

UNIVERSIDADE DE TAUBATÉ

Dalila Valério de Araújo

EFEITO *CLIQUET*: Vedação do retrocesso dos direitos sociais

Taubaté - SP

2019

Dalila Valério de Araújo

EFEITO *CLIQUET*: Vedação do retrocesso dos direitos sociais

Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do título de bacharela em Direito, do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, área de concentração em Direito Constitucional, sob orientação do Professor Mestre Tuany Pereira Custódio.

Taubaté - SP

2019

**Ficha catalográfica elaborada pelo
SIBi – Sistema Integrado de Bibliotecas / UNITAU**

A663e Araujo, Dalila Valério de
Efeito “cliquet”: vedação do retrocesso dos direitos sociais / Dalila
Valério de Araujo -- 2019.
70 f.

Monografia (graduação) – Universidade de Taubaté, Departamento
de Ciências Jurídicas, 2019.

Orientação: Prof. Me. Tuany Pereira Custódio, Departamento de
Ciências Jurídicas.

1. Direitos sociais - Brasil. 2. Dignidade (Direito). 3. Mínimo
existencial. 4. Reserva do possível. 5. Proibição do retrocesso social -
Brasil. I. Universidade de Taubaté. II. Título.

CDU 342.7(81)

DALILA VALÉRIO DE ARAÚJO
EFEITO *CLIQUET*: Vedação do retrocesso dos direitos sociais

Trabalho de Graduação apresentado para obtenção do título de bacharela em Direito, do Departamento de Ciências Jurídicas da Universidade de Taubaté, área de concentração em Direito Constitucional.

Data: _____

Resultado: _____

BANCA EXAMINADORA

Prof. Me. Tuany Pereira Custódio

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Prof. _____

Universidade de Taubaté

Assinatura: _____

Ao meu marido Mateus, que pacientemente me apoiou durante todo o curso, por muitas vezes, imprimindo material para estudo, outras me ouvindo contar histórias sobre a Faculdade e que, por fim, foi a primeira pessoa a ler este trabalho de graduação.

“O fim do Direito não é abolir nem restringir, mas preservar e ampliar a liberdade.”

John Locke.

RESUMO

Este presente trabalho foi baseado na leitura e reflexão crítica de livros, artigos e jurisprudências de constitucionalistas tradicionais e hodiernos e dos tribunais competentes. Textos que falam sobre os direitos sociais do art.6º da Constituição Federal de 1988, sobre a dignidade da pessoa humana, o mínimo existencial, a reserva do financeiramente possível e o princípio da proibição de retrocesso dos direitos sociais. Frequentemente, estes direitos sociais são, através de políticas públicas incertas do Estado reduzidos em sua abrangência ao mínimo vital, que é o mínimo de sobrevivência física, por conta de uma duvidosa escassez de recursos financeiros. O retrocesso de um direito social significa perda irreparável no combate a erradicação da pobreza e redução das desigualdades sociais. Neste trabalho abordar-se-á a vedação do retrocesso de direitos sociais, como também o comportamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, com suas escolhas políticas trágicas, deixando de alcançar a melhoria na saúde, educação, trabalho, enfim os direitos fundamentais sociais. As variáveis que poderão colaborar no entendimento deste tema são as teses de diferentes doutrinadores quanto ao mínimo existencial e a reserva do possível, frente à entendimentos pelos Tribunais superiores em seus julgados. Será crucial discorrer sobre a constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais, analisar os recentes julgados e a viabilidade de soluções apontadas, como também discutir sobre os efeitos da jurisdicionalização do mínimo existencial e da reserva do possível. Ao final, pretende-se avaliar a eficácia deste princípio para o avanço da efetivação dos direitos sociais brasileiros.

Palavras-chave: Direitos Sociais. Mínimo Existencial. Reserva do Possível.

Proibição do Retrocesso dos Direitos Sociais.

ABSTRACT

This present research was based on the reading and critical reflection of books, articles and jurisprudences of traditional and modern constitutionalists and the competent courts. Texts about the social rights in the art.6 of the Federal Constitution of 1988, about the dignity of the human person, the existential minimum, the reserve of the financially possible and the principle of the prohibition of the retrocession of the social rights. Often these social rights are, through uncertain state policies reduced in scope to the vital minimum, which is the minimum of physical survival, due to a dubious shortage of financial resources. The regression of a social right means irreparable loss in the fight against poverty eradication and reduction of social inequalities. This research will explain about the prohibition of the regression of social rights, as well as the behavior of the Brazilian Democratic Rule of Law, with its tragic political choices, failing to achieve the improvement in health, education, at work, finally, the social fundamentals rights. The variables that may contribute to the understanding of this theme are the thesis of different indoctrinators regarding the existential minimum and the reserve of the possible, and the understanding by the Superior Courts in their judgments. It will be crucial to discuss the constitutionalization of social, economic and cultural rights, analyze the recent judgments and the viability of solutions, as well as discuss the effects of the jurisdictionalisation of the existential minimum and the reserve of the possible. At the end, it is intended to evaluate the effectiveness of this principle to advance the realization of brazilian social rights.

Keywords: Social Rights. Existential Minimum. Reserve of Possible.

Prohibition of the Retrocession of the Social Rights.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----------|
| INTRODUÇÃO | 08 |
| 1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS | 10 |
| 1.1 A evolução dos direitos sociais na Constituição brasileira, com fundamento nas Constituições europeia e americana.. | 10 |
| 1.2 Constituição brasileira de 1988, uma Constituição dirigente? Um paralelo com a Constituição portuguesa de 1976..... | 13 |
| 2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO | 18 |
| 2.1 Conceito do Efeito <i>Cliquet</i> dos direitos fundamentais | 18 |
| 2.2 O princípio da proibição de retrocesso social na visão do Direito Comparado | 24 |
| 2.3 Efeito <i>Cliquet</i> dos direitos fundamentais sociais na CF de 1988 | 29 |
| 3 MÍNIMO EXISTENCIAL | 33 |
| 3.1 Conceito de mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana | 33 |
| 3.2 Divergências doutrinárias quanto ao mínimo existencial..... | 38 |
| 4 RESERVA DO POSSÍVEL | 46 |
| 4.1 Conceito de reserva do possível e suas divergências doutrinárias | 46 |
| 4.2 O direito adquirido na saúde e sua possível judicialização | 51 |
| 5 ESCOLHAS POLÍTICAS | 55 |
| 5.1 Breve discurso sobre o tema Escolhas Políticas (Trágicas) | 55 |
| 5.2 A proibição do retrocesso dos direitos sociais adquiridos na saúde e na Previdência Social | 59 |
| 5.3 A proibição do retrocesso dos direitos sociais adquiridos na educação | 61 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 67 |
| REFERÊNCIAS | 69 |

INTRODUÇÃO

Neste trabalho discorrer-se-á sobre a constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais, sobre o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição do retrocesso social, como instrumento de garantia desses direitos.

Pretende-se esclarecer, desde a origem do termo *Cliquet*, sua amplitude e as dificuldades e controvérsias na aplicação do referido Princípio. Para isso far-se-á análise dos direitos sociais estampados no artigo 6º da nossa Constituição Federal de 1988 e o comportamento do Estado Democrático de Direito brasileiro, com suas escolhas políticas, frente ao Princípio da Vedação do Retrocesso Social.

Pelo apresentado cabem indagações com relação às escolhas políticas, se elas vêm sendo realizadas com foco no combate a miserabilidade, ao desemprego, à melhoria de atendimento na saúde e na educação. É fato verídico que, nos últimos 30 anos, ocorreu verdadeira decadência do ensino público e da prestação de saúde. De outro lado, o crescimento da população, em meio ao crescimento dos tráficos de drogas e armas, do desemprego, dificultou ainda mais a redução das desigualdades sociais e o alcance da solução para a população carente de alimentos, informação e cultura. Observa-se, todavia que, principalmente na educação, ocorreu crescimento em seu alcance geográfico, isto é, hoje existem escolas primárias nos mais distantes lugarejos do Norte e do Nordeste do país, antes locais de completo isolamento. Porém, apesar do Brasil ser um dos países que mais investe percentualmente em educação, à proporção de seus gastos públicos, a qualidade do ensino prestado apresenta resultados muito abaixo da média.

É sob tais situações que emergem hipóteses como o mínimo existencial, a reserva do possível e as lacunas existentes no ordenamento jurídico brasileiro, facilitadores para a aplicação de rendas e verbas públicas em projetos ditos sociais, mas que fogem da solução dos verdadeiros problemas sociais brasileiros, e mostram um falso Estado Social Democrático. Para completar esta situação, buscando atender ao mínimo existencial, o Poder Judiciário vem tomando decisões que invadem o Poder Legislativo, gerando enorme crise do sistema federativo.

Será crucial discorrer sobre a constitucionalização dos direitos sociais, econômicos e culturais, sobre o mínimo existencial, a reserva do possível e a proibição do retrocesso social em situações de crescimento econômico, como também em crise geral. Analisar julgados e a

viabilidade de soluções apontadas, organizando-as efetivamente, como também discutir sobre os efeitos da jurisdicionalização do mínimo existencial e da reserva do possível.

Por fim, as variáveis que poderão interferir no processo de pesquisa e elaboração do Trabalho de Graduação são as legislações constitucional e infraconstitucional vigentes, bem como as possíveis regulamentações ou mudança de entendimento pelos Tribunais superiores, como já vem ocorrendo nos últimos anos, com exigência de solução pelo Poder Público pela via jurisdicional. E, conforme Marcos Orione Gonçalves Correia¹, “o direito posto não significa o direito definitivamente conquistado, sendo desdobramento constante de um exercício de sua concretização no dia a dia”, através do Judiciário ou através de políticas públicas implementadas pelos agentes públicos. Quando não exercitados os direitos sociais, não há a concretização do direito social posto e conseqüentemente há a necessidade de lutas dos movimentos sociais.

Ao final, pretende-se avaliar a eficácia deste princípio para o avanço da efetivação dos direitos sociais brasileiros.

¹ CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.170.

1 EVOLUÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

1.1 A evolução dos direitos sociais na Constituição brasileira com fundamento nas Constituições europeia e americana.

Felipe Derbli², em sua dissertação de mestrado, associou o nascimento do **Constitucionalismo Moderno** ao período das revoluções burguesas do século XVIII, sendo que a Constituição surgiu como solução para a limitação do poder político, em favor da classe social que ascendia. À Constituição cabia organizar o exercício do poder político e prever os direitos individuais (civis e políticos). A função do Estado (soberano) com esta Constituição era tão somente garantidora de liberdades. Nesse contexto surgiu em 1787, a primeira Constituição nos Estados Unidos da América e a Constituição francesa de 1791. O constitucionalismo moderno foi então construído sobre o ideário burguês, dos direitos de liberdade, de propriedade privada e de igualdade, excluindo os privilégios da igreja e da nobreza. Estes direitos, integrantes das primeiras constituições, ficaram conhecidos como direitos de defesa, os quais exigiam abstenção do Poder Público.³

Os direitos de defesa são também conhecidos, pela Teoria de Jellinek⁴, como direitos de status *negativus*, um dos quatro status ou situações jurídicas desta teoria.⁵

Sobre as prestações negativas e positivas do Estado, há que se considerar que, em certa medida, os direitos de liberdade (prestação negativa) exigem, muitas vezes, atuações positivas do Estado. Jellinek, fundador da teoria dos status, também entendia que a prestação jurisdicional do Estado para garantir as liberdades é, uma prestação positiva, é o caso, *verbi gratia*: "a segurança pública, através da atuação da polícia, é decerto uma prestação positiva destinada a assegurar o exercício de liberdades individuais, donde se pode concluir que mesmo a liberdade demanda custos e atuações comissivas do poder estatal"⁶. Entretanto os

² Felipe Derbli é professor de Direito Constitucional na cidade do Rio de Janeiro e Procurador do Estado do Rio de Janeiro.

³ DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p.16-19.

⁴ George Jellinek desenvolveu a teoria do *status*, na qual o indivíduo poderia encontrar-se, na qualidade de membro do Estado, em quatro situações jurídicas ou *status* distintos e o status *negativus* é aquele em que se exige abstenção do Poder Público.

⁵ DERBLI, Felipe, op.cit., p.87.

⁶ DERBLI, Felipe, op.cit., p.89.

direitos sociais (direitos a prestações materiais) demandam atuações positivas do Estado não apenas como garantidor das liberdades fundamentais, e sim como promotor de justiça social.

Retomando a evolução histórica, a expansão industrial do final do século XIX, causou um sofrível quadro de degradação humana, que gerou a necessidade de aproximação do Estado, fazendo-o tomar postura ativa na área econômica e na promoção dos direitos sociais. E foi no início do século XX, que nasceu o **Constitucionalismo Social** com as Constituições do México de 1917 e da Alemanha de 1919 (República de Weimar). Passou-se a exigir uma prestação positiva do Estado, o qual deixou de apenas garantir a igualdade formal entre os indivíduos, para promover a igualdade material. Nesse sentido, os direitos sociais ou direitos fundamentais de segunda geração (dimensão) passaram a fazer parte das Constituições, com o objetivo primordial de estender a todos, condições mínimas de sobrevivência, com a redução das desigualdades sociais na educação, nos direitos trabalhistas, na assistência à saúde, etc. Neste momento surge o termo Constituição dirigente, quando a Constituição traça fins públicos a serem alcançados pelo Estado. Derbli conclui, baseado nas ideias de Canotilho, que “a função da Constituição dirigente é a de fornecer uma direção permanente e consagrar uma exigência de atuação estatal”⁷. O poder estatal é um poder com fundamento na Constituição.

Por outro lado, desde o fim da Segunda Guerra Mundial, com a triste realidade do nazi-fascismo, onde o Estado foi o maior agressor dos direitos fundamentais, criaram-se mecanismos supranacionais de proteção dos direitos humanos, voltados à promoção da dignidade da pessoa humana. A Declaração Universal dos Direitos do Homem (1948) e os tratados multilaterais, como o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966) foram criados pela comunidade internacional para a proteção dos direitos humanos. Foram também criados tratados regionais de proteção dos direitos humanos, como o Pacto de San Jose da Costa Rica (Convenção Americana de Direitos Humanos de 1969), mais bem-sucedido, pois criado em contexto geográfico, histórico e cultural mais próximo.⁸

Percebe-se que o constitucionalismo no período anterior e posterior às duas grandes guerras mundiais, passou por transformações radicais. Antes, e com a contribuição de Kelsen, na Europa, a Constituição era a lei fundamental do Estado, havia a supremacia da Constituição, fato já consagrado nos Estados Unidos da América, desde 1803, com o

⁷ Ibid., p.72.

⁸ Ibid., p.25-26.

juízo, pela Suprema Corte, do caso *Marbury v. Madison*⁹. Kelsen trouxe também o controle concentrado de constitucionalidade, vide Constituição austríaca de 1920, com fiscalização na aplicação das normas constitucionais. Este normativismo puro e alheio a valores, esta separação entre Moral e Direito do positivismo jurídico da 1ª metade do século XX veio à tona com os resultados da segunda guerra mundial, palco de regimes totalitários e genocídios. No pós-segunda guerra, o pensamento dos juristas voltou-se ao imperativo categórico de Kant, é o pós-positivismo, onde a Constituição se eleva em importância, mas com o Homem e a sua dignidade, no epicentro dos ordenamentos jurídicos (Neoconstitucionalismo). O Homem deixa de ser um meio para se alcançar algo e passa a ser um fim em si mesmo. Ocorreu a internacionalização dos direitos humanos, momento em que houve mutação no conceito de soberania. Antes, o Estado era soberano, tinha supremacia interna e independência internacional. Com o Neoconstitucionalismo, a soberania passou a ser pensada como Kant, no indivíduo, o qual pode ser resguardado em qualquer situação, até mesmo contra o Estado.¹⁰

Adentrando ao tema dos direitos sociais, conforme Flávio Martins A. Nunes Junior¹¹, a Constituição de Querétaro - México (1917), foi a primeira que atribuiu o caráter de fundamentalidade aos direitos sociais e a Constituição de Weimar - Alemanha (1919), baseada na Constituição mexicana, instituiu um Estado Social, implementando novos direitos de conteúdo social e influenciando todas as legislações do mundo ocidental.

Não se pode deixar de citar, neste momento de forma sucinta, como foi a evolução dos direitos sociais como direitos fundamentais no Brasil e a sua constitucionalização.

As primeiras Constituições brasileiras foram liberais, influenciadas pela Constituição norte-americana de 1787 e pela Constituição francesa de 1791. A Constituição do Império de 1824, a primeira das Constituições brasileiras, apesar de liberal, apresentou o primeiro direito social constitucional brasileiro: a garantia dos socorros públicos e o direito à instrução primária gratuita. Mais liberal que a primeira, a Constituição de 1891 apenas previu os direitos individuais e políticos. Já a Constituição de 1934, com influência das Constituições mexicana e alemã, previu sistematicamente os direitos sociais, como a inviolabilidade do

⁹ O caso *Marbury versus Madison* introduziu o modelo de controle difuso de constitucionalidade de leis, o *judicial review* (jurisdição constitucional), no constitucionalismo moderno, assentando na Suprema Corte dos Estados Unidos o princípio da supremacia da Constituição. Assim, qualquer juiz podia verificar a compatibilidade de uma norma infraconstitucional com a Constituição Federal, sempre sob influência de um caso concreto.

¹⁰ DERBLI, Felipe, op.cit., p.32.

¹¹ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p.920.

direito à subsistência, a assistência judiciária gratuita, direito ao trabalho, à assistência dos indigentes, como também dispôs sobre o direito à educação, assistência social e saúde pública, “além de afirmar a existência digna como objeto da ordem econômica (art.115)”.¹²

A doutrina majoritária brasileira classifica a Constituição de 1824 como “semântica” (carente de realidade existencial), pois falava de liberdade e o Brasil nem ao menos havia abolido a escravatura (1888), além de que havia um grande comprometimento do Estado com o poder privado, tornando ineficazes os direitos civis. Restaram das primeiras Constituições brasileiras, neste sentido, os direitos políticos como direitos fundamentais socialmente eficazes. Com avanços e retrocessos, os direitos sociais só receberam status constitucional a partir da Constituição de 1934.

E progressivamente as Constituições de 1937 e 1946 foram igualmente instituindo novos direitos sociais. A Constituição de 1967 e a EC n. 1, de 1969 apenas mantiveram o rol de direitos sociais, para então a Constituição de 1988 trazer, desde o seu Preâmbulo, como função do constituinte originário: “[...] instituir um Estado Democrático, destinado a assegurar o exercício dos **direitos sociais** e individuais, a liberdade, [...]”¹³. E, logo no terceiro artigo, o constituinte originário colocou como objetivos da Constituição, no inciso I: “construir uma sociedade livre, justa e solidária”, bem como, no inciso III: “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais”; no art.5º, inciso III, estabeleceu de forma enfática que “ninguém será submetido à tortura e a tratamento desumano ou degradante”, mas foi no art.6º onde tivemos confirmada uma Constituição Federal Social, uma Constituição cidadã, como foi chamada, com um rol de direitos sociais abrangentes, ainda acrescentados com o direito à moradia, à alimentação e ao transporte, respectivamente pelas Emendas Constitucionais de número 26, 64 e 90 nos anos 2000, 2010 e 2015.¹⁴

1.2 Constituição brasileira de 1988, uma constituição dirigente? Um paralelo com a Constituição portuguesa de 1976.

¹² NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.924.

¹³ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2018. Grifo nosso.

¹⁴ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p. 924-925. Grifo nosso

Para melhor compreender o conceito de Constituição dirigente, vale trazer definição de Flávio Martins: “é a que fixa uma direção para o Estado seguir, vinculando os Poderes Públicos e estabelecendo critérios concretos para a execução de suas metas”¹⁵. Ao sujeitar o Poder Legislativo às normas constitucionais, a Constituição dirigente predispõe uma judicialização da atividade pública, na medida em que a política passa a ser conformada pelo Direito.

Desta forma, é certo para a maioria da doutrina constitucional que a Carta Magna de 1988 inaugurou um Estado Social e Democrático de Direito, posicionando o Estado como figura central na promoção dos direitos sociais, com a formulação de políticas públicas para a eliminação das desigualdades, pretendendo, portanto, o status de Constituição Dirigente. Mas, conforme Felipe Derbli¹⁶, não basta que a Constituição seja pródiga na previsão de direitos fundamentais de cunho econômico, social e cultural, é importante que estes direitos sejam concretizados e que não sejam retirados ao desejo (capricho) das correntes políticas e da globalização econômica. A globalização, mesmo não alterando do ponto de vista formal a soberania dos Estados, deixa-lhes pouca margem de atuação em sentido material. Países em desenvolvimento, devido à recessão e desemprego, tendem a flexibilizar o seu direito interno, inclusive alterando Constituições, com emendas casuísticas para atender o capital externo. No Brasil ocorreu, v.g., com as Emendas Constitucionais nº 5,6,7,8 e 9 de 1995¹⁷, as quais ampliaram ainda mais os índices de exclusão social. São os agentes econômicos internacionais ditando as normas no lugar do Estado, enfim, a Administração Pública acaba, muitas vezes, por conduzir as políticas públicas de acordo com o interesse externo.

Destarte, o cenário brasileiro apresenta ainda, a fome e a seca, como algumas das principais causas de morte; o percentual da população brasileira abaixo da linha da pobreza é ainda elevadíssimo, a alfabetização para muitos ainda é um sonho. Logo, Derbli concorda com o pensamento mais atual de Canotilho¹⁸ quanto à Constituição brasileira, na qual porventura é imprescindível o conteúdo dirigente para implementação dos programas de justiça social, mas não concorda com a necessidade de conteúdo dirigente para a garantia das

¹⁵ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.188-189.

¹⁶ DERBLI, Felipe, op.cit., p.4-6 e p.22-23.

¹⁷ Essas Emendas Constitucionais tratam, em resumo, das competências da União em exploração de serviços como transportes nacional e internacional, serviços de telecomunicações, exploração de recursos minerais, como também competências da União em contratações de estatais ou empresas privadas.

¹⁸ José Joaquim Gomes de Canotilho, jurista e doutrinador português, foi catedrático da Universidade de Coimbra, hoje considerado o maior Constitucionalista português vivo. Sua obra mais conhecida é Direito Constitucional e Teoria da Constituição e a noção de constituição dirigente decorre de sua tese de doutoramento, publicada no livro Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador.

liberdades fundamentais, pois estas já se encontram mais do que consagradas no constitucionalismo moderno. Para Canotilho, a positivação dos direitos sociais na Constituição brasileira assim como a previsão dos direitos e liberdades mínimas, ainda “é uma exigência ética e jurídica para o livre desenvolvimento da personalidade e a defesa da dignidade da pessoa humana”¹⁹, desde que não deixem o Estado ao cruel jogo das políticas públicas. Entretanto, em Portugal, especialmente na Europa, Canotilho deixou de se fundamentar no dirigismo constitucional. Para ele, as Constituições estarão fadadas ao fracasso se não estiverem abertas ao direito internacional e aos direitos supranacionais. Isto se deve aos acontecimentos relevantes que marcaram Portugal, desde a década de 80 até hoje. Para citar alguns destes acontecimentos mais importantes, Néviton Guedes:

[...] Portugal se inseriu na Comunidade Europeia; a democracia está absolutamente consolidada no país irmão e teve avanços inegáveis no Brasil; a Constituição de 1976, conquanto permaneça a mesma, sofreu várias reformas que lhe subtraíram o peso de um conteúdo absolutamente socializante, que lhe arregimentava numerosos e importantes opositores; no âmbito cultural, a internet, os avanços no meio de comunicação de massa e a imposição de uma economia globalizada transformaram definitivamente e profundamente a nossa forma de estar no mundo; esses mesmos fatores culturais (sobretudo, os novos meios de comunicação e informação), a mesma economia globalizada e a queda do muro de Berlim romperam com um equilíbrio de forças mundiais – que jamais voltará a se recompor – e acabaram por comprometer definitivamente a ideia de soberania com a qual os juristas estavam acostumados a teorizar desde o início do constitucionalismo até os fins da década de oitenta [...].²⁰

Porquanto as Constituições do Brasil e de Portugal tenham sido escritas em contextos similares de redemocratização e superação de regimes autoritários, a Constituição brasileira de 1988 não apresentou o mesmo propósito socializante da Constituição portuguesa de 1976. Instituiu sim, um Estado Democrático e Social de Direito, *Welfare State*²¹, direcionado à promoção da justiça social e à redução das desigualdades (arts.3º e 170 da CF). Enquanto Portugal, como membro da Comunidade Europeia, passou a aplicar as normas de Direito

¹⁹ CANOTILHO, J.J. Gomes, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.62.

²⁰ GUEDES, Néviton, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.64.

²¹ *Welfare State*: Estado social ou Estado de bem-estar social. Cabe, ao Estado do bem-estar social, garantir serviços públicos e proteção à população. Estado de bem-estar social é um tipo de organização política e econômica que coloca o Estado como agente da promoção social e organizador da economia.

Comunitário, no Brasil, ainda estamos aplicando os clássicos princípios e regras de Direito Internacional Público e Privado, nos conflitos atinentes ao Mercosul. Assim conclui Felipe Derbli, quanto às razões das mudanças de pensamento de Canotilho com relação ao constitucionalismo no Brasil e em Portugal.²²

Derbli constata também que, a Constituição brasileira, dirigente, apresenta-se como Constituição compromissória, criada num contexto pluralista, entre as forças políticas e sociais, consagrados no art.1º, inciso V – pluralismo político²³, e por isso não compromete a liberdade do legislador. Mais especificamente a Constituição de 1988 primou pelo respeito aos valores sociais do trabalho e a garantia da livre iniciativa, vide art.1º, inciso IV. Complementa Luís Roberto Barroso, especificamente falando sobre o Brasil, que a nossa doutrina constitucional caracteriza a Carta Magna de 1988 como sendo compromissória, analítica e dirigente:

[...]compromissória por ser um texto dialético, sem predomínio absoluto de uma única tendência política. Em um mundo ainda marcadamente dividido em dois blocos ideológicos antagônicos, o texto buscou um equilíbrio entre os interesses do capital e do trabalho. Ao lado da livre iniciativa, alçada à condição de princípio fundamental da ordem institucional brasileira, consagram-se regras de intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive com a reserva de determinados setores econômicos à exploração por empresas estatais, alguns deles sob regime de monopólio. O texto contemplou, ademais, um amplo elenco de direitos sociais aos trabalhadores e impôs restrições ao capital estrangeiro.²⁴

Já Flávio Martins explica o termo compromissória da Constituição brasileira através de definição de Canotilho: “compromissória, para Canotilho é a constituição “fruto do acordo, do compromisso, da negociação de forças e tendências políticas diversas existentes num contexto histórico de um país”.²⁵

Derbli, todavia, entende que, paradoxalmente, a Constituição de 1988, que se pretendeu dirigente, perdeu o caráter analítico com as sucessivas emendas constitucionais,

²² DERBLI, Felipe, op.cit., p.87.

²³ Ibid., p.74-76.

²⁴ BARROSO, Luís Roberto, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.75.

²⁵ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p. 185.

muitas delas acrescentando ao texto constitucional normas de conteúdo casuístico e contingente.²⁶

Por isso Derbli, com assento em Canotilho, sustenta ainda que, enquanto perdurar o quadro de exclusão social no país, cabe à Constituição “dirigir” os programas normativos de implementação da justiça social – na promoção da erradicação da pobreza, redução das desigualdades e uma nova ordem social, fundada na liberdade, na justiça e na solidariedade (art.3º CF), observando-se sempre que a percepção atual de Canotilho é que a Constituição dirigente não é autossuficiente. Precisa-se admitir a sua evolução, o seu desenvolvimento, desde que preservados os objetivos fundamentais já alcançados. E com essa percepção se relaciona o princípio da proibição de retrocesso.²⁷

E, Bernardo Gonçalves Fernandes²⁸, diante da posição mais recente de Canotilho, conclui que a constituição dirigente não morreu, pois ainda sobrevivem importantes dimensões de programaticidade e dirigismo constitucional, ainda que em uma perspectiva mais reflexiva (leve) e menos impositiva. Na realidade, as Constituições europeias perderam um pouco de sua força dirigente, transferindo a programaticidade aos textos normativos internacionais dos tratados internacionais. No Brasil, conforme já citado por Felipe Derbli, ainda estamos aplicando os clássicos princípios e regras de Direito Internacional Público e Privado, nos conflitos atinentes ao MERCOSUL.

²⁶ DERBLI, Felipe, op.cit., p.80.

²⁷ Ibid., p.83.

²⁸ FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Salvador: Juspodivm, 2015, p.79.

2 PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL

2.1 Conceito do Efeito *Cliquet* dos direitos fundamentais

Também conhecido por Princípio da Proibição de Retrocesso, o termo Efeito *Cliquet* é de origem francesa e a palavra *cliquet* se traduz, literalmente, por catraca, um instrumento utilizado pelos alpinistas, para sua completa segurança na escalada. São pinos de sustentação colocados sempre acima do alpinista e que só permitem movimentos de subida. Por isso, usar a expressão Efeito *Cliquet* ou Efeito Catraca²⁹ para traduzir a proibição ou vedação do retrocesso de direitos fundamentais, os quais não deveriam retroceder em hipótese alguma. Recebe também várias outras denominações: vedação de retrocesso social, princípio do não retrocesso social, princípio do não retorno da concretização, proibição da contrarrevolução social ou da evolução reacionária, *ratchet effect* (no inglês), etc.

Como a abordagem deste trabalho é sobre a proibição de retrocesso dos direitos fundamentais, em especial, dos direitos sociais, é relevante lembrar que estes direitos estão consagrados na Constituição em normas jurídicas de ambas as espécies, isto é, como **regras** e como **princípios**. Ambos dizem aquilo que deve ser, sendo os princípios mais abstratos e aplicados a um número indeterminado de situações e as regras são proposições normativas aplicáveis sob a forma de *tudo ou nada*³⁰. No caso da regra, o dever é o de adoção da conduta nela descrita. Quanto ao princípio, o dever é o de promover uma finalidade. Na maioria das vezes, os princípios justificam as regras³¹.

Conforme Derbli, os princípios contêm, em geral, uma maior carga valorativa, um fundamento ético, uma decisão política relevante, indicando uma direção a seguir. Apesar de existirem princípios que sustentam decisões ou fundamentos diversos e por isso a aplicação dos princípios se dá, frequentemente, mediante ponderação. Enquanto a aplicação das regras se dá, frequentemente, mediante subsunção, como por exemplo: a cláusula constitucional da aposentadoria compulsória por idade é uma regra, servidor público que completa setenta anos, deve se aposentar (art.40, § 1º, II, CF); a norma constitucional para a criação de autarquias

²⁹ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.999.

³⁰ A forma de *tudo ou nada* significa que, se os fatos previstos ocorrerem, a regra deve incidir, de modo direto e automático, produzindo seus efeitos.

³¹ BARROSO, Luís Roberto, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.108.

deve ocorrer somente através de lei específica (art.37, XIX e XX, CF); a idade mínima para se candidatar a Presidente da República é de 35 anos (art.14, §3º, VI, a, CF). Já quanto aos princípios, têm-se princípios constitucionais explícitos como o da dignidade da pessoa humana (art.1º, III,CF), da moralidade (art.37, *caput*, CF) ou implícitos, decorrentes de norma específica, como o da razoabilidade ou da solidariedade.³²

Uma não aplicação da regra, envolverá um juízo de ponderação das razões envolvidas. Afastar ou superar uma regra necessita sempre de muito mais argumentação do que o afastamento de um princípio.³³

Barroso traz outra forma de classificação das normas constitucionais: **normas organizacionais** (não será abordada neste trabalho), **normas definidoras de direitos fundamentais sociais** e **normas programáticas**. As normas definidoras de direitos fundamentais sociais são as que **geram direitos desfrutáveis imediatamente**, seja dependentes de simples abstenção, como por exemplo o direito de greve do trabalhador, talhado no art.9º da Constituição, ou as que exigem prestações positivas do Estado, como no direito à aposentadoria, talhado nos arts.7º, XXIV, e, 201, § 7º, da Constituição e de assistência à saúde, no art.196, e existem aquelas que **demandam a elaboração de norma infraconstitucional integradora**, como por exemplo, o direito do trabalhador à participação nos lucros ou resultados, desvinculada da remuneração, vide art.7º, XI da CF. Exigem, portanto, legislação infraconstitucional de natureza técnica ou instrumental e o conteúdo da norma constitucional definidora de direitos fundamentais sociais será a descrição de uma conduta, omissiva ou comissiva. Já, as normas programáticas estabelecem uma finalidade social a ser objetivamente alcançada pelo Estado, através de programas de ação, *v.g.*, temos a norma constitucional que estabelece que a família tem proteção especial do Estado (art.226, CF). Estas normas cuidam de finalidades, sem especificar o como deverão ser alcançadas, porém, também exigem para a sua concretização, a integração em nível infraconstitucional. Estas duas categorias de normas diferem pelo grau de vinculação imposto ao legislador. Quando houver mera previsão da finalidade a ser promovida objetivamente pelo Estado, estar-se-á mediante uma norma programática, de conteúdo não individualizável. Vale observar aqui, que a norma constitucional programática identifica-se estruturalmente com a noção de princípio constitucional abordada no parágrafo anterior, por ter como objetivo imediato a

³² BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 227-228.

³³ DERBLI, Felipe, *op.cit.*, p.107-115.

indicação de finalidades. E as normas definidoras de direitos sociais identificam-se com as regras - proposições normativas que obrigam a adoção da conduta nela descrita³⁴. Derbli, por fim, defende que : “a aplicabilidade do princípio da proibição de retrocesso social diz primordialmente com a concretização das normas definidoras de direitos sociais”³⁵, que geram imposições legiferantes, enquanto as normas constitucionais programáticas não demandam obrigatoriamente uma concretização legislativa, são de eficácia limitada, capaz de produzir poucos efeitos,(apesar de não desprovidas de eficácia) logo, não se relacionam com o princípio em estudo.

Em resumo, as regras são normas descritivas, de conteúdo mais determinado, delimitado, claro e que devem ser cumpridas integralmente, de forma plena e imediata (tudo ou nada), enquanto os princípios são normas finalísticas, de conteúdo mais amplo, indeterminado, impreciso, que devem ser cumpridos na maior intensidade possível (mandamentos de otimização) e dependem da concretização pelo legislador ordinário (normas concretas que implementam as políticas públicas). Para exemplificar a diferença entre norma - regra e norma – princípio, devemos observar a forma como a norma jurídica é tratada e não apenas o tema (assunto) tratado. Por exemplo, no tema **direito social ao transporte**, conforme o art.6º da CF (alterado pela EC n.90, de 2015), o **transporte** é um direito social. Esta é uma norma programática ampla, abstrata, de previsão do direito social ao transporte, verdadeiro **princípio** constitucional, onde a Constituição não especifica nem a amplitude, nem os limites desse direito. Já, o art.230, § 2º, da CF, traz que “aos maiores de sessenta e cinco anos é garantida a gratuidade dos transportes coletivos urbanos”³⁶. A norma deste artigo, que também trata do tema direito social ao transporte, é uma verdadeira **regra** constitucional, pois clara, delimitada e precisa. Vê-se que, o tema do direito social ao transporte é o mesmo em ambas as normas, muito embora o art.6º refira-se à um princípio e o art.230, à uma regra.³⁷

Um descumprimento da regra do art.230, § 2º, no caso citado no parágrafo anterior, pode ensejar a impetração de mandado de segurança ou outra medida jurídica coletiva possível por parte da pessoa titular de direito contra o poder público que descumpriu. Já a responsabilidade do Estado, quanto ao princípio do direito social ao transporte, do art.6º é a de

³⁴ BARROSO, Luís Roberto, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p. 224-236. Grifo nosso.

³⁵ DERBLI, Felipe, op.cit., p.229.

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.

³⁷ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.944-949.

cumprir “essa norma na maior intensidade possível, dentro dos limites fáticos, jurídicos e orçamentários”³⁸, pois é impossível para o Estado vir a cumprir este princípio integralmente.

Derbli concorda com Ana Paula de Barcellos que as normas definidoras dos direitos fundamentais sociais que compõem o mínimo existencial³⁹, são compreendidas como regras. Isto para o conceito de mínimo existencial defendido por esta jurista (educação fundamental, saúde básica, atividades de assistência social aos desamparados, além do acesso à justiça, em caráter instrumental às demais). Para eles, os direitos fundamentais sociais, relacionados ao mínimo existencial e conseqüentemente com o núcleo essencial da dignidade da pessoa humana, constam de regras constitucionais, ou seja, as normas que o preveem são aplicáveis como regras, de plena justiciabilidade. Já, ambos não defendem que os direitos fundamentais, em especial, as prestações em sentido estrito, que não pertencem ao mínimo existencial, sejam sempre previstas em princípios. E, o constituinte também disciplinou como regra, certos direitos fundamentais sociais prestacionais, que não pertencem ao referido conceito de mínimo existencial, v.g., os incisos XII e XXIV do art.7º da Constituição em vigor, que regulam sobre os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, quanto ao salário-família e aposentadoria. Nos direitos fundamentais sociais previstos em princípios, abriu-se ao legislador maior espaço de ponderação, enquanto nos direitos fundamentais sociais previstos em regras, o constituinte reduziu a amplitude de poder de conformação do legislador.⁴⁰

Através do princípio da proibição do retrocesso, se pretende garantir o nível de concretização dos direitos fundamentais sociais, direitos de segunda dimensão. Aplicar-se-á o princípio da proibição do retrocesso social para impedir a redução do nível de concretização da norma definidora de direito social. É princípio constitucional de caráter retrospectivo, pois se propõe a preservar que um estado de coisas já conquistado não seja suprimido arbitrariamente pelo legislador, de maneira desproporcional ou não razoável. Muito embora, os princípios serem, em geral, norma jurídicas de conteúdo finalístico, dotados de caráter prospectivo, para promover um estado de coisas, atingir uma finalidade, neste princípio, a retrospectividade é preponderante à prospectividade⁴¹. Em outras palavras, existe, neste princípio, uma prevalência do caráter negativo de sua finalidade, como em todos os princípios constitucionais, porém existe, em menor grau, um caráter positivo na sua finalidade, na

³⁸ Ibid., p.945-946.

³⁹ Mínimo Existencial será abordado com mais profundidade no capítulo 3 deste trabalho.

⁴⁰ Ibid., p.124-128.

⁴¹ Ibid., p.201-202.

medida em que exige do legislador, ampliação na concretização dos direitos fundamentais sociais, cumprindo a obrigação de avanço social.

Para Derbli, “vale dizer, proibição de retrocesso social não se traduz em mera manutenção do status quo, significando também a obrigação de avanço social”⁴².

Já, para o doutrinador e jurista gaúcho Ingo Sarlet, no ordenamento jurídico brasileiro: a “proibição do retrocesso pode ser abstraída, dentre outros, do princípio da dignidade da pessoa humana (art.1º, III), do princípio da máxima efetividade (art.5º, § 1.º) e do princípio do Estado Democrático e Social de Direito (art.1º) ”⁴³.

Em síntese, para Sarlet⁴⁴, a proibição do retrocesso encontra fundamento na segurança jurídica e na dignidade da pessoa humana, mas jamais guarda relação exclusivamente com estes princípios, não implicando portanto, reconhecer caráter meramente instrumental à este princípio. Já Derbli não concorda que a segurança jurídica (principalmente na proteção da confiança) e a dignidade da pessoa humana sejam fundamentos para a proibição do retrocesso. Para ele, seria o mesmo que reconhecer um caráter meramente instrumental ao princípio. A proibição do retrocesso não protege apenas a dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial, visa paralelamente à proibição de restrição ou regressão, a evolução e a melhoria da efetivação dos direitos sociais, enfim, o princípio da proibição de retrocesso social apresenta um elemento finalístico próprio. Já a segurança jurídica visa garantir a perpetuidade das relações jurídicas e envolve a defesa de direitos baseados na lei em face da *lex nova*, onde o legislador atua dentro de sua liberdade de conformação. Na proibição de retrocesso social, ao legislador se impõe o dever de concretização de uma norma constitucional. Logo, segurança jurídica remete à preservação da certeza e da previsibilidade do ordenamento jurídico (confiança na permanência de sua situação jurídica ao longo do tempo) diante da alteração frequente do direito positivo e a proibição do retrocesso remete à manutenção do padrão de concretização dos direitos fundamentais sociais alcançados pelo legislador, sendo, portanto, possível que se contrarie a proibição de retrocesso social mesmo sem atingir a segurança jurídica. No Brasil, ao contrário da Alemanha, a Constituição previu, no art.5º, XXXVI, que “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a

⁴² DERBLI, Felipe, op.cit., p.202.

⁴³ SARLET, Ingo Wolfgang, APUD NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008, p.379.

⁴⁴ SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., 2019, p.76-80.

coisa julgada”. Este é um dos dispositivos constitucionais que consagram a segurança jurídica, especialmente em referência à irretroatividade das leis.⁴⁵

De outro lado, Sarlet concorda com Felipe Derbli no sentido de que a proibição do retrocesso, a segurança jurídica e a dignidade da pessoa humana não se confundem. obsta, entretanto, que se possa aplicar o princípio da proibição de forma isolada e sem qualquer relação com os outros institutos, pois observa que boa parte das medidas que resultam em supressão e diminuição de direitos sociais ocorrem sem que haja uma alteração de texto constitucional, sem que se verifique a violação de direitos adquiridos e dos objetivos estabelecidos pelo Constituinte como os do art.3º da Constituição de 1988, que contempla os objetivos fundamentais da República. Por isso é necessário o reconhecimento deste Princípio com posição de destaque, assim como o é o diálogo deste com outros princípios e regras, tanto na esfera constitucional quanto na esfera do direito internacional dos direitos humanos. Conclui Sarlet que, o Princípio da Proibição do Retrocesso é importante ferramenta, e não mero instrumento, contra o retrocesso dos direitos sociais, econômicos, culturais e ambientais, não se limitando apenas aos direitos sociais fundamentais, muito embora, seja nesta área que a problemática tem alcançado a sua maior repercussão.

Por fim, para Luís Roberto Barroso, o princípio da proibição do retrocesso trata-se, em essência, de um limite à liberdade de conformação do legislador, uma vez criada norma regulamentadora, esta não pode vir a ser suprimida.⁴⁶

É relevante observar que o tema em questão vem sendo trabalhado por muitos autores brasileiros, dentre eles, Patrícia do Couto Villela Abbud Martins, cuja obra é similar à de Ingo Sarlet. Márcio André Keppler Fraga, alinha-se com o português Vital Moreira, no Acórdão de nº 39/84 do Tribunal Constitucional Português, vendo o princípio da vedação como implícito na CF de 1988. José Vicente dos Santos Mendonça merece atenção ao fazer distinção entre uma vedação genérica do retrocesso e uma proibição específica, voltada aos direitos sociais. Rodrigo Goldschmidt, baseia-se na tese inicial de Canotilho e fala do princípio da proibição de retrocesso social como limite à atividade do legislador. Já Elídio Alexandre Borges Marques, baseia-se em tese mais recente de Canotilho, da não-evolução reacionária⁴⁷. Outros

⁴⁵ DERBLI, Felipe, op.cit., p.215-220.

⁴⁶ BARROSO, Luís Roberto, in: Prefácio, DERBLI, Felipe, op.cit., 2007.

⁴⁷ Princípio da não-evolução reacionária, denominação dada ao princípio da proibição de retrocesso, para reconhecer a existência de uma cláusula de irreversibilidade dos direitos sociais, próxima às concepções de segurança jurídica, proteção da confiança e intangibilidade dos direitos adquiridos.

autores como Suzana de Toledo Barros e Paulo Gustavo Gonet Branco falam do conflito do princípio com a autonomia do legislador.⁴⁸

Apesar de muitos doutrinadores estarem se ocupando do tema em questão, existe, como se é de esperar em qualquer área, muitas críticas sobre a sua abrangência. Jorge Pereira da Silva e José Vicente dos Santos Mendonça entendem que o princípio da proibição de retrocesso deveria se estender à todas as normas constitucionais. Já Ingo Wolfgang Sarlet defende a aplicação à todos os direitos fundamentais. E Felipe Derbli postula que este princípio se aplica primordialmente com as normas definidoras de direitos sociais.⁴⁹

2.2 O princípio da proibição de retrocesso social na visão do Direito Comparado Alemanha, Portugal e Itália.

É unânime a opinião de que se tem muito a aprender com o Direito Comparado, desde que sejam realizadas as adaptações necessárias às soluções do Direito estrangeiro e seja respeitada a realidade sócio econômica e o ordenamento jurídico brasileiro.⁵⁰

Far-se-á neste trabalho uma mera apresentação do surgimento e do foco do princípio da vedação do retrocesso na Alemanha, em Portugal e na Itália, países de tradição jurídica romano-germânica.

Na Alemanha dos anos 70, a origem deste princípio esteve associada à proteção dos indivíduos frente à crise do Estado-Providência - Estado Social. As transformações do mundo e a globalização interferiram nas prestações sociais pelo Estado, gerando incerteza e insegurança da manutenção dos direitos sociais, principalmente nos regimes de previdência e, neste contexto, o Tribunal Constitucional Federal da Alemanha e a doutrina majoritária alemã criaram a tese de proteção - Princípio da Proibição do Retrocesso - a qual não tinha caráter absoluto, pois permitia a adaptação às mudanças sociais e econômicas. O foco foi sobre os direitos fundamentais sociais, compreendidos como mandados constitucionais. Baseou-se principalmente na **garantia fundamental da propriedade**, art.14 da Constituição alemã⁵¹ e

⁴⁸ DERBLI, Felipe, op.cit., p.182-186.

⁴⁹ Ibid., p.259.

⁵⁰ Ibid., p.135.

⁵¹ Ibid., p.140. Grifo do autor.

na proteção da confiança⁵². Segundo Ingo Sarlet⁵³, à lição de Martin Wolff, o conceito de propriedade – no art.153 da Constituição weimariana da época – “abrangeria quaisquer direitos subjetivos privados de natureza patrimonial e não apenas a propriedade como direito real”. E, passados duas guerras mundiais, os cidadãos estavam mais preocupados nos possíveis rendimentos próprios do seu trabalho, nos proventos de aposentadoria e nas prestações de assistência vital e social do Estado.

Importante observar que o Tribunal Constitucional Federal alemão ampliou o conceito constitucional de propriedade, em relação ao do direito privado, mas estabeleceu três requisitos para que uma **posição jurídica de natureza pública**⁵⁴ fosse protegida pela garantia constitucional da propriedade e conseqüentemente fosse alcançada pela proteção do Princípio da Proibição do Retrocesso. O primeiro deles é a necessária correspondência entre o direito subjetivo de determinada prestação social do Estado e a contraprestação pessoal do indivíduo, não de necessária equivalência, mas precisa existir uma contraprestação relevante, isto é, não há prestação unilateral do Estado. Preza-se o esforço pessoal do indivíduo no trabalho e na sua formação profissional. O segundo requisito exige que a posição jurídica seja uma posição jurídica de natureza patrimonial, de fruição própria, exclusiva e pessoal do indivíduo titular. E o terceiro requisito coloca a posição jurídico-subjetiva como garantidora da existência do indivíduo, especialmente quando as prestações do Estado são a única fonte de sobrevivência do indivíduo, nos casos de indigência e marginalidade, como também se protege, em algum grau, a liberdade individual.⁵⁵

Por fim, o Princípio da Proibição do Retrocesso surgiu na Alemanha, como garantidor não somente dos direitos fundamentais adquiridos, como também de casos em que se verifica mera expectativa de direito, nas aposentadorias e pensões e no seguro-desemprego, benefícios previdenciários a serem protegidos pela Constituição. Já o auxílio-moradia, os benefícios de assistência social e os incentivos para a formação profissional, que não exigem, em regra, contraprestação de seus beneficiários, não foram alcançados pela proteção do referido Princípio. Na Alemanha, os direitos a prestações sociais do Estado possuem embasamento legal, mas só indiretamente remetem à cláusula do Estado Social de Direito, diferentemente

⁵² O princípio da proteção da confiança nasceu na Alemanha, por volta de 1950, e sobreleva a proteção jurídica dos particulares nas suas relações com o poder, em especial, com o poder legislativo.

⁵³ SARLET, Ingo, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.142.

⁵⁴ Posição jurídica de natureza pública, termo usado na doutrina alemã para se referir aos direitos subjetivos e patrimoniais que poderiam alcançar a garantia constitucional de propriedade.

⁵⁵ DERBLI, Felipe, op.cit., p.142-143.

no Brasil, a CF de 1988 trouxe status constitucional a vários direitos sociais, dando-lhes jusfundamentalidade e incluindo-os entre as cláusulas pétreas.⁵⁶

Em Portugal, a origem deste princípio esteve associada à progressiva implementação do projeto de justiça social liderado pela Constituição dirigente. Segundo o mais famoso defensor deste princípio e grande influenciador no Brasil, José Joaquim Gomes Canotilho: “O princípio da democracia econômica e social **institucionaliza uma proibição de retrocesso social**”⁵⁷. Este princípio foi chamado, por Canotilho, como princípio da proibição da “contrarrevolução social” ou da proibição da “evolução reacionária”. Para ele, os direitos sociais e econômicos, como o direito dos trabalhadores, direito à assistência, à educação, uma vez conquistados, se tornam uma garantia institucional e um direito subjetivo. Um serviço público como o Serviço Nacional de Saúde – SNS –, criado através do art.64º, nº 2 da Constituição portuguesa, passa a ter garantia institucional de um direito fundamental e a Constituição, além de prever e impor ao Estado a criação do direito fundamental à proteção da saúde, obriga-o a não abolir depois de criado. É proibido ao legislador revogar uma lei que foi criada para realizar um direito fundamental social. Como exemplo, o acórdão de nº 39 de 11/04/1984 do Tribunal Constitucional de Portugal impediu a revogação dos artigos 18 a 61, 64 e 65, da lei 56/79, que representavam a extinção do Serviço Nacional de Saúde português, SNS, previsto no art.64º, nº2, da Constituição portuguesa⁵⁸. Pode, todavia, uma nova lei alterar ou reformar a lei anterior, nos limites constitucionais admitidos.

Diferentemente da Alemanha, o princípio da proibição do retrocesso social, em sua origem lusa, não se restringia às prestações de seguridade social e alcançava prestações estatais não decorrentes somente de contribuição pecuniária do indivíduo (titular). À princípio também não se fazia relação expressa entre a proibição do retrocesso social e a dignidade da pessoa humana ou a proteção da confiança, como na Alemanha. Limitavam-se apenas a cuidar dos limites da ação do legislador.⁵⁹

Canotilho, ao rever parcialmente a sua tese, e sob influência germânica, sustentou que:

[...] O princípio da **proibição de retrocesso social** pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de

⁵⁶ DERBLI, Felipe, *ibid.*, p.176.

⁵⁷ CANOTILHO, J.J. Gomes, APUD DERBLI, Felipe, *op.cit.*, p.145. Grifo do autor.

⁵⁸ *Ibid.*, p.145-150. Grifos do autor.

⁵⁹ DERBLI, *ibid.*, p. 151.

medidas legislativas (“lei de segurança nacional, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais 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 [...].⁶⁰

Até o texto descrito acima, pouca coisa havia mudado. Canotilho, maior entusiasta deste princípio, muda seu ponto de vista quando considera que a proibição de retrocesso social destinar-se-á à limitação da reversibilidade dos direitos adquiridos e das expectativas de direitos, econômicos, sociais e culturais e dos direitos fundamentais sociais (irreversibilidade das conquistas sociais). Nesse aspecto se assemelha à doutrina alemã, que garante os direitos prestacionais de propriedade (sentido amplo). E, por fim, o doutrinador português, em sua obra *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, do ano de 2001, admite que a proibição de retrocesso social é impotente contra as recessões e crises econômicas⁶¹, sofridas por seu país desde o colapso do ano 2000 e que diversos economistas ao tentar explicar , chegam em pelo menos três elementos de tempos diferentes: a criação do euro, o sistema financeiro português (financiando empresas de pequeno porte pouco rentáveis) e , considerado como inédito neste tipo de análise, as características particulares do sistema de pensões nacional.⁶²

Já, Jorge Pereira da Silva, em dissertação sobre o tema, contesta a expressão retrocesso. Para ele, a vedação constitucional restringe-se à eliminação do **conteúdo essencial** dos direitos ou institutos previstos pela Constituição. Haveria pela via constitucional, proibição de retorno apenas a situação de omissão legislativa constitucional, porém, direitos sociais criados exclusivamente por lei, não poderiam ser impedidos de revogação.⁶³

A jurisprudência do Tribunal Constitucional Português, finalmente concluiu que o princípio da proibição de retrocesso não poderia se referir a “todo e qualquer encurtamento dos benefícios sociais mas apenas aquele que atingisse o núcleo essencial do direito à existência mínima”.⁶⁴

Na Itália, a proibição de retrocesso social teve, em sua defesa, o doutrinador G. Balladore Pallieri, o qual influenciou no Brasil, o trabalho de José A. da Silva. Pallieri, ao

⁶⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.152. Grifo do autor.

⁶¹ DERBLI, op.cit., p.152-153.

⁶² ROMANO, Pedro. **Portugal, um país de crise em crise**. 5 de julho de 2017. Disponível em: <<https://fronteirasxxi.pt/Portugal-um-pais-de-crise-em-crise/>>. Acesso em 1 de ago de 2019.

⁶³ PEREIRA DA SILVA, APUD DERBLI, Felipe, op.cit. p.161. Grifo nosso.

⁶⁴ DERBLI, Felipe, op.cit., p.156.

tratar do tema, entende que as limitações se voltam, em última análise, para a atividade legislativa, pensamento predominante nas primeiras teses de Canotilho, em Portugal. Balladore Pallieri ressalta: [...]seria inconstitucional a lei que dispusesse em contrário ao que a Constituição comanda. E, além disso, uma vez dada execução à norma constitucional, o legislador ordinário não pode retornar sobre seus passos[...].⁶⁵

Na Itália, assim como em Portugal, se reconhece a jusfundamentalidade⁶⁶ do direito à proteção da saúde e está expressa no art.32 da Constituição italiana⁶⁷. Conseqüentemente, a discussão sobre a proibição de retrocesso social teve expressivo relevo, de forma semelhante à Portugal, com as teses de Canotilho e com o Tribunal Constitucional Português, em especial no acórdão de nº39 de 1984, vide p.15 deste trabalho. Tratou, em resumo, “da impossibilidade, uma vez dada a concretização em sede legislativa da norma constitucional, de uma revogação dessa disciplina legal idônea a gerar retorno a um estado equivalente à omissão do legislador”.⁶⁸

Em resumo, na Alemanha, a Constituição não prevê os direitos sociais, nem a salvaguarda dos direitos adquiridos, mas se aplica o princípio da proibição de retrocesso em termos de direitos sociais, a serviço da dignidade da pessoa humana e com base na preservação do mínimo existencial. Diferentemente do Brasil, cuja Constituição contempla os chamados direitos fundamentais de 2ª dimensão, inclusive na categoria de cláusula pétrea, muito embora não haja na Constituição de 1988, dispositivo que enuncie o conteúdo do princípio da proibição de retrocesso, podendo o mesmo ser considerado implícito pois dedutível dos preceitos escritos, não expressamente previstos. E na Constituição brasileira, assim como na Carta portuguesa de 1976, a segurança jurídica e a irretroatividade das leis também têm sede constitucional. Por fim, na Itália, de forma semelhante às primeiras teses de Canotilho, as limitações foram para a atividade legislativa.

⁶⁵ PALLIERI, G. Balladore, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.164.

⁶⁶ Jusfundamentalidade diz respeito aos bens materialmente jusfundamentais, que guardam conexão com o parâmetro normativo que rege o ordenamento e maximamente a categoria dos direitos fundamentais, qual seja, a Dignidade da Pessoa Humana.

⁶⁷ BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. **Notas sobre a Jusfundamentalidade**.out.2015.Disponível em: <<http://www.2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/517699>. Acesso em 1 ago.2019.

⁶⁸ DERBLI, Felipe, op.cit., p. 165-166.

2.3 Efeito *Cliquet* dos direitos fundamentais sociais na CF de 1988

Neste trabalho limitar-se-á a tratar da vedação do retrocesso de relevantes direitos sociais previstos no art. 6º da Constituição Federal de 1988: “**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**”.⁶⁹

Numa exemplificação do Efeito *Cliquet*, seria o mesmo dizer que, esses direitos sociais, se realizados, só podem ser acrescentados ou aperfeiçoados, são direitos adquiridos que não podem ser reduzidos ou suprimidos, tendo em vista que implicam em garantia de estabilidade do sistema jurídico constitucional⁷⁰. Desta forma, o princípio da proibição do retrocesso social está intimamente relacionado ao princípio da segurança jurídica⁷¹, conforme já citado no item 2.1 deste capítulo.

Segundo Flávio Martins, parte da doutrina defende que a proibição do retrocesso seria um princípio constitucional implícito, pois decorrente dos direitos sociais do art.6º da Constituição, mais especificamente da segurança jurídica. Como já tratado anteriormente, a proibição do retrocesso não está prevista na Constituição brasileira, muito embora, haja muitos aspectos da proibição do retrocesso que estão positivados, v.g., o art.60, §4º, IV, impede a Emenda Constitucional tendente a abolir direitos e garantias individuais.⁷²

Ingo Sarlet traz outras razões para a constitucionalização do princípio da proibição do retrocesso. Para este autor, a proibição do retrocesso decorre de três princípios:

- a) **princípio do Estado Democrático e Social de Direito** (que impõe um patamar mínimo de segurança jurídica, o que abrange a proteção da confiança⁷³ e manutenção de um mínimo de continuidade da ordem jurídica,

⁶⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2018. Grifo nosso

⁷⁰ NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Método, 2008, p.376.

⁷¹ O Princípio da Segurança Jurídica ou da estabilidade das relações jurídicas é princípio constitucional, disciplinado dentre os direitos e garantias fundamentais, vide análise do art.5º, XXXVI: “a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada”.

⁷² NUNES, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.1005.

⁷³ O princípio da proteção da confiança, elemento nuclear do Estado de Direito, revela-se da dimensão subjetiva da segurança jurídica, leva em consideração a confiança do cidadão na continuidade de uma decisão ou de um

além de uma segurança contra medidas retroativas e atos de cunho retrocessivo de um modo geral); b) **princípio da dignidade da pessoa humana** (que exige um conjunto de prestações positivas, a fim de garantir uma existência condigna a todos); c) **princípio da eficiência ou máxima efetividade**, decorrente do art.5º, §1º, CF, que assegura a maior eficácia possível às normas definidoras de direitos sociais etc.⁷⁴

Para Canotilho, em suas primeiras obras sobre o tema, quando ainda defensor da proibição do retrocesso, seria: “[...] inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem a criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios.”⁷⁵

Já Flávio Martins acredita que o retrocesso pode ocorrer se constitucionalmente justificável, desde que se preserve o mínimo existencial dos direitos sociais que atendam à vida saudável e digna, o núcleo essencial dos direitos sociais. Martins, assim como Catarina Botelho e outros constitucionalistas portugueses negam a constitucionalidade do princípio da proibição do retrocesso, mas preocupam-se com os limites de retrocesso, principalmente em tempos de crise econômica. E por isso, a todo ato do Estado que implicar em retrocesso dos direitos fundamentais sociais, deve-se aplicar os princípios da razoabilidade-proporcionalidade. Em outras palavras, medidas de restrição ou supressão nos orçamentos de políticas públicas, que causem retrocesso de direito fundamental social, devem ser razoáveis e proporcionais para serem constitucionais.⁷⁶

Esses princípios, da razoabilidade-proporcionalidade são comumente analisados em conjunto, já que a proporcionalidade decorre da razoabilidade. A proporcionalidade tem dois aspectos: a proibição do excesso e a proibição da proteção insuficiente. Na proibição do excesso, o ato estatal não poderá restringir excessivamente um direito fundamental, a ponto de ferir seu núcleo essencial. A proteção insuficiente surge quando, existindo meios à disposição do Estado, para que o mesmo entregue uma prestação fática à proteção do indivíduo, ele permanece inativo.⁷⁷

comportamento estatal. Já o princípio da segurança jurídica revela-se como a dimensão objetiva da estabilidade das relações jurídicas.

⁷⁴ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.1006.

⁷⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes, APUD LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira, 2009.

⁷⁶ NUNES, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.1024.

⁷⁷ GUEDES, Néviton. **Princípio da proibição da insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>>. Acesso em: 18 set. 2019.

Em resumo, na atuação estatal, a proporcionalidade está na adequação entre os meios e os fins, é a busca da atuação sem medidas abusivas ou falta de medidas, enquanto a razoabilidade do Estado está na busca do equilíbrio entre os seus atos e a necessidade da população, para o alcance de uma decisão mais equilibrada e coerente.

Para Flávio Martins, o princípio da proibição do retrocesso social não é um princípio expresso na Constituição brasileira de 1988, nem implícito, decorrente de outros princípios conforme acredita Ingo Sarlet. Para ele, este princípio é de índole política e não jurídica, pois os direitos têm custos e é muito difícil manter as políticas públicas de épocas de crescimento econômico, (investimentos nos programas FIES, Bolsa Família, ProUni) em épocas de crise econômica, com redução do orçamento devido à queda da arrecadação.⁷⁸

Por fim, Luís Roberto Barroso traz o entendimento que aparentemente domina o cenário jurídico brasileiro:

[...] por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido.⁷⁹

Outro importante apontamento traz Sarlet⁸⁰, de que a proteção contra o retrocesso social não pode assumir um caráter absoluto, propugnando uma vedação categórica de todo ajuste em matéria de direitos sociais, como também não pode deixar este princípio na seara de mera diretriz para agentes políticos, e sim adotar o entendimento do meio, ou seja, que implica uma tutela forte, mas não cega e descontextualizada dos direitos fundamentais sociais. E, “negar reconhecimento ao princípio da proibição do retrocesso significaria, em última

⁷⁸ Ibid., p.1010-1016.

⁷⁹ BARROSO, Luís Roberto APUD SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J.Gomes; CORREIA, Marcos Oriane Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coords). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.85.

⁸⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcos Oriane Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coords). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.91.

análise, admitir que os órgãos legislativos (assim como o poder público de modo geral, [...]) dispõem do poder de tomar decisões desrespeitando a vontade do constituinte”.⁸¹

Pode-se dizer, contudo, que a modificação da disciplina infraconstitucional de um direito fundamental social pode ocorrer, desde que preservado o nível de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico da sociedade, ou seja, havendo esta preservação, pode-se substituir uma disciplina legal por outra, até mesmo se relacionada ao núcleo essencial do direito social, o que vem confirmar a relatividade deste Princípio. Como todos os princípios constitucionais, este princípio não é absoluto, está sempre sujeito à um juízo de ponderação. Derbli, por fim, conclui que há a possibilidade de desenvolvimento da Constituição através do processo de mutação.⁸²

Há também críticas a este princípio no sentido de que há uma falsa identidade entre a omissão do legislador e o retrocesso social. Para a doutrina majoritária há visível correlação entre eles, mas não há equivalência, pois, se a lei se opuser ao princípio da proibição de retrocesso social, ter-se-á agressão à Constituição por ato comissivo do legislador, típico caso de retrocesso social, passível de impugnação através de mecanismo de controle de constitucionalidade das leis. Enquanto que, nos casos de omissão inconstitucional, a postura inerte do legislador, considerada omissiva, é sujeita à impugnação somente pelas vias judiciais da ação direta de inconstitucionalidade por omissão e do mandado de injunção.⁸³

⁸¹ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.1006.

⁸² DERBLI, Felipe, op.cit., p.268-288.

⁸³ Ibid., p.265-267.

3 MÍNIMO EXISTENCIAL

3.1 Conceito de mínimo existencial e a dignidade da pessoa humana

A teoria do mínimo existencial dos direitos sociais teve origem na doutrina alemã, como corolário do direito à vida e da dignidade da pessoa humana, especialmente pelos fatos já estudados neste trabalho, resultados das duas grandes guerras mundiais. Acabou fortalecendo-se nos países em desenvolvimento, em razão do déficit histórico na implementação dos direitos sociais básicos, como saúde e educação. Os primeiros textos sobre o mínimo existencial datam da década de 60, mas foi a partir da década de 80 que esta teoria começou a ser aplicada, na tentativa de minimizar os riscos decorrentes da teoria da reserva do possível, (tema que será visto no próximo capítulo), considerado um limite para a implantação dos direitos sociais.

Por mínimo existencial, Marcelo Novelino entende um grupo menor e mais preciso de direitos sociais, bens e utilidades básicas para a vida, sem os quais não é possível viver como gente⁸⁴. Já, para Suélen do Nascimento: “São direitos de 2ª geração que possuem caráter programático, o Estado deve desenvolver programas para que esses direitos alcancem o indivíduo”.⁸⁵

Direitos de 2ª geração ou dimensão são todos os direitos elencados no artigo 6º da Constituição Federal. Reforçando a importância destes direitos, a doutrina majoritária tem o entendimento de que os direitos sociais previstos no art.6º da CF e que compõe os pilares da seguridade social, à saber: a saúde, a previdência social e a assistência, devam ser considerados como cláusula pétrea, inclusos no inciso IV, do art.60 da Constituição (direitos e garantias individuais). E, conforme a nossa CF/88, a saúde deve ser para todos (art.196), a previdência para os incluídos (art.201) e a assistência para os necessitados (art.203). Para a doutrina, nenhuma emenda constitucional pode retirar a proteção da seguridade social. Entretanto, o direito ao mínimo existencial para uma vida digna não foi expressamente

⁸⁴ NOVELINO, Marcelo, op.cit., p.375.

⁸⁵ NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial x Reserva do possível**. 2012. Disponível em <<https://drasuelenpereira.jusbrasil.com.br/artigos/359772717/mínimo-existencial-x-reserva-do-possível>>. Acesso em 7 set. 2018.

consagrado na Constituição Federal , salvo na condição de princípio setorial da ordem econômica⁸⁶, muito embora a Constituição brasileira traga, no art.7º, inciso IV, os direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, um conjunto de bens e utilidades básicas imprescindíveis para uma vida digna, que pode ser considerado verdadeiro mínimo existencial. A tutela do Mínimo Existencial está, portanto, implícita na Constituição, neste e em muitos outros artigos. Por conta do art.5º, §2º, da CF⁸⁷, entende-se que a Constituição não se resume à um só texto, mas consiste também nos princípios que dela decorrem , assim como nos Tratados Internacionais de Direitos Humanos. Atualmente o STF tem reconhecido direitos constitucionais implícitos, como o direito das minorias⁸⁸, o duplo grau de jurisdição⁸⁹ e o mínimo existencial.

Para Ingo Sarlet, o mínimo existencial “abrange o conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, no sentido de uma vida saudável”⁹⁰, não podendo ser restringida à noção de um mínimo vital suficiente para garantir o exercício das liberdades fundamentais. O conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna é condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais de cada lugar e do tempo, variando conforme a natureza do direito social, se trabalho, moradia, saúde ou educação, dentre tantos outros. Em outras palavras, a dignidade da pessoa humana engloba não só o respeito e a proteção da integridade física e corporal do indivíduo, mas também a garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família.

Entretanto nem sempre foi assim. Entre os séculos XVII e XVIII, o termo dignidade tinha vinculação com o status social ocupado pelo indivíduo, embora tivesse também sentido do valor próprio e intrínseco de determinadas coisas ou instituições. Valor este não mensurável economicamente, próprio de cada ser humano, não podendo, neste sentido, ser criada, concedida ou retirada (embora pudesse ser violada), pois que, atribuída a cada ser humano como algo que lhe é irrenunciável e inerente. Segundo Sarlet, foi com Immanuel

⁸⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2019, p.121.

⁸⁷ Art5º, §2º, CF: os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

⁸⁸ O STF, na ADPF 132 e na ADI 4.277 reconheceu proteção jurídica às uniões estáveis homoafetivas.

⁸⁹ O duplo grau de jurisdição não está expresso na Constituição, mas a garantia do devido processo legal engloba o direito ao duplo grau de jurisdição, sobrepondo-se à exigência prevista no art.594 do CPP. Isto porque o duplo grau de jurisdição trata-se de garantia prevista na Convenção Interamericana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992, data posterior ao CPP, logo, a regra prevista no tratado internacional modifica a legislação ordinária anterior.

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **Segurança social, dignidade da pessoa humana e proibição de retrocesso: revisitando o problema da proteção dos direitos fundamentais sociais**. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha, op.cit, 2015, p.95-100 e p.177.

Kant (1724-1804) que a dignidade humana se transportou para o centro das relações. Para Kant: “todo o ser racional existe como um fim em si mesmo, não simplesmente como meio para o uso arbitrário desta ou daquela vontade”. Existe uma autonomia ética, o homem cria as suas próprias leis⁹¹. Ainda hoje muitos doutrinadores jurídicos expressivos se baseiam neste pensamento de Kant, da dignidade da pessoa humana como atributo exclusivo da pessoa, apesar de sofrerem críticas de um excessivo antropocentrismo.

Relembra Sarlet⁹² que a positivação do princípio da dignidade humana é relativamente recente, com exceções da Constituição alemã, de 1919, da Constituição portuguesa, de 1933 e da Constituição da Irlanda, de 1937. Ressalvadas essas exceções, foi ao longo do século XX, mais precisamente a partir da 2ª Guerra Mundial, com o holocausto dos judeus (mais de 6 milhões de judeus mortos), que a dignidade da pessoa humana transportou-se para o epicentro dos ordenamentos jurídicos, isto é, passou a ser reconhecida expressamente nas Constituições. E, no Direito Internacional, o reconhecimento da dignidade inicia com a expressa previsão na Constituição da Organização Internacional do Trabalho (OIT-1946) e se afirma com a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU (DUDH-1948). No Brasil, sem precedentes nas constituições anteriores, a dignidade da pessoa humana tornou-se fundamento do Estado Democrático de Direito, vide art.1º, III, da Constituição Federal de 1988, onde foi guindada à condição de princípio além de valor fundamental do nosso Estado. Além deste artigo, a nossa ordem jurídica positiva, tratou em vários outros momentos da dignidade humana, à saber, no caput dos arts.170 e 227, no art.226, § 7º, como também no art.230. No âmbito do MERCOSUL, apenas a Constituição do Brasil e a do Paraguai (Preâmbulo) elevaram a dignidade ao status de norma fundamental. As Constituições dos outros Estados apenas reconhecem o valor da dignidade.

E, apesar de alguns autores considerarem a dupla dimensão da dignidade como regra e princípio, para Sarlet⁹³, a dignidade da pessoa humana assume a condição de valor superior e fundamental da ordem jurídica brasileira.

Sarlet, em 2019, trouxe um conceito multidimensional para dignidade da pessoa humana, à luz dos direitos fundamentais:

⁹¹ SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit.,2019, p.37-40.

⁹² Ibid., p.73-74.

⁹³ Ibid., p.82-83.

A qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em 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 tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida⁹⁴.

Já o jurista português Canotilho⁹⁵, considera que o desenvolvimento da personalidade ancorado na dignidade da pessoa ainda é o fundamento mais inquestionável das prestações sociais a cargo do Estado. Canotilho e alguns outros constitucionalistas preocupam-se com um excesso de fundamentação na dignidade da pessoa humana que pode vir a tornar menos importante outros direitos, de liberdades ou sociais. Assim também pensam as jurisprudências comuns e constitucionais, quando deparadas com o direito ao mínimo existencial.

Por fim, Sarlet, fazendo comparação entre os direitos sociais na Constituição brasileira e nas Constituições europeias, observa que o nosso maior problema é o de cumprir eficientemente e eficazmente ao dever de concretização dos objetivos sociais e dos direitos sociais já reconhecidos, além de proibir retrocessos. E, como a ampla maioria da população se situa na faixa do conhecido Mínimo Existencial ou até mesmo longe deste patamar, se impõe vigilância com relação a toda e qualquer medida restritiva ou supressiva de proteção social. Fazendo um paralelo com o Centro de Políticas Sociais da Fundação Getúlio Vargas, o Mínimo Existencial poderia se equiparar à linha de pobreza, na qual ficam aqueles que auferem renda capaz de suprir, com dificuldade, as despesas com alimentação, transporte, vestuário, habitação, saúde e educação. Mas o Brasil não adota parâmetros oficiais, como os Estados Unidos e a Irlanda, que definem as linhas de pobreza e as linhas de miséria, logo não tem histórico daqueles que estão na linha de miséria ou de indigência, ou abaixo da linha de pobreza, ou ainda daqueles que auferem renda que supre somente as necessidades alimentares mínimas. Em última análise, para este autor, a dignidade da pessoa humana engloba necessariamente o respeito e a proteção da integridade física e moral do indivíduo e:

⁹⁴ Ibid., p.70-71.

⁹⁵ CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coords), op.cit., p.14.

Onde não houver respeito pela vida e pela integridade física e moral do ser humano, onde as condições mínimas para uma existência digna não forem asseguradas, onde não houver limitação do poder, enfim, onde a liberdade e a autonomia, a igualdade (em direitos e dignidade) e os direitos fundamentais não forem reconhecidos e minimamente assegurados, não haverá espaço para a dignidade da pessoa humana, e esta (a pessoa), por sua vez, poderá não passar de mero objeto de arbítrio e injustiças.⁹⁶

É neste entendimento que Sarlet afirma que o princípio da dignidade da pessoa humana impõe limites à atuação estatal, não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também de condutas positivas que venham proteger a dignidade dos indivíduos, com a dupla função de proteção e defesa de possíveis violações, além de promover condições para as pessoas viverem com dignidade. De outro lado destaca que a globalização econômica aumentou assustadoramente os níveis de exclusão e o poder exercido pelas grandes corporações, por vezes com faturamento e patrimônio - poder econômico - maior que o de muitos Estados.

Quanto à relação entre Dignidade da Pessoa Humana e os Direitos Fundamentais, Sarlet acredita que deva ser contextualizada, pois é uma relação em constante processo de reconstrução. Não é certo que todos os direitos fundamentais tenham um fundamento direto e um conteúdo em dignidade, muito embora todos os direitos remontam à ideia de proteção e desenvolvimento das pessoas. Como exemplo, seria estranho afirmar que o mandado de injunção se fundamenta na dignidade da pessoa humana, ou que se trata de uma exigência da dignidade, o mesmo para o FGTS, para o pagamento de 1/3 das férias, etc, mas se falarmos em levantamento do FGTS para fins de aquisição de aparelho auditivo para uma criança que deixou de ouvir, torna-se um fato assegurador da dignidade humana, pois cumpre atender necessidade básica para o desenvolvimento físico e mental da criança, vide Recurso Especial nº 560.777-PR (DJ 08.03.2004), relatado pela Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça.⁹⁷

Sarlet finaliza a sua obra Dignidade Humana e Direitos Fundamentais na CF de 1988, com o seguinte conteúdo:

⁹⁶ SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit.,2019, p.69-91.

⁹⁷ Ibid., p.100-102.

[...] o poder público, instituições sociais e particulares, bem como a ordem jurídica que não toma a sério a dignidade da pessoa (como qualidade atribuída e reconhecida ao ser humano, e para além disso, como valor e princípio jurídico-constitucional fundamental) não trata com seriedade os direitos fundamentais e, acima de tudo, não leva a sério a própria humanidade que habita em cada uma e em todas as pessoas e que as faz merecedoras de respeito e consideração recíprocos.⁹⁸

A pobreza extrema e a exclusão social não se limitam à privação do mínimo existencial e ao déficit de autodeterminação, se manifesta por meio do processo de humilhação e até mesmo perda da autoestima, afetando a pessoa no plano do seu sentimento de pertencimento a um determinado grupo. E, lamentavelmente, a dignidade da pessoa humana (dos mais pobres) tem sido “desconsiderada, desrespeitada, violada e desprotegida, seja pelo aumento da violência contra a pessoa, seja pela carência social, econômica e cultural”, muito embora o entendimento majoritário da doutrina e jurisprudência reine pela inviolabilidade da dignidade humana.⁹⁹

Corroborando o pensamento de Sarlet, Marcos Orione Gonçalves Correia¹⁰⁰, considera que, aos ricos é dado existir como cidadão, na perspectiva de uma sociedade de consumo e aos pobres, apenas a cidadania no sentido de sobrevivência a partir dos mínimos, desta forma, ao pobre, se com dinheiro, só é permitido gastar na manutenção de condições básicas, como comida, remédios, etc. É o mais rico fazendo controle social sobre o mais pobre.

3.2 Divergências doutrinárias quanto ao mínimo existencial

São muitos os conceitos doutrinários existentes de mínimo existencial. Neste capítulo já foram vistos os conceitos de Marcelo Novelino, Suélen do Nascimento e Ingo Sarlet.

Segundo Felipe Derbli, o conceito de mínimo existencial foi elaborado, inicialmente, sob o prisma da autonomia privada, pois cuidava apenas dos direitos de liberdade e das

⁹⁸ Ibid., p.182.

⁹⁹ Ibid., p.160.

¹⁰⁰ CANOTILHO, J.J. Gomes, CORREIA, Marcos Orione Gonçalves, CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coords), op.cit., p.123.

prestações estatais mínimas para a subsistência do indivíduo. Atualmente, como a ordem jurídica gira em torno das noções de dignidade humana e igualdade material, defendidas pela doutrina constitucionalista majoritária, o conceito de mínimo existencial foi elevado à núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana.¹⁰¹

Flávio Martins A. N. Junior traz importante diferenciação entre Mínimo Existencial e Mínimo Vital, termos trabalhados na doutrina alemã. Por Mínimo Existencial, entende-se um “conjunto de garantias materiais para uma vida condigna, que implica deveres de abstenção e ação por parte do Estado”¹⁰². Por Mínimo Vital ou mínimo de sobrevivência, entende-se um mínimo fisiológico, condições materiais mínimas para uma vida digna, corolário do direito à vida. Logo, considerar Mínimo Existencial igual a Mínimo Vital seria o mesmo que reduzir o mínimo existencial ao direito à vida. Para este autor, a identificação do mínimo existencial dos direitos decorre, em síntese, “de sua relação e aproximação com o meta princípio da dignidade da pessoa humana”.¹⁰³

Já Luís Fernando Sgarbossa, faz distinção entre o Mínimo Vital ou Fisiológico e o Mínimo Sociocultural. Mínimo Vital consiste nas condições imprescindíveis para a manutenção da vida em termos biológicos e Mínimo Sociocultural, consiste nas condições que propiciam a inserção do indivíduo na vida social. Assim, o Mínimo Existencial, para Sgarbossa, deve abranger os dois aspectos, mínimo fisiológico e mínimo sociocultural, pois a mera existência da vida biológica não significa assegurar ao indivíduo uma existência digna.¹⁰⁴

Para clarear a ideia de Mínimo Existencial pelo aspecto de mínimo sociocultural é oportuno trazer o pensamento de John Rawls¹⁰⁵, muito embora a ideia de mínimo existencial não seja oriunda das teses de Rawls, suas lições agregaram valor ao conceito ora estudado:

Rawls afirma que viver não consiste em simplesmente sobreviver, sendo necessárias condições mínimas para que a pessoa possa se desenvolver dignamente, atuando como um personagem político relevante, já que “abaixo de um certo nível de bem-estar material e social e de treinamento e educação, as pessoas simplesmente não podem participar da sociedade como

¹⁰¹ DERBLI, Felipe, op.cit., p.104.

¹⁰² NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.973.

¹⁰³ Ibid., p.981.

¹⁰⁴ SGARBOSSA, Luís Fernando, APUD NUNES JUNIOR, op.cit., 2019, p.974.

¹⁰⁵ John Rawls foi professor de Filosofia Política na Universidade de Harvard e abordou sobre o tema mínimo social na obra Uma Teoria da Justiça e também na obra O Liberalismo Político.

cidadãos, e muito menos como cidadãos iguais”, sendo necessário o reconhecimento de um “mínimo social que supra as necessidades básicas dos cidadãos.”¹⁰⁶

E, para Ricardo Lobo Torres¹⁰⁷, a melhor definição de Mínimo Existencial é o conjunto de "condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção do Estado e que ainda exige prestações estatais positivas"¹⁰⁸. Para este autor, o mínimo existencial não possui um conteúdo específico pois cada direito tem a sua essencialidade, não comportando uma medida exata.

Já para Ana Paula de Barcellos, na realidade constitucional brasileira, o mínimo existencial é composto, ao menos, pelas prestações estatais positivas:

[...] a educação fundamental, a saúde básica (abrangidos o saneamento básico, o atendimento materno-infantil e as ações de medicina preventiva e de prevenção epidemiológica), as atividades de assistência social aos desamparados e, em caráter instrumental às demais, o acesso à justiça.¹⁰⁹

Estes direitos sociais citados pela jurista Ana Paula de Barcellos, por estarem hoje, ligados diretamente com o núcleo essencial do princípio da dignidade da pessoa humana, cuja superioridade em valores é reconhecida pela doutrina majoritária, são plenamente apreciáveis em juízo, podendo os indivíduos exigir do Estado, independentemente de previsão em políticas socioeconômicas. Outras prestações que não estejam neste grupo específico, como, por exemplo, o ensino superior, estarão condicionadas às políticas públicas e à reserva do possível, dependentes da situação econômica do país, da riqueza nacional e objeto de legislação ordinária, tema que veremos no próximo capítulo deste trabalho.

Flávio Martins discorda de Ana Paula Barcellos, por entender que a definição de mínimo existencial não pode ser feita aprioristicamente, desprendida da realidade social e da conjuntura política e econômica de um país. Da mesma forma discordam Luís Fernando

¹⁰⁶ RAWLS, John, APUD NUNES JUNIOR, op.cit., 2019, p.965. Grifos do autor.

¹⁰⁷ Ricardo Lobo Torres abordou pela primeira vez no Brasil, no ano de 1989, o tema Mínimo Existencial, no artigo O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais.

¹⁰⁸ TORRES, Ricardo Lobo. O Mínimo Existencial e os Direitos Fundamentais. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.177, p. 29-49, jul.1989. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 12 jul.2019.

¹⁰⁹ BARCELOS, Ana Paula, APUD DERBLI Felipe, op.cit., p.91.

Sgarbossa, Ingo Sarlet e Daniel Sarmento. Sarlet critica principalmente o rol taxativo elencado por Barcellos e Sarmento, nesta linha, complementa a falta do direito à moradia, direito umbilicalmente ligado à dignidade da pessoa humana, assim como considera o referido rol insuficiente na saúde, que não abrange o lado curativo e insuficiente também na educação, onde não se abarca a creche e pré-escola, nem o ensino médio. Consideram, muito embora, que os quatro direitos consagrados por Barcellos são essenciais e integrantes do mínimo existencial dos direitos sociais.¹¹⁰

Por outro lado, Gustavo Amaral acredita que a definição do mínimo existencial é algo variável no espaço e no tempo, sendo de difícil apreensão. Para este autor, a determinação concreta do mínimo existencial é fugidia, isto é, há “uma ampla zona de transição entre o mínimo existencial e o não-mínimo”¹¹¹. E, por isso, o Estado tem o dever de prestar os serviços aos indivíduos na proporção direta da sua essencialidade e, na proporção direta da excepcionalidade das razões, poderá abster-se da prestação.

Interpretando a divergência destes dois conceitos de mínimo existencial, o de Ana Paula de Barcellos e o de Gustavo Amaral, Felipe Derbli considera adequada a crítica de Ricardo Lobo Torres, para o qual, a definição de Gustavo Amaral permite maior exigibilidade das prestações de saúde, claramente essenciais, entretanto possui dois conceitos abertos, essencialidade e excepcionalidade, em contrapartida Ana Paula de Barcellos traz uma sistematização dos direitos sociais, elencando direitos integrantes do mínimo existencial e sujeitos à prestações materiais pelo Estado.

Por fim, para Jorge Miranda, jurista português, “o **mínimo existencial** dos direitos sociais pode ser jurisdicionalizado, ou seja, exigido dos Poderes Públicos, pela via jurisdicional”¹¹², com fundamento na força normativa da Constituição e no princípio da eficiência ou da máxima efetividade. Já Jairo G. Schäfer¹¹³ é contrário à judicialização, pelo fato de os direitos sociais terem dimensão prestacional (positiva) e demandarem emprego de recursos públicos para a sua garantia. No Brasil, podemos citar, em especial na área da saúde, a atuação do Supremo Tribunal Federal, decidindo por muitas vezes questões não estabelecidas em políticas públicas pelos governantes e gerando tensão entre os Poderes.

¹¹⁰ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.987-988.

¹¹¹ AMARAL, Gustavo, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.123.

¹¹² MIRANDA, Jorge, APUD NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2017, p.1056. Grifo nosso.

¹¹³ SCHÄFER, APUD MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p.631.

A jurisprudência brasileira tem atuado também em outras áreas, como por exemplo, no âmbito do STJ, que tem protegido o consumidor hipossuficiente do corte de fornecimento de água e energia elétrica, salvaguardando o mínimo existencial e conseqüentemente a dignidade da pessoa humana, vide decisão no AgRg no Recurso Especial nº 1.256.674-AM, do Relator Min. Herman Benjamin, julgada em 16.09.2014.

No STF, em julgado de 29.4.2004, em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental-ADPF45, o Relator, Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, mencionou a tese do mínimo existencial dos direitos sociais, vide Ementa:

A questão da legitimidade constitucional do controle e da intervenção do Poder Judiciário em tema de implementação de políticas públicas, quando configurada hipótese de abusividade governamental. Dimensão política da jurisdição constitucional atribuída ao Supremo Tribunal Federal. [...] Necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do 'mínimo existencial'. Outrossim, o Supremo Tribunal Federal utiliza um raciocínio que repetirá, muitas vezes, em todos os anos seguintes: "a reserva do possível" não pode ser invocada pelo Estado-administração para justificar o descumprimento do "mínimo existencial" dos direitos sociais: Cumpre advertir, desse modo, que a cláusula da 'reserva do possível'- ressalvada a ocorrência de justo motivo objetivamente aferível – não pode ser invocada pelo Estado, com a finalidade de exonerar-se do cumprimento de suas obrigações constitucionais, notadamente quando, dessa conduta governamental negativa, puder resultar nulificação ou, até mesmo, aniquilação de direitos constitucionais impregnados de um sentido de essencial fundamentalidade.¹¹⁴

O STF se utilizou novamente da teoria do mínimo existencial, agora em Ação de Inconstitucionalidade, na AI-3.768-4 do Distrito Federal, de 19.9.2007, proposta pela Associação Nacional das Empresas de Transporte Urbano, pretendia-se obter a declaração da inconstitucionalidade do art.39 da Lei n.10.741, de 2003 (Estatuto do Idoso), que assegura a gratuidade dos transportes públicos urbanos e semiurbanos aos que têm 65 anos ou mais. O requerente questionava a falta de mecanismo de compensação da fonte de custeio. O STF julgou improcedente, se utilizando da teoria do mínimo existencial para a proteção do idoso, "bem como se baseando no art.230, § 2º, da CF, norma de eficácia plena e aplicabilidade imediata, que garante o acesso gratuito, pelos idosos, aos transportes coletivos

¹¹⁴ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.968.

urbanos”¹¹⁵. Verdadeira “regra que deve ser cumprida integralmente, considerada pelo próprio constituinte originário um dos mínimos exigíveis do direito ao transporte.”¹¹⁶

O STF vem analisando o mínimo existencial, principalmente, no aspecto à saúde e educação, como veremos nos capítulos seguintes deste trabalho. Analisou, como no exemplo anterior, o transporte gratuito para o idoso e, no Embargos de Declaração no Agravo de Instrumento 598.212, de 25.3.2014, o STF analisou o mínimo existencial do acesso à justiça, tendo determinado para o Estado do Paraná, a criação, sob pagamento de multa, da Defensoria Pública do Estado, vide Ementa:

Intervenção jurisdicional concretizadora de programa constitucional destinado a viabilizar o acesso dos necessitados à orientação jurídica integral e à assistência judiciária gratuitas (CF, art.5º, inciso LXXIV, e art.134) – legitimidade dessa atuação dos juízes e tribunais – o papel do Poder Judiciário na implementação de políticas públicas instituídas pela Constituição e não efetivadas pelo Poder Público. [...] Atividade de fiscalização judicial que se justifica pela necessidade de observância de certos parâmetros constitucionais (proibição de retrocesso social, proteção ao mínimo existencial, vedação da proteção insuficiente e proibição de excesso). [...] O descumprimento, pelo Poder Público, do dever que lhe impõe o art.134 da Constituição da República traduz grave omissão que frustra, injustamente, o direito dos necessitados à plena orientação jurídica e à integral assistência judiciária e que culmina, em razão desse inconstitucional inadimplemento, por transformar os direitos e as liberdades fundamentais em proclamações inúteis, convertendo-os em expectativas vãs. (rel. Min. Celso de Mello).¹¹⁷

E foi analisando o mínimo existencial da dignidade dos presos, que o STF em 13.8.2015, no Recurso Extraordinário 592.581/RS, debateu acerca dos limites da intervenção do Poder Judiciário no sistema carcerário. Apesar do Poder Judiciário não poder substituir o Poder Executivo na definição de obras de melhoria e políticas públicas do sistema carcerário, pois um poder não deveria interferir no outro, neste caso, a intervenção judicial ocorreu em defesa dos direitos fundamentais do preso, proteção do mínimo existencial da dignidade humana, vedação constitucional ao tratamento desumano. Para o STF: “é lícito ao Judiciário impor à Administração Pública obrigação de fazer, consistente na promoção de medidas ou na

¹¹⁵ Ibid., p.969.

¹¹⁶ Ibid., p.989.

¹¹⁷ Ibid., p.971. Grifo do autor.

execução de obras emergenciais em estabelecimentos prisionais. Supremacia da dignidade da pessoa humana que legitima a intervenção judicial”.¹¹⁸

Por mais duas vezes neste ano de 2015, o STF debateu sobre o sistema carcerário nacional, na ADPF 347 MC/DF, de 9.9.2015 e no Recurso Extraordinário 581.488/RS, de 3.12.2015. Neste recurso, o STF voltou a pronunciar, através de seu relator, que não cabe ao Judiciário formular e executar políticas públicas, nem mesmo na área da saúde. Essas atividades são típicas do Poder Legislativo e Executivo. Entretanto, conforme a decisão na referida ADPF, o STF decidiu também neste recurso nos seguintes termos:

[...] a violação da dignidade da pessoa humana e do mínimo existencial autoriza a judicialização do orçamento, sobretudo se considerado o fato de que recursos legalmente previstos para o combate a esse quadro vêm sendo contingenciados, anualmente, em valores muito superiores aos efetivamente realizados, apenas para alcançar metas fiscais. Essa prática explica parte do fracasso das políticas públicas vigentes.¹¹⁹

Quanto às divergências doutrinárias, como apenas um grupo de direitos faz parte do Mínimo Existencial, parte da doutrina critica a existência desta teoria, já que apenas um mínimo dos direitos sociais poderá ser exigido imediatamente do Estado. Aqueles direitos que não integram o Mínimo Existencial, estariam sujeitos às políticas públicas dos governantes e dependendo quase que exclusivamente da evolução econômica do Estado. Nesse sentido, se posicionam a professora portuense Catarina Botelho e o jurista também português, Jorge Miranda.¹²⁰

Katharine G.Young, professora da *Boston College Law School*, afirma que a teoria do mínimo existencial ”faz com que a discussão acerca dos direitos sociais fique restrita aos **estados em desenvolvimento**, deixando o discurso legal dos direitos econômicos e sociais fora do alcance dos países de renda média ou alta”.¹²¹

Parte da doutrina critica também a imprecisão na definição de Mínimo Existencial, conforme tem-se exposto neste trabalho. E, segundo George Marmelstein, Juiz Federal brasileiro:

¹¹⁸ Ibid., p.972.

¹¹⁹ Ibid., p.972.

¹²⁰ Ibid., p.976.

¹²¹ Ibid., p.977. Grifo nosso.

[...] essa teoria não é compatível (por ser insuficiente para proteger os direitos sociais) com o ordenamento jurídico-constitucional brasileiro. A Constituição Federal brasileira não prevê que apenas um mínimo seja protegido. Existem, pelo contrário, algumas diretrizes que orientam para uma proteção cada vez mais ampla, por exemplo, no âmbito da saúde, que se orienta pelo princípio da universalidade do acesso e integralidade do atendimento, o que afasta a ideia minimalista. Da mesma forma, o Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, já incorporado ao ordenamento jurídico brasileiro em janeiro de 1992, fala em **máximo dos recursos disponíveis** para implementar os direitos sociais, o que também é incompatível com uma ideia minimalista.¹²²

Na prática, o referido Pacto Internacional¹²³, no seu art.11, I expressa que: “Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa a um nível de vida adequado para si próprio e para sua família, inclusive à alimentação, vestimenta e moradia adequadas, assim como a uma melhoria contínua de suas condições de vida.”

Para Marmelstein, o mínimo existencial retrocede os direitos sociais à categoria de direito básico, tornando-se um mínimo de cidadania que não condiz com os objetivos da Constituição brasileira.¹²⁴

Por fim, outros autores criticam a teoria do mínimo existencial, por considerar que viola o princípio da separação dos Poderes, na medida em que se permite a judicialização do mínimo existencial, retirando do Poder Legislativo o poder da decisão de implementar os direitos sociais, deslocando-o para o Poder Judiciário.

¹²² MARMELSTEIN, George, APUD NUNES JUNIOR, op.cit., 2019, p.977.

¹²³ O Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais é um tratado multilateral adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 16 de dezembro de 1966 e em vigor desde 3 de janeiro de 1976. O acordo diz que seus membros devem trabalhar para a concessão de direitos econômicos, sociais e culturais para pessoas físicas, incluindo os direitos de trabalho e o direito à saúde, além do direito à educação e a um padrão de vida adequado.

¹²⁴ MARMELSTEIN, George, APUD CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida Cunha, 2011.

4 RESERVA DO POSSÍVEL

4.1 Conceito de reserva do possível e suas divergências doutrinárias

A teoria da reserva do possível surgiu na Alemanha, no início da década de 80, e foi interpretada no Brasil como **teoria da reserva do financeiramente possível**, por limitar a “concretização dos direitos fundamentais sociais à existência de recursos públicos disponíveis”.¹²⁵

Por **reserva do possível**, também conhecida como reserva da consistência, entende-se: “o fenômeno que impõe limites para a efetivação dos direitos fundamentais prestacionais, como os direitos sociais”¹²⁶. O Estado realiza somente o que está dentro de sua capacidade econômica, de sua possibilidade financeira, logo os direitos sociais devem ser efetivados na medida da possibilidade de custeio do Estado.

Fernando Gomes Correia Lima e Viviane Carvalho de Melo discorrem sobre este tema nestes termos:

O **Princípio da Reserva do Possível ou Princípio da Reserva de Consistência** é uma construção jurídica germânica originária de uma ação judicial que objetivava permitir a determinados estudantes cursar o ensino superior público embasada na garantia da livre escolha do trabalho, ofício ou profissão. Neste caso, ficou decidido pela Suprema Corte Alemã que, somente se pode exigir do Estado a prestação em benefício do interessado, desde que observados os limites de **razoabilidade**. Os direitos sociais que exigem uma prestação de fazer estariam sujeitos à **reserva do possível** no sentido daquilo que o indivíduo, de maneira **racional**, pode esperar da sociedade, ou seja, justificaria a limitação do Estado em razão de suas condições socioeconômicas e estruturais.¹²⁷

Nesta decisão de 1973, assim como em outra de mesmo ano, o Tribunal alemão buscou, segundo Sgarbossa, “limitar a hipertrofia das demandas dos cidadãos em face do

¹²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A Reserva do Possível e Sua Aplicação**. In: Edição Comemorativa de 30 Anos do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p.475.

¹²⁶ NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do, op.cit., 2012. Grifo nosso.

¹²⁷ LIMA, Fernando Gomes Correia; MELO, Viviane Carvalho, APUD NORONHA, João Otávio. In: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A Reserva do Possível e Sua Aplicação**, op.cit., p.492. Grifos do autor e nossos.

Estado, através do recurso à razoabilidade e à racionalidade como balizas dos referidos pleitos”¹²⁸. Enfim, na Alemanha, a reserva do possível surgiu para eliminar as demandas irrazoáveis, desproporcionais e excessivas e, em segundo plano, se tratou de aspectos relacionados à reserva orçamentária.

No Brasil, diferentemente da Alemanha, tanto a doutrina como a jurisprudência, considera, por reserva do possível, “toda restrição à realização de direitos fundamentais sociais baseada em escassez de recursos, seja esta compreendida como inexistência ou insuficiência econômica (real) dos recursos, seja compreendida como indisponibilidade jurídica dos mesmos, por força da legislação orçamentária”¹²⁹. Sgarbossa chamou de limitação fática, a escassez real ou econômica de recursos e limitação jurídica, a decorrente da ausência de razoabilidade ou proporcionalidade na alocação dos recursos (existentes) ou decorrente de suposta escassez (ficta).

Em outras palavras, Ingo Sarlet, em sua obra *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*, cita, *in verbis*:

A expressão *reserva do possível* foi cunhada pelo Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, significando aquilo que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, sendo certo que, mesmo que o Estado possua os recursos necessários e da competência para deles dispor, a prestação exigível deve ater-se aos limites do razoável.¹³⁰

Sobre a reserva do possível, Flávio Martins Alves Junior cita, *in verbis*:

[...] Embora todos os direitos tenham um custo, evidentemente os direitos sociais, que necessitam de reiteradas políticas públicas, têm um custo imediato mais intenso, impactante no orçamento, motivo pelo qual levantou-se a tese da “reserva do possível”: limites fáticos, jurídicos e orçamentários que impedem o cumprimento imediato do direito social. Nas palavras de Ana Carolina Olsen, a reserva do possível corresponde a um dado de realidade, um elemento do mundo dos fatos que influencia na aplicação do Direito.¹³¹

¹²⁸ SGARBOSSA, Luís Fernando, APUD NUNES JUNIOR, op.cit., 2019, p.950.

¹²⁹ Ibid., p.950.

¹³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p.265. Grifo do autor.

¹³¹ NUNES JUNIOR, Flávio M Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017, p.1063-1064. Grifos do autor.

Em resumo, para Flávio Martins, com base em Sgarbossa, a reserva do possível consiste, na verdade, em “uma limitação jurídica e fática à execução desses direitos.”¹³²

Ana Carolina Lopes Olsen, assim como uma boa parte da doutrina brasileira, critica esta concepção de reserva do possível relativa à aspectos econômicos para a realização dos direitos fundamentais, onde os direitos sociais dependeriam de uma economia forte por ter um alto custo de implementação. Em verdade, tudo seria questão de vontade política e consequentemente de escolhas políticas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais e não em interesses comerciais, políticos ou até mesmo particulares, independente de haver um limite de possibilidades materiais para esses direitos.¹³³

Mas, os direitos sociais prestacionais são aqueles que dependem diretamente da ação do Estado, através da formulação e implementação de políticas públicas, de benefícios assistenciais ou previdenciários, que são atribuições do Legislativo e do Executivo. E se estes poderes agirem com falta de razoabilidade diante da disponibilidade financeira, o Judiciário poderá intervir para viabilizar a devida implementação¹³⁴, confirmando posição de Jorge Miranda citada no capítulo anterior.

Deve-se, portanto, buscar equilíbrio entre o binômio razoabilidade da pretensão e disponibilidade financeira do Estado, isto é, o Estado deve realizar os direitos sociais, sem comprometer as finanças públicas. Enfim, o Estado deve condicionar a prestação de serviços públicos à existência de recursos, ao limite de suas possibilidades, o que diz respeito ao “limite que a sociedade pode suportar já que ela sustenta o Estado”¹³⁵, conforme o Ministro João Otávio de Noronha.¹³⁶

O princípio da reserva do possível, mesmo se considerado do ponto de vista financeiro, não pode ser dissociado da razoabilidade da pretensão deduzida, nem da relação com a proporcionalidade-ponderação de valores. Conforme Marçal Justen Filho: [...]”A proporcionalidade relaciona-se com o dever de realizar, do modo mais intenso possível, todos os valores consagrados pelo Ordenamento Jurídico. O princípio da proporcionalidade¹³⁷ impõe, por isso, o dever de ponderar os valores”¹³⁸. Mas, para o Ministro Celso de Mello, o

¹³² Ibid., 2017, p.1064. Grifo do autor.

¹³³ OLSEN, Ana Carolina Lopes, APUD NUNES JUNIOR, op.cit., 1019, p.952.Grifo do autor.

¹³⁴ NOVELINO, Marcelo, op.cit, p.375.

¹³⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A Reserva do Possível e Sua Aplicação**. In: Edição Comemorativa de 30 Anos do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça, 2019, p. 478.

¹³⁶ O Ministro João Otávio de Noronha é o atual Presidente do Superior Tribunal de Justiça.

¹³⁷ O princípio da proporcionalidade – razoabilidade foi positivado pela EC n.45 de 2004.

¹³⁸ JUSTEN FILHO, MARÇAL, APUD BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, op.cit, 2019, p.478.

direito à vida e à saúde tem mais peso que o interesse financeiro do Estado, conforme voto proferido no Agravo Regimental em Recurso Extraordinário n. 271.286-8 (DJ de 24.1.2000)¹³⁹. Muito embora tem-se que reconhecer que a escassez do dinheiro público ou sua má gestão, com desvio de verbas e corrupção, acarretam a falta de recursos e a impossibilidade de realizar os direitos sociais.

Por outro lado, uma solicitação bastante pontual é a de pedido de custeio de tratamento médico no exterior, em casos em que o SUS oferece tratamento similar. Apesar do direito fundamental à saúde, ao realizar este pedido, estar-se-ia ferindo a isonomia e não garantindo o direito à saúde, vide acórdão do TRF 1, n. 111106420114014100, DJe de 11.12.2014. Por isso toda decisão judicial deve guardar proporção direta com a necessidade a ser atendida e deve-se decidir com razoabilidade para não cair em arbitrariedade.¹⁴⁰

Conforme Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, “os princípios da proporcionalidade e da razoabilidade devem sempre servir de critério para a decisão judicial”. Não é razoável, por exemplo, induzir o Estado a fornecer medicamentos experimentais, não aprovados pelas autoridades competentes, como também não é razoável condenar o Estado a fornecer todo medicamento descoberto (novo), nem impor a marca do remédio, se existente outra opção, de menor custo e também eficiente. De outro lado, o Juiz, ao receber uma demanda negada pelo poder público, deve verificar com rigor a prescrição médica, as alegações das entidades públicas sobre a negatividade da prestação, inclusive no tocante ao comprometimento das contas públicas.¹⁴¹

No Brasil, a reserva do possível surgiu num contexto de crescimento elevado dos direitos fundamentais prestacionais, concomitante à falta ou a hipotética falta de recursos do Estado, os quais são finitos, pois dependem dos tributos (impostos, taxas e contribuições) arrecadados para gerar o orçamento público. Os recursos do Estado estão, portanto, vinculados à necessidade de crescimento econômico e desenvolvimento do país. Todavia, mínimo existencial e reserva do possível, como aplicados em nosso país, são desenvolvimentos doutrinários que defendem o retrocesso do direito social baseando-se no

¹³⁹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, op.cit., 2019, p.479.

¹⁴⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, op.cit., 2019, p.486.

¹⁴¹ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.24, jul.2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 12 jul.2019.

argumento de que o Estado não tem recursos suficientes disponíveis. Nesse sentido, a Jurista Ana Paula Barcellos:

[...] a expressão reserva do possível procura identificar o fenômeno econômico da limitação dos recursos disponíveis diante das necessidades quase sempre finitas a serem por eles supridas. No que importa ao estudo aqui empreendido, a reserva do possível significa que, além das discussões jurídicas sobre o que se pode exigir judicialmente do Estado – e, em última análise, da sociedade, já que é esta que o sustenta – é importante lembrar que há um limite de possibilidades materiais para esses direitos.¹⁴²

Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, em artigo escrito em conjunto, citam o pensamento de Jorge Reis Novais, cuja opinião é diversa da doutrina majoritária, isto é, esse autor entende a reserva do possível como um possível mandado de otimização dos direitos fundamentais:

[...] a reserva do possível (antes de atuar como barreira intransponível à efetivação dos direitos fundamentais, importa acrescentar!) deve vigorar como um mandado de otimização dos direitos fundamentais, impondo ao Estado o dever fundamental de, tanto quanto possível, promover as condições ótimas de efetivação da prestação estatal em causa, preservando, além disso, os níveis de realização já atingidos, o que, por sua vez, aponta para a necessidade do reconhecimento de uma proibição do retrocesso, ainda mais naquilo que se está a preservar o mínimo existencial.¹⁴³

Por fim, após estudo sobre o Mínimo Existencial e a Reserva do Possível, pode-se conceber o Princípio da Proibição do Retrocesso como uma criação doutrinária para contrapor-se a estes limitadores de direitos. A vedação do retrocesso, em suma, é a vedação ao legislador de suprimir arbitrariamente a disciplina constitucional ou infraconstitucional de um direito fundamental social. Para Cunha, este é o grande norte conceitual do princípio da proibição do retrocesso social e, em outras palavras, o princípio em pauta se relaciona não

¹⁴² BARCELLOS, Ana Paula, APUD CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida Cunha, 2011.

¹⁴³ NOVAIS, Jorge Reis, APUD SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.24, jul.2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 12 jul.2019.

somente com a efetivação dos direitos sociais, mas também com a defesa da soberania e do Estado.¹⁴⁴

Tratar-se-á, ainda com mais exemplos, neste capítulo, como no capítulo seguinte desse estudo, sobre a judicialização da reserva do possível e do mínimo existencial, postulados reconhecidos pela jurisprudência de Tribunais federais, estaduais e Superiores.

4.2 O direito adquirido na saúde e sua possível judicialização

A Constituição Federal de 1988 prevê, no art.6º e nos arts. 196 a 200, o direito à saúde, universal e igualitário, sendo direito de todos e dever do Estado. Conforme o art.196, in verbis:

A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução de risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação.¹⁴⁵

Segundo Flávia Piovesan¹⁴⁶ é ainda muito reduzido o grau de provocação do Poder Judiciário para demandas relacionadas à implementação dos direitos sociais e econômicos. E são, na sua maioria, de cunho individual e não coletivo. Mas, foram os ganhos judiciais individuais que proporcionaram, em dado momento, uma resposta legislativa como a da Lei 9313 de 13/11/1996 – Distribuição Gratuita de Medicamentos aos Portadores do HIV e Doentes de Aids, cabendo ao SUS (Serviço Único de Saúde), fornecer toda a medicação necessária e a adoção de políticas públicas exemplares.

A jurisprudência brasileira¹⁴⁷ vem, a cada dia, resgatando o princípio da dignidade da pessoa humana na tomada de decisões, em especial na área da saúde. Do repertório jurisdicional brasileiro, temos vários casos que exemplificam o atendimento de necessidades

¹⁴⁴ CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida Cunha, op.cit, 2011.

¹⁴⁵ BRASIL Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 14 set. 2019.

¹⁴⁶ CANOTILHO, J.J. Gomes, CORREIA, Marcos Orione Gonçalves, CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coords), op.cit., p.62-63.

¹⁴⁷ SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit.,2019, p.106-107.

básicas da pessoa do trabalhador ou de sua família, sempre procurando afastar uma possível ou uma já ocorrida violação da dignidade. Um desses casos ocorreu no julgamento do STJ, já citado neste trabalho, com o Recurso Especial nº 560.777-PR (DJ 08.03.2004), relatado pela Ministra Eliana Calmon, do Superior Tribunal de Justiça, no qual foi autorizado o levantamento do saldo do FGTS para fins de aquisição de um aparelho auditivo para a filha menor. Outro exemplo do uso da dignidade da pessoa humana, como fundamento da decisão pela jurisprudência brasileira, ocorreu ao garantir à pessoa idosa, acometida de doença grave, mesmo que condenada à prisão por tráfico de entorpecentes, cumprir a pena em regime domiciliar, isto para condenação em regime fechado, conforme RHC 94358/SC, de 29.04.2008, do relator Min. Celso de Mello. Também a decisão do STF, permitindo o aborto para os casos de anencefalia fetal, é mais um exemplo de como a dignidade humana vem sendo usada como parâmetro de interpretação, vide ADPF54, do Relator Min. Marco Aurélio, julgada em 12.04.2012.

São decisões, em geral, controversas, submetidas a uma série de críticas, ora da doutrina, ora de segmentos da opinião pública. No caso do aborto de feto anencefálico privilegiou-se a dignidade da mãe (pais) e sua autonomia (liberdade) de decisão, em desfavor ao direito à vida do nascituro, bem jurídico-fundamental da vida humana¹⁴⁸. Analisando do ponto de vista do feto, da sua possível vida humana, houve violação de direito fundamental à vida. Na linha de Geddert-Steinacher, Sarlet acredita que, em regra, a violação de um direito fundamental está sempre vinculada com uma ofensa à dignidade da pessoa, e por isso a relação entre a dignidade e os direitos fundamentais é uma relação *sui generis*.¹⁴⁹

Em outro caso no Superior Tribunal de Justiça, no REsp n. 353.147¹⁵⁰, de 18.8.2003, a Segunda Turma determinou a realização do tratamento médico no exterior, por entender que se tratava de direito fundamental à saúde, contrariando a decisão do Ministério da Saúde, que havia indeferido o pedido, nos termos da Portaria n. 763 de 7 de abril de 1994. Apesar de ter havido divergências e julgados em sentido contrário, prevaleceu o entendimento do relator, Ministro Franciulli Netto.¹⁵¹

¹⁴⁸ Ibid., p.129.

¹⁴⁹ Ibid., p.117.

¹⁵⁰ No REsp n.353.147/DF, DJ de 18/8/2003, um portador de retinose pigmentar, doença que afeta os dois olhos e que deixa cego, reitera o pedido de tratamento no exterior, em um centro médico mundial que desenvolvia estudos sobre a doença, por recomendação de médicos nacionais.

¹⁵¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, op.cit., 2019, p.489.

Em 14.4.2008, foi julgado no STF, o Agravo Regimental na Suspensão de Tutela Antecipada 223/PE. Tratava-se de vítima acometida de tetraplegia devido a assalto no Estado de Pernambuco. Para sobreviver, a vítima dependia de sistema de ventilação pulmonar artificial, com a necessidade de implantação de marca-passo diafragmático intramuscular. Como o Estado se negou a realizar, o STF decidiu:

[...] obrigação jurídico-constitucional que se impõe ao Poder Público, inclusive aos Estados-membros da Federação.[...] **A questão da reserva do possível: reconhecimento de sua inaplicabilidade, sempre que a invocação dessa cláusula puder comprometer o núcleo básico que qualifica o mínimo existencial.**¹⁵²

Em 8.4.2016, o STF, no RE n.581.488¹⁵³, analisou o pedido de acesso de paciente a internação pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em condições diferenciadas e com respectivas diferenças pagas pelo paciente. O relator, Ministro Dias Toffoli, vedou esta possibilidade, afirmando que o sistema público de saúde no Brasil, instituído pela Constituição Federal e pela Lei Orgânica da Saúde (Lei n.8.080/1990), está baseado nos princípios da universalidade, integralidade e equidade. Enfim, a cobertura deve ser para o maior número possível de pessoas, deve ser a mais ampla possível e também equânime, observando-se sempre a gama de atividades relacionadas nos arts.200 da Constituição e arts.5º e 6º da lei n. 8.080/1990, porém isso “não significa que o Estado deva fornecer todo tipo de serviço de saúde na forma pretendida pelos cidadãos”.¹⁵⁴

Desde o início do século XXI, em especial com a ADPF nº 45 MC/DF, de 29.04.04, já citada no capítulo anterior, o Relator, Ministro Celso de Mello, em decisão monocrática, confirmou a possibilidade de um controle judicial, em sede de Arguição de Descumprimento - de políticas públicas na seara dos direitos à saúde, em especial, nas prestações ligadas ao direito à vida e à dignidade da pessoa humana.¹⁵⁵

Mas para Flávio Martins, o Poder Judiciário não deve se limitar a “**adjudicar** direitos sociais aos que tiveram o exercício negado pelo Estado, mas também, e principalmente,

¹⁵² NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.969. Grifo do autor.

¹⁵³ No RE N.581.488/RS, DJe de 8/4/2016, uma ação civil pública movida em desfavor da União discutia o acesso de paciente a internação pelo Sistema Único de Saúde (SUS) em acomodações melhores e atendimento por médico selecionado pelo paciente, mediante o pagamento da diferença entre os valores correspondentes.

¹⁵⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça, op.cit., 2019, p.490.

¹⁵⁵ SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., 2019, p.139.

analisar a constitucionalidade das **escolhas trágicas**¹⁵⁶ que ensejaram o déficit social apresentado, máxime quando irrazoáveis e desproporcionais”.¹⁵⁷

Para Ingo Sarlet e Mariana Figueiredo, “cabe ao poder público o ônus da comprovação da falta efetiva dos recursos indispensáveis à satisfação dos direitos a prestações, assim como da eficiente aplicação dos mesmos”. E ao Poder Judiciário cabe, não apenas zelar pela efetivação dos direitos fundamentais sociais, mas agir com cautela e responsabilidade, tanto ao conceder como ao negar um direito subjetivo a determinada prestação social.¹⁵⁸

Enfim, para as supremas cortes, uma falta de recursos financeiros do Estado não se sobrepõe ao dever de garantir direitos correlatos à dignidade da pessoa humana. A sociedade, na democracia, pactua obrigações com o Estado e a concretização de seus direitos é dever do Estado e não um mero favor.

¹⁵⁶ Este termo será melhor detalhado no próximo capítulo

¹⁵⁷ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.997. Grifos do autor.

¹⁵⁸ SARLET, Ingo Wolfgang, FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner, op.cit., 2008.

5 ESCOLHAS POLÍTICAS

5.1 Breve discurso sobre o tema Escolhas Políticas (Trágicas)

Segundo Luís Fernando Sgarbossa, "as escolhas revestem-se de nítido caráter político, eis que os recursos podem ou poderiam ser alocados de diferentes maneiras no caso concreto, segundo as prioridades definidas pelos órgãos com atribuição legal para tanto". A Administração Pública ou os órgãos políticos competentes, fazem, por muitas vezes, alocações de recursos, privilegiando determinados setores com o investimento de recursos que não são escassos, em detrimento de outros, sendo que, a alocação em determinado setor pode implicar o não atendimento de outro setor, de maior necessidade.¹⁵⁹

As escolhas políticas (políticas públicas) recebem o adjetivo trágica em função da alocação de recursos limitados em setores de menor necessidade, diverso do pretendido ou realmente necessário à população. Como já citado, o Estado deve realizar aquilo que está dentro de sua capacidade econômica e a formulação e implementação das políticas públicas são atribuições do Legislativo e do Executivo, cabendo somente a eles, a escolha mais adequada.

Porém, como não há recursos ilimitados, é preciso priorizar e escolher em que o dinheiro público disponível será investido. Nesse sentido, os professores norte-americanos Calabresi e Bobbitt defendem que a "moralidade exerce papel central no processo das escolhas trágicas na alocação dos recursos públicos destinados à satisfação das necessidades da sociedade".¹⁶⁰

Em outras palavras, Ingo Sarlet afirma que:

[...] os princípios da moralidade e eficiência, que direcionam a atuação da administração pública em geral, assumem um papel de destaque nesta discussão, notadamente quando se cuida de administrar a escassez de recursos e otimizar a efetividade dos direitos sociais.¹⁶¹

¹⁵⁹ SGARBOSSA, Luís Fernando, APUD NUNES JUNIOR, op.cit., 2019, p.954.

¹⁶⁰ CALABRESI, Guido; BOBBITT, Philip, APUD NUNES JUNIOR, op.cit., 2019, p.956.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang, APUD NUNES JUNIOR, op.cit., 2019, p.957.

Também, conforme Flávio Martins, “é essencial o controle social e jurisdicional do poder público, no tocante aos princípios da moralidade e eficiência [...], é uma *conditio sine qua non* para minimizar o sofrimento causado pelas escolhas trágicas”. Assim como deve-se controlar o próprio procedimento de alocação dos recursos, objetivando a transparência das decisões, sem violar a separação dos poderes. Importante papel tem também o Ministério Público no controle das políticas públicas, na atuação ou omissão do Estado.¹⁶²

O Judiciário brasileiro, apesar de muito atuante na adjudicação dos direitos sociais, é, por vezes omissivo no controle da (i) moralidade e (im) probidade da Administração Pública. De outro lado, o controle pela sociedade (participação popular no controle das políticas públicas), verdadeiro sentido da democracia, seria aplicável se tivéssemos a maioria da população com acesso à educação de qualidade, formadora de cidadãos cientes de suas responsabilidades e capazes de participar conscientemente do processo democrático. Mas, na ausência de educação básica e de informação, ter-se-á falta de controle pela sociedade da gestão de políticas públicas, podendo gerar marcas desastrosas de corrupção, ineficiência e clientelismo.¹⁶³

Uma escolha política trágica pode causar retrocesso de direito social adquirido, como o ocorrido no caso da revogação do direito previdenciário dos maiores de 60 (sessenta) anos dependentes de um segurado da previdência. Com a revogação do art.16, IV, in fine, da Lei nº 8.231/91, pela Lei nº 9.032/95, retirou-se da proteção do segurado, o dependente maior de 60 (sessenta) anos. Para Luís Roberto Barroso, o legislador revogou uma norma infraconstitucional que regulamentava a norma constitucional programática do art.230 da CF, retirando a efetividade da norma de proteção ao idoso, sem criar mecanismo de substituição ou compensação e retornando a um estado de omissão legislativa. Neste caso, deveria incidir o princípio da vedação de retrocesso social contra a inconstitucionalidade da Lei 9.032/95, revogadora do dispositivo protetor¹⁶⁴. Conforme visto no capítulo II deste trabalho e agora sendo confirmado por Barroso, a proibição do retrocesso social diz respeito especificamente às normas infraconstitucionais que regulamentem direitos fundamentais.

Na jurisprudência do STF, o tema da proibição do retrocesso social foi objeto de pronunciamento da Corte, pela primeira vez, em um voto vencido. Tratava-se da ADIn nº

¹⁶² NUNES JUNIOR, op.cit., p.958.

¹⁶³ Ibid., p.957-962.

¹⁶⁴ BARROSO, Luís Roberto, APUD DERBLI, Felipe, op.cit., p.170.

2.065-DF¹⁶⁵, e o referido voto vencido foi do relator original, Min Sepúlveda Pertence, o qual aplicou o princípio da proibição do retrocesso social, ao admitir expressamente a inconstitucionalidade de uma lei derogatória (Medida Provisória nº 1.999-15, de 2000) de lei anterior (Lei 8.212/91 e lei 8213/91) necessária à eficácia plena de norma constitucional. O art.17 da Medida Provisória nº1.999-15/2000, revogava os artigos 6º e 7º da Lei 8.212/91 e artigos 7º e 8º da Lei 8.213/91, extinguindo o Conselho Nacional de Seguridade Social e os Conselhos Estaduais e Municipais de Previdência Social. Para os autores da Ação, assim como para o Min. Sepúlveda, a Medida Provisória violava o princípio da proibição de retrocesso, na medida em que o art.194, VII da CF (norma constitucional programática) impunha caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social, que era disciplinada nos artigos supracitados das leis 8.212/91 e 8.213/91. A revogação dessa norma infraconstitucional que disciplinava a descentralização administrativa da seguridade acarretou, para estes, o retorno a um estado de omissão legislativa. Mas a maioria do STF, nesta ação, entendeu que a extinção de órgãos da administração é ato normativo de efeitos concretos, não permitindo o controle concentrado de constitucionalidade.¹⁶⁶

Entre 2003 e 2005, o tema da proibição de retrocesso social foi novamente mencionado, agora pelo Pleno do STF, na ADIn nº 3.105-DF¹⁶⁷. A Associação Nacional dos Membros do Ministério Público considerou inconstitucional o art.4º, caput e parágrafo único, da EC nº 41/2003, que instituiu a contribuição previdenciária para os servidores inativos e pensionistas. A decisão da maioria foi pela procedência parcial do pedido. Novamente em voto vencido, o princípio da proibição de retrocesso social foi invocado, nesta ação, pelo Min. Celso de Mello, o qual considerou inconstitucionalidade *in totum* do art.4º e seu parágrafo único da EC nº 41/2003, referindo-se expressamente ao Acórdão de nº 39/84, do Tribunal Constitucional Português, ao abordar a limitação ao próprio poder de reforma da Constituição, vide capítulo 2, p.26 deste trabalho. Segue transcrição de um dos trechos de seu voto:

¹⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065-DF. Relator para o acórdão Min. Maurício Corrêa. Ementa publicada no Diário da Justiça de 04.06.2004. Íntegra disponível em <http://barras.stf.gov.br>, in: DERBLI, Felipe, op.cit., p.186.

¹⁶⁶ DERBLI, Felipe, op.cit., p.186-187.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-DF. Relatora original Min. Ellen Gracie. Relator para o acórdão Min. Cezar Peluso. Ementa publicada no Diário da Justiça de 18.02.2005. Disponível em : <http://www.stf.gov.br>. Acesso em: 08 ago 2019.

Refiro-me, neste passo, ao **princípio da proibição do retrocesso**, que, **em tema de direitos fundamentais** de caráter social, e **uma vez** alcançado determinado nível de concretização de tais prerrogativas (**como estas** reconhecidas e asseguradas, **antes** do advento da EC nº 41/2003, aos inativos e aos pensionistas), **impede que sejam desconstituídas** as conquistas **já alcançadas** pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive [...].¹⁶⁸

Também em 2005, em duas oportunidades houve aplicação do princípio da proibição do retrocesso pela Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais do Mato Grosso do Sul¹⁶⁹. O recurso apreciado havia sido interposto pelo INSS contra decisão favorável dada ao beneficiário, sobre benefício tratado no art.203, V, da CF. O INSS questionava o valor da renda per capita da família para a liberação do benefício assistencial, pois havia lei nova, a Medida Provisória nº 132/2003, que havia reduzido os limites máximos de renda mensal, mitigando o rol de beneficiários. Mas os Juízes Federais conduziram os seus votos da seguinte forma:

[...] Apesar de a Medida Provisória nº 132, de 20 de outubro de 2003, depois transformada na Lei nº 10.836/2003 ter fixado a renda *per capita* no valor de R\$ 100,00¹⁷⁰ (cem reais), tenho que esse patamar não deve ser aplicado. É que a legislação que antecedeu a MP, elevava a renda *per capita* para efeito de obtenção de benefícios sociais, até o patamar de meio salário mínimo. Então, esse é o limite legal a ser considerado em situações da espécie, uma vez que, ao meu sentir, a legislação previdenciária não pode revogar conquistas alcançadas pelos seus beneficiários. Trata-se do princípio supraconstitucional da vedação do retrocesso, indubitavelmente aplicável em matéria de largo alcance social, como no caso. Os avanços civilizatórios não podem transigir.¹⁷¹

O benefício em questão é puramente assistencial, logo prescinde de contrapartida de seu beneficiário e coube aplicação do princípio da proibição do retrocesso para preservar a

¹⁶⁸ DERBLI, Felipe, op.cit., p. 190. Grifo do autor.

¹⁶⁹ BRASIL. Primeira Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Mato Grosso do Sul. Processos nº 2003.60.84.002388-1 e 2003.60.84.002458-7. Relator Juiz Federal Renato Toniasso (ambos). Decisões unânimes. Julgados em 26.04.2004. Disponível em: <http://www.cjf.gov.br>. Acesso em: 09 ago 2019.

¹⁷⁰ Este valor de 100,00 (cem reais), à época, correspondia à 41,66% do salário mínimo.

¹⁷¹ DERBLI, Felipe, op.cit., p.193.

concretização legislativa de um direito fundamental social - o previsto no art.203, V¹⁷², da Constituição, para aqueles que tenham renda per capita de meio salário mínimo.

Antes de avançar em exemplos de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social, é de suma importância observar que, de nada adiantaria preservar uma proibição do retrocesso social ao legislador, em situações de extrema crise econômica financeira, onde o Estado apresente sérios riscos de comprometimento na sua capacidade para suportar a seguridade social. Considerando uma grave crise no regime geral da previdência social, seria certamente adequado uma redução, em nível aceitável, dos benefícios previdenciários, de forma a cumprir o princípio de universalidade de cobertura que a Constituição estipula para a seguridade social em seu art.194, parágrafo único. Em outras palavras, é melhor garantir o pagamento dos benefícios a todos os segurados, mesmo que em percentual menor, do que descumprir norma constitucional de direito social efetivada, por inadimplemento das obrigações do Instituto Nacional de Seguridade Social (INSS).

5.2 A vedação do retrocesso dos direitos sociais adquiridos na saúde e na previdência social.

Na saúde, referindo-se à proibição do retrocesso, além dos vários exemplos já tratados, Sarlet¹⁷³ cita o acórdão proferido no Recurso Especial nº 567.873-MG, relatado pelo Ministro Luis Fux, DJ, de 25.02.2004, cuja decisão de concessão do benefício da isenção do IPI, na aquisição de veículos especiais movidos a **gasolina**, para portadores de deficiência, fundamentou-se na concretização de direitos fundamentais sociais, como também no **princípio da igualdade**, para com os portadores de deficiência, não suprimindo o direito de isenção do IPI aos veículos movidos à gasolina. Desta forma, foi concedido aos portadores de deficiência, proteção às medidas restritivas vindas do legislador no interesse econômico de incentivar a venda de veículos à álcool. Na verdade, neste caso, ocorreu violação ao princípio

¹⁷² Art.203, V, CF/88: “A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos: inciso V- a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei”.

¹⁷³ SARLET, Ingo Wolfgang, op.cit., 2019, p.156-157. Grifo nosso.

da igualdade, incidência de retrocesso não necessariamente na seara dos direitos fundamentais sociais.

Também na previdência social, referindo-se à proibição do retrocesso, além dos exemplos já tratados, nos últimos anos, em especial com a Reforma Trabalhista de 2017, foram muitos os casos de alterações legislativas relacionadas à direitos sociais alcançados pelo trabalhador urbano e rural. Por hora, discutir-se-á apenas possíveis hipóteses de retrocesso sobre o aviso prévio e o fundo de garantia por tempo de serviço, de forma a esclarecer e mostrar possíveis retrocessos sociais e a possibilidade de aplicação do princípio da proibição do retrocesso social.

A norma constitucional que diz respeito ao Aviso Prévio proporcional ao tempo de serviço (direito irrenunciável do trabalhador), de prazo mínimo de trinta dias, está esculpida no art.7º, inciso XXI da Constituição e regulada pelo art.487 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho. A CLT veio concretizar esta norma constitucional, e no art.488, parágrafo único definiu que no prazo dado pelo empregador ao empregado para que ele procure outro emprego, o empregado tem o direito à redução do horário de trabalho em 2 (duas) horas diárias ou o direito de se ausentar do trabalho por 7 (sete) dias corridos, sem perda remuneratória, de forma que possa efetivamente procurar um novo emprego. Este direito, redução de 2 (horas) semanais ou ausência por 7 (sete) dias corridos no cumprimento do aviso prévio, pelo grau de concretização atingido, foi incorporado ao pensamento jurídico comum e enfim, radicado na consciência jurídica geral, passando a ser compreendido como integrante do próprio conteúdo do direito fundamental social ao aviso prévio. Caso uma lei ordinária viesse a revogar o caput do art.488 da CLT e seu parágrafo único, que tratam desta redução do horário de trabalho, sem perda remuneratória, certamente deveria ser considerado um retrocesso do legislador e a lei ordinária deveria ser considerada inconstitucional por retroceder na eficácia da norma constitucional do art.7º, XXI da Constituição.¹⁷⁴

Já a norma constitucional que diz respeito ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS), está prevista no art.7º, inciso III, da Constituição e a Lei nº 8.036 de 11 de maio de 1990 veio concretizar esta norma. Esta lei teve diversas alterações, dentre elas, o aditamento dos incisos XIII e XIV ao art.20, através da Medida Provisória nº 2.164-41, de 24 de agosto de 2001, estabelecendo novas hipóteses em que se permite a movimentação da conta vinculada do trabalhador no Fundo. O inciso XIII veio permitir a movimentação da conta

¹⁷⁴ DERBLI, Felipe, op.cit., p.247-250.

vinculada quando o trabalhador ou qualquer dependente for portador do vírus da síndrome da imunodeficiência adquirida (AIDS/SIDA) e o inciso XIV, quando com doença grave (neoplasia maligna-câncer), ainda que durante o contrato de trabalho. Caso uma lei ordinária viesse a revogar os incisos XIII ou XIV do art.20 da Lei 8.036/90, mesmo esta Lei não apresentando a consolidação e longevidade da CLT, certamente se poderia falar da aplicação do princípio da proibição de retrocesso social como argumento de revogação da lei ordinária, por inconstitucionalidade. Este direito, trazido por uma legislação infraconstitucional, foi rapidamente radicado na consciência jurídica geral por não haver dúvida de que tanto a AIDS quanto o Câncer são doenças de difícil tratamento e estão presentes em grande número no Brasil. Pode-se dizer, por fim, que a possibilidade de levantamento antecipado do FGTS para aquisição de casa própria ou para tratamento de doenças graves como a AIDS e o Câncer tornou-se verdadeira mutação constitucional¹⁷⁵, de forma que atualmente não se vislumbra o FGTS, sem esta sistemática de levantamento.¹⁷⁶

5.3 A vedação do retrocesso dos direitos sociais adquiridos na educação

Para Flávio Martins, “a educação básica, universal, gratuita e de qualidade é inequivocamente um mínimo existencial dos direitos sociais, à luz da teoria rawlsiana”. Para uma vida digna, não basta garantir à pessoa o mínimo para subsistência, é vital garantir os meios para que participe da sociedade como cidadão, conhecedor de seus direitos e liberdades básicos, para que saiba utilizar dos meios legais e políticos para exigir melhorias na sociedade, independentemente de sua classe social. Enfim, este autor considera a educação pública de qualidade, **o mínimo dos mínimos existenciais**, para que haja de fato, igualdade de oportunidades.¹⁷⁷

Também a ONU traz importante apontamento quanto à essencialidade do direito à educação, na Observação Geral n.13, de 1999, do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais:

¹⁷⁵ Mutação Constitucional: mudança informal da Constituição, sem que haja qualquer alteração no seu texto. Atribui novos sentidos a significados anteriores e conteúdos antes não contemplados.

¹⁷⁶ DERBLI, op.cit., p.251-255.

¹⁷⁷ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.989. Grifo nosso.

A educação é um direito humano intrínseco e um meio indispensável de realizar outros direitos humanos. Como direito de âmbito da autonomia da pessoa, a educação é o principal meio que permite a adultos e menores marginalizados econômica e socialmente sair da pobreza e participar plenamente em suas comunidades. A educação desempenha um papel decisivo na emancipação da mulher, a proteção das crianças contra a exploração profissional, o trabalho perigoso e a exploração sexual, a promoção dos direitos humanos e a democracia, a proteção do meio ambiente e o controle do crescimento demográfico [...]¹⁷⁸

Como também a Constituição de 1988, no art. 208, traz o dever do Estado com a educação, verdadeiro reconhecimento do mínimo educacional obrigatório. O inciso I deste artigo, traz o direito à educação fundamental, com base no critério de idade e na gratuidade e no parágrafo 1º, a gratuidade, como direito público subjetivo. No inciso V¹⁷⁹ traz uma norma programática, estendendo a educação aos níveis mais elevados, podendo entender-se aqui, ao nível universitário, o qual é livre à iniciativa privada, desde que esta cumpra as normas gerais da educação nacional (art.209, I, CF/88). Neste sentido, houve aplicação do princípio da proibição do retrocesso nos Tribunais inferiores, especialmente no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vide Ementa:

EMENTA: CIVIL E CONSTITUCIONAL. ENSINO PARTICULAR. DESCONTO DA MENSALIDADE. SEGUNDO FILHO.APLICAÇÃO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO. 1. O art.24 do DL 3.200/41 foi concebido para beneficiar famílias de prole numerosa, garantindo o acesso de todos ao ensino. Repasse do custo às mensalidades (art.205 da CF). Aplicação do texto ao ensino universitário (arts.208, V, e 209, I, da CF). 2. O dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi revogado ou derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior (art.2º da LICC). Manteve-se íntegro no tempo, obediente ao princípio da proibição de retrocesso social defendido por J. J. Canotilho. (A.C. nº 598193845). Apelo improvido.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Ibid., p.990. Grifo do autor.

¹⁷⁹ CF/88, art.208, V: “acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um”.

¹⁸⁰ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Quinta Câmara Cível, Apelação Cível nº 70004480182, Relator Marco Aurélio dos Santos Caminha, julgado em 15.05.2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br>. Consulta em 26.01.2004 in: DERBLI, Felipe, op.cit., p.194.

Mas a apelação em questão não teve aceitação pois referiu-se ao princípio da proibição do retrocesso social como protetor das conquistas sociais e que estas permaneceriam vigentes se as Constituições supervenientes não tratassem até o exaurimento sobre a regulamentação da matéria. E, apesar de citar Canotilho, em defesa da fundamentação, a tese desta apelação é muito diferente da posição do constitucionalista português, como também da posição de muitos outros constitucionalistas brasileiros. Para Luís Roberto Barroso, este é um caso de recepção ou não do direito infraconstitucional anterior, isto é, haverá validade de um dispositivo legal anterior à Constituição, somente quando o dispositivo não for contrário à Constituição superveniente. Logo, recepção do direito infraconstitucional não pode ser confundida com a proibição de retrocesso social.¹⁸¹

É relevante destacar que, além da Constituição trazer os direitos e garantias à educação fundamental, em regras e princípios (art.206), tem-se, no Brasil, a Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB), Lei 9394/96, que define e regulamenta o sistema educacional brasileiro. E o Ministério da Educação (MEC), através do Plano de Desenvolvimento da Educação (PDE), traz princípios e diretrizes para a melhoria da qualidade de ensino no Brasil. O PDE visa atingir as metas do Plano Nacional de Educação (PNE), o qual trabalha em quatro áreas: educação básica, educação superior, educação profissional e alfabetização. Porém não basta ter os parâmetros de qualidade da educação se não se tem controle sobre as políticas públicas para a sua realização.¹⁸²

Entende-se que cabe à Administração Pública o controle das políticas públicas ligadas à educação, mas o Poder Judiciário é também responsável no controle e fiscalização dessas políticas, principalmente para a realização por parte do poder público, do mínimo existencial da educação, como direito fundamental social. Sendo assim, a proibição do retrocesso não se aplica apenas ao legislador, mas inclusive aos órgãos executivos, especialmente na execução das políticas públicas.

Para Flávia Piovesan, assim como na saúde, também na educação, as demandas ao Poder Judiciário são individuais e não coletivas: “Não se discute a qualidade da educação prestada, mas, sobretudo, o acesso à educação e seu alcance”.¹⁸³

¹⁸¹ BARROSO, Luís Roberto, APUD DERBLI, Felipe, op.cit, p.195.

¹⁸² NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.995.

¹⁸³ PIOVESAN, Flávia, **Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos**: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J.J. Gomes; CORREIA, Marcos Orione Gonçalves; CORREIA, Érica Paula Barcha. (Coord), op.cit., p.65.

Nesse sentido, ocorreu nos últimos 40 anos um declínio na qualidade do ensino público, com a perda salarial dos professores e concomitantemente perda no conteúdo de ensino, se contrapondo com o crescimento em número de escolas públicas de ensino básico, que alcançaram distantes povoados do Norte e Nordeste brasileiros principalmente. Chegou-se longe na abertura de novos núcleos básicos de ensino, até mesmo em novos materiais técnicos, mas houve retrocesso na qualidade de material humano de ensino e em seu reconhecimento salarial¹⁸⁴.

É muito comum, por exemplo, estados e municípios, alegarem falta de recursos para a elevação de investimentos em educação pública, ou mesmo, para cumprir a Lei n. 11.738, de 2008, que traz o piso salarial nacional do magistério da educação básica e, ao mesmo tempo, esses estados e municípios são benevolentes na oferta de isenções fiscais para empresas, como forma de atração de investimentos produtivos e de destaque.¹⁸⁵

No Superior Tribunal de Justiça, o relator, Ministro Humberto Martins, analisando o REsp. 1.185.474/SC¹⁸⁶, concluiu que a "priorização dos investimentos na educação infantil, devido a sua essencialidade, não é resultado de opções políticas dos ocupantes momentâneos do cargo de chefe do Poder Executivo, mas sim de imposição da própria Carta Magna"¹⁸⁷. O Estado ao alegar insuficiência de recursos para a efetivação de direitos fundamentais deve demonstrá-la. Não se admite citar a reserva do possível como desculpa para a omissão estatal. Logo, a educação infantil não se submete a reserva do possível. Mesma posição teve o STF no RE n. 436.996/SP. Vê-se, portanto, a judicialização não só na saúde, mas também na educação.

No Agravo Regimental no Recurso Extraordinário 410.715-5/SP, de 22.11.2005, o Superior Tribunal Federal usou a teoria do mínimo existencial para reconhecer a exigibilidade do direito à educação infantil. Assim como, em 24.3.2009, o Ministro Marco Aurélio, na AI 693.785, sobre a educação infantil, decidiu: "conforme preceitua o artigo 208, inciso IV, da

¹⁸⁴ Há 25 anos, com o salário de uma professora do 1º grau era possível se pagar a mensalidade de Faculdade de Medicina particular, como a de Taubaté, município de São Paulo. Hoje, o mesmo salário só conseguiria pagar 40% da mensalidade vigente (ano 2019).

¹⁸⁵ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, *op.cit.*, 2019, p.997.

¹⁸⁶ No REsp 1.185.474/SC, DJe de 29/4/2010, o Município de Criciúma questionava a obrigação imposta pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina de criar vaga em creche, alegando a precariedade do orçamento público e violação das disposições dos arts. 32 e 87 da Lei n. 9.394/1996. Houve divergência entre a 2ª Turma do STJ e a decisão final do relator, a qual manteve a decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, para o qual, o Município foi obrigado à criar vaga em creche, atendendo a necessidade de ensino infantil.

¹⁸⁷ BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, *op.cit.*, 2019, p.489.

Carta federal, consubstancia dever do Estado a educação, garantindo o atendimento em creche e pré-escola às crianças de zero a cinco anos de idade”.¹⁸⁸

Também no Ag.Reg., no Recurso Extraordinário com Agravo, ARE 639.337 AgR/SP, de 23.8.2011, que versa sobre educação infantil, o Supremo Tribunal Federal, citou, na ementa de seu julgado, a cláusula da reserva do possível, o mínimo existencial e as escolhas trágicas, muitas vezes realizadas pelo Poder Público, frente a insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, vide parte da Ementa:

A destinação de recursos públicos, sempre tão drasticamente escassos, faz instaurar situações de conflito, quer com a execução de políticas públicas definidas no texto constitucional, quer, também, com a própria implementação de direitos sociais assegurados pela Constituição da República, daí resultando contextos de antagonismo que impõem, ao Estado, o encargo de superá-los mediante opções por determinados valores, em detrimento de outros igualmente relevantes, compelindo, o Poder Público, em face dessa relação dilemática, causada pela insuficiência de disponibilidade financeira e orçamentária, a proceder a verdadeiras ‘escolhas trágicas’, em decisão governamental cujo parâmetro, fundado na dignidade da pessoa humana, deverá ter em perspectiva a intangibilidade do mínimo existencial, em ordem a conferir a real efetividade às normas programáticas positivadas na própria Lei Fundamental.[...]A cláusula da reserva do possível-que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição-encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana[...]¹⁸⁹

Assim também, no Superior Tribunal de Justiça, em Recurso Especial 200.200.699.966, 2ª Turma, rel. Min. Herman Benjamin, de 24.9.2010, foi decidido que “a violação do direito à educação de crianças e adolescentes mostra-se, em nosso sistema, tão grave e inadmissível como negar-lhes a vida e a saúde”.¹⁹⁰

Por fim, conforme visto, a educação, como direito fundamental social, é responsabilidade do Estado, o qual, através do Poder Executivo, deve atuar na promoção de políticas públicas educacionais. Coexiste, entretanto, a responsabilidade do Poder Judiciário, no controle e fiscalização das políticas públicas educacionais. E, como o direito à educação é

¹⁸⁸ NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves, op.cit., 2019, p.968-969.

¹⁸⁹ Ibid., p.970.

¹⁹⁰ Ibid., p.991.

reconhecido em instrumentos internacionais dos quais o Estado brasileiro faz parte, caso o Judiciário falhe em não proteger possíveis violações, poder-se-á recorrer aos mecanismos internacionais. Além do controle do Poder Judiciário e dos mecanismos internacionais, o art.205 da Constituição traz ainda a ressalva de que: “o controle das políticas públicas relacionadas à educação de qualidade é um dever de toda a sociedade, já que a educação é direito de todos e dever do Estado e da família”.¹⁹¹

Antes de adentrar as considerações finais, é relevante citar a expressiva judicialização de questões políticas e sociais, que alcançaram nos tribunais a decisão final. As Cortes Estaduais, Federais e Superiores, nos últimos anos, mais especificamente à partir da Constituição de 1988, com a constitucionalização do Direito, com o reconhecimento da normatividade aos princípios constitucionais e o aumento da demanda por justiça, tiveram como objeto de pronunciamento, temas diversos, dentre eles, Políticas Públicas (Reforma da Previdência - contribuição dos inativos), Relações entre os Poderes (quebra de sigilos e decretação de prisão), Direitos Fundamentais (permissão do aborto em casos de inviabilidade fetal) e Questões do dia a dia das pessoas (fixação do valor máximo de reajuste de mensalidade de planos de saúde).¹⁹²

¹⁹¹ Ibid., p.998.

¹⁹² BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 22 set.2019.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente a importância dos princípios da isonomia, da solidariedade e fundamentalmente do princípio da dignidade da pessoa humana, seria inconstitucional qualquer retrocesso de direitos fundamentais sociais.

Nos dias de hoje, o Estado Social, aquele visto como instrumento da inclusão social, alicerça expectativas que não mais estão em condições de garantir ou optam, em suas políticas públicas, em investir em autoestradas e aeroportos, em vez de cumprir e aprimorar os serviços públicos de saúde e educação, consagrados na Constituição em regras e princípios explícitos e implícitos.

De outro lado, juristas das mais altas Cortes, têm assumido responsabilidades, proferindo sentenças casuísticas ao liberar medicamentos caríssimos a pacientes selecionados. Na maioria das vezes, pacientes que têm condições de recorrer às Cortes Judiciárias são aqueles que já possuem alto grau de escolaridade e até mesmo situação financeira longe da hipossuficiência. São pessoas que, acometidas de um mal cujo tratamento é além de suas possibilidades, vai à Corte para solicitar o apoio do Estado. Em contrapartida, milhares de indivíduos, pobres ou extremamente pobres, sofrem com a falta de um leito de hospital ou morrem pela demora de um tratamento cirúrgico.

Portanto, para atuar contra as desigualdades sociais e a miserabilidade, o que se deveria buscar, através de políticas públicas eficazes, seria atingir ao menos o mínimo existencial social, um mínimo de qualidade de vida, de vida com dignidade, educação e cultura, sem perder a liberdade como indivíduo e a autoestima perante a sociedade, pois a pobreza extrema não se limita à privação do mínimo existencial, se manifesta pela perda da autoestima, pelo sentimento de exclusão social.

Como bem explica Felipe Derbli, se a efetivação dos direitos sociais depende da disponibilidade de recursos financeiros do Estado e da fixação de prioridades políticas, a concepção de retrocesso social é uma questão governamental que não pode se resumir a uma ideologia ou a um programa socializante de governo, pois a Constituição de 1988, é compromissória e consagra o pluralismo político como um de seus princípios fundamentais.

Um projeto constitucional de realização da justiça social deve ser um processo permanente e progressivo e não um plano político progressista ou socializante.

Para os opositores deste princípio, representa inaceitável constitucionalização do direito legal, afirmar que o legislador não pode retroceder na concretização dos direitos fundamentais sociais, seria o mesmo que admitir que essa concretização pode operar verdadeira mutação constitucional, operada pelo legislador ordinário. Em contrapartida, negar a existência deste Princípio, seria o mesmo que admitir uma ampla liberdade de conformação do legislador e equiparar o mesmo ao Constituinte (Poder Constituinte Originário), deixando-o escolher as imposições constitucionais a cumprir.

Enfim, toda decisão relacionada à retrocesso de direito social deve ser baseada na razoabilidade - proporcionalidade, e ao se aplicar a reserva do possível, não se pode limitar apenas ao sentido orçamentário, principalmente quando se tratar de direitos fundamentais num país rico, como o Brasil, mas com população extremamente necessitada e péssima gestão financeira. Muitas vezes se usa da reserva do possível como desculpa genérica para a omissão estatal na prestação de cunho social e também como argumento impeditivo de intervenção judicial, escusas para uma má administração.

A reserva do possível não pode impedir a realização dos direitos sociais. Em verdade, tudo seria questão de vontade política e conseqüentemente de escolhas políticas voltadas à efetivação dos direitos fundamentais sociais e não à interesses comerciais, políticos ou particulares. A redução da pobreza e das desigualdades sociais, pouco tem a ver com recursos financeiros, está diretamente associada a políticas públicas eficazes, implementadas pelos órgãos competentes, dentro da moralidade e eficiência fundamentais.

Ocorre, porém, que a falta destes princípios na gestão pública, acarreta a falta de efetividade dos direitos fundamentais sociais, restando um grande desafio para a sociedade e para o Poder Judiciário mudar esta história.

Diante do exposto, conclui-se que o princípio da proibição do retrocesso social tem como grande norte conceitual contrapor-se ao mínimo existencial (básico) e à reserva do possível (fraudulenta), criações doutrinárias vistas como abertura para o retrocesso social, e almeja a manutenção dos direitos sociais adquiridos, como também a sua evolução social, de forma a proporcionar e garantir vida digna a todo cidadão.

REFERÊNCIAS

- BARROSO, Luís Roberto. **Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo**. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- _____. **Neoconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito** (O Triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil). Disponível em: <https://www.luisrobertobarroso.com.br/wpcontent/themes/LRB/pdf/neoconstitucionalismo_e_constitucionalizacao_do_direito_pt.pdf>. Acesso em: 23 set.2019.
- BIELSCHOWSKY, Raoni Macedo. Notas sobre a Jusfundamentalidade: ou apontamentos sobre o problema de todo direito ser considerado fundamental. **Revista de informação legislativa**. RIL, v.52, n.208, p. 81-100, out. /dez.2015. Disponível em:<<http://www2.senado.leg.br/bdsf/handle/id/517699>>. Acesso em: 31 jul.2019.
- BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 10 set. 2019.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **A Reserva do Possível e Sua Aplicação**. In: Edição Comemorativa de 30 Anos do Superior Tribunal de Justiça. Brasília: Superior Tribunal de Justiça,2019.
- CANOTILHO, J.J. G; CORREIA, M. O. G.; CORREIA, E. P. B (COORD). **Direitos Fundamentais Sociais**. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.
- CUNHA, Jarbas Ricardo Almeida Cunha. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social como Norte para o Desenvolvimento do Direito à Saúde no Brasil**. 2011. Disponível em:<<http://www.ipea.gov.br/code2011/chamada2011/pdf/area8/area8-artigo.pdf>>. Acesso em 8 set. 2018.
- DERBLI, Felipe. **O Princípio da Proibição de Retrocesso Social na Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 7.ed. Salvador: Juspodivm,2015.
- GUEDES, Néviton. **Princípio da proibição da insuficiência deve ser aplicado aos direitos sociais**. 2015. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2015-jun-15/constituicao-poder-proibicao-insuficiencia-aplicado-aos-direitos-sociais>>. Acesso em: 18 set. 2019.
- LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. Do Efeito Cliquet ou Princípio da Vedação de Retrocesso. **Portal Jurídico Investidura**, Florianópolis, 24 maio 2009. Disponível em: <<http://investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3583-do-efeito-cliquet-ou-principio-da-vedacao-de-retrocesso>>. Acesso em: 7 set. 2018.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de Direito Constitucional**. 10.ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

NASCIMENTO, Suélen Pereira Coutinho do. **Mínimo existencial x Reserva do possível**.2012.Disponível em<<https://drasuelenpereira.jusbrasil.com.br/artigos/359772717/mínimo-existencial-x-reserva-do-possível>>. Acesso em: 7 set. 2018.

NOVELINO, Marcelo. **Direito Constitucional**. 2. ed. São Paulo: Método, 2008.

NUNES JUNIOR, Flávio M. Alves. **Curso de Direito Constitucional**. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

_____. _____.3. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ROMANO, Pedro. **Portugal, um país de crise em crise**. 5 jul. 2017. Disponível em:<<https://fronteirasxxi.pt/Portugal-um-país-de-crise-em-crise/>>. Acesso em: 1 ago. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 8.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2007.

_____. **Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. 10.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado,2019.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n.24, jul.2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/Edicao024/ingo_mariana.html>. Acesso em: 12 jul.2019.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial e os direitos fundamentais. **Revista Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v.177, p.29-49, jul.1989. Disponível em:<<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/46113>>. Acesso em: 12 jul.2019.