomenclatura já dispõe, são garantias indispensáveis a todos, pois prezam pelo respeito ao próximo e a sua condição de ser humano, e é justamente por isso que possui forte relação com o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

Antes de iniciar-se o estudo a respeito da proibição da vedação ao retrocesso em relação aos direitos sociais, se faz indispensável, primeiramente, entender o que são essas garantias fundamentais e quais seus benefícios para aqueles que dele necessitam.

Os autores não entraram em um consenso sobre o que seriam os direitos fundamentais, assim, inicialmente, é imprescindível fazer algumas diferenciações para entendê-lo melhor. Alguns doutrinadores se referem àqueles como direitos do homem ou direitos humanos, como se fossem sinônimos.

No entanto, há algumas diferenças que merecem serem apontadas, como: os direitos humanos possuem uma pretensão normativa de universalidade, possuindo uma perspectiva mais extraestatal, ou seja, internacional; já em relação aos direitos fundamentais, estes seriam direitos humanos que receberam positivação estatal (FERNANDES, 2021).

> No mínimo, para os que preferem a expressão "direitos humanos", há que referir – sob pena de se correr o risco de gerar uma série de equívocos – se eles estão sendo analisados pelo prisma do direito internacional ou na sua dimensão constitucional positiva (SARLET, 2017, p. 333).

No entanto, há de se reconhecer que tanto os direitos humanos quanto os direitos fundamentais possuem uma relação entre si, já que ambos, assim como a maioria das Constituições pós

Segunda Guerra Mundial, se inspiraram na Declaração Universal de 1948 e os demais documentos internacionais e regionais que vieram depois, surgindo assim, o que Sarlet (2017), chamou de direito constitucional internacional.

Referente aos direitos fundamentais Carl Schmitt (*apud* BONAVIDES, 2004) defendeu dois critérios formais de caracterização. Em relação ao primeiro, são entendidas como direitos fundamentais aquelas garantias estabelecidas em instrumento constitucional, já o segundo critério, estes direitos são os que, de acordo com a Constituição Federal de 1988 (CF/1988), possuem um grau mais elevado de garantia e segurança, como, por exemplo, aqueles imutáveis ou de difícil possibilidade de mudança.

Visto o ponto de vista formal, o critério material elaborado por Schmitt (*apud* BONAVIDES, 2004) dispõe que cada Estado possui direitos fundamentais específicos, variando de acordo com a ideologia, a modalidade de Estado, os valores e princípios que moldam a Constituição daquele lugar etc.

Deste modo, os direitos fundamentais ainda estariam abertos a mudanças, como, por exemplo, a inclusão de mais garantias em seu rol, já que possui um caráter mutável. Ainda na atualidade surgem direitos ganhando ainda mais importância com os constantes debates enfrentados pela sociedade em geral, os quais podem até serem positivados, se inserindo na esfera constitucional.

O Título II da CF/1988 traz cinco capítulos os quais dispõem acerca dos Direitos e Garantias Fundamentais. O Capítulo I fala sobre os direitos individuais e coletivos, o Capítulo II dos direitos sociais, o Capítulo III dos direitos de nacionalidade, o Capítulo IV dos direitos políticos e o Capítulo V trata dos partidos políticos (PAULO; ALEXANDRINO, 2020).

De modo geral, pode-se entender que os direitos fundamentais tratam-se de garantias constitucionais positivadas que

buscam garantir ao cidadão condições suficientes para que tenha uma vida mais digna e igualitária.

As dimensões dos Direitos Fundamentais

As dimensões de direitos, as quais eram conhecidas como gerações de direitos, representam um novo ciclo de direitos que serão tutelados pelo Estado e que surgiram em decorrência de acontecimentos históricos.

Como já mencionado, anteriormente as fases dos direitos fundamentais eram chamadas de gerações, no entanto, a doutrina mais recente passou a chamá-los de dimensões de direitos por entender que o surgimento de uma nova dimensão não acabaria por abandonar ou esquecer as dimensões anteriores. Assim, segundo Lenza (2021, p. 1607), "esta expressão se mostraria mais adequada no sentido de proibição de evolução reacionária".

Lenza (2021), também dispõe que os direitos de primeira, segunda e terceira dimensão têm por fundamento os lemas da Revolução Francesa, como a liberdade, igualdade e fraternidade, levando à evolução futura para os direitos de quarta e quinta dimensão. Deste modo, compreende-se que os direitos fundamentais foram surgindo com o decorrer do tempo e da história da humanidade, ou seja, não surgiram todos de uma só vez.

> [...] os direitos não nascem todos de uma vez. Nascem quando devem ou podem nascer. Nascem quando o aumento do poder do homem sobre o homem – que acompanha inevitavelmente o progresso técnico, isto é, o progresso da capacidade do homem de dominar a natureza e os outros homens – ou cria novas ameaças à liberdade do indivíduo ou permite novos remédios

> para as suas indigências: ameaças que são enfrentadas através de demandas de limitações do poder; remédios que são providenciados através da exigência de que o mesmo poder intervenha de modo protetor (BOBBIO, 2004, p. 8).

Assim, pode-se entender que as dimensões de direitos complementam umas às outras, uma vez que se amoldam, sem suprimir ou excluir os que o antecederam. Desta maneira os direitos fundamentais acabam por atingir sua eficácia máxima.

Os direitos de primeira dimensão dizem respeito às liberdades públicas e aos direitos políticos, no qual os direitos civis e políticos traduzem o valor liberdade. Aquela é marcada pela passagem de um Estado autoritário para um Estado de Direito. Assim, pode-se traduzir essa primeira dimensão como o respeito às liberdades individuais do indivíduo.

Bobbio (2004), dispôs que os direitos do homem passaram por três fases. Nessa primeira fase aquele afirmou que se buscou garantir os direitos de liberdade, o qual tende a limitar o poder estatal, disponibilizando mais liberdade aos indivíduos em geral. Essa primeira dimensão é marcada pelo absenteísmo do Estado e maior autonomia individual. Aqui há a proteção como direitos à vida, à liberdade e à igualdade.

Alguns documentos que tiveram por base esses direitos de primeira dimensão foram a Magna Carta de 1215, a Paz de Westfália de 1648, o Habeas Corpus Act de 1679 e o Bill os Rights de 1688 (LENZA, 2021).

A segunda dimensão busca proteger os direitos sociais, econômicos e culturais, além dos direitos coletivos, ou da coletividade, os quais simpatizam com os direitos de igualdade. Alguns documentos marcantes desse momento foi a Constituição do

México de 1917, a Constituição de Weimar de 1919, o Tratado de Versalhes de 1919 e a Constituição Federal de 1934 (LENZA, 2021).

Durante esse período de segunda dimensão surge no século XIX e XX, englobando o período das revoluções socialistas e nacionalistas. Uma das motivações que levaram a ocorrência de manifestações foram às péssimas condições de trabalho durante o período da Revolução Industrial, eclodindo, assim, movimentos como o Cartista, na Inglaterra, e a Comuna de Paris, em 1848.

Esses direitos sociais, culturais e econômicos nascem com a queda do Estado Liberal e o nascimento do Estado do Bem-Estar Social. Esta dimensão tem por objetivo propiciar melhores condições de vida a todos, evitando as desigualdades sociais, ofertando dignidade humana. Deste modo, requer um comportamento mais ativo do Estado, já que é este que tem o dever legal de zelar e proteger essa dignidade que é prevista constitucionalmente (CELESTINO; SILVA, 2016).

A terceira dimensão de direitos fundamentais é baseada nos direitos da solidariedade, tendo em vista o final da Segunda Grande Guerra Mundial e da própria criação da ONU. Esta dimensão se reflexe no terceiro elemento da Revolução Francesa, que é a fraternidade. É como se resumisse os direitos de primeira e segunda geração em um só, com a valorização do ser humano, principalmente após os horrores vivenciados pela Segunda Guerra, ofertando-lhe mais liberdade, igualdade e dignidade (CELESTINO; SILVA, 2016).

Nessa terceira dimensão os direitos são tidos como transindividuais, pois transpassam os interesses individuais, ou seja, há uma supervalorização do humanismo e da universalidade. Algumas garantias que podem ser citadas são: direito ao desenvolvimento, à paz, ao meio ambiente, de comunicação e direito

de propriedade sobre o patrimônio comum da humanidade (LENZA, 2021).

A quarta dimensão trata dos direitos que possuem relação com a engenharia genética, em razão dos avanços nas pesquisas com o patrimônio genético humano, colocando, assim, a própria existência humana em risco, segundo Bobbio (2004, p. 8):

> Mas já se apresentam novas exigências que só poderiam chamar-se de direitos de quarta geração, referentes aos efeitos cada vez mais traumáticos da pesquisa biológica, que permitirá manipulações do patrimônio genético de cada indivíduo.

No entanto, de acordo com Bonavides (*apud* CELESTINO; SILVA, 2016), esses direitos de quarta dimensão dispõem acerca da globalização política, possuindo relação com a democracia, a informação, ao pluralismo e a globalização dos direitos fundamentais. Deste modo, para Bonavides, estes direitos sucedem da globalização dos direitos fundamentais, ou seja, da universalização destes no campo institucional.

Por último, a quinta dimensão trata dos direitos referentes à paz. Vale destacar, no entanto, que o direito à paz foi classificado por Karel Vasak como direitos de terceira dimensão. Contudo, Paulo Bonavides entendeu por bem encaixar este direito em uma dimensão própria.

Mais uma vez vale reforçar que essa divisão dos direitos fundamentais em dimensões é mais para uma questão acadêmica e de melhor facilidade de explicação. Os direitos fundamentais interagem entre si e se somam, tendo sempre por fim a possibilidade de condições dignas de vida.

OS DIREITOS SOCIAIS NO ORDENAMENTO JURÍDICO PÁTRIO

Como visto anteriormente, os direitos sociais começam a serem debatidos com a Revolução Industrial e a crescente quantidade de manifestações populares que buscavam melhores condições de trabalho e, consequentemente, de vida. E assim, surgiram os chamados direitos de segunda dimensão, o qual abarca tanto os direitos sociais quanto os culturais e econômicos.

Segundo o entendimento de Moraes (2017, p. 164), os direitos sociais podem ser conceituados como:

> [...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1°, IV, da Constituição Federal.

Diante do exposto, pode-se compreender que os direitos sociais, os quais se encaixam na segunda dimensão de direitos fundamentais, são liberdades positivas, onde o Estado tem a obrigação legal de agir para garanti-los, ao contrário dos direitos de primeira dimensão, em que havia o absenteísmo do poder estatal, por isso são chamados de direitos negativos.

Coaduna com tal entendimento Flavia Bahia (2017, p. 217), ao dispor da seguinte forma:

> [...]. Essa necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos que transcendem a individualidade e alcançam um caráter econômico e social visando a atingir a justiça social.

Bahia (2017) ainda trata a respeito da natureza jurídica desses direitos sociais, qualificando-os como direitos fundamentais do indivíduo, os quais estão previstos e garantidos pelo artigo 25 da Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Conforme dispõe Dirley da Cunha Júnior (*apud* DUTRA, 2017, p.136) os direitos sociais podem ser compreendidos como:

> Posições jurídicas que credenciam o indivíduo a exigir do Estado uma postura ativa, no sentido de que este coloque à disposição daquele, prestações de natureza jurídica ou material, consideradas necessárias para implementar as condições fáticas que permitam o efetivo exercício das liberdades fundamentais e que possibilitam realizar a igualização de situações sociais desiguais, propiciando melhores condições de vida aos desprovidos de recursos materiais.

Destarte, perante todo o exposto acerca dos direitos sociais, pode-se afirmar que são garantias constitucionais que visam possibilitar melhores condições de vida ao ser humano, propiciando-lhe uma vida mais digna e igualitária, sendo este um dever estatal, o qual tem a obrigação legal de agir, no sentido de tornar disponível a essas pessoas os direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988.

Os Direitos Sociais nas Constituições Brasileiras

Os direitos fundamentais sociais estão previstos na Constituição Federal de 1988, presente no Título II do Capítulo II. O artigo 6° da citada Carta Magna assim dispõe:

> Art. 6° São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição (BRASIL, 1988).

O citado artigo permite interpretar que os direitos sociais garantidos ao cidadão são garantias básicas, os quais buscam dar uma condição de vida mais digna ao ser humano, pois é algo que toda pessoa deveria ter acesso, já que é o mínimo que a sociedade em geral precisa para ter uma boa qualidade de vida.

Fazendo uma retrospectiva histórica, é possível observar que durante o período colonial a conquista dos direitos sociais aos brasileiros se deu de forma bastante morosa, principalmente devido ao controle da colonização portuguesa em relação à população, a qual era, em sua maioria, analfabeta. Mais precisamente, durante o período imperialista no Brasil, 85% dos povos residentes eram analfabetos, os quais muitos eram proprietários de terras, já que 90% da população eram domiciliadas em áreas rurais e, assim, sendo controladas pelos grandes proprietários (CARVALHO, *apud*, CAVALHEIRO, 2020).

Durante o período colonial no Brasil existia a escravidão, a qual era bastante praticada. Deste modo, o Governo, quando

necessitava da produção de matéria-prima, se aliava aos proprietários rurais para que realizassem essa produção.

Assim, esses proprietários se utilizavam dos escravos que possuíam, não tendo nenhum tipo de custo com a mão de obra, o que, para o Governo e população de poder naquela época era benéfico, já que o único objetivo deles era justamente o lucro e nenhuma preocupação com os direitos daqueles que eram explorados. Como consequência de tudo isso se aumentava as desigualdades sociais existentes, assim como a exploração social.

A Constituição de 1824 não extinguiu a escravidão, avançando apenas em questões políticas, mas tanto os direitos civis quanto os sociais foram esquecidos. A Constituição de 1891, já na época da República, também não previu proteção aos direitos sociais, afirmando ainda não ser um dever Estatal garantir educação e assistência social.

Em 1919 surgiram proteções aos trabalhadores, ainda de forma lenta, em razão das reivindicações operárias por melhores condições de trabalho, assim como em 1923, com a criação das Caixas de Aposentadorias e Pensões, o qual foi a primeira lei de assistência social (CAVALHEIRO, 2020).

Foi somente no período entre 1930 a 1945, durante o governo de Getúlio Vargas, que os direitos sociais ganharam maior visibilidade, com a promulgação da Constituição de 1934, a qual previu garantias básicas aos trabalhadores. A Constituição de 1937, apesar de marcada pelo autoritarismo, houve a introdução aos direitos sociais, apesar de algumas limitações também, como a proibição do direito de greve. A Carta Constitucional de 1946 traz de volta algumas garantias previstas na Carta de 1934, mas de forma menos incisiva (CAVALHEIRO, 2020).

Acaba-se assim o período da República na história do Brasil, a partir daí inicia-se o período ditatorial, onde vários direitos anteriormente previstos aos cidadãos foram suprimidos de forma

bastante violenta. A Constituinte de 1967 suprimiu diversos direitos, entre eles o próprio direito ao voto. Houve um retrocesso em relação às Constituições de 1891, 1934 e 1946, como, por exemplo, a redução para 12 anos da idade mínima para trabalhar.

Foi apenas em 1988, com o fim do período ditatorial no Brasil, e a promulgação da Constituição Cidadã que os direitos sociais se tornaram direitos fundamentais, com a declaração da obrigação do Estado em fornecer ao cidadão todos aquelas garantias previstas no seu artigo 6° e seguintes e preservar a dignidade humana (CAVALHEIRO, 2020).

Além dos direitos citados no supracitado artigo 6° da Carta Constitucional de 1988, dos artigos 7° aos 11 tratam a respeito dos direitos sociais dos trabalhadores, garantindo-lhes melhores condições de trabalho, direito à greve, à associação sindical, questões previdenciárias, entre outros.

Estado Democrático e Social de Direito e a Dignidade da Pessoa Humana

Como apontado anteriormente, a Constituinte de 1988 determinou a instalação do Estado Democrático de Direito após um longo período ditatorial na história brasileira. A democracia tem como base a vontade do povo, o qual a externa através do voto, promovendo a soberania popular.

Com a promulgação da Constituição de 1988 os direitos sociais tiveram maior notoriedade no cenário brasileiro, os quais ganharam o entendimento de direitos fundamentais.

Os direitos sociais buscam disponibilizar a todo ser humano acesso a garantias como saúde, educação, moradia, entre outros, os quais podem ser entendidos como direitos básicos a todo cidadão,

buscando fornece-lhe uma vida mais digna, e é justamente aí que se aplica o princípio da dignidade da pessoa humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana também está previsto na Carta Magna de 1988, mais especificamente no seu artigo 1°, inciso IV, e é tido como um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Assim, percebe-se a importância que esse princípio constitucional tem para todo o ordenamento pátrio, já que constantemente deve ser observado e aplicado (BRASIL, 1988).

Segundo o disposto por Beatriz Ferreira Corrêa da Silva (*apud* DOTTA; SILVA, p. 32, 2019), "a dignidade da pessoa humana deve representar um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar", deste modo, comprova-se que este princípio deve estar presente em todo negócio, nas relações, nas normas e nos demais princípios, já que este é entendido como um supraprincípio, ou seja, deve ser base de tudo.

O Estado Democrático de Direito é fundado na Magna Carta de 1988, a qual em seu preâmbulo que é dever do Estado garantir o exercício dos direitos sociais, individuais, a liberdade, igualdade, dentre outros, traduzindo-se em uma sociedade com acesso a uma condição de vida que a permita ter acesso a tudo aquilo que é básico, como também uma sociedade mais fraterna, pluralista e livre de preconceitos (SILVA *apud* DOTTA; SILVA, 2019).

Deste modo, compreende-se a importância desse supraprincípio, não só em âmbito nacional, como também internacional, com a Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948, o qual dissemina a relevância dessa proteção à dignidade do ser humano. Assim, é dever do Estado estar mais atento às necessidades de sua população e agir, seja com a implementação de políticas públicas, para proporcionar uma vida mais digna à todos.

Classificação dos Direitos Sociais

Antes de tudo, ao iniciar-se o estudo acerca da classificação dos direitos sociais, essencial se faz entendê-lo como direitos econômicos, sociais e culturais. José Afonso da Silva (*apud* FERNANDES, 2021) criou uma classificação para os direitos sociais previstos na Constituição de 1988, sendo este dividido em seis, entre os quais podemos citar:

a) Direitos sociais relativos ao trabalho;

b) Direitos sociais relativos à seguridade;

c) Direitos sociais relativos à educação e à cultura;

d) Direitos sociais relativos à moradia;

e) Direitos sociais relativos à família, criança, adolescente, jovem e ao idoso;

f) Direitos sociais relativos ao meio ambiente. Vale ressaltar, no entanto, que este é um rol meramente didático.

É importante destacar também que a Emenda Constitucional n° 64/2010 positivou a questão dos direitos sociais à alimentação no artigo 6° da Constituinte de 1988 e que não se encontra na classificação acima descrita, apesar de ser sim um direito social básico que está atrelado às demais garantias sociais (BRASIL, 2010).

Contudo, antes mesmo da aprovação da Emenda Constitucional n° 64/2010, existiam dispositivos que tratavam sobre o direito social à alimentação, como a Lei n° 11.346/2006 que criou o Sistema Nacional de Segurança Nacional Alimentar e Nutricional

– SISAN, objetivando assegurar o direito humano à alimentação adequada através do poder público e da sociedade civil, por meio de políticas, planos e ações.

O §1° do artigo 2° da supracitada lei dispõe que essas políticas e ações ao serem aplicadas devem levar em conta questões como dimensões ambientais, culturais, econômicas, regionais e sociais (FERNANDES, 2021).

Provando que os direitos sociais são interligados, o artigo 4° da Lei n° 11.346/2006 dispõe que a segurança alimentar e nutricional abrange não apenas o acesso ao alimento, mas também a geração de emprego, através da produção, comercialização e industrialização dos alimentos. Também há uma preocupação com a biodiversidade e a sustentabilidade, como também com a saúde, com a disponibilidade de alimentos àqueles mais vulneráveis.

Além dos benefícios que se busca, através da instalação de políticas públicas que tenham como principal meta o acesso da população a todas essas garantias (FERNANDES, 2021).

Em 2015, o artigo 6° da CF/1988 foi mais uma vez ampliada, através da Emenda Constitucional n° 90, com a constitucionalização do direito social ao transporte (BRASIL, 2015). Tal emenda, assim como a anteriormente citada, tem por fundamento a importância que o direito social do transporte tem sobre os demais direitos sociais, como a educação, trabalho, saúde entre outros. Deste modo, é essencial para o funcionamento das demais garantias.

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E OS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

O princípio da proibição do retrocesso, ou também conhecido como o princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais

ou ainda como efeito pode ser conceituado, de acordo com o entendimento de Bernardo Gonçalves Fernandes (2021, p. 957).

> [...] limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativa adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão.

A respeito da temática a doutrinadora Flávia Bahia (2017, p. 221), preconiza acerca, corroborando no sentindo.

> [...] o princípio da vedação ao retrocesso social expressa a ideia de que uma vez obtido um determinado grau de realização dos direitos sociais, eles passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, podendo formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas do Estado 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.

Diante de todo o exposto, se pode afirmar que o princípio da vedação ao retrocesso buscar garantir que aqueles direitos sociais fundamentais não poderão ser atingidos por mudanças, como, por exemplo, políticas públicas que têm por objetivo diminuir a disponibilidade à população do direito social ao trabalho,

extinguindo-se o direito à greve, ou ainda ao direito social à saúde, com a extinção da Farmácia Popular ou do Sistema Único de Saúde (SUS). Essas são garantias que buscam fornecer ao cidadão uma vida mais digna, advém do próprio princípio constitucional da dignidade humana, e não podem ser diminuídas ou suprimidas.

Bahia (2017), pontua, no entanto, que, em nome da razoabilidade, essa vedação não é absoluta e nem busca extinguir a autonomia do Legislativo e do Executivo. Poderá haver mudanças, desde que necessárias e que sejam implementadas medidas substitutivas que assegurem os direitos fundamentais, não atingindo a população de forma muito intensa.

Critérios fundamentadores da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso guarda estreita relação com a noção de segurança jurídica, ou seja, a proteção aos direitos que já são fornecidos ao tempo em que entra em vigor no ordenamento jurídico. Segundo o entendimento de Sarlet (2018), a doutrina contemporânea considera a segurança jurídica como uma expressão inarredável do Estado de Direito, sendo assim, a segurança jurídica adquiriu o status de subprincípio concretizador do princípio fundamental do Estado de Direito.

A instabilidade de direitos fundamentais os tornaria extremamente frágeis, com a desconfiança das instituições sociais e estatais. Se assim o fosse, a descontrolada disponibilidade de direitos sociais, ou a sua extinção, acabaria por transformá-los em meras vontades estatais, contrariando diretamente o disposto na Magna Carta de 1988 ao garantir a dignidade humana.

Em relação à doutrina lusitana, Canotilho (1997), afirma que após os direitos fundamentais sociais serem concretizados

infraconstitucionalmente, estes passam a ser considerados como direitos subjetivos e, portanto, possuindo determinado nível institucional, não podendo o legislador infraconstitucional simplesmente modificá-los.

Deste modo, os direitos e garantias fundamentais passam a ser tidos como direitos adquiridos, ou seja, não podem mais ser modificados após serem implementados, a não ser que seja implementada uma medida compensadora, como já mencionado anteriormente.

Assim, segundo o disposto por Luis Roberto Barroso (*apud* XAVIER, 2020), o que coaduna com o disposto pelos demais juristas nacionais, apesar deste princípio não ser expresso este advém do sistema jurídico-constitucional, compreendendo-se que caso uma lei institua um direito, este irá se inserir ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser extinto.

O artigo 5°, §2°, da CF/1988, dispõe que os direitos e garantias nela previstos não excluem os demais que decorrem de outro regime, nem dos princípios por ela adotados ou dos tratados internacionais em que o Brasil seja signatário. Assim, os tratados internacionais em que o Brasil é parte, como o Pacto de São José da Costa Rica de 1992, o Pacto de São Salvador, promulgado pelo Decreto n. 3.321/99 e o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, todos afirma a importância que os Estados-membros devem dar aos direitos neles garantidos, não permitindo que sejam desrespeitados ou suprimidos (XAVIER, 2020).

Deste modo, é notório que o princípio da vedação ao retrocesso social é observado em âmbito internacional, uma vez que tais documentos internacionais proíbem a diminuição desses direitos fundamentais.

Um ponto que merece atenção é o disposto no artigo 60, §4°, IV, da Carta Magna de 1988, a qual impõe a proibição do legislador de adotar medidas retrocessivas que tenham por objetivo a diminuição ou supressão dos direitos fundamentais. Destarte, observa-se que há a aplicação do princípio da vedação do retrocesso (XAVIER, 2020).

Limites à aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social

O surgimento e desenvolvimento da ideia do que seria o princípio da proibição do retrocesso surge na Alemanha e em Portugal, afirmando a necessidade de abstenção do dever positivo do Estado, assim, este não poderia utilizar-se de ações para diminuir os direitos sociais já conquistados à época (DOTTA; MARQUES, 2017).

Conforme exposto, o princípio da vedação ao retrocesso não permite que haja uma supressão dos direitos fundamentais, principalmente os sociais, que já possuem garantia no ordenamento jurídico. Contudo, esse princípio não é absoluto, poderá sim haver mudanças legislativas desde que haja a real necessidade desta e ainda que esses direitos que estão sendo modificados sejam garantidos de outra forma, já que a sociedade não pode ter seus direitos à questões básicas, como moradia, alimentação e saúde, deixados de lado, pois ataca diretamente o disposto pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, princípio este que é fundamento da República Federativa do Brasil e classificado como supraprincípio, o qual deve ser observado em todos os demais princípios, normas e afins.

Cristina Queiroz (*apud* XAVIER, 2020), dispõe sobre a aplicação conjunta dos princípios da proporcionalidade e da

isonomia, os quais juntamente com proteção da confiança, ou segurança jurídica, permita que essas transições sejam razoáveis, além de medidas diferenciadas no âmbito interno. Assim, se requer uma proteção compatível com as demandas do Estado Democrático de Direito.

Fernandes (2021), afirma que essa proibição de retrocesso possui conteúdo positivo e negativo. Em relação ao conteúdo negativo, este se refere ao fato de que é imposto ao legislador, ao realizar a elaboração de normas, que não suprima ou diminui os direitos sociais já consolidados através da normatividade constitucional e infraconstitucional, salvo se aplicadas medidas alternativas que busquem resguardar estes direitos já arraigados.

Enquanto que o conteúdo positivo se trata do dever legal dos Poderes Públicos de concretização desses direitos sociais à sociedade para que haja a redução das desigualdades sociais e proporcionando avanço social.

Diante do exposto, pode-se afirmar que o princípio da vedação ao retrocesso não pode ser entendido como um impedindo ao legislador de executar sua atividade em relação aos direitos fundamentais sociais, no entanto, há sempre o adendo de que caso ocorra modificações estas devem ser acompanhadas de medidas alternativas que busquem compensar eventuais perdas (FERNANDES, 2021).

Fazendo um breve link entre os princípios que acercam os direitos sociais, quais são: a vedação ao retrocesso com a reserva do possível compreende-se que este, ao ser utilizado como instrumento pelo Estado, o qual tem o dever legal de disponibilizar a sociedade os direitos fundamentais sociais, como meio de cessar políticas públicas aplicadas nesse sentido, haverá também uma afronta ao princípio da proibição do retrocesso.

Deste modo, há duas dimensões dos direitos fundamentais, a subjetiva, protegendo posições já efetivadas, e a objetiva, obrigando o Estado a se responsabilizar pelo oferecimento desses direitos sociais. Assim, medidas que sejam contrárias às essas dimensões representam um retrocesso (KELBERT *apud* OTERO; RAVAIOLI, 2019).

Assim, pode-se afirmar que devido à importância dos direitos fundamentais sociais para todo o país, inclusive fora dele, estes direitos não podem sofrer mudanças arbitrárias, pois sua relevância para o cenário mundial é imensa, pois garante a todo cidadão a possibilidade de ter uma vida decente e mais digna.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A importância da conquista dos direitos sociais a todo cidadão é tremenda, através dessa garantia as pessoas possuem melhores condições de vida, não apenas na área do trabalho, mas também em sua vida pessoal, com a possibilidade de ter uma moradia digna, acesso ao transporte público, à educação, saúde, lazer entre outros.

Proporciona-se, desse modo, dignidade ao ser humano, a possibilidade de não só ter acesso ao básico para viver, mas também aproveitar a vida. E é justamente devido a essa dimensão de direitos essenciais que estes não podem simplesmente sofrer modificações arbitrárias sem o devido planejamento, pois afetaria diretamente o dia a dia do cidadão.

O principal objetivo desse trabalho foi analisar a relevância desses direitos fundamentais sociais para o ordenamento jurídico brasileiro e assim observar a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso nesse cenário, já que esses direitos que são previstos

constitucionalmente são considerados direitos adquiridos, ou seja, não podem ser suprimidos pelo Poder estatal.

Para alcançar esse objetivo central foram formados três objetivos específicos. O primeiro buscou tratar a respeito dos direitos fundamentais, atribuindo-lhe conceitos encontrados em doutrinas, além de tratar a respeito das suas dimensões, principalmente da segunda dimensão, a qual trata dos direitos sociais.

O segundo objetivo específico tratou a respeito de como os direitos sociais foram tratados no ordenamento jurídico pátrio, para isso, primeiramente, foi falado a respeito do que se pode entender por direitos sociais e posteriormente como as Constituições promulgadas ao longo da história do Brasil trataram a respeito deste tema. Além da sua íntima relação com a dignidade humana.

O último objetivo específico tratou a respeito da aplicação do princípio da proibição do retrocesso nos direitos sociais, em razão da sua importância para a ordem constitucional e, principalmente, para aquelas pessoas que necessitam desses direitos.

Assim, comprovou-se a hipótese inicial deste estudo, uma vez que os direitos sociais são considerados direitos adquiridos, coisa julgada e ato jurídico perfeito, ou seja, são direitos subjetivos que uma vez compreendidas e fortalecidas na ordem constitucional não podem mais sofrer modificações, a não ser que essas modificações tragam formas de serem supridas e que a sociedade não sofra prejuízos dela decorrentes.

Por fim, importante lembrar que este estudo não busca finalizar todo o conteúdo a respeito do tema central, já que há bastantes debates a repeito deste. Assim, tornam-se possíveis pesquisas futuras que tenham por meta ampliar o conhecimento a respeito desse estudo.

REFERÊNCIAS

BAHIA, F. **Direito Constitucional**. Recife: Editora Armador, 2017.

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BONAVIDES, P. **Curso de Direitos Constitucional**. São Paulo: Editora Malheiros, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24/06/2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 64, de 4 de fevereiro de 2010**. Brasília: Planalto, 2010. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24/06/2022.

BRASIL. **Emenda Constitucional n. 90, de 15 de setembro de 2015**. Brasília: Planalto, 2015. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 24/06/2022.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

CAVALHEIRO, M. H. N. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais**: uma análise acerca do princípio da vedação ao retrocesso social (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito). Ijuí: UNIJUI, 2020.

CELESTINO, K. A. F. V.; SILVA, D. R. "O risco à democracia ante a mitigação de direitos fundamentais sociais com a Lei 13.135/2015: a perspectiva do ´estado em crise´ e aparente violação ao princípio

da proibição do retrocesso". **Revista Teorias do Direito e Realismo Jurídico**, vol. 2, n. 2, 2016.

DOTTA, A. G.; MARQUES, C. S. P. "Programas sociais, a exclusão social e a vedação ao retrocesso: direitos sociais no Brasil em crise". **Revista do Direito**, vol. 3, n. 53, 2017.

DOTTA, A. G.; SILVA, B. I. S. S. "Efetividade dos direitos fundamentais sociais no Brasil e o respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana". **Academia** [2019]. Disponível em: <www.academia.edu>. Acesso em: 14/05/2022.

DUTRA, L. **Direito Constitucional essencial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

LENZA, P. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

OTERO, C. S.; RAVAIOLI, A. C. "Reserva do possível e vedação de retrocesso como limite à alteração dos direitos sociais no Brasil: extensão do modelo de fixação de parâmetros no direito à saúde para direitos previdenciários". **Revista de Direitos Fundamentais nas Relações do Trabalho, sociais e Empresariais**, vol. 5, n. 2, 2019.

PAULO, V.; ALEXANDRINO, M. **Direito Constitucional descomplicado**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2020.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

SARLET, I. W.; MARINONI, L. G.; MITIDIERO, D. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2017.

XAVIER, G. S. "Direitos fundamentais sociais e vedação do retrocesso: limites à flexibilidade de direitos em tempos de crises sociais". **Revista Ratio Juris**, vol. 3, n. 1, 2020.

CAPÍTULO 2

A Reserva do Possível como
Limitaradora da Concessão de Direitos Sociais

A RESERVA DO POSSÍVEL COMO LIMITARADORA DA CONCESSÃO DE DIREITOS SOCIAIS

Os direitos fundamentais previstos e garantidos constitucionalmente na Carta Magna de 1988 são de extrema importância a todo o ordenamento jurídico. Sua base histórica são as ideias jusnaturalistas que pregam pelos direitos naturais do homem, garantindo a este o acesso aos direitos tido como básicos a todo ser humano.

Os direitos sociais são modalidade desses direitos fundamentais e estão previstos no Capítulo II da Constituição Federal e tem por base a consagração do princípio da dignidade da pessoa humana, ao buscar oferecer à todo cidadão o acesso à essas garantias.

Os direitos sociais podem ser disponibilizados à sociedade através de políticas públicas do Poder Executivo, onde este tem o dever legal de zelar pela sua população, oferecendo-lhes condições dignas de vida, ou seja, o mínimo existencial para viver em boas condições. E é aí que surge a cláusula da reserva do possível, o qual trata a respeito das condições econômicas necessárias para assegurar essas garantias sociais.

Assim, a hipótese a ser levantada é como a cláusula da reserva do possível pode ser levantada tendo em face que os direitos sociais são garantias básicas protegidas pela própria Constituição Federal de 1988 que é a norma de maior importância em toda a ordem legal e que tem como objetivo preservar a dignidade da pessoa humana.

Pensando nisso, o objetivo geral desta pesquisa é justamente verificar como a tese da reserva do possível pode limitar a

disponibilização à sociedade desses direitos sociais que são conhecidos como básicos à todo ser humano.

Já os objetivos específicos buscam complementar esse estudo, como, por exemplo, o estudo dos direitos fundamentais, conceito e questões históricas, além da análise dos direitos sociais prestacionais, sua efetividade no ordenamento jurídico e sua aplicabilidade como políticas públicas e por última busca discorrer a respeito do mínimo existencial e da reserva do possível, e como ambos os elementos podem influenciar na concessão dessas garantias.

Em relação à divisão dos capítulos, o primeiro trata a respeito da importância dos direitos fundamentais não só no Brasil, mas em todo o mundo, como também de sua relação com as ideias jusnaturalistas que prezam pelos direitos naturais do homem, além de suas funções subjetivas e objetivas.

O segundo capítulo busca estudar os direitos fundamentais sociais mais a fundo, com a análise de como o princípio da dignidade da pessoa humana influencia na sua prática, além da verificação de sua eficácia e aplicabilidade por meio de políticas públicas.

O terceiro e último capítulo relata acerca do mínimo existencial que dispõe sobre os direitos básicos que são garantias a todo ser humano para ter condições dignas de vida e de como a cláusula da reserva do possível limita o acesso dessa população que necessita desses direitos, com a apresentação do posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o tema.

DIREITOS FUNDAMENTAIS

A doutrina ainda não tem uma resposta unânime para o significado do termo direito fundamental, a própria Constituição

Federal de 1988 (CF/88) utiliza expressões como direitos humanos, direitos e garantias fundamentais, direitos e liberdades constitucionais e direitos individuais ao se referir aos direitos fundamentais, apesar de existirem algumas distinções entre eles, especialmente entre direitos fundamentais e direitos humanos, segundo dispõe Ingo Wolfgang Sarlet.

> [...] de acordo com o ensinamento de Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo "direitos humanos" se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET, 2018, p. 31).

Desta maneira, existe sim uma diferença entre direitos fundamentais e direitos humanos, uma vez que este abrange mais questões do que o primeiro e não possui limitações em questão de lugar e tempo, enquanto aquele já é mais restrito e possui delimitações temporais e espaciais, são os direitos institucionalmente garantidos.

Conforme dispõe Fernandes (2021), é bastante perceptível a relação estabelecida entre os avanços do constitucionalismo e o desenvolvimento dos direitos fundamentais, uma vez que a Carta Magna é norma superior sobre todas as outras e devido a esta

importância no mundo jurídico e para a sociedade em geral faz sentido que esta seja direcionada no sentido de garantir os direitos fundamentais para todos. O próprio preâmbulo da Constituição de 1988 reafirma essa proteção ao dispor que "assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança".

Com relação entre o uso do termo direitos humanos como sinônimo de direitos fundamentais, Fernandes (2021, p. 364,) também coaduna com o disposto por Sarlet, ao afirmar que: "Assim sendo, os direitos humanos se relacionariam com um discurso com pretensão normativa de universalidade, abrangendo, desse modo, qualquer pessoa numa perspectiva extraestatal (internacional) ".

Desse modo, depreende-se do exposto que o termo "direitos humanos" é utilizado ao se referir a situações mais universais e possui como referência os direitos reconhecidos pela ordem jurídica supranacional, enquanto que os direitos fundamentais advêm de um processo de constitucionalização dos direitos naturais, no qual cada Estado possui a sua (OLSEN, 2006).

Em divergência ao disposto pelos autores acima citados, o estudioso Jorge de Miranda (*apud* GHISI, 2009, p. 14) relata que:

> [...] admitir que direitos fundamentais fossem em cada ordenamento aqueles direitos que a sua Constituição, expressão de certo e determinado regime político, como tais definisse seria o mesmo que admitir a não consagração insuficiente ou a violação reiterada de direito como o direito à vida, a liberdade de crenças ou a participação na vida pública só porque de menor importância ou desprezíveis para um qualquer regime político; e a experiência, tanto da Europa dos anos 30 a 80 deste século como doutros continentes, aí estaria a mostrar os

> perigos advenientes dessa maneira de ver as coisas.

Assim, pode-se afirmar que o que Miranda quis dizer é que os direitos fundamentais não estão limitados a direitos previstos na Constituição de cada Estado, mas sim uma ideia dominante e uma concepção de Direito.

Por último, vale ainda apontar a natureza jurídica das normas que disciplinam os direitos e garantias fundamentais. Assim, Moraes (2017), ao tratar dessa questão pontua que as normas que buscam aplicar esses direitos fundamentais democráticos e individuais possuem aplicabilidade imediata, e a própria Constituição Federal afirma isso.

Deste modo, são utilizados mecanismos que possibilitem essa disponibilidade, como o mandado de injunção e a iniciativa popular. Destarte, puderam-se demonstrar as divergências acerca da real concepção do que são os direitos fundamentais para a doutrina, mas que estão intimamente ligadas à ideia de direitos, garantias e liberdades para a sociedade.

Histórico dos Direitos Fundamentais

O estudo da origem dos direitos fundamentais é longa e de extrema importância para a compreensão de como esses direitos trazem bastante garantias, para alguns estudiosos, visto que a história dos direitos fundamentais está ligada, de certa forma, a própria limitação do poder.

Segundo o filósofo Norberto Bobbio (2004), os direitos fundamentais não nasceram todos de uma vez, mas sim quando

devem ou podem nascer, ou seja, no seu devido tempo. E foi assim que ocorreu com as dimensões de direitos fundamentais, desde a primeira até a quinta dimensão. No entanto, vale apontar que uma dimensão não exclui a outra, mas sim a complementa.

Apesar do surgimento dos primeiros direitos fundamentais não ter ocorrido na antiguidade, este período contribuiu sobremaneira para a construção de ideias, como o pensamento jusnaturalista, o qual determina que o ser humano, pelo simples fato de existir, é titular de alguns direitos naturais.

A esse período dá-se o nome de "pré-história" dos direitos fundamentais. As doutrinas jusnaturalistas foram de extrema importância para o amadurecimento das ideias ligadas a essas garantias primordiais ao homem (SARLET, 2018).

Na Idade Média desenvolveram-se ideias relacionadas ao surgimento de postulados de cunho suprapositivo, os quais orientaram e limitaram o poder, agindo como critérios de legimitação de seu exercício.

Além disso, Santo Tomás de Aquino trouxe relevância a este debate com suas ideais, as quais forma, além da concepção cristã de que todos os homens são iguais perante Deus, a existência de duas ordens distintas, fundadas no direito natural, baseada na natureza racional do homem, e pelo direito positivo, o que dispõe que o desrespeito ao direito natural por partes dos governantes poderia ser uma justificativa plausível para a resistência da população. Além disso, Aquino também ressaltou a importância da dignidade da pessoa humana (SARLET, 2018).

A dignidade da pessoa humana é referência normativa para todo o ordenamento jurídico brasileiro, possuindo grande relevância nesse meio. Aquela é tida como um metaprincípio, irradiando valores de interpretação dos direitos fundamentais, os quais prezam e indicam a importância e obrigação de todo ser humano ser tratado

de forma digna e igualitária. No entanto, falar-se-á mais desse princípio mais a frente.

Nos séculos XVI, XVII e XVIII as doutrinas jusnaturalistas chegam ao cume de seu desenvolvimento, sendo base para diversos estudiosos que tinham por base as ideias jusnaturalistas que pregavam a dignidade da pessoa humana, a igualdade e o respeito.

Tais ideias baseadas nos direitos naturais influenciaram os pensamentos de estudiosos que marcaram a história, como Thomas Hobbes e John Locke. Ambos cultivaram a concepção contratualista, o qual dispõe que o homem detém o poder para organizar o Estado e a sociedade baseado em sua vontade (SARLET, 2018).

Segundo Perez Luño (*apud* Sarlet, 2018), a criação dos direitos humanos, que obtiveram seu reconhecimento nas primeiras declarações do século XVIII, teve como acompanhamento direito, liberdades e deveres individuais, no âmbito do direito positivo, os quais podem ser considerados antecedentes dos direitos fundamentais, podendo-se citar como exemplo a *Magna Charta Libertatum*, pacto esse que foi celebrado entre o Rei João Sem-Terra e os bispos e barões ingleses. Apesar de esse documento ter servido como mais garantia de direitos aos nobres, este serviu como referência para direitos e liberdades civis clássicos, como, por exemplo, o habeas corpus, o devido processo legal e a inviolabilidade da propriedade privada.

Podem-se citar algumas declarações do século XVII que buscaram tornar possível o acesso dos direitos fundamentais aos súditos ingleses, tais como a *Petition of Rights*, de 1628, o *Habeas Corpus Act*, de 1679 e o *Bill of Rights*, de 1689 (GHISI, 2006).

No entanto, vale observar que os documentos acima citados ainda não podem ser considerados como o marco do surgimento dos direitos fundamentais, já que os direitos e liberdades não tiveram o condão de vincular o Parlamento, faltando, assim, a supremacia e

estabilidade necessárias, ou seja, não houve a constitucionalização desses direitos (SARLET, 2018).

Foi a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, que consagrou a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais, e pela primeira vez os direitos naturais do homem foram positivados na Constituição como verdadeiros direitos fundamentais. Outro documento importante é a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, ambas tinham bases jusnaturalistas (SARLET, 2018).

Deste modo, percebe-se claramente a influência que as declarações possuem umas sobre as outras, onde as declarações francesas contribuem para os avanços das americanas e vice-versa, onde a principal base são os direitos naturais do ser humano, os quais são inalienáveis, invioláveis e imprescritíveis.

Funções dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais podem ter duas funções, quais são: função objetiva e função subjetiva. A função objetiva dos direitos fundamentais apresenta bastante controvérsia na doutrina e jurisprudência a respeito de sua terminologia, conteúdo e demais implicações.

Segundo Sarlet (2018), essa função objetiva decorre de "decisões valorativas de natureza jurídico-objetiva da Constituição", fornecendo diretrizes para órgãos legislativos, judiciários e executivos. Deste modo, compreende-se que os direitos fundamentais, em sua função objetiva, funcionam não apenas como princípios e garantias entre indivíduos e Estado, mas sim como princípios superiores do ordenamento jurídico-constitucional em seu conjunto, sob a condição de componentes estruturais básicos da ordem jurídica. Assim, a função objetiva desses direitos não seria apenas ser considerado o reverso da função subjetiva.

Ainda segundo Sarlet (2018), este trata a respeito da dimensão objetivo-valorativa dos direitos fundamentais, afirmando serem duas. A primeira dispõe a respeito da eficácia dirigente que esta função possa vir a ter perante o Estado, deste modo percebe-se que os direitos fundamentais são como ordens direcionadas ao Estado, ao incumbir à este a obrigação de cumprir essas garantias. O segundo relaciona-se à qualidade desses direitos fundamentais para que sirva como base para o controle de constitucionalidade das leis e atos normativos.

Destarte, essa função objetiva é um acordo das diferentes forças sociais, que busca obter a realização de objetivos comuns através das relações de tensão e que todos empreendam esforços de forma conjunta (LUÑO *apud* GHISI, 2009). Em relação à função subjetiva este está atrelado aos direitos individuais. Segundo Sarlet (2018, p. 158):

> De modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado).

Diante dessa visão pode-se entender que os direitos fundamentais subjetivos estão intimamente relacionados aos direitos individuais e que possuem essa proteção da Carta Magna de 1988, o qual garante a dignidade humana. Outro ponto importante é que a função subjetiva traz mais grau de realização do que a objetiva, uma vez que não basta a sua previsão legal para que seja concretizada (SARLET, 2018).

DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

Conforme dispõe Fernandes (2021), os direitos sociais além de ampliar a gama de direitos fundamentais também redefinem os direitos individuais. Aqueles se encontram no grupo de segunda dimensão de garantias fundamentais, juntamente com os econômicos e culturais, e se caracterizam pela sua releitura radical que alteram o próprio significado dos direitos individuais.

Sua origem histórica está na crise da tradição do Estado Liberal e na consagração do paradigma do Estado Social de Direito, que, rompendo com os padrões formalistas de igualdade e de liberdade do paradigma anterior, vão buscar mecanismos mais concretos de redução das desigualdades socioeconômicas dentre os membros da sociedade. Destaque, portanto, para as Constituições do México de 1917 e de Weimar (Alemanha) de 1919 (FERNANDES, 2021, p. 943).

Compreende-se do exposto que foi justamente dessa passagem do Estado Liberal para o Social de Direito que os direitos sociais tiveram maior visibilidade e discussão na sociedade, com a busca da diminuição das desigualdades sociais e econômicas entre todos, e colocando o Estado como um facilitador dessas questões, afirmando a necessidade de intervenção deste para que garantias como saúde, trabalho e educação possam ser oferecidas a todos.

No Brasil o marco inicial do tratamento dos direitos sociais em âmbito constitucional foi justamente a Constituição de 1934, mas foi a Constituição de 1988 que desenvolveu mais essa ideia, ao esmiuçar os direitos sociais no Título II dos direitos fundamentais. O artigo 6° da CF/1988 traz um rol de direitos sociais, tais como:

> Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (BRASIL, 1988).

Para Novais (*apud* OLIVEIRA; LOPES, 2015) os direitos sociais são formados por um direito a um mínimo existencial ou vital para uma existência condigna, como também um direito à saúde, à habitação, ao ensino etc, ou seja, aquelas garantias previstas no supracitado artigo 6° da Constituição.

Ainda segundo dispõe José Afonso da Silva (*apud* DUTRA, 2017, p. 136), os direitos sociais são, "na sua maioria, normas constitucionais de eficácia limitada definidoras de princípios programáticos".

Diante de todo o exposto, pode-se afirmar que os direitos sociais são garantias constitucionais que buscam diminuir as desigualdades sociais existentes na sociedade em geral, atribuindo ao Estado este dever de garantir o acesso da população a melhores condições de vida através de programas sociais criados por aquele, proporcionando, assim, dignidade e igualdade ao ser humano.

Princípio da Dignidade da Pessoa Humana

A dignidade da pessoa humana não é um tema recente na história da humanidade, e uma prova dessa afirmação é que no século IV a.C., os confucionistas que viviam na China Imperial já falavam que a dignidade de cada ser humano é própria dele, e que lhe era dado por ato da divindade.

O próprio Immanuel Kant reafirmava essa autonomia moral da pessoa humana. Assim, os teóricos do Direito Constitucional, baseados nessa ideia de Kant, trazem a noção dessa dignidade como uma singularidade e individualidade dela, a qual é imprescritível, irrenunciável e impenhorável (FERNANDES, 2021).

Alguns doutrinadores ainda possuem alguma dificuldade em conceituar o que seria essa dignidade relacionada ao ser humano. Segundo Carvalho (2017), a ideia de dignidade é polissêmica, ou seja, possui muitos significados, abarcando dimensões antropológicas, históricas, filosóficas e teológicas.

Esse princípio constitucional ganha um valor ainda maior com a instauração do conceito do que seria o Estado Democrático de Direito, o qual já trouxe um reforço ao também princípio da igualdade, ao zelar pela isonomia e respeito ao próximo, principalmente após os horrores vivenciados com a Segunda Guerra Mundial (CARVALHO, 2017).

Pode-se afirmar ainda que a inclusão da ideia da dignidade da pessoa humana na Declaração Universal dos Direitos Humanos em 1948 foi de extrema importância para que essa proteção ao ser humano ganhasse maior força e resistência.

Hoje, o princípio da dignidade da pessoa humana é base de toda a Constituição Federal de 1988, sendo um dos fundamentos da República Federativa do Brasil, conforme o disposto no artigo 1°, inciso III, da citada Constituição. Este princípio é ainda um supraprincípio, ou seja, é base de formação para todos os demais princípios, os quais devem zelar pela moral de seu destinatário final.

Deste modo, pôde-se observa a importância desse princípio para todo o ordenamento jurídico brasileiro, como também em âmbito internacional, sendo um verdadeiro avanço civilizatório a proteção a uma gama de direitos básicos que tem como principal

objetivo a proteção contra injustiça e opressão e a valorização da pessoa, reconhecendo esta como sujeito de direitos.

Percebe-se então que os direitos sociais estão diretamente ligados ao princípio da dignidade da pessoa humana, pois aqueles buscam garantir aos cidadãos direitos básicos através de políticas públicas oferecidas pelo Estado, e este busca possibilitar o acesso da população a essas políticas públicas para que as pessoas tenham sua dignidade e moral preservadas. Ou seja, aqueles direitos são meios de proteção e efetivação da dignidade humana.

A efetividade dos Direitos Sociais

Como já mencionado anteriormente, os diretos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão e estão previstos na Carta Constitucional de 1988. Sabe-se ainda que foi a partir da Revolução Industrial que esses direitos tiveram maior visibilidade e manifestações a seu favor, em razão das precárias condições em que a classe mais pobre, que trabalhava nas fábricas, sobreviviam todos os dias. Assim, a partir do século XX essas garantias sociais foram positivadas, como no caso da Constituição Mexicana de 1917 e a de Weimar de 1919, como já mencionado anteriormente.

Várias também são as declarações que buscam garantir os direitos sociais no âmbito internacional, como a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, além da Carta Magna de 1988 (CAYRES, 2017).

Os direitos sociais têm um caráter bastante social, visto que quem são visados é a coletividade, assim, caso um desses direitos não seja atendido, os efeitos recaem sobre toda a sociedade. Deste modo, pode-se afirmar que essas garantias são ligadas umas às

outras, já que, por exemplo, para a efetivação do direito à vida exige-se o pleno funcionamento do direito à saúde, assim como o direito à dignidade enseja o direito a uma moradia digna, e assim por diante (CAYRES, 2017).

Vale apontar ainda que os direitos tidos como sociais dependem totalmente da aplicação de políticas públicas, ou seja, o Estado possui plenos poderes para tanto garantir esses direitos como também para violá-los, através do total descaso e omissão.

Portanto, a diminuição da efetividade dessas garantias se dá pela omissão do Poder Legislativo, o qual tem o condão de criar normas que busquem colocar em prática essas garantias constitucionais, como também omissão do Poder Executivo, o qual possui a responsabilidade da realização das políticas públicas e aumentar a eficácia e alcance dos direitos fundamentais, além de uma previsão orçamentária, assunto esse que será melhor elaborado no tópico seguinte.

Dos Direitos Sociais e das Políticas Públicas

Diferentemente dos direitos fundamentais de defesa, que são aqueles que se aplicam diretamente e produzem seus efeitos jurídicos sem necessidade de intervenção, os direitos fundamentais a prestações necessitam dessa intervenção para que ocorra a sua efetivação, ou seja, se faz essencial que haja uma conduta positiva do destinatário, que pode ser uma prestação de natureza fática ou normativa (SARLET, 2018).

Outro ponto que diferencia os direitos de defesa dos direitos prestacionais, nos quais se encaixam os direitos sociais, é que o primeiro não tem a sua eficácia e imediata aplicabilidade questionada quando aplicada ao caso concreto, enquanto que o

segundo é completamente dependente de uma concretização legislativa para que seja possível, assim como também o estudo econômico e financeiro de sua efetividade, já que é necessário que os órgãos políticos legitimados façam um planejamento para o fornecimento de verbas estatais que tornem capazes a disponibilidade dos direitos sociais previstos constitucionalmente.

Segundo Sarlet (2018), a dificuldade de se definir o próprio objeto da prestação social é uma questão que deve ser apontada, já que é determinante que tal objeto seja indicado para que o ordenamento jurídico pode se reiterar delas e ir atrás de fornecê-las através de programas sociais.

> Basta que se faça menção aos exemplos do direito à saúde, ao trabalho e à educação para se notar a pertinência da consideração. Quais exatamente as prestações que compõem o objeto do direito à educação? A nossa Constituição é, talvez, uma das que melhor traduz a problemática apontada, já que consagrou o direito social à educação em diversos dispositivos (arts. 6° e 205 e ss.), com distinta técnica de positivação, revelando que o objeto deste direito abrange variada gama de posições jurídico-subjetivas e objetivas (SARLET, 2018, p. 298).

Deste modo, é percebe-se que o que Sarlet quis dizer é que primeiro de tudo, para que haja a positivação de normas que busquem fornecer aos cidadãos acesso aos direitos sociais, primeiramente é necessário saber qual o objeto de cada um dos direitos sociais, só assim para que se tenha sua eficácia plena.

Portanto, resta clara a necessidade da previsão dos direitos prestacionais sociais através do poder legislativo para que garanta a aplicação e efetividade desses direitos constitucionais por meio de

políticas públicas, com o balanço financeiro feito pelos órgãos estatais que são competentes nesse quesito, e para que assim ocorra a promoção da dignidade da pessoa humana.

OS LIMITES ENTRE OS PRINCÍPIOS DA RESERVA DO POSSÍVEL, DO MÍNIMO EXISTENCIAL E DAS NECESSIDADES HUMANAS BÁSICAS

Diante de todo o exposto ao longo do presente trabalho nota-se a obrigatoriedade da satisfação das necessidades básicas do ser humano para que este possa gozar de uma vida digna, e é nesse sentido que o ordenamento jurídico e o Poder Público devem trabalhar para proporcionar o acesso dessas pessoas à essas garantias constitucionais.

Levando em conta todo o abordado, se faz indispensável falar acerca da teoria do mínimo existencial, o qual, segundo Fernandes (2021), afirma que para que se possa usufruir dos direitos individuais é de extrema importância que antes primeiramente se realize a implementação e garantia de um piso mínimo de direitos, são os chamados direitos básicos, os quais visam atender as necessidades mais essenciais do ser humano, fornecendo-o uma vida melhor.

O direito ao mínimo existencial apresenta duas dimensões para que seja posta em prática, quais sejam:

(1) Dimensão negativa: o mínimo existencial opera como um limite, impedindo a prática de atos pelo Estado ou por particulares que subtraiam do indivíduo as condições materiais indispensáveis a uma vida digna;

(2) Dimensão positiva: essa diz respeito a um conjunto essencial (mínimo) de direitos prestacionais a serem

> implementados e concretizados que possibilitam aos indivíduos uma vida digna (SARMENTO, *apud* FERNANDES, 2021, p. 948).

Assim, a dimensão negativa trata a respeito da proteção desses direitos, impedindo que sejam prejudicados de alguma forma, seja pelo Estado ou pelos particulares. Já a dimensão positiva busca falar em relação a implementação de direitos prestacionais sociais, proporcionando aos seus destinatários uma vida mais digna.

Ou seja, uma quer proteger os direitos sociais que já estão em funcionamento enquanto que a outra quer criar mais dispositivos que garantam mais direitos ao ser humano, desta forma, ambas prezam pelo princípio constitucional da dignidade da pessoa humana.

No entanto, segundo alguns doutrinadores, para que ocorresse a aplicabilidade dos direitos sociais, conforme o disposto pelo mínimo existencial, não necessitaria de atuação legislativa para que fosse assegurado o fornecimento daqueles e, desse modo, como consequência direta disto, acabaria havendo a permissão da intervenção judicial no controle de políticas públicas e na realização de um grau mínimo de efetivação de direitos fundamentais sociais (FERNANDES, 2021).

Assim, em razão da essencialidade dos direitos sociais devido a sua importância para a garantia dos direitos mínimos primordiais à existência humana, segundo Liebl e Demarchi (2018), o Poder Judiciário deve estar atento para efetivar esses direitos quando o Poder Executivo ou Legislativo se tornarem inertes ou ineficazes, assumindo, deste modo, um caráter subjetivo, por meio da judicialização.

A respeito do surgimento do mínimo existencial, Sarlet e Mariana Figueiredo reconhecem o seu nascimento em 1950, atribuindo tal feito à Otto Bachof, com base no artigo 1°, inciso I, da

Lei Fundamental Alemã. No entanto, Cogo Leivas aponta que na Alemanha o marco inicial, em relação à precedentes do estudo desse tema, se deu através de um julgado de 1951. Já para Sarmento aquele surgiu de uma decisão do Tribunal Federal Alemão prolatada em 1953 e que se incorporou ao Tribunal Constitucional depois (FERNANDES, 2021)

No entanto, foi apenas em 1975 que as condições mínimas existenciais ganharam reconhecimento através de uma decisão do Tribunal Constitucional Alemão. No Brasil, segundo Cogo Leivas, foi o julgamento da ADPF n° 45 que iniciou o debate acerca da tese do mínimo existencial, além da importância do RghE n° 410.715/SP, os quais ambos tratavam do direito social à educação como mínimo existencial com base no princípio da dignidade da pessoa humana (FERNANDES, 2021). A respeito da segurança dos direitos fundamentais a todos, Schwarz dispõe que:

> O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas tem sustentado que os poderes públicos têm a obrigação de assegurar, em todo o momento, inclusive em épocas de crise ou de dificuldades fáticas, ao menos os conteúdos essenciais de cada um dos direitos sociais, inclusive impondo aos Estados nacionais e às diversas esferas da Administração Pública um dever de não regressividade em matéria de direitos sociais (SCHWARZ, 2016, p. 267)

Por último, Fernandes (2021), ainda aponta uma diferença entre os termos mínimo existencial e mínimo vital, ou mínimo de sobrevivência, afirmando que o segundo é mais estrito, ou seja, trata a respeito apenas da proteção às condições de garantia de vida humana, sem se preocupar em adjetivar nenhuma outra preocupação com a dignidade.

Flávia Bahia (2017), também dispõe que o mínimo existencial não busca a mera sobrevivência física, mas vai além da própria pobreza absoluta, buscando garantir a dignidade da pessoa humana, e é justamente aí que reside a diferença entre o mínimo existencial e o vital.

Destarte, torna-se evidente a importância do debate acerca do mínimo existencial aos direitos fundamentais sociais, que se preocupa em assegurar a aplicabilidade do princípio da dignidade da pessoa humana e garantir melhores condições de vida para todo cidadão.

A Cláusula da Reserva do Possível como Limite para a Efetivação dos Direitos Fundamentais Sociais

Os direitos fundamentais sociais estão previstos constitucionalmente e buscam garantir a dignidade da pessoa humana, assegurando direitos básicos a todo cidadão. Essas garantias são prestadas à sociedade através de atividades estatais, como políticas públicas, fornecendo acesso livre a todos.

No entanto, para que isso ocorra o Estado necessita estudar como funcionará todo esse processo por meio de seus órgãos competentes, analisando os custos e observando a cláusula da reserva do possível, as quais influenciam sobremaneira a efetividade dos direitos sociais no Brasil.

Isso se dá porque o orçamento promove as prestações relativas aos direitos sociais, fixando a receita tributária e patrimonial e determinando a redistribuição de renda, além de também promover o desenvolvimento econômico, equilibrando as receitas, despesas e investimentos nos planos anuais e plurianuais (MOURA; RIBEIRO, 2017).

De acordo com o disposto por Canotilho (*apud* BIGOLIN, 2004), a efetividade dos direitos sociais, culturais e econômicos possui uma dependência de um fenômeno conhecido como reserva do possível, ou seja, os recursos econômicos necessários para a disponibilidade dessas garantias à sociedade.

Um dos motivos do fato acima apontado é que os direitos sociais possuem natureza prestacional, ou seja, um dever de agir do Estado através das já apontadas políticas públicas, por exemplo, enquanto que os chamados direitos de defesa não exigem essa ação ativa, mas justamente o contrário, estes se revelam por meio de uma abstenção, um não agir. Deste modo, ressalta-se a relação entre os direitos sociais e a economia.

No entanto, esses direitos sociais, segundo Paulo Schier e Adriana Schier (2018), batem de frente com alguns outros direitos, como a propriedade privada e aqueles ligados à proteção do mercado e da livre iniciativa. Deste modo, a própria Constituição Federal de 1988 impõe limites à capacidade de tributação do Estado, afetando, assim, os limites à efetivação dos diretos sociais.

Vale apontar, todavia, que essa problemática não atinge apenas os direitos sociais, os próprios direitos de defesa também possuem custos, já que muitas vezes estes procedem de garantias institucionais que têm bastantes custos para sua prática.

Contudo, apesar do exposto, Paulo e Adriana Schier (2018, p. 72) afirmam que não há, ao menos no Brasil, argumentos relacionados à existência de limitações financeiras "para bloquear a atuação estatal e a realização judicial". Deste modo, não se vê autocontenção judicial nas condenações judiciais milionários de particulares contra o Estado.

A respeito desse último apontamento, Rabelo (2013), dispõe que a judicialização dos direitos sociais deveria ocorrer, em muitos casos e preferencialmente, por meio de ações coletivas. Isto porque

aqueles são direitos coletivos e que buscam propagar a igualdade entre todos, assim, haveria tratamento isonômico entre aqueles que possuem direitos idênticos.

Para melhor compreender a cláusula da reserva do possível é necessário primeiramente entender como se deu o seu surgimento. Esta passou a ser alegada na década de 1970 e foi criada pelo Tribunal Constitucional alemão, a qual, segundo este, significa a possibilidade econômica do Estado para garantir a efetivação dos direitos sociais, já que o órgão estatal é fonte financeira direta que possibilita a concessão de tais garantias.

Logo em seguida alguns doutrinadores passaram a defender que a utilização desses recursos e sua aplicação para garantir os direitos sociais é algo restrito ao próprio Estado, ou seja, é de sua discricionariedade, conforme o planejado nas políticas públicas e previsões orçamentárias (FERNANDES, 2021).

No entanto foi uma decisão do Tribunal Federal alemão, a partir do caso *numerus clausus*, que esse conceito a respeito da reserva do possível ganhou uma repaginada. Passou-se a entender que os direitos básicos são garantias a todo cidadão, não cabendo ao Estado decidir se o fornece ou não, mas sim uma exigência do ser humano, já que se encontra nos limites do razoável.

Segundo Sarmento (*apud* FERNANDES, 2021), o conteúdo fático deveria ser utilizado como um teste de razoabilidade da universalização da prestação exigida, tendo em vista os recursos dispostos. Assim se esse teste for superado então seria real a possibilidade de disponibilizar um medicamento a uma pessoa que possui uma doença grave. Então se levanta a questão: todos que possuem essa mesma doença terão acesso a esse mesmo remédio? Diante do exposto, segundo Sarmento, deveria se observar o princípio da isonomia.

Outro princípio que merece destaque é o da vedação de retrocesso social, o qual tem como objeto salvaguardar os direitos tidos como essenciais. Dessarte, a cláusula da reserva do possível não poderia ser utilizada como uma forma de desculpa para a não garantia daqueles direitos sociais, já que este princípio busca impossibilitar a regressão social de garantias materiais já conquistados pelo Estado (SARLET *apud* THOMAZ, 2021).

Já com relação ao conteúdo jurídico pontua-se um contraste entre questões orçamentárias, como o princípio da legalidade da despesa, com a possibilidade de o Poder Judiciário prolatar decisões atreladas a despesas com direitos sociais sem o devido orçamento legal.

O julgamento da ADPF 45 pelo Supremo Tribunal Federal (STF), por decisão monocrática do Ministro Celso de Mello, este concedeu a possibilidade do controle judicial das políticas públicas para a efetividade dos direitos sociais, em vista da omissão dos demais Poderes (FERNANDES, 2021).

Houve uma discussão no STF a respeito da possibilidade do Poder Judiciário obrigar o Poder Executivo a realizar a concessão de direitos sociais quando este último acaba por ficar inerte. Diante disso, em um caso julgado em 13 de agosto de 2015 o STF deu provimento ao RE 592.581/RS a essa possibilidade levantada, obrigando o Poder Executivo a executar obras em estabelecimentos prisionais, arguindo como argumento o princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo possível a arguição do argumento da reserva do possível e nem o princípio da separação de poderes (FERNANDES, 2021).

Surge assim um ponto paradoxal. De um lado o Estado tem o dever legal de estudar meios para atender os anseios sociais e suas necessidades mais básicas que o forneçam uma vida digna. Enquanto que de outro lado, aquele se utiliza de meios que o possibilitem se

escusar de suas obrigações, como, por exemplo, o uso da cláusula da reserva do possível (SIQUEIRA, 2017).

O Informativo 794, segundo o próprio STF, possibilitou aos juízes agir, concedendo medidas atípicas, desde que se tivesse como bem maior a garantia da efetividade dos direitos visados. Contudo, isso não significa que o Judiciário pode intervir de ofício em todas as situações que não ocorre o cumprimento dos direitos sociais, devendo o juiz agir apenas quando provocado, transmutando-se em o que Fernandes (2021), chamou de administrador público. Assim, o magistrado só poderia intervir nos casos em que a inércia ou ação do Poder Executivo colocassem em risco os direitos dos jurisdicionados.

Deste modo, ressalta-se a importância da garantia dos direitos sociais à todos, tendo em visto o respeito ao princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, sendo esta uma obrigação estatal que deve ser efetivada, não se utilizando como desculpa para sua inércia a cláusula da reserva do possível.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os direitos sociais prestacionais são previstos na Constituição Federal de 1988 por meio de seu Capítulo II, entre os quais se pode citar aqueles previstos no seu artigo 6°, como o direito à educação, saúde, alimentação, trabalho, moradia, transporte, lazer, segurança, previdência social, proteção à maternidade e à infância e a assistência aos desamparados. Tais garantias estão baseadas no princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, que assim como está previsto no artigo 1°, inciso III, da Carta Constitucional acima citada, é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil.

O presente estudo possibilitou a compreensão acerca do que seria o mínimo existencial e de como este interfere na concessão desses direitos sociais ao cidadão, assim como o entendimento da cláusula da reserva do possível e suas consequências às garantias fundamentais sociais em razão das necessidades orçamentárias para serem colocadas em prática e disponibilizadas à sociedade.

O principal objetivo dessa pesquisa foi analisar como a reserva do possível pode limitar o acesso da população em geral aos direitos sociais constitucionalmente previstos, visto que tais garantias são entendidas como básicas e são o mínimo que o Estado pode disponibilizar para que essas pessoas tenham condições dignas de vida, ou seja, é a concessão do mínimo existencial para que o ser humano possa viver.

Além do principal objetivo apontado acima, foram estabelecidos alguns objetivos específicos para melhor se compreender o tema. O primeiro objetivo específico buscou tratar a respeito da importância dos direitos fundamentais, dando-lhe um conceito doutrinário, assim como um estudo histórico a respeito de seu surgimento, da importância que as ideias jusnaturalistas tiveram para o desenvolvimento desses direitos e sua noção de direito natural do homem, assim como a compreensão a respeito de suas funções subjetiva e objetivas.

O segundo objetivo específico tratou mais especificamente dos direitos sociais, conceituando-o, assim como ressaltando a importância que o princípio da dignidade humana traz para assegurar as garantias sociais. Posteriormente dispôs a respeito da efetividade desses direitos e de como as políticas públicas são essenciais para que estes sejam disponibilizados ao cidadão.

Já o terceiro e último objetivo diz respeito às consequências trazidas pela reserva do possível aos direitos fundamentais sociais, de como as leis orçamentárias têm essencial valor nesse debate, já

que é justamente devido a questões econômicas que direitos básicos do cidadão são deixados de lado em razão da arguição da reserva do possível.

Diante do exposto, pôde-se comprovar a hipótese inicial de que a cláusula da reserva do possível não pode ser um limite aos direitos básicos da sociedade em geral, todo ser humano tem direito ao usufruto do disposto no artigo 6° da Constituição, visto que são garantias previstas pela Carta de maior importância e valor no ordenamento jurídico.

Por último, vale apontar que este estudo não finaliza todo o conteúdo acerca do tema em estudo, visto ser um assunto atual e que está em constante debate. Deste modo, é possível e viável pesquisas futuras que tenham o condão de aprimorar o estudo do tema.

REFERÊNCIAS

BAHIA, F. **Direito Constitucional**. Recife: Editor Armador, 2017.

BIGOLIN, G. "A reserva do possível como limite à eficácia e efetividade dos direitos sociais". **Revista de Doutrina da 4ª Região**, n. 1, 2004.

BOBBIO, N. **A era dos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 28/06/2022.

CARVALHO, O. F. "Os Direitos Sociais como categoria Constitucional". **Revista Direito Público**, vol. 14, n. 81, 2018.

CAYRES, G. R. M. "A reserva do possível como limite para a efetivação dos direitos fundamentais sociais e o mínimo existencial". **Anais do 1° Simpósio sobre Constitucionalismo, Democracia e Estado de Direito**, vol. 1, n. 1, 2017.

DUTRA, L. **Direito Constitucional essencial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora Juspodivm, 2021.

GHISI, C. E. L. **A reserva do possível como limite dos direitos fundamentais sociais** (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito). Tubarão: Unisul, 2009.

LIEBL, H. DEMARCHI, C. "A efetividade da dignidade da pessoa humana através dos direitos sociais". **Revista da ESMESC**, vol. 25, n. 31, 2018.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MOURA, E. A. C.; RIBEIRO, J. C. "Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos". **Revista de Direito Brasileira**, vol. 16, 2017.

OLIVEIRA, T. F.; LOPES, M. S. "A reserva do possível e o mínimo existencial na efetivação dos direitos sociais". **Revista Jurídica da Procuradoria-Geral do Distrito Federal**, vol. 40, n. 2, 2015.

OLSEN, A. C. L. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais frente à reserva do possível** (Dissertação de Mestrado em Direito). Curitiba: UFPR, 2006.

RABELO, E. D. R. O. "A fundamentalidade dos direitos sociais: conciliação do 'mínimo existencial' com a 'reserva do possível'". **Revista Direitos Sociais e Políticas Públicas**, vol. 1, n. 1, 2013.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

SCHIER, P. R.; SCHIER, A. R. "Direitos Sociais, reserva do possível e o mínimo existencial: a aporia do meio adequado de satisfação". **Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, vol. 18, n. 74, 2018.

SCHWARZ, R. G. "Os Direitos Sociais como Direitos Fundamentais e a judicialização de políticas: algumas considerações". **Revista da AJURIS**, vol. 43, n. 141, 2016.

SIQUEIRA, D. P. "Reserva do possível e os direitos sociais: da previsão normativa a concretização". **Revista Jurídica**, vol. 1, n. 46, 2017.

THOMAZ, L. M. "Reserva do possível e os desafios materiais para assegurar eficácia e efetividade dos direitos fundamentais e sociais". **Revista Processus Multidisciplinar**, vol. 2, n. 4, 2021.

CAPÍTULO 3

Princípio da Reserva do
Possível e o Direito Fundamental à Saúde

PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO FUNDAMENTAL À SAÚDE

Os direitos fundamentais presentes da carta política vigente, garantem aos seus sujeitos uma série de direitos aos quais devem ser assegurados, dentre eles pode-se citar o direito ao acesso a saúde. É importante ressaltar, que foi apenas com a carta magna vigente que tal direito passou a ser considerado como um direito social.

Diante disso, o artigo 196 da constituição dispõe que o acesso à saúde é um direito de todos, de modo que independe de qualquer tipo de contribuição, ou seja, diferentemente da previdência social que requer uma contribuição para ter a acesso, a saúde independe de tal contribuição, sendo assim uma garantia a todos os sujeitos, sejam eles brasileiros natos, naturalizados ou ainda estrangeiros.

Levando em conta a imprescindibilidade envolvendo a saúde, surge um ponto que merece ser estudada, quanto à figura do princípio da reserva do possível em relação ao acesso a saúde, ou seja, as condições econômicas ao qual o Estado possui para assegurar o direito exposto.

Diante desse fato, o trabalho possui como justificativa a análise de como o Estado tem o dever legal de oferecer o direito fundamental ao acesso a saúde. Ademais, apresenta-se a seguinte problemática: existe um limite ao qual deve reger o direito a saúde?

Destarte, levantou-se a hipótese de que o Estado deve proteger e garantir aos seus sujeitos uma saúde digna e de qualidade de modo a proporcionar essa garantia fundamental, visto que a Carta Magna ao decorrer de seus dispositivos dispõe acerca.

Logo, o objetivo geral desse estudo será a verificação da limitação imposta pela reserva do possível quanto ao acesso a saúde básica, e para isso é necessário explorar alguns objetivos específicos,

como os estudos dos direitos fundamentais e sociais, como também o estudo envolvendo o princípio constitucional da dignidade humana.

Ao que condiz, a estrutura do estudo o mesmo foi dividido em três capítulos, em um primeiro momento foram apresentadas noções acerca do direito social, presente na Constituição, para tanto será apresentado conceitos doutrinários, aliados ao entendimento legal, ademais, irá ser apresentado o princípio da dignidade da pessoa humana, levando em conta sua relevância para o ordenamento jurídico, uma vez, que o mesmo é tido como sendo o princípio basilar de todos os demais.

O segundo capítulo, por sua vez, proporcionou um estudo sobre o direito social ao acesso a saúde, nesse momento será exposto os artigos da carta magna que regem sobre essa temática.

Por fim, o terceiro capítulo preconiza sobre a reserva do possível e sua aplicação perante o acesso a saúde, nesse tópico será abordada os principais entendimentos sobre o referido princípio, quanto à problemática apresentada e para encerrar o capítulo serão dispostos sobre o princípio da proporcionalidade e seu uso perante a reserva do possível e o direito ao acesso a saúde.

DIREITOS SOCIAIS

Nesse primeiro momento para uma melhor elucidação acerca da temática é primordial fazer a seguinte distinção entre direitos humanos e direitos fundamentais, mesmo que para alguns estudiosos as mesmas possam ser consideradas como sinônimos, na realidade não são propriamente.

Tendo em vista, que quando se trata de direitos humanos, trata-se de documentos, tratados e regras de direito internacional e

por sua vez, quando se aborda direitos humanos, tange aos casos de direitos reconhecidos e positivados dentro de um Estado, ou seja, os alcances dos direitos fundamentais são restritos a determinados estados, enquanto que os direitos humanos possuem um alcance em nível internacional.

Após essa breve distinção, é necessário destacar nesse momento o conceito de direitos sociais, tanto do ponto de vista legal como também doutrinário. Os direitos sociais se encontram presentes no artigo 6º da Constituição Federal de 1988, de modo que nos incisos do referido dispositivo o mesmo preconiza, como sendo direitos sociais, a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados.

Quanto ao conceito doutrinário, são diversos os autores que dispõem sobre o assunto, nesse contexto a respeito do tema, Silva (2007, p. 183), define os direitos sociais como sendo as situações nos quais os mesmos "disciplinam situações subjetivas pessoais ou grupais de caráter concreto".

Moraes (2017, p. 164) pontua que os direitos sociais são direitos fundamentais, aos quais se caracterizam por meio de uma obrigação ao qual o Estado é incumbido, com o objetivo de garantir condições básicas aos hipossuficientes.

> [...] direitos fundamentais do homem, caracterizando-se como verdadeiras liberdades positivas, de observância obrigatória em um Estado Social de Direito, tendo por finalidade a melhoria de condições de vida aos hipossuficientes, visando à concretização da igualdade social, e são consagrados como fundamentos do Estado democrático, pelo art. 1°, IV, da Constituição Federal.

Possuindo essa mesma linha de raciocínio Flavia Bahia (2017, p. 217), preconiza que se trata uma prestação do Estado.

> [...]. Essa necessidade de prestação positiva do Estado corresponderia aos chamados direitos sociais dos cidadãos, direitos que transcendem a individualidade e alcançam um caráter econômico e social visando a atingir a justiça social.

O mesmo é tido como sendo um direito de segunda geração ou dimensão, nesse caso o Estado tem o dever principal de agir, com o fim de implementar políticas públicas, fazendo-se assim cumprir os direitos constitucionais previstos na Carta Magna (MARTINS, 2022).

Nesse sentido, corrobora Mapelli Júnior, Coimbra e Matos (2012) que o direito a saúde pertence à categoria dos direitos fundamentais de segunda geração.

Compreende-se assim, que os direitos sociais são garantias previstas na carta política vigente, as quais asseguram aos indivíduos garantias básicas, de modo a proporcionar uma vida digna, com as condições mínimas adequadas.

Nesse momento é de tom, explanar alguns dispositivos previstos na constituição aos quais são destinados a efetivação dos direitos sociais, como dito em linhas pretéritas o artigo 6º da CF/1988, dispõe quais são os direitos sociais previstos, contudo artigos como artigos 194; 196; 201; 205, tratam de programas e diretrizes que possuem o intuito de serem cumpridas pelo Estado perante a sociedade.

Relação entre o princípio da Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Sociais

O princípio da dignidade humana passou a ganhar destaque após a vigência Constituição Federal de 1988, tendo em vista que em seu artigo 1º, inciso III, dispõe acerca do mesmo, e com isso tornou-se alvo de grande relevância e estudo para o ordenamento, a própria doutrina, compreende o mesmo como sendo um considera princípio fundamental como também servindo de base para os demais princípios presentes tanto na constituição, como em leis infraconstitucionais.

Sendo assim compreendido como sendo o superprincípio, ou ainda o princípio basilar do ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista sua relevância para todo o contexto social e jurídico.

Segundo o entendimento de Piovesan (2000), o referido princípio é a matriz de todo o ordenamento jurídico, de modo a nortear as interpretações de normas e regras, sendo assim uma referência para o cumprimento das exigências da justiça.

> [...] é um verdadeiro supraprincípio [sic] constitucional que ilumina todos os demais princípios e normas constitucionais e infraconstitucionais. E por isso não pode o Princípio da Dignidade da Pessoa Humana ser desconsiderado em nenhum ato de interpretação, aplicação ou criação de normas jurídicas (NUNES, 2013, p. 48).

Diante disso, entende-se dignidade é atributo essencial do ser humano, nas quais não podem ser alvo de quaisquer distinções, ou seja, podendo até mesmo ser considerado um norteador do

ordenamento jurídico brasileiro, tendo em vista ser base para aplicação de diversos outros princípios.

Nunes (2013, p. 48), preconiza acerca da relevância do princípio de dignidade humana, da seguinte maneira "a dignidade é garantida por um princípio, sendo absoluta, plena, não podendo sofrer maculas ou argumentos que a relativa".

> A qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável (SARLET, 2002, p. 62).

Após tais conceitos apresentados é evidente toda a relevância desse princípio para a sociedade e consequentemente para os seus indivíduos, de modo que através do cumprimento tal princípio é possível observar que os sujeitos podem vir a ter uma vida digna, tendo com isso respeitado o seu direito e possuindo o acesso a condições mínimas necessárias para sua subsistência, a exemplo dos direitos sociais previstos no artigo 6º da CF.

DIREITO SOCIAL AO ACESSO À SAÚDE

Ao que se refere ao direito a saúde em um aspecto externo ele é tido como sendo um direito humano o qual é tutelado por alguns tratados internacionais em que determinados países são signatários, dentre esses tratos pode-se citar a Declaração Universal dos Direitos Humanos.

Ademais, a saúde também possui um aspecto interno, considerando que o mesmo é disposto em leis e regimes nacionais, além do que é tido como sendo um direito fundamental inerente ao ser humano, este presente na carta política vigente.

A constituição cidadã ao longo de seus dispositivos regeu sobre a relevância desse direito para os seus sujeitos, mantendo objetivos dentre eles a de proteção e recuperação de enfermidades em que os indivíduos poderiam vir a ser acometidos, de forma, que é dever do Estado garantir mediante políticas públicas os meios necessários para o acesso de todos ao sistema de saúde (SCLIAR, 1998).

Nesse contexto, a carta política trata ao decorrer dos artigos 196 até o artigo 200, que o direito a saúde é um direito fundamental ao qual deve ser regulado e assegurado por parte do Estado. E por ser uma norma que possui amparo constitucional o direito a saúde devendo ser executado de forma plena, devendo com isso, o poder assegurar as medidas cabíveis de acordo com o contexto de cada região (BARROSO, 2006).

Ao que tange ao conceito envolvendo direito fundamental Serrano (2009) preconiza que são aqueles que se encontram previstos em uma ordem constitucional, ao qual possuem como intuito assegurar a dignidade da vida humana em todas as suas dimensões.

Quanto aos meios necessários para implantação e disponibilização dos recursos referentes a saúde o mesmo deve ser desenvolvido através de programas governamentais, que devem ser postos à disposição da sociedade, uma vez, que a própria constituição assegura ao longo de seus dispositivos que é dever do estado a execução de tais programas, de modo a garantir o acesso igualitário e universal aos sujeitos (MOURA, 2011).

Nesse sentido, corrobora com esse entendimento Sarlet (2008), levando em conta eu o autor dispõe por ser um direito fundamental é dever de o Estado garantir a proteção da saúde, de maneira a determinar a organização, sistematização e execução dos meios necessários, uma vez, que a saúde é também m direito básico de todos os indivíduos.

Dentre as políticas públicas destinadas a assegurar a saúde dos indivíduos, dentre elas possuem algumas com aspectos preventivos, como o controle de doenças, o saneamento básico, vigilância sanitária, todavia, outras por sua vez, possuem caráter de recuperação, são os casos de atendimento hospitalar, entrega de medicamentos, diagnósticos e tratamento de doenças, cirurgias, dentre outros.

Compreende-se assim, que o direito fundamental a saúde possui uma série de pontos que devem ser observados e cumpridos por parte do Estado, de maneira a garantir que os indivíduos tenham seus direitos resguardados.

O direito a saúde, se encontra disposto no artigo 6º da CF/1988 e é tido como sendo um direito social fundamental, por meio do qual os indivíduos possuem esse direito sem necessitar o pagamento de qualquer contrapartida, tendo em vista, independer de contribuição, de modo que o direito a saúde pode ser compreendido como um serviço e não um benefício, sendo assim, uma prestação positiva do Estado.

Quanto ao conceito de direitos sociais Bulos (2010, p. 783) preconiza que “são as liberdades públicas que tutelam os menos favorecidos, proporcionando-lhes condições de vida mais decentes e condignas com o primado da igualdade real”.

Diante desse fato, é importante destacar que dentre os direitos expostos como sociais o direito a saúde possui uma relevância que

pode se sobressair perante os demais, tendo em vista, ser um meio essencial e necessário para todos os indivíduos.

Levando em conta a relevância ao que condiz a esse assunto a constituição através de alguns dispositivos preconiza acerca de serviços de saúde as quais são dispostas por meio do sistema único de saúde (SUS), a competência desse sistema se encontra consubstanciado no artigo 200 da carta política vigente, como também em outras leis ordinárias.

> Art. 200. Ao sistema único de saúde compete, além de outras atribuições, nos termos da lei:
>
> I - controlar e fiscalizar procedimentos, produtos e substâncias de interesse para a saúde e participar da produção de medicamentos, equipamentos, imunobiológicos, hemoderivados e outros insumos;
>
> II - executar as ações de vigilância sanitária e epidemiológica, bem como as de saúde do trabalhador;
>
> III - ordenar a formação de recursos humanos na área de saúde;
>
> IV - participar da formulação da política e da execução das ações de saneamento básico;
>
> V - incrementar, em sua área de atuação, o desenvolvimento científico e tecnológico e a inovação; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 85, de 2015)
>
> VI - fiscalizar e inspecionar alimentos, compreendido o controle de seu teor nutricional, bem como bebidas e águas para consumo humano;
>
> VII - participar do controle e fiscalização da produção, transporte, guarda e utilização de

> substâncias e produtos psicoativos, tóxicos e radioativos;
>
> VIII - colaborar na proteção do meio ambiente, nele compreendido o do trabalho (BRASIL, 1988).

De acordo, com o artigo 198, CF/1988 os serviços de saúde, compõem uma rede regional e hierarquia, organizada em algumas diretrizes, como bem aponta o referido artigo.

> Art. 198. As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único, organizado de acordo com as seguintes diretrizes: (Vide ADPF 672)
>
> I - Descentralização, com direção única em cada esfera de governo;
>
> II - Atendimento integral, com prioridade para as atividades preventivas, sem prejuízo dos serviços assistenciais;
>
> III - Participação da comunidade (BRASIL, 1988).

Ademais, vale informar que o SUS é descentralizado, ou seja, cada ente do governo possui direção para reger acerca da saúde em seu município, Estado (CHIMENTI, 2010).

O direito social ao acesso a saúde se encontra presente como dito acima como sendo um direito fundamental consagrado pela própria constituição cidadã, no qual é um direito de todos e é dever do Estado, diante disso compreende-se como sendo dever do Estado por meio de políticas públicas, garantir que os sujeitos possuam as condições básicas de saúde, uma vez, que o mesmo é um direito de todos, tendo em vista que para que o indivíduo possa ter uma vida digna o mínimo necessário para que isso aconteça trata-se de ter

acesso à saúde, como meio de garantir uma vida digna, entende-se assim que o direito social ao acesso a saúde se encontra diretamente ligado ao princípio da dignidade da pessoa humana, nesse sentido, o direito à saúde é inerente ao direito à vida.

PRINCÍPIO DA RESERVA DO POSSÍVEL E O DIREITO AO ACESSO À SAÚDE

Ao que tange ao princípio da reserva do possível, sua origem é constatada na Alemanha, mais precisamente no início da década de 1970, onde na ocasião foi tratado acerca da possibilidade de estudantes cursarem medicina e o número de vagas ofertadas, nesse momento os estudantes buscavam que todos tivessem acesso a tal curso.

Em contrapartida, o Estado decidiu que isso não era possível, diante dessa decisão foi se utilizada pela primeira vez a reserva do possível e nesse caso como sendo uma limitação por meio do Estado (SARLET, 2008).

Quando se trata do Brasil, esse princípio vem sendo utilizado cada vez com mais frequência, sendo utilizado como argumento justificar a não prestação de alguns serviços, principalmente referente a recursos financeiros por parte do Estado (MOURA; RIBEIRO, 2017). Nesse contexto, é de extrema relevância conceituar o que seria a reserva do possível como sendo a possiblidade financeira do Estado, disponibilizar os recursos financeiros disponíveis para o cumprimento de determinadas atividades.

Ao que tange a reserva do possível é imprescindível informar que o Estado como sendo o detentor dos recursos orçamentários, durante alguns momentos passar por situações delicadas na qual

existe um déficit nas condições financeiras disponíveis, fazendo com o que exista um conflito, de modo a impossibilitar a real eficácia dos direitos fundamentais, dentre eles destaca-se o direito ao acesso a saúde.

O direito a saúde impõe por parte do Estado que sejam destinados recursos financeiros necessários a arcar os gastos provenientes desse direito fundamental, diante disso o poder público, através do orçamento público deverá assegurar tais recursos, garantindo com isso a prestação do direito fundamental.

E nos casos em que se constate que os recursos orçamentários serem insuficientes para as despesas em relação às condições mínimas, está situação deverá ser demonstrada, através de indicativos e planejamentos que demonstrem de fato essa situação (GALDINO, 2002).

Em relação à reserva do possível e o direito fundamental, em muitos dos casos o que impossibilita a destinação de tais recursos não é a indisponibilidade e sim a destinação para outros setores abarcados pelo Estado, é justamente com base nesse ponto que alguns doutrinadores apontam que a reserva do possível não está ligada apenas aos recursos financeiros, como também par a destinação divergente.

> Como dá conta a problemática posta pelo 'custo dos direitos', por sua vez, indissociável da assim designada 'reserva do possível', a crise de efetividade vivenciada com cada vez maior agudeza pelos direitos fundamentais de todas as dimensões está diretamente conectada com a maior ou menor carência de recursos disponíveis para o atendimento das demandas em termos de políticas sociais (SARLET, 2007, p. 355).

Todavia, como já exposto em linhas pretéritas o direito ao acesso a saúde é um direito inerente e basilar de todos os sujeitos, diante disso as situações delicadas as quais o orçamento público se encontra não pode ser tido como sendo um meio de amenizar os recursos destinados a saúde da população uma vez que não é admitido que a questão financeira se sobressai aos interesses coletivos, aos quais garantem uma vida digna a população, principalmente a que mais necessita de um amparo social.

Diante disso, deve o Estado por meio de uma ponderação proporcionar a efetividade dos direitos sociais, sem comprometer os demais direitos, com base deve observar o princípio da proporcionalidade diante do caso concreto e buscar a harmonização dentre tais direitos que se encontram em conflito.

Ademais, nos casos em que se comprove que o poder público não está assegurando o direito básico ao acesso a saúde, os destinatários podem recorrer ao judiciário como sendo uma ferramenta que garanta o cumprimento do direito fundamental.

Princípio da proporcionalidade

Ao que tange ao princípio da proporcionalidade o mesmo pode ser tido como uma ferramenta eficaz, quando se trata da aplicação dos direitos fundamentais, uma vez que através deste será possível limitar a abrangência diante da situação concreta.

E como abordado pelo direito quando ocorrer conflitos entre princípios deverá ser observado no caso alguns aspectos, que são eles, o valor, a preponderância. O princípio em comento possui com objetivo dispor sobre situações em que se encontre presente um conflito, de modo, que nesses casos o que deve se manter é o

interesse comum, de maneira, que a solução encontrada seja proporcional ao caso.

Portanto, a proporcionalidade encontra-se ligada à ideia de bem comum e ao bom senso nas relações humanas e nas relações entre Estado e seus particulares, em busca de soluções justas, adequadas e proporcionais entre si. Diante disso, ao que tange aos direitos sociais o princípio da proporcionalidade desempenha a ferramenta para algumas limitações, levando em conta o bem comum.

Em relação ao direito fundamental a saúde o referido princípio também deverá ser utilizado, com o intuito de evitar abusos, tanto por parte do poder público, como também pelos destinatários do serviço de saúde.

Diante disso, observando o princípio da proporcionalidade o que deve prevalecer é o bem comum, mesmo nos casos de conflito entre os indivíduos e o Estado, garantindo com isso soluções adequadas e justas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao que tange aos direitos sociais os mesmos possuem amparo constitucional, de modo que alguns deles são considerados como sendo direitos fundamentais, o Capítulo II, da carta vigente em seu artigo 6º assegura dentre tais direitos, o direito a saúde, garantir esse direito significa proporcionar aos sujeitos à dignidade da pessoa humana.

Diante disso, o presente estudo possibilitou a compreensão acerca do direito fundamental ao acesso a saúde, tendo em vista, sua relevância para que os indivíduos tenham uma vida digna, com base em seus direitos fundamentais básicos.

Todavia, os recursos orçamentários não são destinados em sua totalidade para garantir os direitos sociais, com base nisso, surge o princípio da reserva do possível, como sendo uma limitação orçamentária de acordo os recursos disponíveis.

Desta maneira, o estudo em comento analisa a questão do princípio da reserva do possível e sua aplicação perante o direito fundamental ao acesso a saúde.

Logo, o objetivo geral desse estudo foi a verificação da limitação imposta pela reserva do possível quanto ao acesso a saúde básica, e para isso foi apresentado alguns objetivos específicos aos quais foram discorridos ao longo dos capítulos.

O primeiro objetivo específico buscou tratar acerca dos direitos sociais, apresentando conceitos doutrinários, sua relevância e aplicação perante o ordenamento jurídico brasileiro, ademais também foi exposto acerca do princípio da dignidade da pessoa humana e sua relevância diante do contexto nacional.

O segundo objetivo específico tratou mais especificamente do direito social ao acesso a saúde, por meio de conceitos e estudo da carta política vigente.

Já o terceiro e último objetivo diz respeito à aplicação do princípio da reserva do possível perante o acesso a saúde, através de apontamentos ao que tange aos orçamentos públicos disponíveis e como o princípio da proporcionalidade pode reger essas situações.

Diante do exposto, pôde-se comprovar a hipótese inicial de que o Estado deve proteger e garantir aos seus sujeitos uma saúde digna e de qualidade de modo a proporcionar essa garantia fundamental, visto que a Carta Magna ao decorrer de seus dispositivos dispõe acerca, tendo assim uma proporção entre o direito a saúde e a reserva do possível.

Por último, vale apontar que este estudo não finaliza todo o conteúdo acerca do tema em estudo, visto ser um assunto atual e que está em constante debate. Deste modo, é possível e viável pesquisas futuras que tenham o condão de aprimorar o estudo do tema.

REFERÊNCIAS

BAHIA, F. **Direito Constitucional**. Recife: Editora Armador, 2017.

BARROSO, L. R. **Interpretação e Aplicação da Constituição**. Rio de Janeiro: Editora Saraiva, 2006

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 26/04/2022.

BULOS, U. L. **Curso de Direito Constitucional**. São Paulo: editora Saraiva, 2010.

CHIMNETI, R. C. *et al*. **Curso de Direito Constitucional**: até EC 64/2010. São Paulo: Editora Saraiva, 2010.

GALDINO, F. **O Custo dos Direitos**. *In*: TORRES, R. L. (org.). **Legitimação dos Direitos Humanos**. Rio de Janeiro: Editora Renovar, 2002.

MAPELLI JÚNIOR, R.; COIMBRA, M.; MATOS, Y. A. P. S. **Direito Sanitário**. São Paulo: Ministério Público, 2012.

MARTINS, F. **Direitos Sociais em tempos de Crise Econômica**. São Paulo: Editora Saraiva, 2022.

MORAES, A. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Atlas, 2017.

MOURA, E. A. C. "Do controle jurídico ao controle social: parâmetros a efetividade dos direitos sociais". **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, vol. 77, 2011.

MOURA, E. A. C.; RIBEIRO, J. C. "Direitos fundamentais sociais, orçamento público e reserva do possível: o dever de progressividade nos gastos públicos". **Revista de Direito Brasileira**, vol. 16, 2017.

NUNES, R. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana Doutrina Jurisprudência**. São Paulo: Editora Saraiva, 2013.

PIOVESAN, F. **Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2000.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2007.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2002.

SARLET, I. W. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2008.

SARLET, I. W.; FIGUEIREDO, M. F. "Proteção e promoção da saúde aos 20 anos da CF/88". **Revista de Direito do Consumidor**, vol. 67, 2008.

SCLIAR, M. **Do mágico ao social**: a trajetória da saúde pública. Porto Alegre: Editora L&PM, 1998

SERRANO, M. A. M. **O Sistema Único de Saúde e suas Diretrizes Constitucionais**. São Paulo: Editora Verbatim, 2009.

SILVA, J. A. **Comentário Contextual à Constituição**. São Paulo: Editora Malheiros, 2007.

CAPÍTULO 4

Direitos Humanos e o Princípio da Vedação ao não Retrocesso Embutidos no Cenário Nacional

DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO NÃO RETROCESSO EMBUTIDOS NO CENÁRIO NACIONAL

O tema envolvendo os direitos humanos é um conteúdo com um leque de pontos a serem desvendados, todavia surge nesse estudo sua relação com o princípio da vedação ao não retrocesso.

Nesta senda, apresenta-se como justificativa a relevância em torno da referida temática, tendo em vista que o princípio da vedação ao não retrocesso é um tema, ao qual ainda existe muita divergência na doutrina acerca.

Em razão disso, surge à problemática: diante do caráter indispensável aos quais os indivíduos possuem em relação aos direitos humanos, qual a sua relação com o do princípio da vedação ao não retrocesso presente no cenário nacional?

Destarte, a hipótese levantada foi que assim como os direitos fundamentais, que se adequam ao referido princípio, nos direitos humanos as normas criadas não podem modificar negativamente as já existentes.

Assim, o objetivo geral desse estudo foi analisar o princípio da vedação ao retrocesso, em relação aos direitos humanos, e para isso, adotaram-se alguns objetivos específicos: 1) estudo em relação aos diretos humanos, e suas gerações; 2) estudo acerca do princípio da vedação ao não retrocesso e suas principais características a respeito do tema; 3) análise de como a doutrina aborda a relação entre os direitos humanos e a aplicação do princípio da vedação ao não retrocesso.

Quanto à estrutura do estudo, esta se dará da seguinte maneira, três tópicos distintos, que se relacionam entre si, com o

intuito de proporcionar a melhor compreensão acerca do tema. Nesse sentido, o primeiro capítulo será responsável por destacar sobre os direitos humanos, dispondo os conceitos apresentados pela doutrina, como também as gerações as quais o mesmo possui.

O segundo tópico, por sua vez, será responsável por reger acerca do princípio da vedação ao não retrocesso, e para tanto serão apresentados conceitos, características, como também os critérios e limites para sua aplicação.

Por fim o terceiro capítulo tratará sobre o tema central do estudo, ou seja, a relação dos direitos humanos com o princípio da vedação ao não retrocesso, nesse momento será destacado, o entendimento da doutrina acerca do tema.

DIREITOS HUMANOS

Como a própria nomenclatura sugere, os direitos humanos tratam-se dos direitos inerentes aos homens, e os mesmos desempenham a função de garantir a proteção dos direitos àqueles sujeitos, garantindo assim uma vida com base no princípio da dignidade da pessoa humana, tendo nesse sentindo seus direitos resguardados.

> Direitos Humanos ou Direitos do Homem são meras aspirações, retórica política, sem nenhuma perspectiva objetiva-valorativa, sem nenhuma concreção positiva, faltando assim, a necessária cogência, concernente ao poder de fazer respeitar e realizar esses direitos (SARLET, 2009, p. 172).

Nesse contexto, os direitos humanos proporcionam que todos dos sujeitos, tenham seus direitos respeitados, independente da língua, raça, religião, sexo, cor, das ideologias, ou seja, para os direitos humanos não devem existir distinções, devendo todos ser tratados com igualdade. Com base nisso, pontua Dallari (2004, p. 12).

> Todos os seres humanos devem ter asseguradas, desde o nascimento, as condições mínimas necessárias para se tornarem úteis à humanidade, como também, devem ter a possibilidade de receber os benefícios que a vida em sociedade pode proporcionar.

Um ponto, que merece ser apreciado trata-se da distinção envolvendo os direitos fundamentais e os direitos humanos, diante disso preconiza Sarlet (2010, p. 29).

> A expressão direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, vez que se refere às posições jurídicas que reconhecem o ser humano como tal, sem vinculação à determinada ordem constitucional de um Estado, sendo assim, válidos universalmente e tendo caráter supranacional. Já os direitos fundamentais significam os direitos do ser humano reconhecidos e positivados em esfera constitucional de um Estado determinado.

Nesse sentido, se compreende que direito fundamental trata de normas que se encontram presentes na legislação de determinado país, enquanto que por sua vez, os direitos humanos são as normas

que se encontram presentes nos tratados internacionais e aos quais os países são signatários de tais normas e regimentos.

> De acordo com o ensinamento de Pérez Luño, o critério mais adequado para determinar a diferenciação entre ambas as categorias é o da concreção positiva, uma vez que o termo "direitos humanos" se revelou conceito de contornos mais amplos e imprecisos que a noção de direitos fundamentais, de tal sorte que estes possuem sentido mais preciso e restrito, na medida em que constituem o conjunto de direitos e liberdades institucionalmente reconhecidos e garantidos pelo direito positivo de determinado Estado, tratando-se, portanto, de direitos delimitados espacial e temporalmente, cuja denominação se deve ao seu caráter básico e fundamentador do sistema jurídico do Estado de Direito (SARLET, 2018, p. 31).

Fernandes (2021), segue esse entendimento acima e em sua obra apresenta que os direitos humanos estão relacionados com universalidade, tendo com isso um nível internacional, por sua vez, os direitos fundamentais são mais restritos a determinada legislação.

Sendo assim, pode-se afirmar que os direitos fundamentais são os próprios direitos humanos aos quais se encontram presentes, em determinada constituição.

Vale destacar, que a doutrina apresenta pontos que diferenciam os direitos Humanos dos Direitos fundamentais e são eles, o primeiro ponto, tange ao fato da positivação presente nos direitos fundamentais, tendo em vista, que os mesmos se encontram consubstanciados através da Constituição Federal de 1988.

O segundo ponto, condiz ao fato da constitucionalização, que possui o objetivo de vincular os direitos fundamentais ao Estado,

garantindo com isso a preservação das normas. Por fim, o terceiro ponto que distingue os direitos fundamentais dos direitos humanos trata-se do fato da fundamentalidade, uma vez que os direitos fundamentais são tidos pelo ordenamento jurídico como as normas básicas e com vicunlatividade imediata.

Ademais, assim como os direitos fundamentais possuem algumas gerações, os direitos humanos também possuem, nesse sentido, a primeira geração ao qual se apresenta os direitos humanos foi responsável por reger acerca dos poderes dos monarcas absolutistas, para melhor elucidação cita-se Dornelles (1989, p. 19).

> O século XVIII se caracterizou pelo confronto direto e definitivo com o antigo regime absolutista. Foi o momento em que se travou com maior vigor a luta política e ideológica, preparando terreno para as grandes transformações sociais. Os momentos marcantes desse período foram as declarações de direitos que passaram a servir de paradigma universal na luta contra os antigos regimes e nas lutas de independência das colônias americanas.

Todavia, mesmo com os anseios da época a primeira geração dos direitos humanos não foi suficiente para reger as necessidades sociais que se encontravam presentes durante esse momento a história, surgindo, com isso a segunda geração dos direitos humanos, está por sua vez, foi responsável por tratar de questões econômicas, culturais e sociais, as quais se apresentam naquela época.

Posteriormente, surge à terceira geração dos direitos humanos, está diferentemente das anteriores dispõe acerca da preservação ambiental, como também da proteção dos consumidores.

Hodiernamente, existe uma divergência na doutrina sobre se foram apenas três gerações de direitos humanos, a doutrinadores que defendem a ideia de terem existido não três, mas sim quatro gerações.

PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO NÃO RETROCESSO

Em relação ao princípio da proibição do retrocesso também denominado pela doutrina como sendo o princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais, o mesmo pode ser definido segundo as lições de Fernandes (2021, p. 957), como sendo.

> Limite material implícito, de forma que os direitos fundamentais sociais já constitucionalmente assegurados e que alcançaram um grau de densidade normativa adequado não poderão ser suprimidos por emenda constitucional e nem mesmo por legislação infraconstitucional, a não ser que se tenha prestações alternativas para os direitos em questão.

Ademais, Bahia (2017, p. 221), em sua obra pontua, seguindo o mesmo entendimento exposto acima, de modo que, por meio do princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez, presente a realização dos direitos sociais os mesmos tornam-se uma garantia institucional e um direito subjetivo.

> O princípio da vedação ao retrocesso social expressa a ideia de que uma vez obtido um determinado grau de realização dos direitos sociais, eles passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, podendo

> formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado através de medidas legislativas deve considerar-se constitucionalmente garantido sendo inconstitucionais quaisquer medidas do Estado 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.

Nesse sentido, compreende-se que a ideia central do referido artigo possui o intuito de garantir que os direitos sociais tidos como fundamentais, não sejam atingidos mesmo nos casos em que ocorram mudanças na sociedade (DUTRA, 2017).

Ademais, Bahia ainda trata que esse princípio deve se basear na razoabilidade, tendo em vista que essa vedação ao qual o mesmo preconiza não pode ser vista como sendo absoluta, de modo que, poderá sim existir mudanças desde que necessárias, as quais devem ser implementadas, de maneira a assegurar a garantia dos direitos fundamentais.

Critérios da Vedação ao Retrocesso Social

Vale destacar que o princípio da vedação ao retrocesso possui uma relação direta, com a segurança pública, tendo em vista, a proteção dos direitos inerentes aos sujeitos, aos quais se encontram presentes no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse sentido, pontua Canotilho (1997), ao dispor que após a implementação dos direitos fundamentais e sua consequente concretização, os mesmos possuem status de direitos subjetivos e com base nisso, possuem em seu escopo um nível institucional.

Um ponto que merece ser apreciado condiz, ao artigo 5°, §2°, da CF/1988, ao qual o mesmo preconiza que os direitos e as garantias constitucionais presentes na carta política vigente, não possuem o poder de excluir demais direitos que se encontram presentes nas demais legislações as quais regem o ordenamento jurídico brasileiro (LENZA, 2021).

Ademais, o referido princípio deve ser observado não apenas no contexto nacional, mas também no contexto internacional, tendo que vista, que as normas e tratados internacionais vedam as condutas que se encontram em desacordo com os direitos fundamentais (CAVALHEIRO, 2020).

Outro ponto que merece ser destacado trata-se do artigo 60, §4°, IV, da Constituição Federal de 1988, que possui a seguinte redação "Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta: § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir: IV - os direitos e garantias individuais". (BRASIL, 1988).

Mediante leitura do dispositivo, compreende-se que a Carta Magna vigente proíbe a conduta por parte do legislador de fazer emendas na constituição, as quais podem ser tidas como retrocessivas, ou seja, que possuam o intuito de suprimir os direitos fundamentais. Nesse sentido, vê-se a aplicação do princípio da vedação do retrocesso.

Limites a aplicação do Princípio da Vedação ao retrocesso social

A ideia central do princípio da vedação ao retrocesso é a proibição de condutas que coloquem em risco os direitos fundamentais, dentre eles os direitos sociais, todavia, vale salientar, que o referido princípio não é absoluto, de modo, que poderá existir

mudanças na legislação que se encontram em desacordo com este princípio, contudo para que essas mudanças ocorram deverá ser demostrada a necessidade que estes direitos possam ser modificados, ou seja, deverá existir um fundamento para que isso ocorra.

Nesse contexto, Queiroz (*apud* XAVIER, 2020) preconiza que para que isso possa existir é necessário que seja observado dois princípios básicos que são eles a proporcionalidade e a isonomia, garantindo desse modo, que as mudanças às quais necessitam possuam um respaldo jurídico, proporcionado com isso uma segurança jurídica aos sujeitos, que devem ter seus direitos fundamentais resguardados.

Ainda ao que tange ao princípio da proibição ao retrocesso Fernandes (2021), rege em sua obra que o referido princípio possui dois pontos que merecem serem apreciados, aos quais se tratam do conteúdo positivo e negativo.

Ao que condiz, ao primeiro conteúdo segundo as palavras do doutrinador, a ideia geral do mesmo se encontra envolto a ideia de que é dever dos Poderes Públicos a aplicação e consequentemente a concretização dos direitos sociais perante a coletividade, proporcionado com isso uma diminuição envolvendo as desigualdades sociais presentes em grande parte da sociedade brasileira.

Quanto ao segundo conteúdo, visto como negativo o referido trata-se acerca que é dever do legislador a criação e elaboração de normas jurídicas, todavia, as mesmas não podem ir contra os direitos sociais, que já se encontram consolidados perante o ordenamento jurídico brasileiro (FERNANDES, 2021).

Após os apontamentos apresentados, observa-se que o princípio da vedação ao retrocesso não se trata de impedir que novas legislações sejam criadas, todavia, devem-se observar como essas

modificações irão influenciar a sociedade, impedindo com isso que os direitos fundamentais sejam desrespeitados.

DIREITOS HUMANOS E O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO NÃO RETROCESSO NO CENÁRIO NACIONAL

Como demonstrado anteriormente existe uma relação direta entre os direitos humanos e os direitos fundamentais, uma vez, que para parte da doutrina ambos podem ser vistos como sendo sinônimos entre si.

De fato, existem alguns pontos que os diferenciam, todavia, assim como nos direitos fundamentais os direitos humanos também possuem alguns pontos que devem ser observados no caso concreto, levando isso em conta deve-se observar o princípio do não retrocesso, com base nos direitos humanos.

Uma vez, que os mesmos são os direitos dos homens e como tal merecem ser resguardados, com base nisso, é importante que a criação de normas observe o referido princípio, com o objetivo principal de manter a dignidade de seus sujeitos e com isso as normas não demonstrem um retrocesso social.

Diante desse, fato é imprescindível que as questões atinentes aos direitos humanos devem ser levadas em conta e estudadas pelo ordenamento jurídico brasileiro, como sendo uma ferramenta eficaz para que seja combatida a criação de normas, as quais de alguma maneira possam demonstram um retrocesso diante dos direitos fundamentais já consolidados, tendo em vista, que o intuito é consolidar os direitos humanos já existentes, de modo que a criação de novas normas não coloquem em risco as preexistentes (LENZA, 2021).

Com base nisso, o referido princípio busca impedir um retrocesso por parte do Estado, que de alguma maneira possa restringir ou inviabilizar condutas as quais já possuam um respaldo jurídico, com base nisso, para que sejam criadas novas leis deve-se ficar demonstrado a real necessidade para tanto, ademais deve-se observar que as mesmas não irão em desacordo com as já postuladas, isso demonstra a relevância em torno do assunto, de modo, que com isso busca-se o retrocesso de conquistas as quais foram alcançadas de maneira lenta ao decorrer do tempo.

Nesse mesmo sentido, é a linha em torno dos direitos humanos, uma vez que os tratados internacionais, envolvendo os direitos humanos e aos quais diversos países são signatários, não podem possuir normas e regras que se apresentam em contramão ao princípio da não vedação ao retrocesso, uma vez que condutas desse nível iriam a desacordo com normas que passaram por um longo histórico de lutas, com o objetivo de garantir direitos aos indivíduos (FERNANDES, 2021).

Corroborando com esse entendimento, convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, por meio de seu artigo 29, alínea b, rege que são proibidos tratados que de maneira posterior sejam

> [...] interpretados no sentido de limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em virtude de lei de qualquer dos Estados-partes ou em virtude de Convenções em que seja parte um dos referidos Estados.

Com base nisso, observa-se que assim como os direitos fundamentais os direitos humanos também possuem o princípio da proibição do retrocesso, como uma ferramenta jurídica com o intuito

de garantir que novas normas não sejam criadas, de modo que possam de alguma forma demonstrar um retrocesso perante a sociedade e as normas já existentes.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente estudo possibilitou a compreensão acerca da relação existente entre os direitos humanos e o princípio da vedação ao não retrocesso. Em relação aos direitos humanos é sabida sua relevância para todo o ordenamento jurídico, como também para a coletividade, tendo e vista, o mesmo ser responsável por garantir que os indivíduos possuam uma vida digna e tenham seus direitos resguardados de quaisquer condutas que os ponham em risco. Ademais, o princípio da vedação ao não retrocesso, possui funções que se mostram de suma relevância, para manter as normas vigentes de acordo com os anseios sociais, de modo, que é recomendável que seja evitada, quaisquer normas que demonstrem um retrocesso.

Com base nisso, o principal objetivo dessa pesquisa foi analisar do princípio da vedação ao retrocesso, em relação aos direitos humanos, e para isso, adotaram-se alguns objetivos específicos, para melhor se compreender o tema. O primeiro objetivo específico buscou tratar a respeito dos diretos humanos, e suas gerações.

O segundo objetivo específico tratou mais especificamente acerca do estudo referente ao princípio da vedação ao não retrocesso e suas principais características a respeito do tema. Já o terceiro e último objetivo diz respeito de como a doutrina aborda a relação entre os direitos humanos e a aplicação do princípio da vedação ao não retrocesso.

Diante do exposto, pôde-se comprovar que a criação de normas envolvendo os direitos humanos, assim como acontece em relação aos direitos fundamentais, deve-se observar o referido princípio, tendo em vista, está a ser uma ferramenta utilizada pelo ordenamento jurídico como sendo uma maneira de evitar que a criação de novas normas, modifiquem as já existentes, que regem determinadas condutas, de modo, a evitar um retrocesso por parte dessas novas legislações.

Por fim, vale destacar, que este estudo não finaliza todo o conteúdo acerca da referida temática em apreço visto ser um assunto atual e que está em constante debate. Deste modo, é possível e viável pesquisas futuras que tenham o condão de aprimorar o estudo do tema.

REFERÊNCIAS

BAHIA, F. **Direito Constitucional**. Recife: Editora Armador, 2017.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília: Planalto, 1988. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12/06/2022.

CANOTILHO, J. J. G. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Editora Almedina, 1997.

CAVALHEIRO, M. H. N. **A Efetividade dos Direitos Fundamentais**: uma análise acerca do princípio da vedação ao retrocesso social (Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação em Direito). Ijuí: UNIJUI, 2020.

DALLARI, D. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Editora Moderna, 2004.

DORNELLES, J. R. W. **O que são Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Brasiliense, 1989.

DUTRA, L. **Direito Constitucional essencial**. Rio de Janeiro: Editora Forense, 2017.

FERNANDES, B. G. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Editora JusPodIvm, 2021.

LENZA, P. **Direito Constitucional**. São Paulo: Editora Saraiva, 2021.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. Porto Alegre. Editora Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, I. W. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2018.

XAVIER, G. S. "Direitos fundamentais sociais e vedação do retrocesso: limites à flexibilidade de direitos em tempos de crises sociais". **Revista Ratio Juris**, vol. 3, n. 1, 2020.

SOBRE OS AUTORES

SOBRE OS AUTORES

Hugo Sarmento Gadelha



Tabelião no cartório da cidade de Buíque (PE). Graduado em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Mestre em Sistemas Agroindustriais. Mestrando em História. Doutorando em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), bem como pela Universidade de Marília (UNIMAR).

E-mail: hugoscurso@uol.com.br

Lunara Machado de Almeida



Graduada em Direito pela Faculdade Dinâmica do Vale do Piranga (FADIP). Especialista em Direito Civil pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC Minas). Doutoranda em Direito pela Universidad del Museo Social Argentino (UMSA). Áreas de interesse de pesquisa: Direito; e, Direito Civil.

E-mail: lunaramach@hotmail.com

NORMAS DE PUBLICAÇÃO



NORMAS PARA PUBLICAÇÃO

A editora IOLE recebe propostas de livros autorais ou de coletânea a serem publicados em fluxo contínuo em qualquer período do ano. O prazo de avaliação por pares dos manuscritos é de 7 dias. O prazo de publicação é de 60 dias após o envio do manuscrito.

O texto que for submetido para avaliação deverá ter uma extensão de no mínimo de 50 laudas. O texto deverá estar obrigatoriamente em espaçamento simples, letra Times New Roman e tamanho de fonte 12. Todo o texto deve seguir as normas da ABNT.

Os elementos pré-textuais como dedicatória e agradecimento não devem constar no livro. Os elementos pós-textuais como biografia do autor de até 10 linhas e referências bibliográficas são obrigatórios. As imagens e figuras deverão ser apresentadas dentro do corpo do texto.

A submissão do texto deverá ser realizada em um único arquivo por meio do envio online de arquivo documento em Word. O autor / organizador / autores /organizadores devem encaminhar o manuscrito diretamente pelo sistema da editora IOLE: http://ioles.com.br/editora

Copyright © Editora IOLE
2022

CONTATO

EDITORA IOLE

Caixa Postal 253. Praça do Centro Cívico

Boa Vista, RR - Brasil

CEP: 69.301-970

@ http://ioles.com.br/editora

+ 55 (95) 981235533

eloisenhoras@gmail.com

Copyright © Editora IOLE
2022