

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

**O DEBATE ENTRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO
E A RESERVA DO POSSÍVEL**

ANA BEATRIZ DE LIMA BORBA

CARUARU

2017

CENTRO UNIVERSITÁRIO TABOSA DE ALMEIDA – ASCES/UNITA
BACHARELADO EM DIREITO

**O DEBATE ENTRE O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO
E A RESERVA DO POSSÍVEL**

ANA BEATRIZ DE LIMA BORBA

Trabalho de Conclusão de Curso, apresentado ao Centro
Universitário Tabosa de Almeida - ASCES/UNITA, como
requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em direito,
sob orientação do Prof. Msc. Luis Felipe Andrade Barbosa.

CARUARU

2017

BANCA EXAMINADORA

Aprovada em: __/__/__

Presidente: Prof. Msc. Luis Felipe Barbosa Andrade

Primeiro Avaliador: Prof.

Segundo Avaliador: Prof.

DEDICATÓRIA

A Deus, aos meus pais, ao meu irmão e a todos que oraram e torceram por mim. Essa e todas as minhas conquistas são nossas.

EPÍGRAFE

***“A ÚNICA COISA QUE A GENTE DEVE
CUIDAR É DE DAR SEMPRE UM PASSO
A FRENTE, UM PASSO, POR MENOR
QUE SEJA”.***
(STEINBERG)

RESUMO

O presente trabalho consiste na análise teórica sobre a aplicabilidade dos direitos sociais pautados no Princípio da Proibição do Retrocesso e a sua tentativa de restrição, por parte do Estado, usando como artifício a reserva do possível. Entende-se que os direitos sociais, tidos como autênticos direitos fundamentais, necessitam de concretização e, principalmente, de preservação, ao menos no que diz respeito ao seu núcleo essencial, contra a aniquilação legislativa. Dessa forma, através do método indutivo, foi estabelecido o debate acerca do princípio da proibição do retrocesso social pela ótica das jurisprudências e doutrinas estrangeiras (Alemanha e Portugal) e sua influência direta no direito pátrio. Nessa linha de raciocínio, o exame da aplicabilidade fática do Princípio da Proibição do Retrocesso, a partir da previsão da Constituição Federal de 1988, esbarra na ideia da reserva do possível, que tem sido utilizada indiscriminadamente no contexto dos Tribunais brasileiros. Entretanto, verifica-se que o paralelo existente entre a reserva do possível e a proibição do retrocesso deve ser enfrentado, no contexto jurídico, tendo-se como parâmetro obrigatório a garantia do mínimo existencial dos direitos fundamentais sociais, elemento basilar de qualquer Estado Democrático de Direito.

Palavras-chaves: Direitos Fundamentais Sociais. Vedação do Retrocesso. Dignidade da Pessoa Humana. Reserva do Possível. Restrição, Mínimo Existencial. vb

ABSTRACT

This dissertation consists of the theoretical analysis on the applicability of social rights based on the Principle of the Prohibition of Retrocession and its attempt of restriction by the State, which uses as an artifice the reserve of the possible. It is understood that social rights, considered as authentic fundamental rights, need to be concretized and, mainly, to be preserved, at least its essential nucleus, against legislative annihilation. Thus, through the inductive method, the debate about the principle of prohibition of social retrogression was established from the perspective of foreign jurisprudence and doctrines (Germany and Portugal) and its direct influence on the the Brazilian Law. In this line of reasoning, the examination of the factual applicability of the Principle of the Prohibition of Retrocession, starting from the prediction of the Federal Constitution of 1988, runs into the idea of the reserve of the possible, which has been used indiscriminately in the context of the Brazilian Courts. However, it is verified that the parallel between the reserve of the possible and the prohibition of retrocession must be faced, in the legal context, having as mandatory parameter the guarantee of the existential minimum of fundamental social rights, the basic element of any democratic state of law.

Keywords: Fundamental Social Rights. Prohibition of Retrocession. Dignity of Human Person. Reserve of the Possible, Restriction. Existential Minimum.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	07
1. DIREITOS FUNDAMENTAIS.....	09
1.1 Evolução histórica dos Direitos Fundamentais	11
1.2 Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988.....	13
1.3 Restrições aos Direitos Fundamentais.....	16
1.4 Direitos sociais.....	19
1.5 Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso	21
2. PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO.....	23
2.1 Conceito.....	24
2.2 Justificativas em prol da proibição do retrocesso: os principais argumentos.....	26
2.3 Princípio da proibição do retrocesso no direito comparado	30
2.4 Princípio da proibição do retrocesso e a Constituição Federal de 1988.....	32
2.5 Princípio da proibição do retrocesso nos Tribunais brasileiros.....	33
3. A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO.....	38
3.1 Conceito.....	39
3.2 A restrição aos Direitos Fundamentais	41
3.3 A reserva do possível como barreira aos Direitos Fundamentais.....	44
3.4 A reserva do possível nos Tribunais.....	45
3.5 O mínimo existencial frente à reserva do possível e a proibição do retrocesso.....	47
CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	50
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	52

INTRODUÇÃO

O presente estudo objetiva desenvolver uma análise adequada acerca do princípio da proibição do retrocesso social, observando a sua possibilidade de incidência no Direito brasileiro, bem como a limitação decorrente da reserva do possível aos direitos fundamentais. Neste sentido, tem como desígnio examinar se os direitos fundamentais de conteúdo social, principalmente, estão sendo amparados constitucionalmente pelo princípio da proibição do retrocesso. Para atingir tal fim, é de suma importância avaliar a doutrina e a jurisprudência de outros países – Alemanha e Portugal, uma vez que, à luz do Direito comparado, tal contextualização é necessária.

Após vinte e oito anos de promulgação da Constituição Federal de 1988, o Estado afirma estar sobrecarregado e não possuir recursos suficientes para suprir todas as prestações materiais à sociedade. Sob esta argumentação, surgiu o instituto da reserva do possível, sendo considerado pela Administração Pública como uma “tábua de salvação” para a não legitimação e não realização dos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional. Dessa maneira, os valores consagrados na Lei Maior foram estremecidos e, nessa conjuntura, a atuação do Judiciário frente aos desmandos do Executivo é essencial, já que é sua responsabilidade velar pela proteção dos direitos constitucionais, especialmente os direitos fundamentais.

A evolução dos direitos fundamentais, suas restrições e sua relação com o princípio da proibição do retrocesso serão tratados no primeiro capítulo do trabalho, tomando-se por base a Constituição Federal de 1988, que trouxe consigo uma nova ordem jurídica para o Brasil, voltando-se para o interesse popular e vislumbrando erguer um Estado isonômico e democrático, a partir da dignidade da pessoa humana. Dessa maneira, tornou-se imprescindível estabelecer limites à atividade do legislador no que concerne às normas referentes a direitos sociais, de forma a estabelecer a vedação do retrocesso no âmbito de tais direitos conquistados. A evolução jurídico-social do Brasil consolidou os direitos fundamentais como norteadores das relações humanas, considerando-se a concretização e efetivação dos direitos fundamentais sociais como dever de todos os Poderes que compõem o Estado (Executivo, Legislativo e Judiciário). Portanto, mostra-se necessário impedir qualquer forma de regressão aos direitos já adquiridos e garantidos pela Magna Carta.

No segundo capítulo será abordado o princípio da proibição do retrocesso social, ressaltando-se as justificativas a favor do princípio ora estudado, sua finalidade, inserção na Constituição Federal de 1988 e nos Tribunais brasileiros. Discussões referentes à proibição do retrocesso são significativas, posto que, diante das inúmeras reformas nas leis que versam sobre os direitos fundamentais sociais, pode acontecer limitações e supressões dos direitos e das prestações de conteúdo social, comprometendo, assim, o desenvolvimento e a manutenção de uma vida digna para a população. Os direitos fundamentais sociais progrediram ao longo do tempo e devem sempre ser ampliados, não sendo compatível com o desenho constitucional brasileiro a sua revogação ou inaplicabilidade.

A reserva do possível, por sua vez, é alvo das investigações do terceiro capítulo, que busca sua delimitação conceitual, além de contextualizar seu surgimento em um âmbito de discussões políticas, econômicas e sociais. Sua função “limitadora” aos direitos fundamentais também será tratada, do mesmo modo que sua introdução nos Tribunais brasileiros. Para arrematar esse capítulo, será travado um debate sobre a reserva do possível frente ao mínimo existencial e ao princípio da proibição do retrocesso, a fim de deixar clara a relação antagônica existente entre esses dois meios constitucionais, que formam o eixo basilar do estudo em apreço.

CAPÍTULO 1. O PANORAMA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS NO BRASIL

Ao versar sobre “Direitos Fundamentais”, de antemão deve-se observar que há uma vasta seara terminológica utilizada tanto na doutrina, quanto no Direito constitucional e internacional para apontar tais direitos, bem como “liberdades individuais”, “direitos humanos”, “direitos públicos subjetivos”, “liberdades fundamentais”, “direitos naturais”, “direitos constitucionais”, “direitos do homem”, “direitos civis”, “direitos e garantias fundamentais”, citando apenas os mais corriqueiros.

Nesse contexto, há uma discussão acerca de qual termo seria o mais correto a ser utilizado, “Direitos Humanos” ou “Direitos Fundamentais”. Usados como sinônimos, mas distintos por questões de ordem prática e teórica, uma vez que os “Direitos Fundamentais são aqueles direitos, ‘jurídico-positivamente’, vigentes numa ordem constitucional.” (CANOTILHO, 2003 *apud* SOARES, 2010). Outro entendimento versa que os “Direitos Humanos ou Direitos do Homem são meras aspirações, retórica política, sem nenhuma perspectiva objetiva-valorativa, sem nenhuma concreção positiva, faltando assim, a necessária cogência, concernente ao poder de fazer respeitar e realizar esses direitos”. (SARLET, 2007, p. 172).

Ainda sobre as demais terminologias usadas na legislação nacional e alienígena, Ingo Wolfgang Sarlet (1999) aduz que essas terminologias “possuem um caráter anacrônico e insuficiente, visto que, em regra, estão atrelados a categorias específicas do gênero Direitos Fundamentais.”

Nesse íterim, três aspectos notáveis diferenciam os Direitos Fundamentais dos Direitos Humanos. O primeiro aspecto diz respeito à positivação e ao reconhecimento dos direitos fundamentais nas normas constitucionais, pois estes foram adotados pelo Poder Constituinte Originário, conforme preleciona o Título II da Constituição Federal, que deu força jurídica constitucional aos mesmos.

O segundo aspecto é a constitucionalização, que busca promover uma vinculação de tais direitos junto aos Poderes do Estado, a fim de garantir o seu reconhecimento, usando-se como elo o controle de constitucionalidade das leis.

O terceiro e último aspecto que diferencia os Direitos Fundamentais dos Direitos Humanos é o da fundamentalidade, pois os Direitos Fundamentais são tidos como normas de grau superior, de caráter supremo do Estado e, por isso, possuem vicunlatividade imediata.

Por sua vez, os Direitos Humanos seriam aqueles direitos próprios do homem, reconhecidos em documentos internacionais e com personalidade universal, contudo, necessitam ser recepcionados pela lei interna, visto que lhes faltam a necessária cogência. Os Direitos Humanos são citados em vários documentos internacionais, *verbi gratia*, a Declaração Universal dos Direitos do Homem (1984), a Declaração Europeia de Direitos do Homem (1951), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (1969), dentre outros.

Essa diferenciação torna-se salutar para a análise posterior do estudo, que tratará dos Direitos Fundamentais sob a perspectiva do não retrocesso social. Vale salientar que os Direitos Humanos e os Direitos Fundamentais guardam estreita relação, não podendo assim ser tratados de maneira totalmente apartada, haja vista que os Direitos Fundamentais também são Direitos Humanos, pois o seu titular é o ser humano.

Através dessa análise inicial, faz-se mister destacar algumas características próprias dos direitos fundamentais. Partindo-se da terminologia, são Direitos Fundamentais por ser inerentes à condição de vida de todo ser humano, são direitos universais que envolvem todo os indivíduos, sem distinção, assim como dispõe a Constituição Federal no *caput* do seu artigo 5º “todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.”

Em relação ao conceito de Direitos Fundamentais, Sarlet (2007, p. 91) define com as seguintes palavras:

Todas aquelas posições jurídicas concernentes às pessoas, que, do ponto de vista do Direito constitucional positivo, foram, por seu conteúdo e importância (fundamentalidade em sentido material), integrados ao texto constitucional e, portanto, retirados da esfera de disponibilidade dos poderes constituídos (fundamentalidade formal), bom como os que, por seu conteúdo e significado, possam lhes ser equiparados, agregando-se à constituição material, ou não, assento na Constituição formal.

Os Direitos Fundamentais são direitos protegidos constitucionalmente, próprios da pessoa humana e reconhecidos, ainda que implicitamente, na ordem constitucional. Seu objetivo é limitar o poder político e garantir que as liberdades e os direitos individuais de todos sejam respeitados, tudo isto de modo conexo com a imposição ao Estado para que este ofereça condições materiais necessárias para que cada ser humano, constitucionalmente protegido, tenha uma vida digna.

1.1 Evolução histórica dos Direitos Fundamentais

Os Direitos Fundamentais advém do processo de constitucionalização dos Direitos do Homem. Alguns estudiosos afirmam que os Direitos Fundamentais são oriundos do Direito Natural, pois se baseavam na consistência moral, na igualdade e na dignidade.

Deve-se observar a questão do Cristianismo em relação aos Direitos Fundamentais, uma vez que os ideais do Cristianismo trouxeram consigo um novo conceito sobre a dignidade humana, ao tratar o homem como sujeito de direitos que devia ser beneficiado pela justiça, visto que fundavam seus preceitos na concepção de que o homem é a imagem e semelhança de Deus e, dessa forma, eram dotados de prerrogativas especiais.

Não obstante, os Direitos Fundamentais só passaram a ser vistos de forma separada do pensamento religioso em 1295, quando João Sem Terra assinou a Magna Carta na Inglaterra, quando tais direitos passaram a dar seus primeiros indícios de existência. Contudo, o ideal de direitos fundamentais, tal como é visto nos dias de hoje, só surgiu com o Iluminismo, no século XVIII, onde os filósofos liberais se debruçaram sobre a defesa dos direitos e liberdades individuais de cada indivíduo.

Sobre esse aspecto, cabe ressaltar a promulgação da Declaração de Virgínia, em 12 de junho de 1776, também chamada de “Declaração de Direitos”. Esta declaração é vista pelos doutrinadores como o início dos Direitos Fundamentais em uma perspectiva moderna, tendo em vista que esta buscava propagar a defesa da autonomia, da liberdade pessoal e da proteção da propriedade privada.

A Revolução Francesa foi o ápice para a universalização dos Direitos Fundamentais, dado que este fato provocou a criação da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (1789), que visava libertar o homem das amarras feudais e absolutistas da época, além de lutar para que os princípios da Revolução Francesa – liberdade, igualdade e fraternidade – fossem resguardados e garantidos. (SOARES, 2010, pp. 19-25).

José Afonso da Silva (2003, p. 161) dá ênfase a outro documento marcante, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador da República Soviética, que apregoava “suprimir toda a exploração do homem pelo homem, ao abolir definitivamente a divisão da sociedade em classes, arrasar, sem piedade, todos os exploradores, realizar a organização socialista da sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países”.

Mister se faz ressaltar que o marco dos Direitos Humanos no século XX é, sem dúvidas, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada na Assembleia Geral da

Nações Unidas, em dezembro de 1948, consolidada no regulamento da Carta das Nações Unidas.

Os Direitos Fundamentais evoluíram concomitantemente com o Estado, observando-se a transição de um Estado sem leis, onde o rei detinha direitos absolutos, para um Estado submetido às leis e ciente de sua obrigação de fornecer meios adequados para a existência de todos os cidadãos.

Oportuno se torna tratar, acerca das dimensões/gerações dos Direitos Fundamentais, que há, nesse sentido, um pequeno litígio sobre qual nomenclatura seria mais adequada adotar. Inúmeras críticas são dirigidas ao termo “geração”, críticas que partem da doutrina nacional e estrangeira. A expressão “gerações” traz consigo diversas contradições na ordem semântica e histórica. Sobre o primeiro aspecto, tal opção terminológica induz a uma falsa impressão de substituição de uma geração por outra, o que não ocorre, visto que a Constituição Federal de 1988 abarca todos os direitos de todas as “gerações”. Sobre essa questão, complementa Sarlet (2006, p.55) que “a teoria dimensional dos direitos, além de contemplar um caráter cumulativo do processo evolutivo e complementar de todos os direitos fundamentais, aponta para sua unidade e indivisibilidade no contexto do Direito constitucional interno e na esfera do Direito internacional dos direitos humanos”. Quanto à segunda refutação, o termo “geração” não condiz com o desenvolvimento histórico dos Direitos Fundamentais.

Destaca-se, no entanto, que não existe nenhuma discordância grosseira entre tais terminologias, pois, *a priori*, o conteúdo tanto das “gerações” quanto das “dimensões” é o mesmo. Pela sua relevância e facilidade de compreensão, o termo “dimensão” torna-se mais adequado e utilizado, já que tem um caráter cumulativo, indivisível e complementar do processo evolutivo dos Direitos Fundamentais.

Os direitos de primeira dimensão, denominados direitos de defesa, são aqueles que afirmam os direitos do indivíduo frente ao Estado, estabelecendo limites para a intervenção estatal e delegando autonomia aos indivíduos. Também são reconhecidos como “direitos de resistência ou de oposição perante ao Estado”, cuidando-se dos chamados direitos civis e políticos. A Constituição previa apenas os direitos à vida, à liberdade, à propriedade, à igualdade, à liberdade econômica etc. e, a partir de então, a atuação do Estado passou a ser focada na oferta de segurança às relações sociais.

A repercussão da revolução industrial na vida social e econômica dos trabalhadores entre o final do século XVIII e ao longo do século XIX, tornou notória que a positivação dos textos jurídicos garantidores de liberdade e igualdade não estavam gerando efeito concreto.

Não se almejava mais a liberdade perante o Estado, mas sim por intermédio dele. A partir de então, o indivíduo passou a ser sujeito de direitos de cunho prestacional, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., os chamados direitos de segunda dimensão ou direitos sociais, que foram expressos primeiramente na Constituição Mexicana (1917), Soviética (1918) e na de Weimar (1919).

Os direitos designados de terceira dimensão, denominados direitos de fraternidade ou de solidariedade, dizem respeito à posição jurídica de titularidade difusa e/ou coletiva. Neste plano dimensional, os direitos destinam-se, a princípio, à proteção de grupos humanos, ao contrário do que prelecionava as dimensões anteriores. Os direitos de terceira dimensão mais conhecidos são o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao meio ambiente ecologicamente equilibrado e à qualidade de vida, à comunicação, ao desenvolvimento, à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural. A distinção de tais direitos reside na titularidade coletiva que, na maioria das vezes, é indeterminável e indefinida.

Os Direitos Fundamentais retratam a luta dos cidadãos por liberdade e garantias de igualdade material, em uma conjuntura de desigualdade e injustiça alarmante, oriundas do poder estatal e privado.

1.2 Direitos Fundamentais e a Constituição Federal de 1988

A inclusão dos Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988 foi consequência de um longo processo sobre a nova ordem constitucional, processo este oportunizado pela redemocratização do Brasil após duas décadas de ditadura militar.

Registre-se que os Direitos Fundamentais que compõem a Constituição brasileira possuem relevância ímpar, uma vez que foram formatados para dar força social e política à indivíduos marcados por um período de forte autoritarismo, que buscava nulificar as liberdades fundamentais.

Nessa fase, os Direitos Fundamentais apresentaram algumas inovações positivas que lhes conferiram valores superiores em toda a ordem constitucional e jurídica. A começar pela mudança na própria terminologia “direitos e garantias fundamentais”, anteriormente chamados de “direitos e garantias individuais”, nomenclatura esta que já se mostrava retrógrada em relação à crescente evolução no âmbito do Direito constitucional e internacional.

Sem embargo, a inovação mais substancial pode ser vista no artigo 5º, §1º, da CF, onde os direitos e as garantias fundamentais passaram a ter aplicabilidade imediata, excluindo

assim o cunho pragmático que permeia a Constituição Federal. Esse fator outorgou condição jurídica diferenciada aos Direitos Fundamentais na Constituição atual, cuja proteção ainda insere estes direitos no rol das cláusulas pétreas, conforme consta no artigo 60, §4º, da CF, o que impede qualquer supressão ou erosão nos padrões correlacionados aos direitos fundamentais por parte do Poder Constituinte derivado.

Outra característica positiva é a extensão significativa na lista dos direitos fundamentais, aumentando, assim, a gama de direitos protegidos constitucionalmente. O rol dos direitos fundamentais abarca direitos de todas as dimensões, desde direitos de primeira e segunda dimensões dispostos claramente na Carta Magna, até direitos de terceira e quarta dimensões, abarcando-se direitos ambientais e direitos que visam proteger o consumidor.

No que concerne às críticas aos Direitos Fundamentais na Constituição vigente, Ingo Sarlet (2007, p. 68) afirma que:

A falta de rigor científico e de uma técnica legislativa adequada, de modo especial no que diz com a terminologia utilizada, pode ser apontada como uma das principais fraquezas do catálogo dos direitos fundamentais em nossa Constituição, revelando contradições, ausência de tratamento lógico na matéria e ensejando problemas de ordem hermenêutica. É o que ocorre, por exemplo, com a redação do *caput* do art. 5º, seguido dos 77 incisos, bem como do art. 6º, que anuncia genericamente quais os direitos sociais básicos, sem qualquer explicitação relativamente ao seu conteúdo, que deverá ser buscada no capítulo de ordem econômica e, acima de tudo, da ordem social, suscitando sérias dúvidas sobre quais dispositivos situados fora do Título II que efetivamente integram os direitos fundamentais sociais. Neste mesmo contexto, também ressalta uma ausência de sistematização, oriunda, provavelmente, de uma acomodação apressada das matérias, desacompanhadas da necessária reflexão, gerada, entre outros fatores, pela pressão exercida sobre os Constituintes da época da elaboração da nossa Lei Fundamental.

Ademais, existem censuras acerca das diversas posições jurídicas de fundamentalidade da Constituição, o que causa uma desvalorização dos direitos fundamentais. Ainda sobre esse aspecto, Sarlet (2007, p.68-69) complementa a ideia, afirmando que:

Em todos os capítulos, mas de modo especial no art. 5º e nos arts. 12 a 17, encontra-se diversos preceitos que, não obstante sua louvada finalidade, não revelam as características de direitos fundamentais, mas, sim, de normas organizacionais (como é o caso do art. 14, §3º, incs. I a VI, e §§4º a 8º) ou até mesmo normas de natureza penal (art. 5º, incs. XLII e XLIII). Cuida-se, na maior parte, de dispositivos que poderiam ter sido remetidos ao legislador infraconstitucional ou mesmo enquadrados na parte orgânica da Constituição.

O artigo 5º, §2º da CF estabelece que existem direitos fundamentais positivados em outras partes da Lei Fundamental, em tratados internacionais e decorrentes do regime e dos princípios da Constituição, sendo encontrados, ainda, de maneira não-escrita e implícitos nas regras do catálogo. Outrossim, a multiplicidade de conteúdo disposto no rol destes direitos não permite estipular critérios abstratos e genéricos capazes de demonstrar uma identidade única às proposições. Por essas razões, o sistema dos direitos fundamentais é aberto e flexível,

suscetível a novas ideias e desenvolvimentos que integrem a ordem constitucional. Essa percepção é bem vista por grande parte dos doutrinadores, que concordam com fato de a Constituição ser um sistema aberto de regras e princípios.

Sobre a fundamentalidade dos Direitos Fundamentais na Constituição de 1988, Ingo Wolfgang Sarlet, citando Canotilho (2009) aponta “para a especial dignidade e proteção dos direitos num sentido formal e num sentido material”. A fundamentalidade formal está intrinsecamente ligada ao Direito constitucional positivo, enquanto a fundamentalidade material contém definições indispensáveis sobre o arcabouço da sociedade e do Estado. O elo que une a fundamentalidade formal à formalidade material é o Direito constitucional positivado.

Em se tratando de direitos fundamentais, é relevante destacar ainda sobre a dupla perspectiva desses direitos frente à Constituição de 1988: a concepção jurídico-objetiva e a concepção jurídico-subjetiva.

Esse duplo entendimento é tido como um dos principais pontos de convergência do Direito constitucional contemporâneo, especialmente no que concerne à esfera dogmática dos direitos fundamentais. Com relação à ótica jurídico-objetiva dos direitos fundamentais, as análises doutrinárias brasileiras ainda são retraídas e de curta aplicabilidade, no entanto, os estudos prosseguem crescendo. A dimensão jurídico-subjetiva, por sua vez, tem maior congruência com os direitos fundamentais na Lei Fundamental pátria.

No tocante à visão objetiva dos direitos fundamentais, existem diversas controvérsias da doutrina e da jurisprudência, como dito anteriormente, conflitos relativos à terminologia, ao conteúdo, ao significado e à aplicação. Há de se observar que a função primordial dos direitos fundamentais, no seu aspecto subjetivo, não pode ser limitada às defesas do homem contra as ações estatais, pois além disso existem decisões de natureza objetiva da Constituição Federal que guarnecem o ordenamento jurídico, com instruções delineadas para os órgãos do Executivo, Legislativo e Judiciário. Assim sendo, é errôneo examinar a dimensão objetiva dos direitos fundamentais apenas como uma garantia para as relações entre Estado e indivíduo, posto que, nesta dimensão, os direitos fundamentais ganham força de princípio superior, tornando-se elementar para a estrutura básica do ordenamento jurídico.

Em relação à perspectiva objetiva, Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 144) aduz que:

Desde já, percebe-se que, com o reconhecimento de uma perspectiva objetiva dos direitos fundamentais, não está se fazendo referência ao fato de que qualquer posição jurídica subjetiva pressupõe, necessariamente, um preceito de direito objetivo que a preveja.

[...]

A faceta objetiva dos direitos fundamentais, que ora é objeto de sumária análise, significa, isto sim, que às normas que preveem direitos subjetivos é outorgada é outorgada função autônoma, que transcende essa perspectiva subjetiva, e que, além disso, desemboca no reconhecimento de conteúdo normativo e, portanto, de funções distintas aos direitos fundamentais. É por isso que a doutrina costuma apontar para a perspectiva objetiva como representando também – naqueles aspectos que se agregam às funções tradicionalmente reconhecidas aos direitos fundamentais – uma espécie de mais-valia jurídica no sentido de um reforço da juridicidade das normas de direitos fundamentais, mais-valia esta que, por sua vez, pode ser aferida por meio de diversas categorias funcionais desenvolvidas na doutrina e na jurisprudência, que passaram a integrar a assim denominada perspectiva objetiva dos direitos fundamentais.

A natureza jurídico-objetiva dos direitos fundamentais possibilita o avanço de novos conteúdos relevantes à edificação de um sistema eficaz para a sua efetivação, mostrando, assim, que seu papel vai além de uma mera condição dos direitos subjetivos.

Procedendo-se então com a apreciação da perspectiva jurídico-subjetiva, deve-se frisar que os direitos fundamentais, no seu caráter subjetivo, não se resumem aos direitos de liberdade, ainda que estes apareçam de maneira mais proeminente. A dimensão jurídico-subjetiva é importante para a organização estrutural dos direitos fundamentais, organização esta que vai além do conteúdo, alcance e positivação, pois age diretamente nas funções exercidas na esfera destes direitos, visando sua melhor catalogação. O princípio da Dignidade da Pessoa Humana é o fundamento usado para motivar o valor dado à autonomia individual na perspectiva subjetiva, o que não exclui a possibilidade da Constituição outorgar titularidade de direitos fundamentais subjetivos a grupos e entes coletivos.

Apesar das reprovações e da necessidade clara de ajustes, os Direitos Fundamentais estão vivendo seu melhor momento histórico no constitucionalismo brasileiro, posto que os operadores do Direito contam com ferramentas imprescindíveis para possibilitar a efetivação concreta dos direitos e garantias fundamentais.

1.3 Restrições aos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais funcionam, regulam e protegem as prerrogativas necessárias para uma convivência digna e igual para todos os indivíduos. É certo que, em alguns momentos, esses direitos, que estão sendo exercitados constantemente, sofram restrições por parte do legislador no intuito de se preservar a segurança e o bem-estar de todos.

O legislador constituinte, fazendo uso da ordem jurídica, tratou de limitar a execução de alguns direitos individuais, antevendo a possibilidade da ocorrência de conflitos de

interesses. Ademais, delimitou, através de normas infraconstitucionais, direitos Fundamentais *prima facie*, com o intuito de harmonizar tais direitos frente aos bens coletivos.

Para justificar essas restrições, faz-se mister examinar duas teorias: a teoria interna e a externa. A teoria interna utiliza-se do fato de que nenhum direito está garantido infundavelmente, de forma a pôr limites aos direitos fundamentais. Na teoria externa, por sua vez, acredita-se que a matéria sobre tais direitos é, a priori, inalterável, apesar de poder ser modificada por lei restritiva.

Sobre esse prisma, Dilmanoel Araújo de Soares (2010, p. 58) observa que:

A posição manifestada por Ana Carolina Lopes Olsen, arrimada nas posições de Gilmar Ferreira Mendes e Ingo Wolfgang Sarlet, que adotam a concepção externa, leva a se crer que, de fato, os direitos fundamentais não são completamente absolutos e nem ilimitados, vez que são demarcados expressamente pela própria Constituição, e pelo legislador ordinário, mediante autorização expressa do constituinte, em razão das relações que o homem mantém com seus semelhantes e com os bens coletivos.

Em paralelo, José Carlos Vieira de Andrade (2006, p.283) afirma:

Não será seguramente novidade afirmar neste momento que os direitos fundamentais, mesmo os direitos, liberdades e garantias não são absolutos nem ilimitados.

(...)

Não o são na sua dimensão subjetiva, porque os preceitos constitucionais não remetem para o arbítrio do titular a determinação do âmbito e do grau de satisfação do respectivo interesse, e também porque é inevitável e sistêmica a conflitualidade dos direitos de cada um com os direitos dos outros.

(...)

Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a Constituição não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma ideia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários.

A limitação direta e expressa ocorre quando a Constituição delimita a matéria e o alcance dos direitos fundamentais, dispensando, assim, a interposição legislativa. Quando a restrição ocorre expressamente através da atuação legislativa, dá-se o nome de restrição mediata ou indireta, que se desdobra na forma qualificada e simples, também conhecidas como reservas constitucionais. Na restrição mediata qualificada, o legislador tem liberdade para limitar a área de proteção de algum direito, enquanto que na restrição mediata simples, o legislador pode regulamentar direitos através de sua perspectiva, devendo, contudo, buscar respaldo na Constituição.

Nas reservas tácitas, ao contrário das reservas constitucionais, os direitos não são restritos por norma constitucional legal; nesses casos, a restrição verifica-se de acordo com a chamada “cláusula da comunidade”, onde os direitos fundamentais só podem ser evocados no caso em que bens jurídicos de terceiros ou interesses da comunidade não estiverem sob risco iminente de ser prejudicados.

Em uma rápida observação, cabe ressaltar a significância de se citar a Teoria dos Limites Imanentes, haja vista que, em se tratando de direitos fundamentais, a colisão dos mesmos é um risco constante e, segundo essa teoria, os direitos de todos devem ser resguardados, seja em uma relação que envolve cidadãos, indivíduos frente ao Estado ou até questões na esfera pública que repercutam sobre os indivíduos constitucionalmente protegidos.

Essa teoria sustenta-se sobre um tripé que tem por base a jurisprudência e a doutrina alemã, onde o primeiro enfoque dos limites imanentes está nos limites de “não-perturbação”, ou seja, todos os indivíduos têm direitos, que são limitados para que outros indivíduos também possam desfrutar desses mesmos direitos. O segundo ponto diz respeito às “cláusulas da comunidade”, que buscam ofertar à sociedade uma convivência pacífica e harmônica à todos. E o terceiro e último aspecto trata dos limites impostos aos direitos fundamentais pelas “leis gerais”, colocando, assim, algumas leis acima da própria Constituição, o que causa repúdio por parte de alguns doutrinadores, que não aceitam essa subversão hierárquica.

Pelo requisito formal, os direitos fundamentais só podem sofrer contenções por leis licenciadas pela Constituição, uma vez que tais direitos estão expressos na Lei Fundamental como forma de garantia ao cidadão.

Como dito no texto supramencionado, os direitos fundamentais não são ilimitados, podendo, a qualquer tempo, sofrer restrições de natureza constitucional e infraconstitucional. Contudo, ao legislador não é dada a liberdade de suprimir tais direitos de maneira excessiva, posto que o núcleo essencial do direito deve ser sempre preservado. O núcleo essencial é a parte do direito que abarca as necessidades vitais do indivíduo, é o mínimo existencial do direito à vida, à segurança, à liberdade, à saúde, à alimentação, à moradia, à educação etc.

No ordenamento jurídico brasileiro, o núcleo essencial dos direitos não é explícito, estando, assim, inserido no rol que trata das “cláusulas pétreas”, pois a Constituição não individualiza os Direitos Fundamentais.

O argumento precípua para a proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais está no princípio da dignidade da pessoa humana, disposto no artigo 1º, inciso III da Constituição, onde se defende a necessidade de se preservar as condições basilares para o desenvolvimento da vida humana.

O Supremo Tribunal Federal vem dando subsídios à intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial, com o intuito de conservar os direitos já alcançados pelos indivíduos.

Sobre a proteção à dignidade da pessoa humana, a Constituição da República Portuguesa, em seu artigo 18/2, dispõe que “a lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Neste diapasão, duas teorias debatem acerca do núcleo existencial: a teoria absoluta e a teoria relativa, mas ambas tencionam a assegurar os direitos fundamentais contra providências desmedidas do Poder Legislativo, embora por argumentos diferentes.

Na teoria absoluta, o “coração do direito” não pode, em circunstância alguma, ser atingido, nem por limitações legislativas, nem pelo princípio da proporcionalidade, que pode ser invocado quando algum bem superior assim o exige. Na teoria relativa, o núcleo vital dos direitos pode ser atingido, contudo, deve-se tomar por base o processo de ponderação.

Para Gilmar Mendes (2003) as duas teorias não se mostram eficazes em demonstrar o real espaço ocupado pelo núcleo existencial nos direitos fundamentais, sinalizando que, por este motivo, Hesse aconselha fazer uso das duas teorias de modo mitigado.

Assim, Dilmanoel de Araújo Soares (2010, p. 68) conclui que:

Considerando que artigo 5º, Parágrafo primeiro, estabelece a proteção dos direitos fundamentais, sem diferenciação entre direitos sociais e de defesa, fica pois, interdito ao legislador constituinte derivado ou ordinário suprimir ou restringir o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, pois, do contrário, equivaleria a uma violação dos princípios da dignidade da pessoa humana, da segurança jurídica, da proteção da confiança, do Estado democrático e social de Direito, podendo o legislador infraconstitucional incidir em eventual inconstitucionalidade pela circunstância de que uma violação do mínimo existencial equivaleria na própria aniquilação do direito fundamental.

1.4 Direitos Sociais

Os direitos sociais integram os chamados Direitos Fundamentais de segunda dimensão, correspondendo aos direitos relativos à cultura, economia, coletividade etc.

Surgiram no século XIX em virtude do tratamento sub-humano que era dado aos operários da Europa Ocidental industrializada. Neste contexto, o capitalismo veio para modificar os valores relativos à cultura, economia e política.

Entre os séculos XVII e XIX, a classe operária foi se conscientizando a respeito dos direitos sociais coletivos, principalmente no que concerne à exploração sofrida pelos trabalhadores daquela época; com isso, despontaram as primeiras reivindicações trabalhistas. Adiante, ao raiar do constitucionalismo, houve a consagração dos Direitos Fundamentais, que exprimiam o direito de liberdade e o respeito que deve ser auferido a qualquer cidadão.

No século XX, conhecido como a Era dos direitos sociais, foi se adquirindo proteção trabalhista através de um novo ordenamento jurídico que se levantava. O Tratado de Versalhes (1919) somado à criação da Organização Internacional do Trabalho (OIT) e à Convenção de Genebra (1921) foram o impulso para a implementação dos direitos sociais. No entanto, a base principal dos direitos sociais está na Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), a qual estabeleceu que o princípio da solidariedade e da igualdade seriam os pilares de sustentação dos direitos sociais.

Depreende-se que os direitos sociais são oriundos da Constituição Mexicana (1917), da Constituição de Weimar (1919) e da Constituição brasileira de 1934, cujos estatutos foram primordiais para a positivação dos direitos fundamentais sociais, que também foram objeto de análises filosóficas e políticas.

No pós-Segunda Guerra, diversos países passaram a inserir os direitos sociais em suas constituições. No Brasil, como visto, a primeira Constituição a instituir os direitos sociais foi a de 1934; todavia, foi a Constituição de 1988 que inseriu os direitos sociais no título que trata dos Direitos Fundamentais.

Assim sendo, a partir de 1988, os direitos sociais passaram a ter natureza de direitos fundamentais e o Estado passou a ser obrigado a ofertar condições de vida digna a seus cidadãos, de modo a diminuir as desigualdades sociais, já que tais direitos ganharam força normativa para exigir do Estado prestações positivas.

Tratando-se dos direitos sociais, José Afonso da Silva (2010, p. 286-287) conceitua-os como:

Prestações positivas proporcionadas pelo Estado direta ou indiretamente, enunciadas em normas constitucionais, que possibilitam melhores condições de vida aos mais fracos, direitos que tendem a realizar a igualização de situações sociais desiguais. São, portanto, direitos que se ligam ao direito de igualdade. Valem como pressuposto do gozo dos direitos individuais na medida em que criam condições materiais mais propícias ao auferimento da igualdade real, o que, por sua vez, proporciona condição mais compatível com o exercício efetivo da liberdade.

Por seu turno, Dirley da Cunha Jr. (2013, p. 723) complementa:

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

Com base nos artigos 6º a 11 da Constituição Federal de 1988, os direitos sociais podem ser separados em seis classes: a) direitos sociais relativos ao trabalhador; b) direitos

sociais relativos à seguridade, à saúde, à previdência e a assistência social; c) direitos sociais relativos à cultura e à educação; d) direitos sociais relativos à moradia; e) direitos sociais relativos à família, criança, adolescente e idoso; f) direitos sociais relativos ao meio ambiente.

No Título VIII, que versa sobre a Ordem Social, também pode se encontrar outros direitos sociais, pois eles não se limitam ao rol descrito nos artigos 6º a 11 da CF. Essa abrangência justifica-se pela busca de desenvolvimento do bem-estar da população, amparados pelas medidas estatais.

Durante um período, a juridicidade dos direitos sociais foi questionada, posto que foram classificados como normas pragmáticas por não terem suporte processual para sua proteção, ao contrário do que ocorria com os direitos de liberdade. Superada a crise, os direitos sociais garantiram sua efetividade frente à Constituição Federal. Dessa forma, sua eficácia não pode ser recusada, tampouco descumprida, sendo a atuação estatal necessária, haja vista que qualquer forma de omissão em relação aos direitos sociais é vedada.

A aplicabilidade dos direitos sociais está pautada segundo o artigo 5º, §1º da CF, que prescreve que “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Partindo-se da ideia de aplicabilidade, Flávio Pansieri (2012, p. 125) conclui que:

a) as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais possuem aplicabilidade imediata conforme reza o art. 5º, §1º da CF/88, e são dotadas de vigência e eficácia jurídica (seguindo a lição de José Afonso da Silva); b) a aplicabilidade imediata deverá ser entendida como a vinculação imediata do Estado (que deverá construir a decisão, com a produção ou a reprodução do direito) e de particulares (que deverá cumprir o direito); c) quando a possibilidade de no momento de aplicação do texto, convertendo-o em norma, atinge-se eficácia social da norma, esta será decorrência do momento histórico-econômico-político-social do Estado brasileiro.

Por conseguinte, observa-se que a efetivação dos direitos sociais é dever do Estado e dos particulares.

1.5 Os Direitos Fundamentais e a Proibição do Retrocesso

É de suma importância que se deixe clara a relação da proibição do retrocesso com a ideia de segurança jurídica, uma vez que a proteção aos direitos fundamentais só pode ser assegurada com o mínimo de segurança jurídica. Destarte, cumpre ressaltar que o direito à segurança jurídica, há muito, está arraigado no Direito constitucional contemporâneo, o que, por conseguinte, revela a concepção de que um verdadeiro Estado de Direito encontra estreita consonância com a segurança jurídica, a fim de se evitar a propagação de iniquidades e

despotismos por parte dos governantes. A doutrina moderna trata a segurança jurídica como um subprincípio concretizador e constituidor dos direitos fundamentais frente ao Estado de Direito. Assim sendo, a segurança jurídica atinge as nuances da dignidade da pessoa humana, da ordem jurídica nacional e internacional, concomitantemente.

Ingo Wolfgang Sarlet (2007, p. 435) assevera que:

resulta evidente que a dignidade da pessoa humana não exige apenas proteção em face de atos de cunho retroativo (isto, é claro, quando estiver em causa um efetiva ou potencial violação da dignidade em algumas de suas manifestações), mas também não dispensa uma proteção contra medidas retrocessivas, mas que não podem ser tidas como propriamente retroativas, já que não alcançam as figuras dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada. Basta lembrar aqui a possibilidade de o legislador, seja por meio de uma emenda constitucional, seja por uma reforma no plano legislativo, suprimir determinados conteúdos da Constituição ou destinar normas legais destinadas à regulamentação de dispositivos constitucionais, notadamente em matéria de direitos sociais, ainda que com efeitos meramente prospectivos.

O ordenamento jurídico brasileiro já legitimou a proibição de retrocesso, ainda que de maneira tácita, em algumas de suas dimensões. Por certo, verifica-se que a garantia constitucional dos direitos fundamentais, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada já é objeto de previsão no direito positivo, tanto no âmbito da doutrina quanto na jurisprudência.

Um quesito essencial no contexto da proibição do retrocesso é entender até que ponto é permitido ao legislador infraconstitucional voltar atrás no que diz respeito a direitos fundamentais. Outra questão que também merece destaque são os equívocos relacionados à concretização e à manutenção dos níveis de proteção social já alcançados, posto que, realizada a restrição no âmbito da legislação infraconstitucional, esta passa a ser a protegida pela Constituição, colocando em questão a fragilidade da segurança jurídica.

A proibição do retrocesso tem alcançado maior repercussão tanto na seara da justiça social e dos direitos fundamentais sociais, quanto no Direito ambiental, onde se busca a proteção aos bens ambientais e a redução da degradação do meio ambiente. Dessa forma, a possibilidade de efetivação do princípio da proibição do retrocesso nas mais variadas esferas e dimensões, sempre respaldados pelo Direito constitucional positivo pátrio, vem sendo estudada e, em alguns casos, já se admite a sua efetiva aplicabilidade.

CAPÍTULO 2. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO

Ao atingir o estágio de Estado Democrático de Direito Social, o Estado deve entender que os direitos sociais já conquistados, através de normas constitucionais e infraconstitucionais, não podem retroagir. Os direitos sociais, que estão inseridos no rol dos direitos fundamentais, devem apenas avançar e progredir, uma vez que o retrocesso pela via ordinária seria um insulto ao estabelecido na Constituição Federal.

Sobre isso, afirma Canotilho (2003, pp. 338-339):

[...] os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo. A “proibição do retrocesso” nada pode fazer contra as recessões econômicas (reversibilidade fática), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos, em clara violação do princípio da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito econômico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana.

Nesse íterim, o princípio da proibição do retrocesso teria por finalidade impedir a violação do núcleo essencial de um determinado direito fundamental por parte do legislador, posto que garantir a proteção desse núcleo essencial significa garantir à dignidade da pessoa humana.

Tal proteção garante apenas o núcleo essencial dos direitos sociais, uma vez que todo direito fundamental já está salvaguardado pela Constituição e qualquer lei que vise suprimir, revogar ou aniquilar esses direitos, sem apresentar uma estratégia alternativa ou compensatória, deve ser considerada inconstitucional.

É importante notabilizar que o princípio da proibição do retrocesso não é explícito na Magna Carta, contudo, o mesmo já decorre do ordenamento jurídico constitucional e, dessa maneira, entende-se que se um há direito já realizado por norma constitucional e incorporado ao patrimônio jurídico, este não poderá ser suprimido por outra norma. A proibição do retrocesso propõe-se a efetivar direitos constitucionais por meio de normas infraconstitucionais, exigindo do Judiciário a invalidade de propostas de revogação e a concessão de medidas que ampliem os direitos fundamentais.

O princípio da proibição do retrocesso está intimamente ligado aos direitos sociais previstos na Constituição Federal de 1988 e obriga o Estado a progredir, melhorar as condições de vida da população, ou seja, toda e qualquer ação que tenha por finalidade abolir as garantias imprescindíveis já implementadas não pode ser aceita.

O Estado que não busca constantemente meios para garantir e efetivar os direitos fundamentais propostos em sua Constituição, não pode falar em democracia, visto que o Estado está submetido às normas constitucionais, sendo seu dever dar estabilidade aos direitos fundamentais através das políticas públicas e atingir as metas traçadas pela Constituição. Portanto, não se admitem condutas que resultem no retrocesso das conquistas já alcançadas.

O princípio da proibição do retrocesso só deve ser buscado quando todas as outras medidas restarem infrutíferas e ineficazes no êxito das metas estatais. Além disso, o retrocesso deve ter caráter excepcional e transitório, ou seja, ao atingir o desígnio proposto, o Estado deve voltar ao *status quo ante*.

2. 1 Conceito

Cabe acentuar a inexistência de uma unanimidade terminológica relativa ao princípio tratado. São inúmeras as nomenclaturas dadas para se abordar o tema, exemplo: proibição do retrocesso social, não regressividade, proibição da evolução reacionária, vedação do retrocesso, *non cliquet*, não reversibilidade de direitos fundamentais, são algumas das expressões que simbolizam o mesmo conceito.

Não obstante a quantidade de conceitos para o mesmo princípio, é interessante dar destaque ao chamado “*non cliquet*”, nomenclatura oriunda do Conselho Constitucional francês, quando este reconheceu a aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso nos direitos de liberdade. Segundo Canotilho (2003): “efeito *cliquet*” dos direitos humanos significa que os direitos não podem retroagir, só podem avançar na proteção dos indivíduos. Significa que é inconstitucional qualquer medida tendente a revogar os direitos sociais já regulamentados, sem criação de outros meios alternativos capazes de compensar a anulação desses benefícios”.

Partindo do conceito de proibição do retrocesso, é sabido que, as prestações legais, uma vez consagradas, não podem ser eliminadas pelo legislador sem meios alternativos ou compensatórios. As legislações concretizadoras dos direitos fundamentais sociais agem como “lei de proteção” contra ações futuras do Estado, tendo o dever de não deixar que esses direitos sejam revogados ou anulados.

Joaquim José Gomes Canotilho (2003, p. 347) denomina tal princípio como princípio da “evolução reacionária”, aduzindo que este, impõe que o núcleo essencial dos direitos fundamentais sócias já realizados e efetivados por medidas legislativas devem ser

constitucionalmente garantidos, sendo inconstitucionais quaisquer medidas legislativas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, o anulem ou aniquilem.

Partindo desse pressuposto, depreende-se que, ao ser incorporado pelo patrimônio jurídico, os direitos sociais não admitem supressão. O Estado, por intermédio das prestações sociais, tem o dever de potencializar esse mínimo existencial e vedar meios retrocessivos, a fim de evitar o esfacelamento das conquistas sociais.

No entanto, o princípio da proibição do retrocesso não pode visto como uma tese de vedação absoluta, isso seria inviável, dado o risco de se comprometer a autonomia da função legiferante do legislador, que não pode ser tratado apenas como meio de execução das decisões constitucionais. Além disso, a variabilidade e a instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da sociedade também figuram como óbice a essa “absolutização” do princípio.

Acerca da proibição do retrocesso absoluta, Christiano de Oliveira Taveira (2013, p. 171) alerta que:

Assim, de acordo com a doutrina majoritária, uma proibição absoluta de retrocesso absoluta de retrocesso social deve ser excluída de plano, com vistas à manutenção da capacidade de reação às mudanças na esfera social e econômica. Ademais, entender a proibição do retrocesso como uma regra absoluta conduziria a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direitos constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.

Completa-se o raciocínio com a lição de José Vivente dos Santos Mendonça (2003, pp. 227-228):

Claro está não se pode pensar numa vedação absoluta do retrocesso dos direitos sociais. A Constituição aberta e plúrima, flexível à interpretação/concretização por meio do legislador infraconstitucional – o qual serve dos cambiantes dados da realidade fática para estabelecer determinado padrão de normação – haver-se-ia transformado, à custa da vedação absoluta, numa Constituição dura como pedra. [...] A vedação do retrocesso, quando relativa, é importante mecanismo de proteção dos direitos fundamentais sociais. Esta proteção contribui para o fortalecimento da Constituição, que se torna mais identificada com a sociedade do qual é fruto.

A doutrina e a jurisprudência nacional, em consenso, afirmam que o princípio da proibição do retrocesso não pode assumir um caráter absoluto quando tratar da concretização dos direitos sociais. Uma proibição absoluta atingiria substancialmente a possibilidade de revisão da função legislativa, além de prejudicar a reavaliação das metas dos Estados e o desempenho de tais metas.

Neste sentido, José Carlos Vieira de Andrade (1994, p. 309) aduz que tratar a proibição do retrocesso como absoluta daria aos direitos fundamentais uma eficácia maior do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, posto que estes podem ser sofrer restrições por parte do legislador, desde que preservado seu núcleo essencial.

2. 2 A justificativa em prol da proibição do retrocesso: os principais argumentos

O fundamento básico para se justificar a eficácia do princípio da proibição do retrocesso advém da sua ligação intrínseca com outros princípios assentados na ordem jurídicas. A proibição do retrocesso relaciona-se com princípios da proteção dos direitos adquiridos; da democracia econômica e social; da proteção da confiança e da segurança do cidadão; da dignidade da pessoa humana; da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais; do Estado democrático e social de Direito.

Ademais, tomando por base análises doutrinárias e jurisprudências já realizadas, observa-se claramente que mesmo implícito, o princípio da proibição do retrocesso é reconhecido e consagrado na ordenamento jurídico-constitucional brasileiro e comparado. No âmbito doutrinário, Luís Roberto Barroso (1996, p. 158) leciona que:

[...] por este princípio que não é expresso, mas decorre de um 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.

No que diz respeito ao leque de associações existentes entre a proibição do retrocesso e outros princípios, faz-se mister discorrer, brevemente, sobre alguns desses principais princípios de maneira individual:

a) O princípio do Estado democrático de Direito guarda estreita relação com a proibição do retrocesso social para garantir a segurança jurídica e a continuidade da ordem jurídica contra medidas retrocessivas em geral. O Estado tem o dever de obedecer o disposto na Constituição à respeito dos direitos fundamentais de defesa, econômicos, culturais e sociais; obriga-se ainda, a buscar meios de atingir as metas propostas, ou seja, maximizar e potencializar o alcance desses direitos fundamentais. O Estado deve satisfazer, ao menos, o mínimo exigível, mas não pode se conformar e se acostumar a fornecer apenas isso.

b) O princípio da dignidade da pessoa humana, consagrado no artigo 1º, inciso III, da CRFB/88, é favorável à aceitação do princípio da proibição do retrocesso para obter uma efetiva satisfação das prestações sociais relativas à saúde, educação, moradia, trabalho. O princípio da dignidade da pessoa humana é a base dos demais direitos fundamentais e não pode admitir à adoção de medidas que inviabilizem uma existência digna para todos os indivíduos.

c) O princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais objetiva intensificar a proteção aos direitos fundamentais, que desembocaria no aprimoramento da eficácia e efetividade do direito à segurança jurídica. Por esse motivo,

ampara o proibição do retrocesso, pois este daria mais respaldo à segurança jurídica, que exige o máximo de proteção possível contra projetos de cunho regressivo.

d) O princípio da segurança jurídica e da proteção da confiança do cidadão impõe ao Estado propor estabilidade na ordem jurídica, afim de evitar incertezas e insegurança social à população. Proibir o retrocesso, neste caso, é uma forma de se garantir o equilíbrio entre Estado e Indivíduo.

Além desses, Ingo Wolfgang Sarlet (2009, pp. 446-447) acrescenta os seguintes aspectos:

Manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo não dão conta do universo de situações que integram a noção mais ampla de segurança jurídica, que, de resto, encontra fundamento direto no artigo 5º, *caput*, da nossa Lei Fundamental e no princípio do Estado Social e democrático de Direito;

[...]

Os órgãos estatais, especificamente como corolário da segurança jurídica e proteção da confiança, encontram-se vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a uma certa auto-vinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador, quando os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais, aspecto que, todavia, carece de maior desenvolvimento do que o permitido pelos limites do presente estudo;

[...]

A partir do exposto, verifica-se que a proibição de retrocesso, mesmo na acepção mais estrita aqui enfocada, também resulta diretamente do princípio da maximização da eficácia de todas as normas de direitos fundamentais. Por via de consequência, o artigo 5º, §1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra o poder de reforma constitucional, mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais, que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais não pode - em qualquer hipótese - suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.

Neste sentido, não admitir a existência do princípio da proibição do retrocesso é reconhecer que os órgãos legislativos terão liberdade incondicional para tomar decisões acerca dos direitos fundamentais, sem restrição de nenhuma natureza, mesmo que essas decisões afrontem o disposto na Constituição Federal. O objetivo precípua da proibição do retrocesso é minimizar o poder dado ao Legislativo, desejando, assim, impossibilitar que conquistas sociais vitais para a população sejam suprimidas ou abolidas de forma descabida.

Em caso de interesse público, a própria consagração do princípio da proibição do retrocesso não tem o condão para impedir que o Poder Legislativo modifique os direitos sociais. Assim sendo, fica claro que, frente ao interesse público, as posições jurídicas individuais sucumbem.

A principal objeção ao princípio da proibição do retrocesso advém do fato de que este não está definido explicitamente na Constituição Federal, sendo, assim, dependente da determinação do Poder Legislativo para se fazer existir. Contudo, o legislador não tem prerrogativa para decidir e voltar atrás de suas decisões sem justificativas plausíveis, uma vez que o princípio da proteção da confiança restringe esse tipo de ação. Se esse tipo de medida fosse acatada sem questionamentos, os legisladores poderiam deliberar sobre toda a matéria dos direitos fundamentais sem qualquer controle.

O não reconhecimento do princípio tratado culminaria em uma intervenção direta à dignidade da pessoa humana, posto que, a supressão do núcleo essencial dos direitos fundamentais afetaria imediatamente as condições mínimas para a existência digna de qualquer indivíduo.

Além disso, não se pode esquecer do papel significativo que a segurança jurídica tem em uma justificativa positiva a respeito do princípio da proibição do retrocesso. A segurança jurídica é, antes de qualquer coisa, um meio de se garantir a estabilidade das normas constitucionais indispensáveis para o desenvolvimento do Estado Social de Direito, que tem por base o princípio da dignidade da pessoa humana.

A segurança jurídica surge com a *pacta sunt servanda*, para assegurar os contratos formalizados no direito privado e, conseqüentemente, passou a abranger as diretrizes que regulam os direitos sociais. O direito à segurança jurídica, um dos direitos fundamentais, está ratificado no artigo 5º, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que visa proteger direitos já adquiridos, atos jurídicos perfeitos e a coisa julgada de ações regressivas. É uma forma de se certificar que todos os indivíduos encontrarão guarida não só nos aspectos socioeconômicos e políticos, mas também nos fatores relativos à terceira dimensão dos direitos fundamentais – paz social, solidariedade, meio ambiente equilibrado, qualidade de vida etc. Com efeito, a função do princípio da proibição do retrocesso é prover segurança jurídica aos direitos fundamentais já concretizados frente às medidas retrocessivas do Poder Público, não permitindo que o estado da coisa se afaste do idealizado.

Diante dos fatos, é nítido que o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso encontra recepção no ordenamento jurídico brasileiro, seja pela proteção ofertada aos direitos fundamentais ou pela exigência de segurança jurídica aos indivíduos, necessária ao Estado Social e Democrático de Direito. Outrossim, o artigo 5º, §1, CRFB/88 impõe o desenvolvimento constante dos direitos sociais, bem como a potencialização da proteção desses mesmos direitos, com o intuito de obstruir qualquer postura retroativa do legislador em relação a tais direitos.

Por conseguinte, após a análise fática dos pressupostos que respaldam o reconhecimento do princípio da proibição do retrocesso, o Estado deve entender que precisa consolidar e desenvolver tal princípio, com o escopo de fornecer aos seus cidadãos um nível razoável de segurança jurídica que se alie com o princípio da dignidade da pessoa humana, a fim de promover a proteção do núcleo essencial dos direitos sociais.

2.2.1 Objeções ao princípio da proibição do retrocesso

Assim como qualquer outro princípio ou disposição, o princípio da Proibição do Retrocesso não está livre de objeções. Sobre este aspecto, Narbal Antônio Mendonça Fileti (2009), lista cinco objeções:

- 1^a) centra-se na alegação de inexistência de definição constitucional acerca do conteúdo do objeto dos direitos fundamentais sociais. Logo, esses direitos seriam indetermináveis sem a intervenção do legislador, cuja liberdade encontraria limites apenas no princípio da confiança e na necessidade de justificação das medidas reducionistas. Contudo, a aceitação dessa concepção outorgaria ao legislador o poder de disposição do conteúdo essencial dos direitos fundamentais sociais, ocasionando fraude à Constituição por violação à própria dignidade humana;
- 2^a) é a alegada equivalência entre retrocesso social e omissão legislativa. Sucede que, embora correlatas, não há equivalência entre ambas, pois o retrocesso social pressupõe um ato comissivo, formal, do legislador, que venha de encontro aos preceitos constitucionais. Já a omissão, embora censurável do ponto de vista jurídico-constitucional, não se trata de ato sujeito a refutação;
- 3^a) refere-se ao fato de uma norma constitucional, ao concretizar um direito social prestacional, passar a ter força de norma constitucional, isto é, ocorre a constitucionalização do direito legal. A tese é rebatida ao argumento de que há possibilidade de um processo informal de modificação da Constituição por meio da ação do legislador, que teria como justificativa a evolução da própria Lei Maior;
- 4^a) suposta maior força, e, portanto, maior proteção, que seria atribuída aos direitos sociais em detrimento dos direitos de liberdade. Contrapõe-se a afirmação com a constatação de que a Constituição brasileira não estabelece diferenciação substancial entre os direitos fundamentais sociais e os direitos de liberdade, conferindo a ambos a mesma proteção; e
- 5^a) refere-se ao caráter relativo do princípio em face da realidade fática. A concretização legislativa dos direitos fundamentais sociais não pode dissociar-se da realidade. Assim, o princípio da proibição de retrocesso social não é absoluto, podendo ser, inclusive, objeto de ponderação. Dessa ponderação estará excluída, em regra, a possibilidade de integral supressão da regulamentação infraconstitucional de um direito fundamental social ou de uma garantia constitucional relacionada com a manutenção desse direito. Porém, para além desse núcleo essencial do princípio é admitida a alteração do grau de concretização legislativa.

Na contramão de tal argumento, Ingo Wolfgang Sarlet (2009) faz uma importante observação acerca do princípio da proibição do Retrocesso à luz da necessidade de se preservar a segurança jurídica, configurando-se, como subprincípio, a Proibição do Retrocesso Social, tida como uma das faces do princípio da Segurança Jurídica. Neste sentido, o autor destaca que:

A problemática da proibição de retrocesso guarda íntima relação com a noção de segurança jurídica. (...) a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada também à própria noção de dignidade da pessoa humana. Com efeito, a dignidade não restará suficientemente respeitada e protegida em todo o lugar onde as pessoas estejam sendo atingidas por um tal nível de instabilidade jurídica que não estejam mais em condições de, com um mínimo de segurança e tranquilidade, confiar nas instituições sociais e estatais (incluindo o Direito) e numa certa estabilidade das suas próprias posições jurídicas. (SARLET, 2009, pp. 436-437).

A natureza principal do princípio é a de impedir o legislador de suprimir ou alterar normas que densificam os direitos sociais; contudo, a Proibição do Retrocesso Social não implica em uma proibição absoluta ao movimento retrocessivo, posto que sua aplicação depende quase sempre de uma ponderação com outros princípios e regras.

2.3 O Princípio da proibição do retrocesso no Direito comparado

Discussões acerca do princípio da proibição do retrocesso no Brasil, tanto na doutrina quanto na jurisprudência, ainda são tímidas. No entanto, quando o debate parte para o direito comparado, é possível ver sua vasta difusão, principalmente não Alemanha e Portugal, países que adotaram o princípio supramencionado como solução para alguns de seus problemas sociais, econômicos e no setor da propriedade privada. A proibição do retrocesso é reconhecida de maneira cordial nas constituições europeias, apesar de não existir um consenso a respeito da problemática. Dessa forma, é salutar tecer uma análise entre a experiência da proibição do retrocesso nesses dois países (Portugal e Alemanha) e aquilo que está se delineando no Brasil.

O direito português desponta como um dos precursores ao admitir o princípio de forma doutrinária. Durante a década de oitenta, Portugal passava por um período de crise, a crise do Estado Social, e foi nessa conjuntura que a teoria do princípio da proibição do retrocesso social ganhou força. Deve-se ressaltar que Constituição Portuguesa de 1976, bem como o pensamento jurídico lusitano, exercem forte influência sobre as normas constitucionais brasileiras.

No Tribunal Constitucional Português, duas decisões são vistas como *leading cases* do assunto, o Acórdão 39/1984, que certificou a existência do princípio e o Acórdão 509/2002, que adotou relacionou a proibição do retrocesso com o princípio da dignidade humana. Após a decisão do primeiro Acórdão, a doutrina portuguesa adotou o princípio da proibição do retrocesso, todavia, no voto do relator Vital Moreira não é possível visualizar, de forma

expressa, referências ao princípio, o que se vê são coincidências entre trechos do relato e conteúdos doutrinários que tratavam da proibição do retrocesso de maneira introvertida.

O segundo *leading case*, o Acórdão 509/2002, divide a opinião dos estudiosos no que concerne à sua matéria. Alguns veem o Acórdão como uma inflexão da Corte Portuguesa sobre o tema, enquanto outros o enxergam como um meio de fundamentar a violação ao direito ao mínimo existencial e não à proibição do retrocesso.

A origem da proibição do retrocesso pode ser resumida nas seguintes palavras:

A proibição do retrocesso social em Portugal é inevitavelmente reconduzida ao célebre acórdão relatado por Vital Moreira (C 39/84), no qual, por violação ao princípio da proibição do retrocesso social, o tribunal Constitucional português declarou inconstitucional o art. 17 do Decreto-Lei n.º 254/2982, de 29 de junho, que revogava dispositivos legais que organizavam o Serviço Nacional de Saúde. O Tribunal considerou que esse serviço é garantia institucional da realização do direito à saúde e que, criado por lei, passa a ter sua vigência garantida constitucionalmente. O direito à saúde, assim como os demais direitos sociais teriam uma vertente negativa que vedaria condutas lesivas, bem como uma vertente positiva, que permitiria exigir do Estado a atividade e as prestações necessárias para sua salvaguarda. Acentuou-se, ainda, que a criação do serviço configura uma imposição legislativa concreta e permanente e que seu descumprimento constituiria omissão inconstitucional. (CARVALHO; COSTA, 2010, p. 31).

Ao lado de Portugal, a Alemanha também se apresenta como pioneira quando o tema é a proibição do retrocesso. O constitucionalismo alemão e sua extensa contribuição sobre os direitos fundamentais servem de espelho para a doutrina brasileira ainda hoje.

Os primeiros passos acerca do tema proibição do retrocesso na Alemanha foram dados por volta da década de setenta. Em solo tedesco, a ausência de proteção aos direitos sociais, que não são vistos como direitos fundamentais nem constitucionais, serviu como mola propulsora para o surgimento do princípio da proibição do retrocesso. O fundamento teórico sobre o qual se formou o princípio, o direito fundamental à propriedade privada, também é singular, os alemães se basearam na tese sobre propriedade privada desenvolvida por Martins Wolff, onde se garantia a propriedade proteção jurídico-subjetiva na esfera da seguridade social.

Diante do observado, utilizar o fundamento teórico da proibição do retrocesso alemão no Brasil seria inviável, em razão das disparidades existentes em alguns pontos, a exemplo do não reconhecimento dos direitos sociais como direitos constitucionais.

Os dois países usados como exemplo para utilização do princípio da proibição do retrocesso no Brasil deixam clara a preocupação dos tribunais internacionais com a segurança e com a justiça social, sendo óbvio que cada país faz uma análise do que é mais importante para sua população e a partir desse diagnóstico estruturam suas leis e normas para atingirem tais ideais.

No Brasil, como dito anteriormente, o princípio da proibição do retrocesso caminha à passos lentos buscando na doutrina alemã e portuguesa o devido respaldo, um meio para se guiar doutrinariamente. Neste aspecto, a Constituição Federal trabalha com a ideia de progressão, com o ideal de criar leis progressivas e não retrocessivas, a fim de garantir condições de vida cada vez melhores para a população. Mesmo a passos lentos, considera-se importante a jornada contínua, não cessando a busca pela sua progressão.

2.4 O Princípio da proibição do retrocesso e a Constituição Federal de 1988

O princípio da proibição do retrocesso decorre do Estado Democrático e Social de Direito, do princípio da dignidade da pessoa humana, da máxima eficácia dos direitos fundamentais, entre outros, assim sendo, é sua responsabilidade zelar pelos direitos sociais.

Os direitos sociais estão inseridos no rol dos direitos fundamentais, que por sua vez, são cláusulas pétreas presentes na Constituição Federal de 1988 (art. 60, § 4º), não podendo sofrer restrições ou supressões de qualquer natureza. Os direitos sociais uma vez conquistados passam a gozar de garantia constitucional fornecida pelo princípio da proibição do retrocesso, que além da proteção, tem como finalidade limitar a atuação dos legisladores ordinários. Destarte, o princípio estudado é uma forte ferramenta para a proteção material dos direitos sociais e para sua aplicação eficaz.

Sem embargo, se todos os atos restritivos aos direitos sociais fossem tidos como inconstitucionais, as autoridades políticas ficariam impossibilitadas de agir, formular estratégias e redefinir políticas sociais o que causaria um colapso no âmbito econômico e social. Mais uma vez, cabe ratificar que o princípio da proibição do retrocesso absoluto não é cabível, pois se assim fosse, a Administração Pública e o Poder Legislativo se transformariam em instrumentos de execução, descumprindo o disposto na Magna Carta sobre a função dos órgãos estatais.

Diante o exposto, à luz da Constituição Federal o mais pertinente é tratar o princípio da proibição do retrocesso como meio de promover a plena proteção dos direitos sociais, desde que não se comprometa o contexto socioeconômico nem a autossuficiência do Poder Legislativo e Judiciário. Os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança legítima devem ser sempre observados nos casos concretos.

É fundamental se examinar os critérios materiais que propiciem um aferição do princípios da proibição do retrocesso dentro da perspectiva constitucional. Nesse ínterim, o primeiro critério à ser observado é o da proteção do núcleo essencial dos direitos

fundamentais sociais, que encontram-se intimamente ligados ao princípio dignidade da pessoa humana, conforme discutido anteriormente, que não podem ser alvo do legislador um vez que se concretizaram no plano da legislação infraconstitucional e por esse motivo não podem ser afetado por meio de supressão ou relativização. Proteger o núcleo essencial do direitos sociais é ofertar aos indivíduos as prestações materiais necessárias para uma vida digna, que atenda aos padrões mínimos de qualidade de vida e forneça aos cidadãos os instrumentos necessários para exercer as liberdades.

Outro ponto que serve como critério, é a função da proibição do retrocesso no regime jurídico dos limites dos direitos fundamentais, onde atuará como limite dos limites já expostos, sempre se sujeitando ao ordenado no princípio da proporcionalidade e observando outras imposições. Além disso, o princípio da proibição do retrocesso representa um fator assecuratório no ordenamento jurídico pátrio, que deve ser levado em consideração ao se examinar o alcance desse princípio.

Sobre esse aspecto, pontua Sarlet (2009, p. 457):

Neste contexto, voltamos a frisar que um dos principais desafios a serem enfrentados também no âmbito de uma proibição do retrocesso é o da adequada hierarquização entre o direito à segurança jurídica (que não possui – convém frisá-lo – uma dimensão puramente individual, já que constitui elemento nuclear da ordem objetiva de valores do Estado de Direito como tal) e a igualmente fundamental necessidade de, sempre em prol do interesse comunitário, proceder aos ajustes que comprovadamente se fizerem indispensáveis, já que a possibilidade de mudanças constitucionalmente legítimas e que correspondam às necessidades da sociedade como um todo (mas também para a pessoa individualmente considerada) carrega em si também um componente de segurança que não pode ser desconsiderado.

Sabendo disso, vale frisar a importância de se estudar cada hipótese de forma individual para que a autonomia legiferante e a proteção aos direitos dos indivíduos venham a ser contemplados de maneira igualitária.

2.5 O Princípio da proibição do retrocesso nos Tribunais brasileiros

No campo das jurisprudências, o princípio da proibição do retrocesso ainda se apresenta de modo tímido; contudo, é importante apresentar alguns exemplos para que sirvam de suporte ao estudo.

No Supremo Tribunal Federal, o princípio da proibição do retrocesso veio à tona a partir do Recurso de Agravo Regimental, interposto contra o Recurso Extraordinário nº 410.715-5-SP, tendo como Relator o Ministro Celso de Mello. O processo girava em torno da oferta de novas creches e pré-escolas para crianças da cidade para crianças de até seis anos não deveria ser cobrada apenas do município.

O pedido teve seu provimento negado por decisão unânime dos Ministros da Suprema Corte, que acompanharam o voto do Relator. O argumento para negatória foi que, se tratando de um direito sociais garantido pela Magna Carta, o direito à educação é dever de todos os entes estatais, contudo, cabe ao Estado fornecer condições objetivas para que os titulares de tal direito tenham acesso ao mesmo como forma de se desimpedir dessa obrigação. O Relator acrescentou ainda que, ao falar-se de direito fundamental, o Poder Judiciário pode possibilitar a concretização das normas constitucionais através de provimentos jurisdicionais.

O Ministro-relator, Celso de Mello, fez alusão ao artigo 204, IV, CF, que versa sobre a dever de se implementarem políticas sociais públicas voltadas para crianças de creche e pré-escola, cuja omissão é inconstitucional. O Relator alegou ainda, não caber ao Judiciário formular ou implementar políticas públicas, uma vez que, tais ações são de competência dos Poderes Legislativo e Executivo, a atribuição do Poder Judiciário se dar no caso de descumprimento desses deveres, que podem prejudicar a eficácia e a integridade dos direitos individuais, como é o caso do direito à educação infantil.

Sobre esse aspecto o Ministro assinala:

Tenho pra mim, deste modo, presente tal contexto, que os Municípios – que atuarão prioritariamente no ensino fundamental e na educação infantil (CF, art. 211, § 2º) – não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208, IV, da Carta Política, e que representa fator de limitação da discricionariedade político-administrativa dos entes municipais, cujas opções, tratando-se de atendimento das crianças em creche (CF, art. 208, IV), não podendo ser exercidas de modo a comprometer, com apoio em juízo de simples conveniência ou de mera oportunidade, a eficácia desse direito básico de índole social mesmo porque, tal como adverte a doutrina (FERNANDO FACURY SCAFF, “Reserva do Possível, Mínimo Existencial e Direitos Humanos”, “in Interesse Público” n.32/213-226, 2005), a liberdade de conformação do Estado, em tema de implementação de direitos assegurados pelo próprio texto constitucional, está vinculada ao postulado da supremacia da Constituição

Celso de Mello tratou também da ‘reserva do possível’, afirmando que o fator econômico não pode servir como obstáculo para o Poder Público inviabilizar a preservação dos estabelecimentos que atendem crianças. Para que os preceitos constitucionais sejam atendidos, as condições materiais mínimas devem ser cumpridas. Transgredir o disposto no art. 208, IV, CF, é desrespeitar o direito fundamental a cidadania e o princípio da dignidade da pessoa humana, decorrentes do Estado de Direito.

Outro caso que envolveu o STF e o princípio da proibição do retrocesso pôde ser observado na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065-DF, na qual se pleiteava a impugnação do artigo 17 da Medida Provisória nº 1.911-9/99, que resultaria na eliminação do Conselho Superior de Seguridade Social e dos Conselhos Estadual e Municipal de Previdência Social. Os requerentes afirmavam que a Medida Provisória infringia o princípio da proibição do retrocesso social, já que, sob a égide da Medida, o artigo 194, Parágrafo único, inciso VII e o artigo 62 da Constituição seriam transgredidos.

A votação foi penosa, visto que os Ministros Sepúlveda Pertence (relator), Marco Aurélio, Néri da Silveira e Carlos Velloso perderam na votação; no entanto, alguns dos Ministros não pouparam elogios ao voto do relator, que tratou da proibição do retrocesso de maneira majestosa.

Sepúlveda Pertence aduziu em seu voto que:

Pouco importa. Certo, quando, já vigente à Constituição, se editou lei integrativa necessária à plenitude da eficácia, pode subsequentemente o legislador, no âmbito de sua liberdade de conformação, ditar outra norma disciplina legal igualmente integrativa do preceito constitucional pragmático ou de eficácia limitada; mas não pode retroceder – sem violar a Constituição – ao momento anterior de paralisia de sua efetividade pela ausência da complementação legislativa ordinária reclamada para implementação efetiva de uma norma constitucional.

Vale enfatizar e esclarecer o ponto.

Ao contrário do que supõem as informações governamentais, com o admitir, em tese, a inconstitucionalidade da regra legal que a revogue, não se pretende emprestar hierarquia constitucional à primeira lei integradora do preceito da Constituição, de eficácia limitada. Pode, é óbvio, o legislador ordinário substituí-la por outra, de igual função complementadora de Lei Fundamental; o que não pode é substituir a regulação integradora precedente – pré ou pós constitucional – pelo retorno ao vazio normativo que faria retroceder a regra incompleta da Constituição à sua quase impotência originária.

Em seu relato, o Ministro compreendeu que a revogação do artigo 17, da Medida Provisória nº 1.911-9/99, revogaria também a legislação anterior que é necessária para que a norma constitucional torne-se eficaz. Dessa maneira, ao invés de progredir o Estado estaria regredindo.

No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF, o princípio da proibição do retrocesso também foi mencionada no Supremo Tribunal Federal, sendo a ideia sustentada pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP). A ação questionava a legitimidade jurídico-constitucional da contribuição previdenciária sobre pensionistas e servidores inativos no artigo 4º da Emenda Constitucional nº 41/2003.

No caso em tela, o STF decidiu pela constitucionalidade da contribuição dos pensionistas e servidores inativos, atribuindo natureza tributária à contribuição previdenciária.

A decisão não foi uniforme em razão dos interesses do Estado, com o Ministro Relator César Peluso alegando que a contribuição tributária tem natureza incontroversa.

Os Ministros Carlos Brito, Ellen Gracie e Celso de Melo votaram pela inconstitucionalidade da Emenda Constitucional. Diante da questão apresentada, o Ministro Carlos Brito invocou o instituto do direito adquirido, justificando que os aposentados até 19 de dezembro de 2003 tinham o direito de não pagar a contribuição previdenciária, enquanto o Ministro Celso de Mello recorreu ao princípio da proibição do retrocesso para sustentar seu argumento, posto que os inativos e pensionistas já haviam conquistado o direito de não pagar tais taxas previdenciárias, entendendo que a decisão pela constitucionalidade do pedido corresponderia a desconstruir as conquistas sociais alcançadas pelo cidadão.

Por sua vez, no Tribunal de Justiça de São Paulo, em Apelação Cível nº 097.863.0/2-00, interposta pelo Ministério Público contra o município de Presidente Prudente –SP, tratava-se da oferta de transporte escolar gratuito para os estudantes.

Utilizando-se do princípio da proibição do retrocesso e do reconhecimento do direito adquirido como argumento, o Ministério Público conseguiu que o Tribunal paulista julgasse procedente seu pedido, uma vez que sustentou que é dever do Poder Público municipal proporcionar transporte escolar para seus cidadãos conforme leciona o Estatuto da Criança e do Adolescente e a própria Lei Orgânica do município de Presidente Prudente.

Assim sendo, a administração do município não poderia restringir o disposto na legislação municipal, pois culminaria em um retrocesso social para os estudantes, que teriam seu direito social à educação cerceado pela supressão do preceito constitucional.

Diante dos casos apresentados e da análise doutrinária e jurisprudencial, pode-se constatar que o princípio da Proibição do Retrocesso Social reside, ainda que implicitamente, no sistema jurídico-constitucional brasileiro. O princípio não é absoluto e encontra objeções à sua aplicação; contudo, a possibilidade de supressão de um direito social ou garantia fundamental constitucional está excluída graças à necessidade de se proteger o núcleo essencial desse princípio.

Ainda no âmbito estadual, o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, manifestou-se sobre o direito à saúde no julgamento da Apelação Cível nº 04.022858-9, onde o relator Desembargador Francisco Oliveira Filho designou que o Estado de Santa Catarina fornecesse medicamento excepcional, o único capaz de tratar doenças renais graves da qual era portadora

a requerente, o alto custo do medicamento (R\$ 2.000,00 – dois mil reais) não era compatível com as condições da paciente.

O Estado usou como um dos seus argumentos para não fornecimento do medicamento, a Reserva do Possível, além de alegar que o direito fundamental à saúde previsto na Carta Magna carecia de regulamentação legal para ser garantido.

Acerca da reserva do possível, o Tribunal Estadual de Santa Catarina declarou que:

Melhor sorte não resta ao apelante quando sustenta que a canalização de recursos para um caso isolado fere planos orçamentários previamente estabelecidos. Sob esta ótica tem-se que a limitação dos recursos públicos passa a ser observada como uma barreira real à efetivação dos direitos prestacionais. Enfim, a concretização dos direitos dependentes do Estado estaria limitada a reserva do possível.

O certo é que a questão da disponibilidade orçamentária se perfaz relevante, contudo, a doutrina mais moderna, com a de Robert Alexy e Ingo Wolfgang Sarlet, aduz que nas situações em que a invocação da reserva do possível (para obstar a concretização dos direitos sociais) ir de encontro ao bem maior da vida, há que se refutar a barreira financeira e fazer prevalecer a manutenção da dignidade da pessoa humana, podendo até haver imposição ao Estado a fim de realizar prestação mediante via judicial.

Logo, em casos como este, em que interesses e direitos parecem colidir (de um lado o interesse financeiro do estatal e, do outro, a preservação da vida), é preciso analisa-los e sopesá-los, elevando o valor maior. No caso, não há dúvida, que o direito à saúde e, portanto, à vida deve prevalecer.

O Tribunal utilizou um mecanismo de ponderação entre princípios e bens jurídicos para avaliar o caso em tela, a escassez material de recurso não poderia ter peso maior do que o direito à vida e à saúde, por conseguinte, as escolhas do julgador deveriam ser pautadas pelo definido na Constituição Federal, conforme consta no acórdão.

Nesse sentido, é imperiosa a indispensabilidade de averiguação dos limites à aplicação do princípio da proibição do retrocesso e da reserva do possível.

CAPÍTULO 3. A RESERVA DO POSSÍVEL NO DIREITO BRASILEIRO

A reserva do possível é um dado de realidade, representando um limite jurídico para a aplicação prática do Direito e das diretrizes constitucionais, gozando de influência direta no tocante aos direitos fundamentais. Surgiu na Alemanha como matéria de razoabilidade na reserva de recursos, mas não como questão financeira da escassez de recursos, como alguns pensam. Ganhou força em solo brasileiro a partir da década de 1990, quando o neoliberalismo passou a conduzir os Poderes Públicos nacionais.

Segundo Felipe Bittencourt Potrich (2012, p. 10), “O emprego da expressão “reserva do possível” tem como precedente histórico a decisão da Corte Constitucional alemã, em caso conhecido como *numerus clausus*, no qual se discutiu o direito de acesso as vagas em universidades naquele país”.

No Brasil, os governantes são um tanto quanto relapsos nas suas obrigações prestacionais, descumprindo mandamentos constitucionais e gastando valores exorbitantes com outras formas de compromissos que não os direitos fundamentais. Por conseguinte, estudiosos alertam para o perigo do uso acrítico da reserva do possível, posto que, nos países subdesenvolvidos, como o Brasil, a cláusula ora tratada só deve ser aplicada em situações extremas, a exemplo do direito à saúde, à educação, mas não de modo corriqueiro.

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet (2010, p. 30), a reserva do possível apresenta três dimensões:

- a) A efetiva disponibilidade fática dos recursos para a efetivação dos direitos fundamentais;
- b) A disponibilidade jurídica dos recursos materiais e humanos, que guarda íntima conexão com a distribuição das receitas e competências tributárias, orçamentárias, legislativas e administrativas, entre outras, e que, além disso, reclama equacionamento, notadamente no caso do Brasil, no contexto do nosso sistema constitucional federativo;
- c) Já na perspectiva (também) do eventual titular de um direito a prestações sociais, a reserva do possível envolve o problema da proporcionalidade da prestação, em especial no tocante à sua exigibilidade e, nesta quadra, também da sua razoabilidade.

Amiudadamente, o Estado faz uso da reserva do possível buscando se eximir do dever de prover determinado direito, já que não se pode cobrar além de suas possibilidades econômicas. O princípio em tela não deve ser manuseado de maneira constante e desmedida com o intuito de driblar o disposto na Constituição Federal, mas apenas em casos excepcionais.

A Magna Carta não estabelece o modo de aplicação, nem qual valor deve ser direcionado à realização de cada direito social, com exceção das áreas de saúde e educação.

Assim, é lógico se afirmar que a Constituição Federal de 1988 deu tratamento prioritário aos direitos sociais fundamentais que, por sua vez, são objetivos primordiais pátrios. Se a distribuição de recursos não atende ao mínimo constitucional, restará certa a insuficiência de recursos e, neste caso, o uso do argumento da Reserva do Possível poderá ser utilizada, ainda que de maneira amena.

A Reserva do Possível não pode ser utilizada pelo Poder Público como justificativa para erros de gestão social; as prioridades devem ser observadas e suas exigências mínimas respeitadas.

3.1 Conceito

Para Ana Carolina Lopes Olsen (2006, p. 225), “a reserva do possível é uma condição de realidade que determina a submissão dos direitos fundamentais prestacionais aos recursos existentes.”

A reserva do possível tem o poder de reduzir ou eliminar o campo de abrangência dos direitos fundamentais, interferindo diretamente em sua matéria e amenizando as obrigações prestacionais do Estado para com os cidadãos. É comum o Estado utilizar a insuficiência de recursos para justificar o descumprimento de seus deveres. Se não existem recursos, não podem efetivamente cumprir com as suas obrigações.

Quando o Estado invoca a reserva do possível, deve-se examinar com prudência as razões da escassez de recursos e se essa escassez está dentro do princípio da proporcionalidade e da razoabilidade. Dessa forma, fica nítido que a reserva do possível não pode restringir absolutamente nenhum direito, pois se submete aos padrões impostos por esses dois princípios constitucionais.

Em síntese, a reserva do possível é a ponte entre o bem jurídico que se busca obter e a disponibilidade de recursos para este fim. Em conformidade com a reserva do possível, os direitos reivindicados só poderão ser cobrados se estiverem em consonância com as condições fáticas do orçamento estatal.

Em relação à terminologia da reserva do possível, tanto na doutrina quanto na jurisprudência existe uma incompatibilidade de ideias, visto que alguns tratam como princípio, outros como postulado ou cláusula, e existe ainda os que afirmam que a reserva do possível é uma condição da realidade.

A partir das observações feitas, a reserva do possível não pode ser vista como um princípio, pois os elementos que a compõem não são suficientes para a caracterizar como tal

espécie normativa. As cláusulas e os postulados, por sua vez, determinam como as normas devem ser aplicadas e poderiam qualificar a reserva do possível, se não fosse o óbice de não admitir ponderação, o que a afasta dessa nomenclatura. Sendo assim, o que melhor se adequa a reserva do possível é vê-la como uma condição da realidade, dotada do poder de interferir na aplicação dos direitos sociais fundamentais.

É relevante acrescentar algumas informações sobre essa condição de realidade da reserva do possível. Os dados da realidade são significativos no campo dos direitos fundamentais quando se trata de sua prestabilidade. Para que o Estado cumpra com suas prestações materiais e satisfaça os anseios dos cidadãos, é necessário examinar previamente a disponibilidade dos seus recursos materiais.

Aqui, vale observar a observação de Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 217):

O aspecto que assume maior relevância na discussão da efetividade dos direitos fundamentais prestacionais diz respeito à existência de recursos materiais. Esta existência de recursos materiais está relacionada a dois aspectos: a disponibilidade fática do meio necessário do direito, e a disponibilidade jurídica deste meio. O objeto previsto na norma deve estar disponível para o agente público destinatário da obrigação, ou seja, os meios necessários à realização da prestação normativamente prevista devem estar disponíveis, tanto fática quanto juridicamente. Não basta a existência de recursos, o Estado deve ter capacidade jurídica para deles dispor.

Para que as prestações sociais sejam executadas, é imprescindível a existência de recursos financeiros nos cofres públicos, o que se chama de “fato custo.” Nesse diapasão, a reserva do possível averigua qual o capital disponível para que tais necessidades sejam supridas, posto que existe um limite material para a concretização dessas prestações.

Gustavo Amaral (2001, pp. 111-112) critica a ideia da “máxima eficácia” dos direitos sociais e afirma que os dados da realidade não podem ser menosprezados, visto que a promessa doutrinária, sem uma análise fático-orçamentária, causaria um desapontamento nos indivíduos. No intuito de evitar qualquer tipo de constrangimento, os órgãos estatais devem deixar claro que só serão atendidas demandas logicamente possíveis, ou seja, o cidadão deve ter ciência de que se sua pretensão for incongruente, o Estado não será obrigado a atendê-la.

Outro ponto fundamental à respeito da reserva do possível é quando esta se relaciona com a escassez de recursos. Nesses casos, é de suma importância identificar se o fato gerador da insuficiência é a inexistência de recursos ou a alocação de recursos pelos Poderes Públicos para outros fins.

Algumas obrigações prestacionais estão dispostas na Constituição Federal e devem ser cumpridas pelo Estado. É o que ocorre nos artigos 195-A, 204 e 212 da Constituição Federal, bem como nos artigos 55 e 60 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. É sabido que os recursos estatais não são ilimitados e, por esta razão, os direitos tidos como essenciais

pela Constituição devem ter prioridade. Nesses casos, não se admite falar em inexistência de recursos, visto que o orçamento do Estado deve manter compatibilidade com os preceitos constitucionais.

Quando o fato for a alocação de recursos, os entes administrativos são obrigados a respeitar as prioridades e os mínimos elencados na Constituição. A questão da alocação de recursos deve ser vista com bastante cautela, uma vez que, na maioria dos casos, faltam recursos porque os mesmos foram alocados para outros fins, dispensando assim a ordem de prioridades. O que se observa é que não existe um controle real entre o *quantum* que se pode ceder e quem será beneficiado com esta escolha.

Segundo Flávio Galdino (2002, p. 214):

O que verdadeiramente frustra a efetivação de tal ou qual direito reconhecido como fundamental não é a exaustão de um determinado orçamento, é a opção política de não se gastar dinheiro com aquele mesmo ‘direito’. (...) O argumento da ‘exaustão orçamentária’ presta-se unicamente a encobrir as trágicas escolhas que deixam de fora do universo do possível a tutela de um determinado ‘direito’.”

Portanto, ratificando-se o exposto anteriormente, antes de dispor de recursos para alocação, o Estado tem o dever de suprir os direitos essenciais dos cidadãos e, nesse contexto, cabe frisar a necessidade da atuação do Poder Judiciário a fim de garantir a efetividade das prestações sociais.

3.2 A restrição aos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais, apesar de integrados a um sistema de normas e princípios constitucionais, estão submetidos à interferência dos Poderes Públicos, podendo sofrer limitações diretas em seu grau de abrangência. Por esta razão, tais direitos não podem ser tratados como direitos absolutos, como dito previamente.

As restrições aos direitos fundamentais dividem-se em duas categorias: restrições em sentido estrito e restrições em sentido amplo. Em sentido estrito, cabe ressaltar a alegação da autora Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 143):

(...) sempre que o âmbito de liberdade delineado pela norma constitucional se vê atingido por uma norma infraconstitucional geral e abstrata, que reduz seu campo de atuação, afastando determinadas hipóteses de incidência, ou dificulta o acesso de seu titulares ao bem juridicamente protegido, estar-se-á diante de um restrição em sentido estrito.

Esse tipo de restrição submete-se aos requisitos do controle de constitucionalidade para ser aprovado, mesmo que a modificação do conteúdo da norma esteja previsto na Magna

Carta, pois se tornará uma norma jurídica que, posteriormente, pode vir a ser uma regra ou um princípio.

No sentido amplo, a restrição aos direitos fundamentais surge da urgência em se definir métodos aptos à solucionar possíveis conflitos no âmbito normativo que, na maioria dos casos, só são visíveis nos casos concretos. Ademais, as normas dispostas pelo legislador ou constituinte, como também as ações dos entes administrativos com o intuito de restringir ou suprimir direitos fundamentais, encaixam-se nesse conceito amplo de restrição.

Acerca da restrição dos direitos fundamentais em sentido amplo, a definição de Jorge Reis Novais (2003, p. 247) parece ser a mais adequada para o estudo feito:

Ação ou omissão estatal que, eliminando, reduzindo, comprimindo ou dificultando as possibilidades de acesso ao bem jusfundamentalmente protegido e a sua fruição por parte dos titulares reais ou potenciais do direito fundamental ou enfraquecendo os deveres e obrigações, em sentido lato, que dele resultam para o Estado, afeta desvantajosamente o conteúdo de um direito fundamental.

As formas de restrição acima mencionadas dirigem-se a atos expressos na Constituição Federal. Sobre as restrições não expressamente autorizadas pela Lei Maior, estas também devem se sujeitar ao controle de constitucionalidade, preenchendo todas as exigências concernentes ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade e a garantir a proteção do núcleo essencial. Dessa forma, é adequado admitir a restrição de direitos fundamentais fora da previsão legal, posto que, em todos os casos – autorizadas ou não autorizadas, as restrições deverão atender aos mesmos critérios de aprovação; caso violem os requisitos necessários, sua legitimidade será aniquilada.

A restrição dos direitos fundamentais advém da necessidade de se concatenar um sistema constitucional regular, capaz de suprir as ânsias dos direitos individuais e coletivos. Os direitos sociais, como parte dos direitos fundamentais subjetivos, estão sujeitos a colisões com outros direitos ou bens jurídicos e, por esse motivo, precisam subjugar-se às leis e prerrogativas dos Poderes Públicos, a fim de evitar ou sanar qualquer tipo de divergência.

Ingo Wolfgang Sarlet (2009, p. 372) defende o uso dos direitos fundamentais na medida da lei, e não na forma da lei, pois entende que as leis só devem ser validadas se estiverem em harmonia com a Constituição Federal.

Assim, declara Raquel Denise Stumm (1995, p. 73-74):

O Direito não é necessariamente restringível. A necessidade de restringi-lo advém das relações que o homem mantém com outros homens e com bens coletivos. Dessa forma, a restrição acontece por uma necessidade externa ao direito, que tem de compatibilizar diferentes direitos individuais e bens coletivos. (...) A necessidade de restrição ao direito é sempre *a posteriori*, pois o direito não nasce desde já limitado. Somente surge da necessidade de harmonização e conciliação com outro direito

fundamental ou interesse constitucional suficientemente caracterizado e determinado.

A possibilidade de restrição deve ser abraçada, bem como a exigência de um controle ativo dessas restrições, posto que todas as formas de poderes constituídos são aptos a praticar atos que prejudiquem os direitos fundamentais, seja através de atos administrativos ou criação de Medidas Provisórias, por exemplo. Todavia, independente da conjectura, as restrições aos direitos fundamentais devem estar em conformidade com o controle de constitucionalidade para se tornar legítimas.

No tocante à restrição aos direitos fundamentais prestacionais, é imprescindível fazer um adendo sobre tal questão nesse tópico. Há o entendimento de que os direitos prestacionais não podem ser alvo de restrição; o que ocorre nesse caso em particular é uma omissão por parte dos Poderes Públicos. Assim sendo, a restrição reduziria o direito do titular ao bem jurídico desejado.

Para Canotilho e Vital Moreira (1991, p.133), essa restrição aos direitos fundamentais prestacionais guarda íntima relação com o princípio da proibição do retrocesso, que veda o comprometimento dos bens jurídicos já conquistados por parte do Estado, sem que haja um meio compensatório para não prejudicar os titulares de tais direitos. Neste diapasão, os direitos prestacionais não podem ser alvo de simples omissão estatal, por se tratar de direitos com proteção já definida pela Constituição.

No âmbito da Constituição Federal de 1988, as reservas legais serão simples ou qualificadas. As reservas qualificadas exigem a atenção do legislador quando for alterar o conteúdo de determinada norma, pois existem elementos constitucionais que devem ser examinados antes da modificação. Enquanto que nas reservas simples, não existem esses elementos “orientadores”, pois o que guia o legislador são elementos secundários. Contudo, não é a ausência de elementos pré-constituídos que liberam o legislador para atuar de maneira livre; em hipótese alguma a Constituição pode ser contraditada, nem o acesso dos titulares aos bens jurídicos conquistados podem ser reduzidos sem justificativa plausível e prévia.

A respeito das restrições na CRFB/88, Olsen (2008, p. 166) assevera que:

Muitos direitos fundamentais sociais preveem em seu dispositivo constitucional a atuação do legislador ordinário, com expressões como “na forma da lei”, “fixado em lei”, “nos termos da lei” etc. sempre que o constituinte faz esta referência, ele concede autorização expressa ao legislador para intervir no conteúdo destes direitos, afim de fornecer os meios de sua exequibilidade. Esta atividade, ainda que considerada como conformação dos direitos fundamentais, e mesmo estando expressamente autorizada pela Constituição, não é totalmente livre, mas pautada pelo conteúdo e sentido da norma constitucional e pela proporcionalidade.

A possibilidade de alteração das normas que tratam dos direitos fundamentais só cabe ao Poder Legislativo, sob pena de inconstitucionalidade formal, uma vez que a restrição aos direitos fundamentais só se dá através de limites formais.

3.3 A reserva do possível como barreira aos direitos fundamentais

Com a promulgação da Constituição Federal do Brasil em 1988, o Estado passou a ter mais responsabilidade com os direitos fundamentais, uma vez que, a partir de então, passou a ser um Estado Social Democrático de Direito. Nessa nova conjuntura, o Estado passou a interferir diretamente na economia, o que atrelou sua base orçamentária às normas constitucionais estabelecidas na Lei Maior. Não obstante, as influências neoliberais pairavam sobre os direitos sociais fundamentais já adquiridos, tentando formar barreiras que impediam a progressão dos mesmos.

Para os neoliberais, os direitos sociais custam muito caro para os cofres estatais, além de atrapalhar o desenvolvimento econômico do país e, com base nesse pensamento, apoiam a desregulamentação dos direitos sociais que, a seu turno, causaria a inefetividade dos direitos sociais fundamentais, ou seja, um verdadeiro retrocesso. Partindo-se deste raciocínio, é observado que as questões econômicas se tornaram mais importantes do que as sociais e, para o Estado, isso seria bem mais rentável.

É neste cenário que surge a reserva do possível, utilizada cada vez mais na esfera jurídica como fundamento de processos que versam sobre cobranças de direitos sociais prestacionais. A reserva do possível é o elo de ligação entre as pretensões sociais e as reservas orçamentárias do Estado, com o imbróglio surgindo a partir do momento em que o Estado usa a reserva do possível como meio de burlar suas obrigações com os titulares dos direitos já constituídos, sob a escusa de não haver recurso para atender tais demandas. A escassez de recursos públicos não pode virar argumento constante para a omissão estatal, posto que, normalizar esse tipo de conduta causaria sérios danos aos direitos humanos, lesando os princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, dentre outros.

Analisando-se a reserva do possível pela ótica do custo, é perceptível a despesa que o Estado tem com os direitos sociais fundamentais e, em alguns casos, o direito defendido não poderá ser acolhido, pois não haverá recursos disponíveis, não havendo nessas hipóteses como se cobrar tal direito. Contudo, a carência de capital não deve inviabilizar permanentemente o progresso e a evolução propostos na Constituição.

Sobre essa dimensão econômica dos direitos, é válido citar os autores americanos Cass Sustein e Stephen Holmes (1999), que trataram desse assunto com excelência. Os escritores alertam que apenas os direitos sindicáveis podem exigir cobrança efetiva dos Poderes Públicos, posto que, se os direitos forem sindicáveis e reconhecidos pelo Poder Judiciário, o Estado deve suportar as custas deles. Eles ainda defendem a concepção de que, na hipótese da escassez de recursos, nem todos os direitos poderão ser supridos uniformemente, o que exigirá dos entes administrativos uma decisão fundamentada acerca de quais direitos serão atendidos e quais não.

Dentro desse parâmetro, é nítida a influência do fator econômico sobre os direitos sociais e sobre o Poder Judiciário. Similarmente, merece destaque a força interventiva e abusiva que a premissa da escassez de recursos, sendo um elemento externo, tem sobre os direitos sociais prestacionais, deixando claro que a licença para gozar de determinado direito só será factível se houver recursos disponíveis. Neste processo, os titulares dos bens já conquistados ficam, assim, a mercê da boa vontade do Estado em fornecer ou não os meios necessários.

Convém ressaltar a asserção de Olsen (2008, p. 198):

A escassez de recursos, neste sentido, é reconhecida como dado de realidade a ser observado quando da definição do âmbito normativo de direito fundamental social. A reserva do possível diria respeito justamente à apreciação desta escassez como condição de possibilidade de reconhecimento do direito: se for possível, puder ser deduzido do âmbito normativo do direito, então se pode falar em direito subjetivo exigível do Estado; se não for possível, a pretensão não estaria dentro do âmbito normativo, e por esta razão, não seria juridicamente protegida.

É perceptível que a insuficiência de recursos se dá pela má administração das verbas e pelas más decisões políticas. Assim, para cobrir os rombos realizados pela própria Administração, a classe dos governantes busca embasamento na reserva do possível para satisfazer os direitos que lhes parecerem prioritários. Nenhum direito fundamental nasce limitado pela reserva do possível, uma vez que a escassez de recursos a que seriam destinados a esse direito é consequência das escolhas realizadas pelos gestores públicos.

A reserva do possível é um elemento externo às normas de direitos fundamentais e tem a incumbência de verificar os componentes normativos dos direitos fundamentais frente à escassez de recursos. Mesmo não tendo o poder de estipular o conteúdo dos direitos fundamentais, a reserva do possível tem o condão de prejudicar a sua eficácia, mas para que isso ocorra é necessário que o Judiciário se posicione – a favor ou contra a aplicação da reserva do possível, com uma decisão pautada nos critérios de coerência e razoabilidade.

3.4 A reserva do possível nos Tribunais

A reserva do possível foi aplicada pela primeira vez no Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, no caso *numerus clausus*, esse processo tratava do acesso dos cidadãos à educação superior, na Universidade de Hamburgo e Munique. A população reclamava da falta de vagas na universidade e, para atender as pretensões de todos, seria necessário criar 26.000 novas vagas, o que geraria um custo de 7,7 bilhões de marcos aos cofres alemães, valor este não disponível, em razão do período pós Segunda Guerra vivido pelo germânicos. A regra *numerus clausus*, estava em consonância com Lei Fundamental do país e restringia a ampliação nas vagas por uma questão de razoabilidade e reserva de recursos e não pela escassez dos mesmos. Ainda hoje a reserva do possível é aplicada nas cortes alemãs, pautando-se na razoabilidade, sempre respeitando o assentado nas normas constitucionais.

Na Alemanha, a escassez de recursos é elemento secundário, dado que os Tribunais se preocupam com o desequilíbrio que uma possível desproporcionalidade possa causar no Estado e no sistema jurídico. Na sociedade alemã, a reserva do possível é um limite aos titulares dos direitos fundamentais, ou seja, estes não podem cobrar além do ofertado pelo Estado dentro de suas possibilidades.

No Brasil, a reserva do possível passou por algumas modificações, já que a proporcionalidade e a razoabilidade deram lugar à disponibilidade de recursos. Outro inconveniente é que, em solo pátrio, ao contrário do que ocorre na Alemanha, o Estado não faz tudo o que está ao seu alcance para cumprir com suas obrigações prestacionais e ainda criar artifícios para se esquivar de seus deveres.

Ana Carolina Lopes Olsen (2008, p. 239) aduz que::

A reserva do possível não pode ser uma caixa de surpresas da qual os poderes públicos podem sacar toda sorte de desculpas para o não cumprimento dos direitos fundamentais prestacionais. É preciso identificar mecanismos jurídicos de controle, que permitam uma maior efetividade destes direitos, tão necessários à realização do ideal de justiça e igualdade social propugnado pela Constituição.

3.4.1 Reserva do possível na jurisprudência brasileira

Nos tribunais brasileiros, quase todos os casos que envolvem a reserva do possível versam sobre direito à saúde. Solicitação de medicamentos, autorização para cirurgias, tratamentos de determinadas doenças etc. Nessas situações, o Estado é chamado para tomar as providências necessárias para que o exercício do direito fundamental seja garantido.

A respeito dos custos destes direitos, alguns tribunais dispensam esse quesito e determinam a aplicação da norma conforme consta na Constituição Federal, enquanto outros preferem não fazer exigências ao Estado, deixando que a adoção de políticas públicas fique à seu critério. Muitas decisões, inclusive, tratam os direitos fundamentais sociais como absolutos, principalmente o direito à saúde, desconsiderando, assim, os fatores econômicos e a escassez de recursos.

No Agravo de Instrumento nº 97. 00511-3, proferido pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina, cujo relator foi o Desembargador Sérgio Paladino, o cidadão exigia que o Estado financiasse seu tratamento de saúde que custava o equivalente a US\$ 163.000,00, pois não tinha condições para tanto. No acórdão, o relator proferiu: “Ao julgador não é lícito, com efeito, negar tutela a esses direitos naturais de primeiríssima grandeza sob o argumento de proteger o Erário”.

Ao julgar o Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 272.834/RS, o Ministro Celso de Mello, assim se manifestou: “A falta de previsão orçamentária não deve preocupar o juiz que lhe incumbe a administração da justiça, mas apenas ao administrador, que deve atender equilibradamente as necessidades dos súditos, principalmente os mais necessitados e doentes”.

Ao desprezar a justificativa da escassez de recursos e dar maior relevância aos direitos fundamentais, o julgador pode comprometer o sistema, dado que determinadas prestações podem ser exigidas e atendidas judicialmente. Contudo, sem condições financeiras, o Estado não poderá atender a demanda e esse direito não se realizará na prática.

Com a análise jurisprudencial, constata-se que a reserva do possível significa categoricamente a reserva do financeiramente possível, ou seja, a realização dos direitos sociais dependem da reserva orçamentária dos cofres públicos. É claro que, neste contexto, a tão mencionada escassez de recursos para o atendimento dos direitos perseguidos também é possível graças às opções e alocações feitas pelos administradores públicos.

3.5 O mínimo existencial frente à reserva do possível e a proibição do retrocesso

Os direitos fundamentais são consequência da necessidade de se fornecer condições apropriadas à existência dos indivíduos em sociedade e devem ser viabilizadas independentemente da situação econômica do Estado. Com a reserva do possível, a satisfação dos direitos sociais prestacionais ficou mais penosa, pois a escassez de recursos econômicos se tornou um argumento estatal constante e mesmo nos casos em que as demandas cabem no

orçamento do governo, estas são negadas, impedindo inúmeros indivíduos de terem suas necessidades correspondidas.

Por sua vez, o mínimo existencial surge como forma de solucionar esse impasse entre exigibilidade judicial e efetividade dos direitos fundamentais. Segundo Ana Paula Barcellos (2002, p. 27) o mínimo existencial é “um elemento constitucional essencial, pelo qual se deve garantir um conjunto de necessidades básicas do indivíduo”. Assim, a concepção de mínimo existencial relaciona-se diretamente com o bem-estar físico e psíquico das pessoas.

O mínimo existencial é inerente a todos os seres humanos, possui estrita ligação com a Lei Maior e com o senso de justiça social. Os direitos econômicos, sociais e culturais expressos na Constituição, também são tidos como direitos prestacionais e necessitam da ação estatal para chegar ao alcance de todos os cidadãos.

Por vezes, o Estado alega que, em virtude da falta de recursos, nem todos esses direitos podem ser atendidos de modo igualitário e eficiente, posto que, o aumento frequente do rol dos direitos sociais fundamentais deixa o Estado sem condições de suprir as imposições individuais de cada um deles. E, nesse contexto, a reserva do possível funciona como limite à efetivação dos direitos prestacionais e como pretexto estatal para desobedecer o lecionado na Magna Carta.

Ao deparar-se com um direito fundamental protegido pelo mínimo existencial, o Estado adverte o titular de que as reservas orçamentárias devem ser analisadas e seu requerimento precisa se encaixar na capacidade financeira do requerido, só assim a solicitação será acolhida. No entanto, se o direito perseguido for considerado basilar, a impossibilidade orçamentária não poderá se levantar como obstáculo à eficácia. É dever do Estado corporificar o disposto na Constituição e em seus princípios, a fim de fornecer uma condição de vida digna à todos os indivíduos. Na hipótese da não concretização do mínimo existencial do direito, o titular tem o condão de buscar soluções judiciais através de Ações Diretas de Inconstitucionalidade, por exemplo.

É perturbante a situação dos titulares dos direitos fundamentais na conjuntura atual do Brasil. Face ao exposto, é nítido que a preocupação dos órgãos estatais gira em torno de suas reservas orçamentárias, deixando os cidadãos e seus direitos fundamentais à parte. Mais lastimável ainda, é saber que o mínimo existencial continua somente no papel, enquanto a população é obrigada a pagar o preço de uma dívida que não é sua.

Por seu turno, o princípio da proibição do retrocesso aduz que a satisfação dos direitos sociais fundamentais pode ser feita de maneira contínua. Se são direitos de aplicabilidade imediata, não é admissível sujeitar os indivíduos à disponibilidade dos cofres públicos, isso

limita ainda mais a aplicabilidade e impede o avanço ininterrupto da concretização das prestações sociais.

Além disso, é sabido que as políticas públicas são financiadas pela sociedade, então, nada mais justo do que esta mesma sociedade ver o dinheiro do seu trabalho revertido em ações capazes de potencializar suas prioridades básicas. O Estado deve laborar para que todos os seus cidadãos tenham suas necessidades básicas atendidas e efetivadas.

Segundo Julio Pinheiro Faro Homem de Siqueira (2010, p.07):

(...) a proibição do retrocesso social consiste em que o Estado não pode se furtar dos deveres de concretizar o mínimo existência, de maximizá-lo e de empregar os meios os instrumentos cabíveis para sua promoção, sob pena de a sociedade vir a experimentar uma imensa limitação no exercício de todos os seus direitos.

Por conseguinte, a justificativa de que a ausência de recursos é uma barreira para o investimento em prestações sociais deve ser repelida, bem como a aplicação contínua da reserva do possível. A reserva do possível deve ser usada para negar aos indivíduos necessidades supérfluas e não o mínimo existencial dos seus direitos fundamentais. As necessidades básicas dos indivíduos, mesmo tendo custos, carecem de atendimento preferencial, ainda que dentro dos parâmetros mínimos.

Nessa perspectiva, Ana Paula Barcellos (2008, p.266-268) afirma:

A limitação de recursos existe, dessa forma, os recursos disponíveis deverão ser aplicados prioritariamente no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que sejam realizados. Se houver algum recurso remanescente, poderá ser empregado de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada caso.

Resta comprovado que os recursos devem ser destinados, inicialmente, para maximizar os direitos prestacionais sociais e, em um segundo momento, para atender as demandas superficiais. Por fim, o Estado deve ofertar o mínimo existencial através de políticas públicas eficientes e não se eximir de seus deveres atrás da reserva do possível, isso é inadmissível e se acatado sem restrições, pode acarretar em um retrocesso sem precedentes para um Estado que se diz “democrático de direito.”

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente trabalho teve por finalidade mostrar a importância da aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso Social, baseado na essência da Constituição Federal de 1988, para efetivação e proteção dos direitos fundamentais sociais. Este importante princípio jurídico, modelado a partir principalmente da jurisprudência e doutrinas alemãs e portuguesas, já foi concretizado pelas normas infraconstitucionais, a fim de evitar atos excessivos por parte dos legisladores ordinários e do Poder Público em geral, demonstrando ter, como função precípua, o dever de proteger os direitos fundamentais sociais de possíveis limitações ou restrições.

A evolução histórica dos direitos fundamentais sociais e o seu reconhecimento na Constituição nacional não veio acompanhada de sua plena materialização, tornando-se necessário buscar amparo nos princípios, explícitos e implícitos, da própria Lei Maior, como forma de garantir a efetividade dos mesmos.

Os direitos sociais impõem ao Estado uma obrigação de fazer através de prestações sociais e de ações diretas e concretas. Contudo, a sociedade brasileira padece de uma séria deficiência na efetivação de tais direitos e garantias fundamentais, seja pelo desinteresse ou pela errônea aplicação dos recursos econômicos por parte dos governantes, deixando, assim, de assegurar o mínimo existencial aos cidadãos.

Os direitos fundamentais sociais não podem ser reduzidos ou substituídos sem qualquer tipo de compensação, devendo ser salvaguardados e concretizados por meio de ações realmente afirmativas e políticas públicas eficientes aptas a suprir as necessidades basilares da população. Nesse ínterim, é indispensável a aplicação do Princípio da Proibição do Retrocesso, que veda, direta e implicitamente, a regressão na tutela dos direitos fundamentais sociais. A Proibição do Retrocesso, fundamentada nos princípios da dignidade da pessoa humana e da segurança jurídica, dentre outros, impede que os órgãos estatais reduzam os direitos fundamentais sociais, conquistados pelos cidadãos a duras penas.

A restrição ou qualquer forma de diminuição dos direitos sociais deve ser repudiada, uma vez que, em solo pátrio, os mesmos ainda não atingiram um patamar capaz de assegurar um mínimo de dignidade humana à sociedade. Nessa conjuntura, a Proibição do Retrocesso é um importante instrumento para a garantia desses direitos.

Diante do exposto, verifica-se que um dos principais óbices à efetivação dos direitos fundamentais sociais está na Reserva do Possível, usada pelos membros da Administração

Pública como meio de se eximir das prestações sociais. A Reserva do Possível, enquanto dado da realidade, representa uma restrição extrajurídica que vem sendo utilizada pelos Tribunais brasileiros como elemento inviabilizador do direito às prestações materiais, exonerando o Estado de seus deveres constitucionais sob o argumento da ausência de recursos.

Fato é que a Reserva do Possível não pode virar um dogma a ser usado pelos governantes como escusa às dificuldades econômicas comumente enfrentadas, os interesses sociais e a disponibilidade de recursos devem ser cuidadosamente balanceados, a fim de que seja ofertado ao cidadão o mínimo suficiente para satisfação de suas necessidades. Para tanto, a atuação do Judiciário é indispensável, posto que é o órgão legitimado à defender os interesses constitucionalmente protegidos, devendo, assim, propor meios de se direcionar corretamente a esses recursos, primando sempre pelos direitos sociais da população e, posteriormente, levando-se em consideração os gastos públicos.

Nesse panorama, ficam nítidas as dificuldades enfrentadas pelos direitos fundamentais sociais para se concretizar, especialmente quando se leva em consideração os imbróglios atrelados à escassez de recursos. No entanto, é necessário contornar as adversidades de maneira racional para se garantir a efetivação e progressão dos direitos sociais, bem como proteger seu mínimo existencial e uma condição de vida digna à todos os cidadãos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre Poderes**. In: Paulo Lobo Torres (Org.) Teoria dos Direitos Fundamentais. 2ª ed. Revista Atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. **Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra. Almedina. 1994.

BARCELLOS, Ana Paula. **A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: o princípio da dignidade da pessoa humana**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

BARCELLOS, Ana Paula. **O Mínimo Existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy**. In: Ricardo Lobo Torre (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar. 2002.

BARROSO, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a Efetividade de suas Normas**. 3º ed. Rio de Janeiro. Ed. Renovar, 1996.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra. Almedina. 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes, e MOREIRA, Vital. **Fundamentos da Constituição**. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. **Segurança Jurídica e o Princípio da Proibição do Retrocesso Social na Ordem Jurídico-constitucional Brasileira**. Inter Science Place – Revista Científica Internacional. Ano 2, n. 06, Março 2009.

GALDINO, Flávio. **O Custo dos Direitos**. In: Paulo Lobo Torres (Org.) Legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

HOLMES, Stephen; SUSTEIN, Cass. **The Cost of Rights**. Why Liberty Depends on Taxes. New York: W. W. Norton & Company, 1999.

MENDES. Gilmar Ferreira. **Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões**. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. **Vedação do Retrocesso: O que é e como perder o medo?**. In: Revista de Direito da Associação dos Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro, vol. XII. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2003.

NARBAL, Antônio Mendonça Fileti. **O Princípio da Proibição do Retrocesso Social**. Disponível em: <http://jus.com.br/artigos/12359/o-principio-da-proibicao-do-retrocesso-social>. Acesso em: 01 de novembro de 2016.

NOVAIS, José Reis. **As restrições aos direitos fundamentais não expressamente autorizadas pela Constituição**. Coimbra: Coimbra, 2003.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. **Direitos fundamentais sociais: efetividade frente à reserva do possível**. Curitiba: Juruá, 2008.

POTRICH, Felipe Bittencourt. **Efetividade dos Direitos Sociais, Reserva do Possível e seus Limites**. Disponível em: file:///C:/Users/Beatriz/Downloads/Efetividade_dos_direitos_sociais_reserva.pdf. Acesso em: 01 de Março de 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang e FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. **Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações**. In: SARLET, I. W. e TIMM, L.B. Direitos Fundamentais: orçamento e “reserva do possível”. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais**. 10^a ed. Porto Alegre. Ed. Livraria do Advogado. 2009.

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. **Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social**. Disponível em: <http://revista.tce.mg.gov.br/Content/Upload/Materia/1017.pdf>. Acesso em: 17 de novembro de 2016.

STUMM, Raquel Denize. **Princípio da Proporcionalidade no Direito Constitucional Brasileiro**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1995.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; MARÇAL, Tais Boia. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal (STF). **RE nº 410.715-5/SP**. Relator Ministro Celso de Mello. São Paulo. 22 de novembro de 2005. Disponível em: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=354801>. Acesso em: 12 de Fevereiro de 2017.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2065**. Relatora Ministra Sepúlveda Pertence. Brasília. 17 de fevereiro de 2000. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_2065_DF_1279122219063.pdf?Signature=NtC0cKn2CQnSxock3dvpQm8l83M%3D&Expires=1488247170&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=e519eba5d0c95ad4e4b61f0c524d1ca2. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

_____. Supremo Tribunal Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8**. Relatora Ministra Ellen Gracie. Brasília. 20 de abril de 2004. Disponível em: https://jurisprudencia.s3.amazonaws.com/STF/IT/ADI_3105_DF_1279072044964.pdf?Signature=ilQbHOCAd7vwJ0s4HloqjF9EEE%3D&Expires=1488247869&AWSAccessKeyId=AKIAIPM2XEMZACAXCMBA&response-content-type=application/pdf&x-amz-meta-md5-hash=f5ff5aed17d6e50e4eee9c3bb0bfedb4. Acesso em: 24 de novembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça de São Paulo. **Apelação Cível nº 097.863.0/2-00**. Relator Theodoro Guimarães. São Paulo. 12 de novembro de 2012. Disponível em: <https://www.jusbrasil.com.br/diarios/43641068/djsp-judicial-1a-instancia-interior-parte-i-28-11-2012-pg-784>. Acesso em: 28 de novembro de 2016.

_____. Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina. **Apelação Cível nº 04.022858-9**. Relator Desembargador Francisco Oliveira Filho. Blumenau. 05 de outubro de 2004. Disponível em: <https://tj-sc.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/5290619/apelacao-civel-ac-228589-sc-2004022858-9>. Acesso em: 12 de fevereiro de 2017.