XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

JONATHAN BARROS VITA

VALÉRIA SILVA GALDINO CARDIN

LUCAS GONÇALVES DA SILVA

Copyright © 2015 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

Diretoria – Conpedi
Presidente - Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa – UFRN
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior - UFRGS
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM
Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcílio Pompeu - UNIFOR
Vice-presidente Norte/Centro - Profa. Dra. Julia Maurmann Ximenes - IDP
Secretário Executivo -Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC
Secretário Adjunto - Prof. Dr. Felipe Chiarello de Souza Pinto – Mackenzie

Conselho Fiscal
Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG /PUC PR
Prof. Dr. Roberto Correia da Silva Gomes Caldas - PUC SP
Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini Sanches - UNINOVE
Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS (suplente)
Prof. Dr. Paulo Roberto Lyrio Pimenta - UFBA (suplente)

Representante Discente - Mestrando Caio Augusto Souza Lara - UFMG (titular)

Secretarias
Diretor de Informática - Prof. Dr. Aires José Rover – UFSC
Diretor de Relações com a Graduação - Prof. Dr. Alexandre Walmott Borgs – UFU
Diretor de Relações Internacionais - Prof. Dr. Antonio Carlos Diniz Murta - FUMEC
Diretora de Apoio Institucional - Profa. Dra. Clerilei Aparecida Bier - UDESC
Diretor de Educação Jurídica - Prof. Dr. Eid Badr - UEA / ESBAM / OAB-AM
Diretoras de Eventos - Profa. Dra. Valesca Raizer Borges Moschen – UFES e Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - UNICURITIBA
Diretor de Apoio Interinstitucional - Prof. Dr. Vladmir Oliveira da Silveira – UNINOVE

D598

Direitos fundamentais [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/UFS;
Coordenadores: Lucas Gonçalves Da Silva, Jonathan Barros Vita, Valéria Silva Galdino Cardin– Florianópolis: CONPEDI, 2015.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-85-5505-051-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Brasil – Encontros. 2. Direito fundamentais. I. Encontro Nacional do CONPEDI/UFS (24. : 2015 : Aracaju, SE).

CDU: 34

CONPEDI
Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

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

XXIV ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI - UFS

DIREITOS FUNDAMENTAIS

Apresentação

O XXIV Encontro Nacional do CONPEDI Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito em parceria com o Programa Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Sergipe UFS, ocorreu em Aracaju entre os dias 03 e 06 de junho de 2015 e teve como tema central DIREITO, CONSTITUIÇÃO E CIDADANIA: contribuições para os objetivos de desenvolvimento do Milênio.

Dentre as diversas atividades acadêmicas empreendidas neste evento, tem-se os grupos de trabalho temáticos que produzem obras agregadas sob o tema comum do mesmo.

Neste sentido, para operacionalizar tal modelo, os coordenadores dos GTs são os responsáveis pela organização dos trabalhos em blocos temáticos, dando coerência à produção e estabelecendo um fio condutor evolutivo para os mesmos.

No caso concreto, assim aconteceu com o GT DIREITOS FUNDAMENTAIS. Coordenado pelos professores Jonathan Barros Vita, Lucas Gonçalves da Silva e Valéria Galdino Cardin, o referido GT foi palco da discussão de trabalhos que ora são publicados no presente e-book, tendo como fundamento textos apresentados que lidam com diversas facetas deste objeto fundamental de estudos para a doutrina contemporânea brasileira.

Como divisões possíveis deste tema, na doutrina constitucional, o tema dos direitos fundamentais tem merecido também a maior atenção de muitos pesquisadores, que notadamente se posicionam em três planos: teoria dos direitos fundamentais, direitos fundamentais e garantias fundamentais, ambos em espécie.

Logo, as discussões doutrinárias trazidas nas apresentações e debates orais representaram atividades de pesquisa e de diálogos armados por atores da comunidade acadêmica, de diversas instituições (públicas e privadas) que representam o Brasil em todas as latitudes e longitudes, muitas vezes com aplicação das teorias mencionadas à problemas empíricos, perfazendo uma forma empírico-dialética de pesquisa.

Como o ato de classificar depende apenas da forma de olhar o objeto, a partir da ordem de apresentação dos trabalhos no GT (critério de ordenação utilizado na lista que segue), vários grupos de artigos poderiam ser criados, como aqueles que lidam com: questões de raça,

religião e gênero (8, 10, 12, 13, 15, 24 e 27), concretização de direitos fundamentais (1, 5, 9, 11, 16, 18, 19 e 22), liberdade de expressão e reunião (3, 6, 17 e 25), teoria geral dos direitos fundamentais (7, 14) e temas multidisciplinares que ligam os direitos fundamentais a outros direitos (2, 4, 20, 21, 23, 26 e 28)

1. A inclusão nos mecanismos de produção de riqueza face à relativização do princípio da igualdade pelos programas de transferência de renda, de Rogério Piccino Braga

2. Benefícios da clonagem terapêutica e as células-tronco embrionárias frente ao princípio da dignidade humana no ordenamento jurídico brasileiro, de Janaína Reckziegel e Luiz Henrique Maisonnett

3. As teses revisionistas e os limites à restrição da liberdade de expressão, de Rodrigo De Souza Costa e Raisa Duarte Da Silva Ribeiro

4. A inviolabilidade do domicílio no curso da fiscalização tributária, de Pedro Cesar Ivo Trindade Mello

5. Acessibilidade: um direito fundamental da pessoa com deficiência e um dever do poder público, de Flavia Piva Almeida Leite e Jeferson Moreira de Carvalho

6. Biografias não autorizadas e o direito à privacidade na sociedade da informação, de Narciso Leandro Xavier Baez e Eraldo Concenço

7. O princípio da igualdade e suas dimensões: a igualdade formal e material à luz da obra de Pérez Luño, de Giovanna Paola Batista de Britto Lyra Moura

8. Intolerância contra as religiões de matriz africana: uma análise sobre colisão de direitos através de casos judiciais emblemáticos, de Ilzver de Matos Oliveira e Kellen Josephine Muniz De Lima

9. A criança e o adolescente e os direitos fundamentais - o papel das mídias sociais e das TICs sob o prisma do princípio da proteção integral e da fraternidade, de Bruno Mello Corrêa de Barros e Daniela Richter

10. Laicidade e símbolos religiosos no brasil: em defesa da liberdade religiosa e do estado democrático de direito, de Eder Bomfim Rodrigues

11. O serviço público adequado e a cláusula de proibição de retrocesso social, de Paulo Ricardo Schier e Adriana da Costa Ricardo Schier

12. Sobre a dominação masculina (re)produzida na publicidade: reações da sociedade vistas a partir de denúncias ao CONAR, de Helio Feltes Filho e Taysa Schiocchet

13. É para rir? A atuação do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro nos casos envolvendo liberdade de expressão e racismo nos discursos humorísticos, de Caitlin Mulholland e Thula Rafaela de Oliveira Pires

14. O poder judiciário, a constituição e os direitos fundamentais: ativismo judicial no STF pela crítica de Antônio José Avelãs Nunes, de Tassiana Moura de Oliveira e Ana Paula Da Silva Azevêdo

15. Mudança de sexo e a proteção dos interesses de terceiros, de Kelly Cristina Presotto e Riva Sobrado De Freitas

16. Os custos dos direitos fundamentais e o direito prestacional/fundamental à saúde, de Rubia Carla Goedert

17. Democracia na era da internet, tática black bloc e direito de reunião, de Gilton Batista Brito e Lucas Gonçalves Da Silva

18. A pessoa com espectro autista e o direito à educação inclusiva, de Carolina Valença Ferraz e Glauber Salomao Leite

19. A problemática dos custos no campo de execução dos direitos fundamentais: alternativas e soluções para o cumprimento do mínimo existencial, de Diogo Oliveira Muniz Caldas

20. Direitos fundamentais: questões de princípios entre o viver e o morrer, de Robson Antão De Medeiros e Gilvânklim Marques De Lima

21. A Amazônia e o paradoxo das águas: (re)pensando a gestão hídrica urbana, de Jefferson Rodrigues de Quadros e Silvia Helena Antunes dos Santos

22. Beneficio constitucional de prestação continuada: o recente posicionamento do Supremo Tribunal Federal sobre o critério da renda per capita à luz da efetividade, de Benedito Cerezzo Pereira Filho e Luiz Fernando Molan Gaban

23. Os "mortos" civilmente: aspectos políticos e jurídicos acerca da invisibilidade do preso provisório em um estado democrático de direito, de Samyle Regina Matos Oliveira e Edinilson Donisete Machado

24. As mulheres no mercado de trabalho: desmistificando a igualdade entre os gêneros, de Deisemara Turatti Langoski e Olga Maria B Aguiar De Oliveira

25. Os limites entre a liberdade de expressão e o discurso de ódio: uma análise sobre o caso dos supostos justiceiros , de Rafael Santos de Oliveira e Claudete Magda Calderan Caldas

26. Tráfico de pessoas para retirada ilegal de órgãos: um crime degradante contra o ser humano, de Fernando Baleira Leão De Oliveira Queiroz e Meire Marcia Paiva

27. O desafio da igualdade: casos de intolerância religiosa na contemporaneidade e a eficácia horizontal dos direitos fundamentais, de Jose Lucas Santos Carvalho

28. O cadastro ambiental rural como direito à informação e o sigilo de dados, de Luciana Costa da Fonseca e Danielle Fonseca Silva

Finalmente, deixa-se claro que os trabalhos apresentados no GT DIREITOS FUNDAMENTAIS, acima relatados, foram contemplados na presente publicação, uma verdadeira contribuição para a promoção e o incentivo da pesquisa jurídica no Brasil, consolidando o CONPEDI, cada vez mais, como um ótimo espaço para discussão e apresentação das pesquisas desenvolvidas nos ambientes acadêmicos das pós-graduações.

Desejamos boa leitura a todos.

Prof. Dr. Jonathan Barros Vita - Unimar

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS

Profa. Dra. Valéria Galdino Cardin - Unicesumar

O SERVIÇO PÚBLICO ADEQUADO E A CLÁUSULA DE PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

THE SUITABLE PUBLIC SERVICE AND THE PROHIBITING CLAUSE OF SOCIAL RETROCESSION (RATCHET EFFECT)

Adriana da Costa Ricardo Schier
Paulo Ricardo Schier

Resumo

O objetivo central do estudo é demonstrar que na perspectiva de uma constitucionalização adequada do Direito Administrativo não apenas o serviço público deve ser considerado um direito fundamental, mas também o regime jurídico de sua prestação. Neste sentido defende-se que o regime jurídico do serviço público definido no art. 6º, § 1º, da Lei n.º 8.987/95 é uma garantia que, a despeito de possuir delineamento infraconstitucional, apresenta-se como direito fundamental e, logo, este regime é protegido como cláusula pétrea e, portanto, em relação a ele, atendidos alguns pressupostos, incide a cláusula de proibição de retrocesso social de modo a estar protegido em face de legislação corrosiva futura. Os pressupostos de incidência da vedação de retrocesso social no campo do regime jurídico do serviço público seriam: (i) existência de consenso em relação à relevância do conteúdo disciplinado através da lei, (ii) que a legislação esteja a densificar um direito fundamental e (iii) que a legislação futura, ao revogar a vigente, venha a atingir o núcleo essencial do direito afetado.

Palavras-chave: Serviço público, Regime jurídico do serviço público, Proibição de retrocesso social, Mínimo existencial.

Abstract/Resumen/Résumé

The main purpose of this work is demonstrate that, in the perspective of an adequate constitutionalization of Administrative Law, not only the Public Service must be consider as a fundamental right, but also the juridical regime for its application. In this sense, it is established that the juridical regime of the public service at the 6th article, 1st §, Law n° 8.987 /95 is a guarantee that, despite it possesses "infraconstitutional" design, it is presented as fundamental right and since it is, this regime is protect as an irrevocable cause, therefore, in its relation, and once some presupposed points being responded, it claims the prohibiting clause of social retrogression in a way to protect it from a rusty legislation in the future. The pressupose of an incidence of a social retroceding lock in the juridical field on public service would be: (i) the existence of a consensus related to the pertinence of the disciplined purport through the law, (ii) the legislation could be in the way to densify a fundamental right and (iii) that the future legislation, revoking the actual, come to hit the hub of the affected right.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Public service, Juridical regime of the public service, Prohibiting clause of social retrocession, Existencial minimum (existencial standard)

Introdução

O processo de constitucionalização do Direito Administrativo tem proporcionado inúmeros avanços no que tange com a construção de uma dogmática publicista democrática e emancipatória (SCHIER, 2014, p. 45). E neste processo, desde algum tempo, já se reconhece o *status* de fundamentalidade formal e material (ALEXY, 2003, p. 21) ao serviço público - direito fundamental ao serviço público como garantia fundamental (SCHIER, A., 2014, p. 189).

O objetivo central do presente estudo é demonstrar que, na perspectiva de uma constitucionalização adequada do Direito Administrativo (SCHIER, 2009, p. 809), não apenas o serviço público deve ser considerado um direito fundamental mas, igualmente, o regime jurídico de sua prestação. Nesta esteira sustenta-se que o regime jurídico do serviço público definido no art. 6º, § 1º, da Lei n.º 8.987/95 é uma garantia que, a despeito de possuir delineamento legal (infraconstitucional), apresenta-se como direito fundamental e, logo, este regime é protegido como cláusula pétrea e, portanto, em relação a ele, atendidos alguns pressupostos, incide a cláusula de proibição de retrocesso social de modo a estar protegido em face de legislação corrosiva futura.

A defesa desta tese pressupõe, destarte, a possibilidade de existência de direitos fundamentais com assento legal ou, pelo menos, que a proteção de determinadas dimensões das cláusulas pétreas se projetam para o plano das leis.

I. A vedação de retrocesso social

Na esfera do Direito Constitucional entende-se por retrocesso social a negativa de conquistas sociais consagradas pela legislação infraconstitucional por meio de sua revogação[1]. Acredita-se que as leis cujos conteúdos densificam as normas constitucionais de direitos fundamentais ampliam a eficácia de tais direitos, permitindo a sua máxima efetividade. E nesta seara, uma eventual legislação futura que venha a rever de forma muito restritiva ou até mesmo que venha a revogar políticas públicas ampliativas de direitos fundamentais pode

[1] Em uma perspectiva mais restrita, Felipe Derbli (2007, p. 494) assevera que "o retrocesso social se traduz no descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, traduzido na violação do dever jurídico concreto de editar as leis que regulamentam as normas constitucionais definidoras de direitos sociais". Ou, ainda, "quando for suprimida a concretização legal de uma garantia institucional".

representar um retrocesso ilegítimo, violador de cláusula pétrea. E então, passa-se a sustentar a inconstitucionalidade do retrocesso social.

A ideia de vedação do retrocesso populariza-se no cenário nacional com a promulgação da Constituição Federal de 1988, notadamente em face das inúmeras normas constitucionais que ampliam o catálogo de direitos fundamentais de cunho econômico e social[2] mediante normas de eficácia limitada.[3] O constituinte de 1988 conferiu ao legislador infraconstitucional a deferência para explicitar o conteúdo dessas normas, visando, em último plano, a promoção da justiça social. A regulamentação dos direitos sociais, vinculada à sua concretização no plano da realidade, estará protegida contra a ação do legislador futuro, de maneira que não seja possível retroceder nas conquistas já asseguradas.

A preocupação, portanto, decorre da busca pela máxima efetividade das normas consagradoras de direitos fundamentais, principalmente aquelas de cunho social, efetividade que se aperfeiçoa mediante atividade integradora do legislador ordinário através da prestação de serviços públicos e implantação de políticas públicas.

Da aplicação da cláusula de proibição de retrocesso entende-se que o conteúdo das leis que concretizam tais direitos não poderá ser validamente revogado sem substitutivos compensatórios. E, por via de consequência, "não se poderá admitir que o legislador venha a reduzir, ao menos de forma arbitrária ou desproporcional, o patamar de desenvolvimento infraconstitucional de um direito fundamental social." (DERBLI, 2007, p. 434). Com isso, compreende-se que as leis que regulamentam os direitos fundamentais criam direitos subjetivos na exata dimensão estabelecida pelo legislador, dimensão esta protegida contra qualquer redução arbitrária (DERBLI, 2007, p. 434). Veja-se que a proibição de retrocesso atua como complemento capaz de aperfeiçoar o sistema de proteção dos direitos fundamentais.

Conforme já exposto, tais direitos, em sua dimensão objetiva, consagram os valores essenciais de uma sociedade e impõem, com isso, a sua irradiação para os demais campos do Direito (SARMENTO, 2004, p. 371). Assim, não só se caracterizam como direitos públicos

[2] Entende-se que a positivação dos direitos sociais "representa o principal mecanismo de vinculação do legislador ao programa de transformação social contido na Constituição de 1988. Em outras palavras, o compromisso constitucional brasileiro de busca da justiça social reconheceu a jusfundamentalidade dos direitos sociais, gravando-os com a cláusula de irrevogabilidade do art. 60, § 4º, inciso IV." (DERBLI, 2007, p. 440).

[3] Sobre a classificação das normas quanto à sua aplicabilidade e eficácia ver, na doutrina nacional, o célebre trabalho de José Afonso da Silva (1998).

subjetivos, mas também vinculam e influenciam as relações jurídicas travadas no âmbito do ordenamento (SARMENTO, 2004, p. 371). Dentro daquele sistema de proteção, desfrutam de especial cuidado em face de eventuais alterações legislativas posteriores, por força do manto da cláusula pétrea. Ainda, por determinação expressa da Constituição, têm assegurada sua efetividade, impondo-se ao legislador o dever de assegurar as devidas prestações. E, para completar tal quadro protetivo, apresenta-se a cláusula de proibição de retrocesso social, que impede o retorno a uma situação de omissão inconstitucional.[4]

Nesse sentido, entende-se que "não basta que o legislador tenha competência para minudenciar o conteúdo das normas constitucionais que definem direitos sociais se, posteriormente, puder eliminar, pura e simplesmente, a regulamentação efetuada, recriando uma indesejável situação de vácuo normativo" (DERBLI, 2007, p. 434).

A cláusula de vedação do retrocesso visa ampliar o alcance da segurança jurídica[5] e da proteção da confiança,[6] fornecendo subsídios para que os cidadãos possam confiar nas instituições e, ainda, usufruir de certa estabilidade diante do ordenamento (SARLET, 2004, p. 441). Tal construção só parece possível no ambiente do Estado Democrático de Direito.

Em um sentido amplo, então, a proibição de retrocesso social pode ser identificada, nos diversos ordenamentos contemporâneos, pela proteção conferida aos institutos que se voltam a proteger um determinado direito, ou situação jurídica, diante de medidas retroativas ou corrosivas. É o caso do direito adquirido, do ato jurídico perfeito, da coisa julgada e das limitações constitucionais quanto à restrição, direta ou tendencial, de direitos fundamentais (SARLET, 2004, p. 443).

Há casos, entretanto, em que se faz necessária a proteção contra medidas retrocessivas, que não são propriamente retroativas – porque não alcançam posições jurídicas consolidadas –, mas que implicam a diminuição do patrimônio jurídico dos cidadãos. É esse o sentido restrito da cláusula em estudo.

---

[4] "Vale dizer: é ilegítimo o retorno a uma situação de omissão inconstitucional, após ter havido a regulamentação do direito." (BARROSO, 2007, p. 8).

[5] Na linha da doutrina alemã, Ingo Wolfgang Sarlet considera a segurança jurídica como elemento do Estado de Direito, podendo ser compreendida como subprincípio concretizador de tal princípio. (SARLET, 2004, p. 440).

[6] "(...) impõe ao poder público – inclusive (mas não exclusivamente) como exigência da boa-fé nas relações com os particulares – o respeito pela confiança depositada pelos indivíduos em relação a uma certa estabilidade e continuidade da ordem jurídica como um todo e das relações jurídicas especificamente." (SARLET, 2004, p. 456).

Para Luís Roberto Barroso (2001, p. 158) a lei, ao regulamentar um dispositivo constitucional, institui determinado direito que se "incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser absolutamente suprimido". Pretende-se, com a proibição do retrocesso, que seja mantido o nível de proteção social já consagrado, preservando as conquistas de modo a impedir a "frustração da efetividade constitucional" (SARLET, 2004, 456).

Na Alemanha, o Tribunal Constitucional Federal atribui à proibição a natureza de princípio decorrente do direito fundamental à propriedade.[7] Admite-se, assim, que as condições materiais mínimas para uma vida com dignidade integram o patrimônio dos cidadãos, especialmente protegido no ordenamento jurídico (SCHULTE, 2003, p. 307).

Bernd Schulte (2003, p. 311) esclarece que a proibição do retrocesso social decorre, em seu país, da interpretação sistemática do princípio da retroatividade das leis conjugado com o mandamento da proteção da confiança. Sustenta o autor que os direitos subjetivos públicos a prestações sociais, incluindo as expectativas de direitos, contarão, sob determinados pressupostos, com aquilo que o autor denomina de "blindagem das garantias do Estado Social" (SCHULTE, 2003, p. 311),[8] abrangidos pelo âmbito de proteção do art. 14, da Lei Fundamental, que trata do direito de propriedade.

A incidência de tal princípio, contudo, de acordo com os precedentes do Tribunal Constitucional Alemão, será restrita e só caberá se: (i) houver correspondência entre a prestação social e a contraprestação de seu titular; (ii) tratar de posição jurídica de fruição do próprio titular; (iii) a fruição do direito permitir a existência de seu titular (SARLET, 2004, p. 135).[9]

Diante de tais requisitos, constata-se que, no âmbito do direito germânico, não estão protegidas pelo princípio da vedação do retrocesso as hipóteses em que a prestação jusfundamental decorre da solidariedade social, como sucede com aquelas que são diretamente financiadas pelos impostos (SCHULTE, 2003, p. 323).

---

[7] "direitos subjetivos a prestações sociais também constituem 'propriedade' no sentido constitucional, com a conseqüência de gozarem da correspondente tutela jusfundamental." (SCHULTE, 2003, p. 322).

[8] Felipe Derbli chama atenção para o fato de que na Alemanha faz-se referência ao art. 14, da LF, que se reporta ao direito de propriedade, porque a Constituição Alemã não consagra direitos fundamentais sociais, "pelo que tratou a jurisprudência de procurar outras formas de proteção, em esfera constitucional, dos direitos sociais previstos em sede de lei." (DERBLI, 2007, p. 466).

[9] No mesmo sentido Bernd Schulte (2003, p. 322).

Tal concepção não serve, portanto, aos propósitos da tese aqui sustentada. Isto porque, pretende-se a aplicação da proibição de retrocesso social na regulamentação infraconstitucional dos serviços públicos, os quais, por vezes, serão subsidiados – integral ou parcialmente – mediante financiamento público (impostos).

Sob pressupostos menos rígidos, Portugal trata da proibição do retrocesso social. Cite-se o Acórdão 39, de 11 de abril 1984, paradigmático em tal país. Nessa ocasião, o Tribunal Constitucional, com base no voto do Ministro Vital Moreira, determinou a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social como fundamento para declarar a inconstitucionalidade do art. 17º, do Decreto n.º 254/82, por estabelecer a substituição do Sistema Nacional de Saúde por administrações regionais.

A partir de tal julgado, a doutrina portuguesa também vem tratando da matéria, atribuindo a natureza de princípio à cláusula de proibição de retrocesso social. De acordo com J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 338-9) "os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo."

Jorge Miranda (1997, p. 397) e José Carlos Vieira de Andrade (1998, p. 391) trazem igualmente que o princípio da proibição de retrocesso encontra sua justificativa na proteção da confiança dos cidadãos e do núcleo essencial dos direitos sociais.

A natureza de princípio constitucional fundamental implícito à proibição de retrocesso também é reconhecida no Brasil. Para Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 459), tal preceito decorre tanto do princípio do Estado de Direito quanto do Estado Social. Já Felipe Derbli sustenta que se trata de princípio implícito de caráter retrospectivo, "na medida em que se propõe a preservar um estado de coisas já conquistado contra a sua restrição ou supressão arbitrária." (2007, p. 464). Luís Roberto Barroso (2001, p. 158), de igual maneira, sustenta tratar-se a vedação de retrocesso de princípio constitucional implícito, que impede a supressão arbitrária de um direito instituído por lei.

Ressalte-se a importância de Ana Paula de Barcellos (2002, p. 70) que discorda dos autores antes citados no que tange à natureza jurídica atribuída à proibição de retrocesso. Para ela, tal vedação consiste uma modalidade de eficácia jurídica das normas constitucionais, notadamente dos princípios. Em outro texto, escrito em parceria com Luís Roberto Barroso

(2003, p. 370), conclui a autora que a proibição do retrocesso importa em invalidade de norma que, a pretexto de regulamentar direitos fundamentais, anule ou restrinja o âmbito de proteção já conferido por lei anterior, nos casos em que a nova lei não "seja acompanhada de uma política substitutiva ou equivalente" (BARCELLOS; BARROSO, 2003, p. 370).

Assumida como princípio, a vedação do retrocesso social terá como núcleo essencial a proibição de que o legislador infraconstitucional revogue lei que, ao densificar direitos fundamentais, tenha criado, para os cidadãos, situações de vantagem capazes de garantir a máxima efetividade das normas constitucionais. Almeja-se, com tal princípio, nas palavras de Felipe Derbli (2007, p. 470), criar "a obrigatoriedade da observância, pelo legislador, do grau de concretização infraconstitucional dos direitos fundamentais sociais, de modo a que não se retorne, pela via comissiva, a um grau anterior de ausência inconstitucional da legislação regulamentadora".

Destarte, na linha do que se vem argumentando, percebe-se que a vedação de retrocesso social ingressou, de forma ampliada, não apenas nas discussões acadêmicas como encontra plena compatibilidade com o sistema constitucional brasileiro. A partir deste pressuposto, resta, ainda, a necessidade de enfrentar duas questões relevantes: (a) a espécie de direitos fundamentais cuja regulamentação infraconstitucional poderá ser protegida pelo princípio da proibição do retrocesso e (b) as hipóteses em que tal princípio incidirá.

II. Amplitude da vedação do retrocesso social

Quanto ao primeiro aspecto, note-se que há alguma divergência na doutrina nacional. Ingo Wolfgang Sarlet (2004, p. 459), Ana Paula de Barcellos (2002, p. 70) e Luís Roberto Barroso (2000, p. 132) sustentam que o princípio da proibição de retrocesso será aplicado na regulamentação infraconstitucional de todos os direitos fundamentais. Desse posicionamento, apreende-se que tal princípio decorre, como antes referido, da necessária efetividade que deve ser conferida aos direitos fundamentais, característica que, por certo, não pode ser restrita aos direitos de cunho social.

Felipe Derbli (2007, p. 485), por sua vez, restringe a aplicação do princípio às normas que condensarem direitos fundamentais sociais. Segundo ele, quanto aos direitos de primeira geração ou dimensão, não caberia falar de retrocesso social porque "a lei normalmente não servirá à concretização de um direito de liberdade ou de um direito político,

já suficientemente dotado de densidade normativa em termos constitucionais. A ideia de proibir o retorno na concretização, portanto, é, na maioria das vezes, logicamente incompatível" (DERBLI, 2007, p. 485).

Entende-se, porém, que tal posicionamento não se coaduna com os pressupostos que norteiam a compreensão do princípio da vedação do retrocesso social. Para o autor, não seria admitida a aplicação da vedação do retrocesso nos chamados direitos de liberdade. Com a análise de circunstâncias concretas, contudo, pode-se demonstrar que essa posição teórica é restritiva em relação à proteção de direitos humanos.

Por hipótese, imagine-se a legislação que, regulamentando o direito dos presos, estabelece as condições mínimas que devem ser observadas em um presídio. Tal regulamentação trata, por exemplo, do número de presos em cada cela, do número de refeições que devem ser servidas diariamente, do direito a visitas de seus familiares, do direito de permanecer um determinado tempo da semana ao ar livre, do número máximo de dias que os detentos podem ser conduzidos à malfadada "solitária". Admitir, nesse caso, a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social, na perspectiva aqui adotada, não é demasiado. Com isso, parece possível pensar que tais direitos integram o patrimônio jurídico dos presos, protegido diante da legislação futura, porque concretizam a sua dignidade, ainda que de maneira limitada, dadas as peculiaridades de sua condição. Esse entendimento não seria possível se o princípio da proibição do retrocesso social tivesse sua aplicação restrita aos direitos sociais. Ocorre que nem todas as regras previstas na hipotética legislação poderiam ser tomadas por regulamentação de direitos sociais por estarem muito mais relacionadas à proteção do direito à vida digna. Por isso, este estudo filia-se à linha daqueles que sustentam que o princípio em debate incide sobre os direitos fundamentais de todas as dimensões.

Do exposto, a interpretação fundada em uma específica compreensão da Constituição remete à ideia que torna possível sustentar a incidência desse princípio à regulamentação dos serviços públicos. Resta verificar as hipóteses normativas em que o princípio sob enfoque incidirá.

No magistério de Felipe Derbli (2007, p. 476), o princípio da proibição do retrocesso só deverá ter sua aplicação reconhecida nos casos em que a Constituição Federal determina uma imposição legiferante. Assim, tal princípio justifica-se porque, revogando-se a legislação que existe e que condensa o direito fundamental, sem a criação de mecanismos compensatórios, estar-se-á diante de uma omissão inconstitucional. Impõe-se a declaração de

inconstitucionalidade da nova norma se dá desse modo para prevenir o advento da omissão inconstitucional.

Há ainda outra hipótese de aplicação do princípio em estudo. São casos nos quais, apesar de não existir uma imposição legiferante, a atividade infraconstitucional, ao promover a densificação de direitos constitucionais, estabelece situações de vantagem que se relacionam diretamente com o conteúdo essencial dos direitos fundamentais. Nesses casos, a aplicação da proibição do retrocesso justifica-se com a argumentação de que tais situações de vantagem passam a integrar o patrimônio jurídico civilizatório conquistado e, por isso, serão especialmente protegidas. Daí a vinculação de tal conteúdo ao núcleo essencial do direito fundamental e ao mínimo existencial permite dizer que a vedação de retrocesso social é uma exigência que decorre diretamente dos princípios fundamentais, em particular da dignidade.

Vale objetar que na presente tese tal discussão não oferece maiores consequências porque, no que tange com a disciplina dos serviços públicos, a mera previsão no texto constitucional de tais atividades dentre as competências dos entes federativos já lhes impõe o dever de legislar.

Do exposto, parece indubitável reconhecer a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social ao regime jurídico do serviço público, na medida em que sua regulamentação permite aos cidadãos a plena fruição de direitos sociais – na hipótese de não ser reconhecido a tal regime a natureza jurídica de garantia fundamental, como antes assinalado.

III. Retrocesso social, prestação de serviço público e seu regime jurídico

Retome-se que o art. 175, parágrafo único, IV, da Constituição Federal, faz expressa referência à Lei que disporá sobre o serviço adequado, assegurando tal direito à coletividade. Como tantas vezes citado, tem-se que, regulamentando tal dispositivo, o legislador ordinário editou a Lei n.º 8.987/95 que, no art. 6º, §1º, trouxe o conceito de serviço adequado como "o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas".

Diante disso, sustenta-se que ao definir o serviço público adequado o legislador criou, para os cidadãos, o direito subjetivo de que o Estado o preste, diretamente ou por meio

de seus delegados, de forma contínua, genericamente a todos os interessados e com modicidade de taxas e tarifas. Limitou-se, com isso, a liberdade de o legislador futuro dispor de forma diferente nessa matéria.

A tal conclusão pode-se chegar por duas ordens diferentes de argumentação, ambas aqui já desenvolvidas. Num primeiro enfoque, é possível conferir tal proteção ao regime jurídico do serviço público como consequência do seu reconhecimento como cláusula pétrea, admitindo-se a sua natureza de direito-garantia fundamental. Sob a outra perspectiva, em não se admitindo a fundamentalidade do regime jurídico do serviço público, é possível reconhecer a cláusula de blindagem mediante a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social.

A aplicação de tal princípio, porém, deve ser feita com temperamentos. Parece não ser razoável defender a existência de leis irrevogáveis ou de conteúdo imutável, pois, afinal, a autonomia do legislador é assegurada na Carta Constitucional, integrando aquilo que usualmente se chama denomina de livre espaço de conformação do legislador, até mesmo como exigência do princípio democrático (CANOTILHO, 2003, p. 440; KRELL, 1999, p. 243).

Ainda assim, não é demasiado admitir que determinados conteúdos definidos pelo legislador ordinário acabam por alcançar tamanho grau de consenso que são aceitos pela sociedade como complemento necessário dos direitos fundamentais previstos na Constituição. Como pontua J. J. Gomes Canotilho (2003, p. 411), o nível de densificação produzido na norma infraconstitucional é tomado, pela sociedade, como condição da plena realização do direito fundamental, razão pela qual se justifica a sua imposição diante da atividade legislativa futura.

Com base na doutrina portuguesa, Felipe Derbli (2007, p. 478) ressalta que a restrição à liberdade do legislador deve ser feita de maneira excepcional, quando realmente houver um consenso em relação ao direito previsto na legislação ordinária. Tomando por empréstimo as conclusões de Jorge Miranda (1997, p. 399), tem-se que “a médio ou a longo prazo, o não retrocesso social não se garante tanto através de medidas jurídicas quanto através da sua sedimentação na consciência social ou no sentimento jurídico coletivo”.

Destarte, sopesando-se a necessária proteção aos conteúdos dos direitos fundamentais densificados pela legislação ordinária e a inafastável deferência ao legislador na regulamentação das normas constitucionais – guardados, evidentemente, os limites

decorrentes das restrições dos direitos fundamentais –, parece prudente estabelecer os limites de aplicação do princípio da proibição de retrocesso social.

Por certo, concedendo-se a tal cláusula a natureza de princípio, sua aplicação dependerá de um juízo de sopesamento em cada caso concreto; e não se pode furtar ao ônus argumentativo que implica a definição do núcleo essencial do princípio. Esse núcleo reside na proibição dirigida ao legislador ordinário de revogar normas cujos conteúdos tenham condensado direitos fundamentais. Para incidir tal proteção, é necessário que esses conteúdos gozem de uma aceitação geral e ainda estejam referidos ao núcleo essencial dos direitos regulamentados.

Vê-se, assim, como uma ideia-força para a devida interpretação do princípio em tela, a existência de um consenso geral em relação à relevância do conteúdo trazido pela legislação infraconstitucional, como requisito que garanta a máxima efetividade do direito regulado.

Além dessa aceitação geral, imprescindível que o conteúdo protegido na legislação infraconstitucional pela proibição de retrocesso seja capaz de densificar o núcleo essencial do direito regulamentado (SARLET, 2004, p. 460), o qual, por sua vez, estará necessariamente vinculado à dignidade humana e ao conjunto de prestações materiais indispensáveis para uma vida digna.

Em suma, defende-se aqui a tese de que a cláusula de vedação de retrocesso social incide, protegendo a legislação infraconstitucional contra mudanças, sob algumas condições ou parâmetros: (i) consenso em relação à relevância do conteúdo disciplinado através da lei, (ii) que esta legislação esteja a densificar um direito fundamental e (iii) que a legislação futura, ao revogar a vigente, venha a atingir o núcleo essencial do direito afetado. E, neste aspecto, como será demonstrado, considera-se o núcleo essencial aquela esfera de dignidade ou de mínimo existencial colocada fora do campo de disposição do legislador e fora do campo autorizado de sopesamentos. Assim, antecipe-se aqui, a cláusula de vedação de retrocesso social protegerá a lei densificadora de direitos fundamentais não em sua integralidade ou em toda a sua extensão, mas apenas em relação ao núcleo pertinente à proteção da dignidade humana ou do mínimo existencial. Afinal, sabe-se que as cláusulas pétreas não impedem genericamente restrições aos direitos fundamentais, mas impede as restrições que violem o núcleo essencial desses direitos.

Percebe-se, nesta leitura, uma intrínseca relação do núcleo essencial dos direitos fundamentais com o chamado mínimo existencial. Entende-se, assim, que o núcleo essencial dos direitos fundamentais deve ser informado pelo "conjunto de prestações materiais que asseguram a cada indivíduo uma vida com dignidade, que necessariamente só poderá ser uma vida saudável, que corresponda a padrões quantitativos mínimos" (SARLET, 2004, p. 461).

O alcance do chamado mínimo existencial não é tema isento de discussões. Desde sua nomenclatura – mínimo existencial, mínimo vital, mínimo de sobrevivência ou mínimos sociais[10] – até o seu conteúdo, não há em torno dele consenso acadêmico (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 22)[11] ou jurisprudencial.[12]

No Tribunal Constitucional Federal Alemão, no julgamento do caso BverfGE 40, em 1975, acolheu-se, de maneira expressa, o direito às condições mínimas de dignidade como uma obrigação do Estado Social: "A comunidade estatal precisa, em qualquer caso, assegurar-lhes as condições mínimas de uma existência humana digna. Igualmente deve o legislador decidir, enquanto ele não tenha tratado das referidas condições mínimas, em qual medida a ajuda social pode e deve ser garantida considerando os meios existentes e outras tarefas estatais de igual nível" (LEIVAS, 2008, p. 295).

A partir daí, autores da envergadura de Robert Alexy (2003, p. 37) têm admitido a existência de "un derecho al mínimo existencial". O conteúdo do mínimo existencial está relacionado à garantia de prestações básicas que permitam a todas as pessoas viver dignamente. De tal assertiva, extrai-se que a garantia do mínimo existencial é direito de todos e, nos Estados organizados pelo princípio Social, se coloca como dever do poder público (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 24).

Nesse quadro, identifica-se o mínimo existencial como as condições básicas exigidas para que as mulheres, os homens e as crianças possam usufruir do catálogo de direitos

[10] Expressão citada na Lei n.º 8742/93.

[11] Em face do conteúdo atribuído neste estudo ao referido conceito, adotar-se-á a expressão mínimo existencial, comungando com os autores citados: "o assim designado mínimo existencial, que não pode ser confundido com o que se tem chamado de mínimo vital ou um mínimo de sobrevivência, de vez que este último diz com a garantia da vida humana, sem necessariamente abranger as condições para uma sobrevivência física em condições dignas, portanto, de uma vida com certa qualidade" (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 22)

[12] Exemplificativamente, veja-se a decisão da ADPF 45: "...INOPOBILIDADE DO ARBÍTRIO ESTATAL À EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS, ECONÔMICOS E CULTURAIS. CARÁTER RELATIVO DA LIBERDADE DE CONFORMAÇÃO DO LEGISLADOR. CONSIDERAÇÕES EM TORNO DA RESERVA DO POSSÍVEL. NECESSIDADE DE PRESERVAÇÃO, EM FAVOR DOS INDIVÍDUOS, DA INTEGRIDADE E DA INTANGIBILIDADE DO NÚCLEO CONSUBSTANCIADOR DO 'MÍNIMO EXISTENCIAL'."

fundamentais que, positivados nas cartas constitucionais do pós-guerra, indicam os valores que norteiam cada nação social e politicamente organizada.[13] Por isso, "haverá de guardar sintonia com uma compreensão constitucionalmente adequada do direito à vida e da dignidade da pessoa humana" (SARLET; FIGUEIREDO, 2008, p. 26), integrando o conceito de direitos fundamentais (TORRES, 2008, p. 314).

Tal conceito reflete, então, o conjunto de obrigações do poder público, que procuram "evitar que o ser humano perca sua condição de humanidade, possibilidade sempre presente quando o cidadão, por falta de emprego, de saúde, de previdência, de educação, de lazer, de assistência, vê confiscados seus desejos...combalida a sua vontade...destruída a sua autonomia...que fica à mercê das forças terríveis do destino" (CLÈVE, 2003, p. 27).

Paulo Gilberto Cogo Leivas (2008, p. 280) reconhece ao mínimo existencial uma existência autônoma, como direito fundamental.[14] Da mesma maneira, Ricardo Lobo Torres (2009, p. 315) atribui tal natureza ao mínimo existencial.[15] Para este autor (TORRES, 2009, p. 316), tal direito apresenta-se como regra, aplicável mediante subsunção e não sujeita à ponderação. Apesar disso, afirma que não tem dicção constitucional própria e carece de conteúdo específico, abrangendo, portanto, "qualquer direito em seu núcleo essencial" (TORRES, 2009, p. 314). Aprecia o tema a partir de duas perspectivas: em termos negativos, entende que o mínimo assegura a proteção em face de qualquer afronta aos direitos sociais mínimos de todos; em um aspecto positivo, indica "a entrega de prestações estatais materiais em favor dos pobres" (TORRES, 2008, p. 81).

Ana Paula de Barcellos (2002, p. 305), de modo diverso, nega a existência de um direito ao mínimo existencial sindicável, asseverando que somente as prestações que compõem este mínimo poderão ser exigidas mediante intervenção do Poder Judiciário.

---

[13] No Brasil, Carmen Lúcia Antunes Rocha (2005, p. 449) encontra desde a Constituição de 1934 o fundamento constitucional para reconhecer tal direito, na medida em que o art. 113, daquele diploma, previa o direito fundamental à subsistência e seu art. 115 estabelecia que "a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos existência digna."

[14] Segundo Leivas (2008, p. 299), "em favor do mínimo existencial falam os princípios da liberdade fática, da dignidade humana, do Estado Social e da igualdade fática. Do outro lado, como princípios que podem restringir esse direito, entre outros, estão o princípio da competência orçamentária do legislador e direitos de terceiros. Para o reconhecimento de um direito fundamental definitivo ao mínimo existencial, os princípios que o fundamentam devem ter um peso maior, no caso concreto, que os princípios colidentes".

[15] Assim, exige tanto as suas facetas como direito subjetivo – na medida em que investe o cidadão na possibilidade de acionar na defesa de seus direitos mínimos – e como direito objetivo – aparecendo como norma de declaração de direito fundamental. (TORRES, 2009, p. 315).

Para além da polêmica quanto à natureza jurídica do mínimo existencial, a doutrina constitucionalista admite, de forma unívoca, que, do conjunto dos direitos fundamentais, estruturados em torno do princípio da dignidade da pessoa, surge um conteúdo mínimo de condições concretas que deve ser assegurado a todos. Trata-se do elenco de situações materiais que permite a todo e qualquer indivíduo reconhecer-se como um sujeito dotado de dignidade.

Consoante o pensamento de Cármen Lúcia Antunes Rocha (2005, p. 447), o conceito de mínimo existencial "impõe-se, assim, como determinante constitucionalmente quanto aos comportamentos sociais e as políticas estatais, de modo que carências pessoais não impeçam àquele princípio [da dignidade] de tornar-se mero anúncio de um porvir que nunca vem".

Dirigido, então, a assegurar a todos as condições mínimas necessárias para uma vida digna, o princípio do mínimo existencial abrange não só aspectos materiais, ligados à sobrevivência, mas também necessidades culturais. Corina Treisch (1999, p. 1 apud LEIVAS, 2008, p. 301), nesse sentido, afirma que o mínimo existencial "é a parte do consumo corrente de cada ser humano, seja criança ou adulto, que é necessário para a conservação de uma vida humana digna, o que compreende necessidade de vida física, como a alimentação, vestuário, moradia, assistência de saúde (...) e a necessidade espiritual-cultural, como educação, sociabilidade, etc...".

Recuperando a discussão sobre a incidência do princípio da proibição do retrocesso social no regime jurídico do serviço público, sustenta-se que aquele princípio, informado pela concepção do mínimo existencial, deverá ser aplicado aos princípios que compõem o regime jurídico do serviço público que estiverem diretamente ligados ao mínimo último e indispensável para o gozo dos direitos sociais por eles instrumentalizados.

A partir de tais digressões, é inegável que os princípios que compõem o regime jurídico do serviço público referem-se diretamente ao conteúdo que, em comum, se tem atribuído ao mínimo existencial. Sem a garantia de que o serviço seja ofertado indistintamente a todos, de maneira contínua e mediante uma tarifa capaz de ser suportada, não haverá direito social assegurado. São esses traços que vão propiciar, em última análise, o pleno desfrute do direito à vida, à saúde, à educação, ao transporte, por exemplo.

Eis porque se entende que o regime jurídico do serviço público, naquilo que se refere ao mínimo existencial – universalidade, modicidade das taxas e tarifas e continuidade das

prestações –, guarda a proteção da cláusula de proibição de retrocesso social. Em consequência, "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 a simples desse núcleo essencial" (CANOTILHO, 2003, p. 340).

É esse posicionamento que permitirá proteger o regime do serviço público de modificações legislativas que atentem contra a própria essência do instituto. É também o que permitirá garantir que sejam preservados os valores consagrados na Constituição Federal de 1988, que acolheu o serviço público prestado sob um regime específico como um mecanismo sem o qual não serão atingidos os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

IV. Retrocesso social e reserva do possível

O princípio da vedação de retrocesso social, contudo, vem sofrendo restrições, mormente no plano da implementação e manutenção dos direitos sociais, em face da aplicação da chamada "reserva do possível".

Usualmente, cita-se a decisão conhecida como *Numerus Clausus I*, do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, de 1960, como a pioneira a tratar da matéria. Segundo esclarece Paulo Gilberto Cogo LEIVAS (2008, p. 286), a denominação *Numerus Clausus* foi atribuída a uma política de educação pública, adotada pelo governo alemão, que determinava o número máximo de vagas nas universidades públicas, diante do enorme número de interessados em certos cursos. Ocorre que alguns estudantes que não alcançaram as vagas almejadas contestaram tal limitação em face do art. 12, alínea 1, da Lei Fundamental, que estabelece: "Todos os alemães têm direito a escolher livremente sua profissão, local de trabalho e seu centro de formação...." O Tribunal decidiu, então, que o direito constitucionalmente garantido do cidadão de participar nas instituições educativas está condicionado, pela reserva do possível, à existência de condições fáticas que permitam ao Estado a criação de novas vagas (LEIVAS, 2008, p. 288).[16]

[16] A tradução da decisão consta no texto de Ricardo Lobo Torres (2009, p. 324): "Os direitos a prestações não são determinados previamente, mas sujeitos à reserva do possível, no sentido de que a sociedade deve fixar a razoabilidade da pretensão (...) um tal mandamento constitucional não obriga, contudo, a prover cada candidato, em qualquer momento, a vaga do ensino superior por ele desejada (...). Fazer com que os recursos públicos só

Com fundamento em tal precedente, tem-se desenvolvido o argumento de que os direitos constitucionalmente previstos, que demandam a alocação de recursos do poder público, sujeitam-se à cláusula da reserva do possível. Isto é, estão assegurados na medida em que houver disponibilidade financeira-orçamentária para sua implementação.

Não se pretende, contudo, no presente estudo, esgotar a discussão sobre a reserva do possível, tema que apresenta maior relevância no debate sob o enfoque da judicialização dos direitos sociais. A referência, entretanto, é necessária para demonstrar um dos limites invocados na efetivação de tais direitos, circunstância que poderá implicar consequências na aplicação da cláusula de proibição do retrocesso social.

Essa abordagem é realizada por J. J. Gomes Canotilho (2000, p. 339) que assevera que o princípio da vedação do retrocesso não tem a força necessária para resistir ante recessões e crises econômicas, fatores que implicam, segundo ele, hipótese de *reversibilidade fática*.[17] A escassez de recursos, então, estaria a exigir a satisfação intermediária de determinados níveis de necessidades, em conformidade com a situação econômica de um dado país (LEIVAS, 2008, p. 301), sob pena de negativa de outros princípios constitucionais incidentes em um dado caso concreto.

Tendo presente tais ressalvas, cabe perquirir se a reserva do possível poderá ser utilizada como argumento capaz de minimizar a garantia do mínimo existencial. Para Ricardo Lobo Torres (2008, p. 325), o mínimo existencial, por se apresentar como *regra* e não como *princípio*, não está sujeito à ponderação, sendo exigível sua observância de forma irrestrita. Afirma que "a 'reserva do possível' não é aplicável ao mínimo existencial, que se vincula à reserva orçamentária e às garantias institucionais da liberdade, podendo ser controlado pelo Judiciário nos casos de omissão administrativa ou legislativa" (TORRES, 2008, p. 325).

A doutrina e a jurisprudência nacionais entendem de modo diverso. Ana Paula de Barcellos (2002, p. 262), por exemplo, admite que "sob o título geral de reserva do possível convivem ao menos duas espécies diversas de fenômenos. O primeiro deles lida com a

limitadamente disponíveis beneficiem apenas uma parte privilegiada da população, preterindo-se outros importantes interesses da coletividade, afrontaria justamente o mandamento de justiça social, que é concretizado no princípio da igualdade."

[17] Ainda assim, afirma o autor que, em um sentido amplo, a proibição do retrocesso "limita a reversebilidade dos direitos adquiridos (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima..." (CANOTILHO, 2000, p. 339).

inexistência fática de recursos (...). O segundo fenômeno, indica uma reserva do possível jurídica já que não descreve propriamente um estado de exaustão de recursos, e sim a ausência de autorização orçamentária para determinado gasto em particular".

Ricardo Lobo Torres (2008, p. 327), entretanto, refuta com veemência tal posicionamento ao afirmar que se trata de uma "desinterpretação" do conceito da reserva do possível. Afirma, com isso, que a "reserva do possível, no Brasil, passou a ser reserva fática, ou seja, possibilidade de adjudicação de direitos prestacionais se houver disponibilidade financeira, que pode compreender a existência de dotação orçamentária ou de dinheiro sonante na caixa do Tesouro! Como o dinheiro público é inesgotável, segue-se que sempre há possibilidade fática de garantia de direitos!" (TORRES, 2008, p. 327).

Paulo Gilberto Cogo Leivas (2008, p. 287) sob o prisma da teoria dos princípios, atribui a natureza de princípio ao mínimo existencial e entende a reserva do possível como uma exigência a ser considerada na atividade de interpretação das normas de direitos fundamentais. Assim, sustenta que "a colocação da reserva do possível junto ao direito fundamental *prima facie* diz nada mais que os direitos fundamentais sociais *prima facie* exigem a ponderação com os outros direitos fundamentais" (LEIVAS, 2008, p. 287). Confirma, então, que as prestações que poderão ser exigidas razoavelmente da sociedade são aquelas em que "o indivíduo alcança um direito definitivo caso os outros direitos fundamentais em colisão com o direito fundamental social que lhe assiste não tenham peso suficientemente alto para restringir o direito fundamental" (LEIVAS, 2008, p. 287).

Sem dúvida, a reflexão impõe um repensar sob a ótica da escassez de recursos, tendo em vista o custo dos direitos (CAMARGO, 2008, p. 89), circunstância que exige prudência no manejo dos instrumentos que viabilizam o acesso ao mínimo vital e impõe a implantação de políticas que permitam, progressivamente, alcançar o ideal de sociedade preconizado na Carta Constitucional (CLÈVE, 2003, p. 25). A ideia do mínimo existencial opera, dessa forma, de maneira a limitar o conteúdo que exige eficácia imediata no plano dos direitos prestacionais. Com isso, minimiza a questão dos custos e estabelece o que seja "efetivamente exigível do Estado, sob a forma de eficácia jurídica positiva ou simétrica." (BARCELLOS, 2002, p. 115).

Porém, se a metáfora do cobertor curto (CLÈVE, 2003, p. 26) deve ser considerada para se exigir do poder público somente aquilo que for razoavelmente possível,[18] não poderá jamais, nos quadros de um Estado Democrático de Direito, desobrigar a Administração de demonstrar a inexistência de recursos capazes de suportar os custos financeiros para garantir, a todos, o mínimo existencial. Constitui, ainda, ônus do poder público comprovar a correta utilização dos recursos, em consonância com os fins constitucionais. Nas palavras de Carmen Lúcia Antunes Rocha (2005, p. 455), "pode-se comprovar a inexistência de recursos para tudo o que se faça mister para determinada sociedade; mas há que se comprovar que aqueles que existiam foram utilizados segundo as prioridades jurídicas estabelecidas no sistema constitucional".[19]

V. Conclusão

Como restou demonstrado, a adequada aplicação do princípio da proibição do retrocesso social na regulamentação infraconstitucional dos direitos fundamentais tolera, com certa parcimônia, a edição de medidas de cunho retrocessivos. Tais medidas, contudo, "além de contar com uma justificativa de porte constitucional" (SARLET, 2004, p. 464), devem "salvaguardar – em qualquer hipótese – o núcleo essencial dos direitos sociais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas" (SARLET, 2004, p. 464).

Portanto, ainda que não se aceite a natureza de garantia fundamental ao regime jurídico do serviço público, mediante a aplicação da cláusula da proibição do retrocesso social, impõe-se certa vinculação do legislador futuro aos seus comandos. Isto porque, a regulamentação posterior dos serviços públicos não poderá suprimir a continuidade, a modicidade das taxas e tarifas e a universalidade, sendo essa a específica eficácia do princípio de vedação do retrocesso social na matéria. Claro, saliente-se novamente, que o retrocesso, neste plano, está vedado não de forma absoluta, mas apenas quando, por exemplo, a quebra da

[18] "Não é razoável exigir de alguém mais do que pode dar, nem menos do que pode fazer" – dito popular.
[19] E complementa a autora: "a impossibilidade econômico-financeira fabricada pelo legislador ou pelo executor de políticas financeiras, a opção em desvalia da sociedade para a aplicação dos recursos públicos, a trapaça governamental para aquinhoar companheiros e companhias em atividades particulares com dinheiros do Estado, tudo isso e qualquer forma de desvio dos deveres constitucionais fundamentais há de ser considerado inválido constitucionalmente." (ROCHA, 2005, p. 456).

continuidade do serviço ou a não modicidade da tarifa decorrente de legislação futura retrocedente afetar alguma dimensão da dignidade humana ou do mínimo existencial.

Parece que, em comparação com a primeira hipótese desenvolvida, essa é uma perspectiva de menor alcance e que oferece menor grau de proteção aos cidadãos, que não poderão contar com o regime jurídico diferenciado dos direitos fundamentais em relação aos princípios que compõem o regime jurídico do serviço público. Justamente por isso o esforço argumentativo desenvolvido para reconhecer-lhe a natureza de garantia fundamental.

Porém, para aqueles que adotam uma perspectiva restritiva do art. 5º, § 2º, da CF/88, a aplicação da cláusula de proibição do retrocesso permite, em certa medida, proteger o que se tomou, aqui, como núcleo essencial do regime jurídico do serviço público.

Note-se, todavia, que, no presente estudo, esta cláusula protetiva não foi desenvolvida tão-somente como alternativa para o não reconhecimento do regime jurídico do serviço público como garantia fundamental. Pretende-se ir além, pois ao se reconhecer-se a fundamentalidade de tal regime é possível estender a aplicação do princípio da proibição do retrocesso social para a regulamentação posterior dos serviços públicos em espécie.

Nesse diapasão, acolhe-se que, nas hipóteses em que a regulamentação posterior do serviço permitir maior concretização do núcleo essencial do seu regime jurídico, dirigido à garantia do mínimo existencial, esta regulamentação contará com a proteção do princípio da vedação de retrocesso social.

Trata-se de uma tese que pretende encontrar mecanismos de manutenção de garantias constitucionais e das leis que as assegurem, considerando o serviço público, e o seu regime jurídico específico, um instrumento a ser manejado para assegurar as condições que permitam a todas as pessoas o acesso ao mínimo vital.

É neste sentido que Ingo Wolfgang Sarlet (SARLET, 2004, p. 466) alerta para a relevância do discurso da proibição do retrocesso nos seguintes termos: “(...) atentando especialmente para os gritantes níveis de exclusão social e os correspondentes reclamos de proteção contra medidas que venham a corroer ainda mais os deficitários patamares de segurança social ora vigentes entre nós, é possível afirmar – com ênfase – que a análise sóbria e constitucionalmente adequada da temática (...) assume caráter emergencial”. O reconhecimento da proibição do retrocesso em relação às conquistas sociais promovidas pela regulamentação dos serviços públicos, garantindo-se, assim, a prestação do serviço público

adequado, apresenta-se em boa hora como instrumental que permite auxiliar no encontro de um dos caminhos possíveis a serem trilhados para o alcance do almejado Estado essencial.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS:

ALEXY, Robert. **Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoria de los princípios**. Universidade Externado de Colombia: Bogotá, p. 21-31, 2003.

ALEXY, Robert. **Teoría de los derechos fundamentales.** Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1998.

BARCELLOS, Ana Paula de; BARROSO, Luís Roberto. O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A nova interpretação constitucional:** ponderação, direitos fundamentais e relações privadas. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais.** O princípio da dignidade da pessoa humana. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

BARROSO, Luís Roberto. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas.** 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 45. Disponível em: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm>. Acesso em: 29 fev. 2015.

CAMARGO, Ricardo Antonio Lucas. **Custos dos direitos e reforma do Estado.** Porto Alegre: Safe, p. 89 e ss., 2008,

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito Constitucional e teoria da constituição**. 5. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CLÈVE, Clèmerson Merlin. A eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista Crítica Jurídica**, Curitiba, n. 22, p. 17-28, jul./dez. 2003.

DERBLI, Felipe. Proibição de retrocesso social: uma proposta de sistematização à luz da Constituição de 1988. In: BARROSO, Luís Roberto (Org.). **A reconstrução democrática do direito público no Brasil**. Rio de Janeiro: Renovar, p. 433-495, 2007.

KRELL, Andréas Joachim. **Revista de Informação Legislativa.** Brasília, a. 36, n. 144, p. 239-260, out./dez. 1999.

LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo. Estrutura normativa dos direitos fundamentais sociais e o direito fundamental ao mínimo existencial. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO,

Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais**. Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 279-312, 2008.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional.** Coimbra: Coimbra, t. IV., 1988.

PORTUGAL. Tribunal Constitucional. Acórdão 39/84. Acórdãos do Tribunal Constitucional de Lisboa: Imprensa Nacional – Casa da Moeda, v. 3, p. 85-131, 1984.

ROCHA, Carmen Lúcia Antunes. O mínimo existencial e o princípio da reserva do possível. **Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais**, Belo Horizonte, n. 5, p. 439-461, jan./jun. 2005.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição de retrocesso social e a garantia fundamental da propriedade. **Revista de direito social**, [S.l.] n. 3, 2001.

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Marina Filchtner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Orgs.). **Direitos fundamentais.** Orçamento e reserva do possível. Rio de Janeiro: Livraria do Advogado, p. 11-53, 2008.

SARMENTO, Daniel. **Direitos fundamentais e relações privadas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais.** Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 313-339, 2008.

SCHIER, Adriana da Costa Ricardo. Regime constitucional do serviço público. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 189-229, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização do direito no contexto da Constituição de 1988. In: CLÉVE, Clèmerson Merlin (Coord.). **Direito constitucional brasileiro**. São Paulo: Saraiva, p. 45-59, 2014.

SCHIER, Paulo Ricardo. Constitucionalização e 20 anos da Constituição: reflexões sobre a exigência de concurso público (isonomia, eficiência e segurança jurídica), In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de Souza et alii (Coord.). **Vinte anos da Constituição Federal de 1988**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, p. 809-836, 2009.

SCHIRATO, Vitor Rhein. **Livre iniciativa e serviços públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

SCHULTE, Bernd. Direitos fundamentais, segurança social e proibição de retrocesso. In: SARLET, Ingo Wolfgang (Org.). **Direitos fundamentais sociais:** estudos de direito constitucional, internacional e comparado. Rio de Janeiro: Renovar, p. 301-332, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Aplicabilidade das normas constitucionais.** 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. **O direito ao mínimo existencial.** Rio de Janeiro: Renovar, 2009.

TORRES, Ricardo Lobo. O mínimo existencial como conteúdo essencial dos direitos fundamentais. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO, Cláudio Pereira de (Coords.). **Direitos sociais.** Fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, p. 313-339, 2008.

TREISCH, Corinna. Existenzminimum und Einkommensbesteureung. Aachen: Shaker, 1999.