

DIREITOS SOCIAIS, CRISE ECONÔMICA, PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E O ORÇAMENTO PÚBLICO

SOCIAL RIGHTS, ECONOMIC CRISES, SOCIAL RATCHET EFFECT AND PUBLIC BUDGET

Ricardo Luís Lenz Tatsch¹

RESUMO

Este trabalho objetiva, considerando as frequentes crises econômica e financeira que ocorrem no Brasil, analisar como se dá a aplicação do princípio da proibição de retrocesso social, especificamente no que diz respeito aos direitos fundamentais sociais de caráter prestacional. Temos que, apesar da redução das receitas originadas dos tributos, decorrente da redução da atividade econômica brasileira, o princípio da proibição de retrocesso social também dirige a atuação do legislador na elaboração da lei orçamentária anual, o qual, antes de eliminar ou reduzir a previsão de gastos envolvendo direitos sociais de caráter prestacional, deverá examinar a possibilidade de que essa redução ocorra em outros tipos de gastos públicos. Caso assim não atue o legislador, será possível o questionamento judicial da constitucionalidade da lei orçamentária anual, quando a ação direta de inconstitucionalidade será o meio mais adequado para esse fim, porque a decisão de mérito produzirá efeitos uniformes em toda a sociedade.

Palavras-chave: Direitos Sociais; Proibição de Retrocesso; Orçamento.

ABSTRACT

This paper aims, considering the frequently economic and financial crises that happens in Brazil, to analyze how is the principle of Ratchet Effect, specifically with regard to social fundamental rights prestacional character. We have, even though of the reduce taxes revenue, the reduction of the Brazilian economic activity, the principle of Ratchet Effect also directs the activities of the legislature in drafting the annual budget law, which, before eliminating or reducing forecast spending involving social rights prestacional character, should consider the possibility that this reduction occurs in other types of government spending. If the legislator can not do that, will be possible to legal action challenging the constitutionality of the annual budget law, when the direct action of unconstitutionality will be the most appropriate way for this purpose, because the decision on merits will produce uniform effects in the whole society.

Keywords: Social rights; Ratcher Effect; Budget.

INTRODUÇÃO

O Brasil, mais uma vez, encontra-se envolto em uma crise econômica, que não se mostra passageira, e na qual há aumento dos índices de desemprego e da inflação, além da redução da atividade econômica. Só para bem entendermos a situação do nosso país, especificamente no que diz respeito com o que importa para o presente trabalho, no ano de 2014 o Produto Interno Bruto (PIB) teve um crescimento de apenas 0,1%,² sendo que no ano de 2015 o crescimento foi de -3,8%³ e em 2016 várias estimativas preveem um novo encolhimento da

¹ Procurador Regional da República. Mestrando em Direito (Área de Concentração: Fundamentos Constitucionais do Direito Público e do Direito Privado) na PUC/RS. Possui graduação em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (1992). Integrante do GEDF - Grupo de Estudos e Pesquisa em Direitos Fundamentais (PUCRS - Coordenador: Prof. Dr. Ingo Wolfgang Sarlet). E-mail: ricardot@mpf.mp.br

² Informação disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/mercado/2015/03/1608985-pib-cresce-01-em-2014-aponta-ibge.shtml>>. Acesso em: 21/11/2015.

³ Informação disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-03/ibge-pib-fecha-2015->

economia, das quais podemos citar as realizadas pela OCDE (de -4,0% do PIB),⁴ pelo FMI (de -3,8% do PIB)⁵ e pelo relatório Focus (de -3,77% do PIB)⁶. Devemos ter em conta, ainda, que da nossa população atual de mais de 205 milhões de habitantes,⁷ no mês de dezembro de 2015, existiam 27.325.069 famílias inscritas no cadastro único para programas sociais do governo federal, o que correspondia a 80.954.053 pessoas cadastradas. Além disso, outros dados merecem destaque. O primeiro, de que somente 4.363.776 destas famílias possuem renda per capita mensal superior a meio salário mínimo (sendo que todas as outras famílias cadastradas possuem renda per capita inferior a meio salário mínimo), mas cujo rendimento não deve ser muito maior que isso, já que inseridas em algum programa social. O segundo, de que o desembolso com os benefícios a essas famílias (no valor médio de R\$ 160,63), no mês de março de 2016, foi de R\$ 2.223.324.571,00.⁸ Assim, por estes dados, dos quais não constam outros benefícios pagos pela União, como, por exemplo, os previdenciários ou mesmo outros relacionados com a assistência social (v. g., o benefício de prestação continuada às pessoas idosas ou portadoras de deficiência, previsto no art. 203, V, da CRFB/88), verificamos o grande comprometimento de recursos orçamentários com programas sociais, ou seja, em atendimento aos direitos sociais de caráter prestacional previstos na Carta Política de nosso país.

Portanto, os direitos sociais prestacionais, além de, provavelmente, sofrerem com a diminuição dos gastos previstos no orçamento para o ano de 2016, também estão sob uma permanente pressão de vários setores da sociedade, no sentido de sua redução ou restrição de acesso via alteração legislativa, sendo que neste contexto é que está a proibição de retrocesso social.

No presente trabalho, além de sustentar a existência de uma sede material na Constituição para o princípio da proibição de retrocesso social, demonstraremos seu modo de aplicação no campo da alteração dos direitos sociais já postos, bem como no da restrição da

com-queda-de-38>. Acesso em: 13/04/2016.

⁴ Informação disponível em: <<http://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2016-02/ocde-preve-queda-de-4-na-economia-brasileira-este-ano>>. Acesso em: 13/04/2016.

⁵ Informação disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2016/04/fmi-reduz-expectativa-de-crescimento-da-economia-brasileira.html>>. Acesso em: 13/04/2016.

⁶ O relatório Focus é uma publicação *on line* do Banco Central do Brasil, divulgado todas as segundas-feiras, com o resumo das expectativas de mercado (feito a partir do levantamento diário com mais de cem instituições financeiras) a respeito de alguns índices da economia brasileira. No último relatório, datado de 08/04/2016, a previsão de crescimento do PIB para 2016 foi de -3,77%. Informação disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/pec/GCI/PORT/readout/R20160408.pdf>>. Acesso em: 13/04/2016.

⁷ Conforme projeção, em tempo real, feita pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Informação disponível em: <<http://www.ibge.gov.br/apps/populacao/projecao/index.html>>. Acesso em: 13/04/2016.

⁸ As informações do cadastro único para programas sociais do governo federal foram extraídas do *site* do Ministério do Desenvolvimento Social e Combate à Fome, disponível em: <[http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/R1v3/geral/relatorio.php#Visão Geral Brasil](http://aplicacoes.mds.gov.br/sagi/R1v3/geral/relatorio.php#Visão%20Geral%20Brasil)>. Acesso em: 13/04/2016.

implementação de tais direitos, resultado da diminuição da previsão de gastos na Lei Orçamentária Anual.

1. BREVES ANOTAÇÕES SOBRE A EVOLUÇÃO CONSTITUCIONAL E O SURGIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

A partir do momento em que não mais se sustentavam os regimes absolutistas, consequência da mudança da própria sociedade, que se deu muito em razão da revolução industrial e do surgimento de uma nova classe (a burguesia), surge o Estado de Direito⁹ de caráter liberal, do qual a Constituição é o seu símbolo maior.¹⁰ Ressalte-se que antes mesmo do processo de independência das Colônias inglesas na América (1776), que resultou na criação dos Estados Unidos, e da revolução francesa (1789), já existiam documentos jurídicos de caráter constitucional, como, v. g., a Magna Carta inglesa de 1215.¹¹ Porém, foi a partir dos eventos de ruptura mencionados que, efetivamente, surge um novo Estado de Direito, que Jorge Miranda define como “o Estado em que, para garantia dos direitos dos cidadãos, se estabelece juridicamente a divisão do poder e em que o respeito pela legalidade (seja a mera legalidade formal, seja – mais tarde – a conformidade com valores materiais) se eleva a critério de ação dos governantes”.¹² Anote-se, ainda, que várias foram as acepções adotadas, no período em questão, para o novo tipo de Estado que surgia, sendo oportuno chamarmos a atenção para o denominado Estado Constitucional, conforme bem sintetiza Jorge Reinaldo A. Vanossi:

En forma paralela, la idea-expresión del “Estado de derecho” há tenido que compartir espacio com otras figuras, que por razones históricas o en el marco de ciertos condicionamientos políticos reclamaron igual legitimidad o pretendieron una primacía em cuanto a su precisión y valor. Del cúmulo de términos acuñados, merecen destacarse por su importancia los conocidos como *rule of law* en el ámbito anglosajón y el “Estado constitucional” en parte de la doctrina continental europea. Si aceptamos actualmente que el concepto valioso y positivo de “Estado de derecho” no puede ser

⁹ Ernest Wolfgang Böckenförde afirma que a expressão Estado de Direito “es una construcción lingüística y una acuñación propia del espacio lingüístico alemán que no tiene correlatos exactos em otros idiomas” (*Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 18), surgida na teoria do Estado liberal alemão, tendo sido utilizado pela primeira vez por Carl Th. Welcker em 1813 (ob. cit., p. 19).

¹⁰ É de se ressaltar que a promulgação de uma Constituição, para os que ainda defendiam o regime absolutista na Europa, era o que deveria ser combatido. A título de exemplo, antes do advento da Constituição de Cadiz de 1812, que foi referência para o restante da Europa até o surgimento da Constituição Belga de 1831, haviam publicações sendo distribuídas na Espanha que retratavam o demônio segurando a Constituição, tudo isso visando convencer a população dos seus malefícios (conforme informação verbal fornecida pelo Prof. Braz Aquino Augusto Brancato, nas aulas da disciplina Bases Históricas do Constitucionalismo Brasileiro, ministradas no Programa de Pós-Graduação em História da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, no ano de 2000).

¹¹ Cf. SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 38-39.

¹² MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra editora, 2002, p. 71.

otro que el concepto *material*, o sea, el que apunta a determinados contenidos que se constituyen en exigencias insoslayables para la determinación de los regímenes políticos-constitucionales, entonces cabe concluir sin vacilación que toda la idea del “Estado de derecho” queda encerrada en la realidad de un “Estado constitucional”. Por éste, a su vez, debemos entender el propio de los regímenes democráticos y pluralistas, en abierta oposición a las múltiples formas autocráticas, que van desde el autoritarismo hasta el totalitarismo.¹³

No final do século XIX e início do XX, a garantia dos direitos individuais clássicos tornou-se insuficiente para a sociedade da época, porquanto o Estado deixou de ser o único opressor. A lógica do mercado capitalista livre negava aos indivíduos bens fundamentais para a sua sobrevivência (v. g. educação, saúde, alimentação, informação etc.), apesar da liberdade garantida e do empenho em obtê-los,¹⁴ bem como impossibilitava que esses mesmos indivíduos tivessem um desenvolvimento digno como pessoa humana.

Assim, a partir do início do século XX, procurou-se transformar o atendimento das necessidades básicas em direitos, por meio de sua colocação no ordenamento jurídico, sendo de se ressaltar que tal fórmula foi utilizada para tentar afirmar que tais bens fundamentais formam imperativos da dignidade humana, que não podem depender de seu fornecimento pelo mercado.¹⁵ Decorrência disso é o surgimento do Estado social de Direito, que para Jorge Miranda nada mais é do que “uma segunda fase do Estado constitucional”,¹⁶ o qual, além de preservar as garantias individuais surgidas no Estado de Direito Liberal, agrega direitos sociais, “cuja função imediata é o refazer das condições materiais e culturais em que vivem as pessoas”.¹⁷ Em síntese, podemos dizer que o Estado social de Direito tenta implementar uma igualdade material.

Por sua vez, desde a década de 1970, temos cada vez mais presente a denominada crise do Estado social de Direito (ou do Estado-providência), derivada da insuficiência de recursos financeiros necessários para a implementação dos direitos sociais, agregado a “causas administrativas (o peso de uma burocracia, não raro acompanhada de corrupção) e de causas comerciais (a quebra da competitividade, numa economia globalizante, com países sem o mesmo grau de protecção social)”,¹⁸ situação que se amolda perfeitamente ao Brasil.

Nesta quadra do trabalho, cumpre referirmos que a partir do surgimento do Estado de

¹³ VANOSSI, Jorge Reinaldo A. *Estado de derecho*. 4ªed. Buenos Aires: Astrea, 2008, p. 21-22.

¹⁴ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy. In: *Legitimação dos direitos humanos*. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 14-15.

¹⁵ Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. O mínimo existencial e Algumas Fundamentações, : John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy, p. 15.

¹⁶ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 81.

¹⁷ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 81.

¹⁸ MIRANDA, Jorge. *Teoria do Estado e da Constituição*, p. 81.

Direito liberal até sua evolução para o Estado social de Direito, há o desenvolvimento dos direitos fundamentais.

Inicialmente, surgem nas constituições escritas os direitos fundamentais de primeira dimensão,¹⁹ que são os direitos de defesa do indivíduo contra ações do próprio Estado, ou seja, estabelece uma área em torno do indivíduo em que o Estado não pode exercer o seu poder, em razão do que se caracterizam como direitos de cunho “negativo” (exigindo uma abstenção por parte do Estado).²⁰ A seguir, surgem os direitos fundamentais de segunda dimensão (acrescidos aos já existentes), que são os direitos econômicos, sociais e culturais, os quais conferem ao indivíduo o direito a prestações por parte do Estado, tais como a assistência social, saúde e educação, tendo como característica a exigência de uma ação por parte do Estado (cunho “positivo”), bem como as “liberdades sociais”, como, por exemplo, a liberdade sindical ou o direito à greve,²¹ diante do que é inapropriado chamarmos todos os direitos econômicos, sociais e culturais de direitos prestacionais. Por sua vez, os direitos fundamentais de terceira geração, são assim denominados os direitos de fraternidade ou de solidariedade, que se caracterizam por não terem como destinatário o homem-indivíduo, mas sim a grupos humanos (família, povo, nação), sendo sua titularidade coletiva ou difusa e cujos exemplos “consensualmente mais citados” temos os “direitos à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, bem como o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural e o direito de comunicação”.²² Ainda, e apenas a título de referência, porquanto os limites impostos a este trabalho impedem o seu desenvolvimento, é de se ressaltar que há autores que sustentam a existência de direitos fundamentais de quarta, quinta e sexta dimensões.²³

2. A ESTRUTURA E A FUNDAMENTALIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS NA

¹⁹ Seguindo a linha de Ingo W. Sarlet (*A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 45-46), adotamos o termo *dimensões*, ao invés de *gerações*, dos direitos fundamentais.

²⁰ SARLET. Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 46-47.

²¹ SARLET. Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 48.

²² SARLET. Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 48.

²³ A respeito de tais dimensões, importante a análise realizada por Ingo W. Sarlet (In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 311-315).

CONSTITUIÇÃO BRASILEIRA DE 1988

A Constituição de 1988, de característica analítica²⁴ (já que traz um extenso rol de previsões – direitos e deveres – em seu corpo²⁵), estabelece que nosso país constitui-se em um Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político (art. 1º, I a V). Além disso, dispõe que se constituem em objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais (art. 3º, I a III). Tantos os fundamentos como os objetivos mencionados constituem-se em princípios fundamentais do Estado brasileiro (até porque integram o Título I que possui esta denominação), os quais, inclusive por uma decorrência lógica da qualificação²⁶ que lhes foi dada, devem servir de vetor na interpretação dos direitos sociais estabelecidos na Carta Política e da própria atuação dos Poderes constituídos. A respeito da eficácia jurídica dos princípios fundamentais da Constituição, Ingo W. Sarlet afirma que:

Ainda no plano de uma eficácia do tipo negativo, embora, salvo melhor juízo, já avançando em direção a uma eficácia do tipo positivo, temos o que talvez seja o efeito mais relevante e próprio dos princípios fundamentais, qual seja, o de servirem como critério material para a interpretação e integração do direito infraconstitucional, mas também, especialmente no caso dos princípios fundamentais, para a interpretação da própria constituição. Nesse sentido, o intérprete/aplicador, no âmbito de suas respectivas limitações funcionais, deverá sempre privilegiar uma interpretação o mais conforme possível aos princípios fundamentais, afastando as opções interpretativas incompatíveis. (...)²⁷

Oportuno, neste momento, que estamos a falar de eficácia jurídica e, portanto, a respeito da hermenêutica constitucional, afirmarmos a importância da interpretação sistemática na aparente colisão entre normas previstas na Carta Política, sem que com isso estejamos a afastar, de plano, outros métodos interpretativos. Sobre isso, com percuciência sustenta Juarez Freitas que:

(...) convém assinalar que todas as frações do sistema guardam conexão entre si. Daí resulta que *qualquer exegese comete, direta ou indiretamente, uma aplicação de princípios, de regras e de valores componentes da totalidade do Direito.*

²⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 65.

²⁵ Somente para exemplificar o grau de detalhamento que chegou a Constituição de 1988, ela estabelece que o Colégio Pedro II, localizado no Rio de Janeiro, será mantido na órbita federal (art. 242, § 2º, da CRFB/88).

²⁶ *Fundamentos e objetivos.*

²⁷ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 252.

Retido este aspecto, registre-se, outrossim, que *cada preceito deve ser visto como uma parte viva do todo*, eis que apenas no exame *de conjunto* tende a ser melhor equacionado qualquer caso problemático, quando se almeja a bem-fundamentada hierarquização tópica dos princípios proeminentes. Com efeito, ao hierarquizar *prudencialmente* princípios, regras e valores a interpretação tópico-sistemática opera escalonando-os, renovando – se necessário – os seus significados. Quando configurada antinomia lesiva ou para evitá-la, os princípios devem ocupar o lugar das diretrizes harmonizadoras ou solucionadoras, na base e no ápice do sistema, vale dizer, fundamento e cúpula do sistema.

Inegável que, por não haver hierarquia *a priori* que interdicte ou dispense interpretação superveniente, o sistema requer constante e contínua reelaboração, donde segue que a hierarquização não pode ser confundida com mero elemento ou método interpretativo. (...) sustenta-se *que a exegese sistemática necessita abarcar todos os métodos úteis, no intuito de harmonizá-los na prática, de sorte a resguardar e a manter congruência interna, em meio à multiplicidade axiológica, na construção e na reconstrução do Direito.*

Em outras palavras, *não se deve considerar a interpretação tópico-sistemática como simples elemento da interpretação jurídica. É a interpretação tópico-sistemática, entendida em profundidade, o processo hermenêutico por excelência, de tal maneira que ou se compreendem os enunciados prescritivos no plexo dos demais enunciados, ou não se logra compreendê-los sem perdas substanciais.* Nessa medida, mister afirmar, com os devidos temperamentos, que a *interpretação jurídica é sistemática ou não é interpretação.*²⁸

Logo, temos que, a fim de preservar a integridade e coerência das normas existentes na Constituição, que não podem ser confundidas com o próprio texto e do qual podem ser extraídas uma ou várias normas,²⁹ é de rigor a utilização (senão na totalidade, na maior parte dos casos) da interpretação sistemática.

Por outro lado, os direitos sociais estão sediados no Capítulo III do Título II da Constituição, em apenas seis artigos, os quais, entretanto, possuem uma profusão de direitos, sejam de caráter geral (educação, saúde, trabalho moradia, lazer, previdência social, proteção da maternidade e à infância, assistência social aos desamparados),³⁰ sejam os relacionados com os trabalhadores ou empregadores (v. g. relação de desemprego protegida contra despedida arbitrária ou sem justa causa, seguro-desemprego, fundo de garantia do tempo de serviço, salário mínimo, décimo terceiro salário, repouso semanal remunerado, licença gestante, liberdade de associação profissional ou sindical, direito de greve, participação dos trabalhadores e empregadores em colegiados dos órgãos públicos em que seus interesses profissionais ou previdenciários sejam objeto de discussão e deliberação e eleição de representante dos empregados, em empresas com mais de duzentos trabalhadores, com o objetivo de promover o entendimento direito com os empregadores).³¹ Atente-se para o fato de que diversos desses

²⁸ FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p. 73-76.

²⁹ GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito*. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 19 et seq.

³⁰ Art. 6º.

³¹ Arts. 7º a 11.

direitos sociais possuem um maior detalhamento ao longo da Carta Política, em especial no Título relacionado com a Ordem Social,³² como é o caso do direito à saúde (arts. 196 a 200), à previdência social (arts. 201 e 202), à assistência social (arts. 203 e 204) e à educação (arts. 205 a 214). Ainda, devemos nos atentar que em face do conceito materialmente aberto de direitos fundamentais, previsto no art. 5º, § 2º, os direitos e garantias expressos na Constituição de 1988 não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais que o Brasil seja parte.

Também é necessário afirmarmos a fundamentalidade dos direitos sociais³³ previstos na Constituição de 1988, sob pena de incompletude da nossa argumentação. Veja-se que os direitos sociais estão inseridos dentro do Título II da Constituição, que trata dos direitos e garantias fundamentais, o que demonstra ser uma espécie dos direitos fundamentais estabelecidos no Texto Maior,³⁴ bem como são reforçados (por decorrência do contido no art. 5º, § 1º) com a característica de aplicação imediata.³⁵ E, embora mais controvertido, porquanto não expressamente referido, aplica-se-lhes a proteção do art. 60, § 4º, IV, da Constituição. A respeito desse último ponto, é de se ver que se aceitarmos a tese de que é necessária uma interpretação meramente literal dessa cláusula de proteção, resultando na exclusão dos direitos sociais do seu âmbito de abrangência, teríamos que igualmente concluir não estão ao seu abrigo os direitos coletivos, de nacionalidade e políticos (com exceção do direito ao voto, em razão da expressa previsão no art. 60, § 4º, II, da CRFB/88), o que nos parece uma conclusão, no mínimo, irrazoável.

3. O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL (CONCEITO, ORIGEM E APLICAÇÃO)

³² Título VIII.

³³ Ressalte-se que, conforme esclarece Ingo W. Sarlet, sob a denominação de direitos sociais, a Constituição de 1988, em uma perspectiva ampla do seu Título II, engloba os direitos econômicos, sociais, culturais e os ambientais (In: SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 595).

³⁴ SARLET, Ingo W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro. In: _____; LEITE, George Salomão (Coord.). *Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, p. 221.

³⁵ SARLET, Ingo W. Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro, p. 222-223.

Antes de adentrarmos na análise da proibição de retrocesso social, é necessário (por uma questão de antecedência lógica), primeiro, colocarmos nosso entendimento a respeito da forma de aplicação dos princípios, que, desde já ressaltamos, diferencia-se do modo de aplicação das regras.

A doutrina do direito, a partir do último terço do século XX, não mais aceitava que os princípios careciam de normatividade, não se extraindo deles, por isso, qualquer eficácia jurídica.

Assim, resta superada a doutrina de H. A. Hart,³⁶ para quem o direito seria composto por um conjunto de regras (primárias e secundárias), sendo ideia de tal noção a completude do sistema. Foi Ronald Dworkin,³⁷ sucessor de Hart na *cátedra* de *Jurisprudence* na Universidade de Oxford, quem demonstrou a diferença de caráter lógico entre princípios e regras, sendo o direito, então, composto por essas duas espécies de normas. Afirma o doutrinador norte-americano que as regras são aplicadas na forma do tudo ou nada, enquanto que os princípios possuem uma dimensão de peso ou importância que as regras não têm. Dessa forma, quando há uma colisão entre princípios, é necessário ter em consideração o peso relativo de cada um.

Já para Robert Alexy,³⁸ a teoria dos princípios se constitui no marco de uma teoria normativa-material dos direitos fundamentais. Para ele, o elemento central para distinguir regras de princípios é que estes são mandados de otimização (normas que determinam algo que deverá ser realizado na maior medida possível, dependendo a sua consecução das condições fáticas e jurídicas existentes). Os princípios não possuem mandados definitivos, como as regras, mas apenas *prima facie*. Sustenta, também, que inexisteriam princípios absolutos (que no caso de colisão com outros princípios sempre suplantaria os demais), porquanto, se fosse possível a existência de princípios com esse patamar de preponderância sobre os demais, teria de ser modificado o próprio conceito de princípio. A conclusão, para ele (a qual aderimos), é de que nem mesmo o princípio da dignidade da pessoa humana é absoluto, muito embora em grande número de casos ele deva prevalecer sobre os demais.

Prosseguindo no desenvolvimento do nosso trabalho, diversos são os autores, nacionais e estrangeiros, que conceituaram e classificaram os princípios (e para o que nos importa, os princípios constitucionais), sendo de relevo o levantamento feito por Ruy Samuel Espíndola a respeito da doutrina nacional.³⁹

³⁶ HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

³⁷ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1999.

³⁸ ALEXY, Robert. *Teoría de los Derechos Fundamentales*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

³⁹ ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de princípios constitucionais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. É de se ressaltar que, em sua obra, esse autor realiza um levantamento do conceito de princípios constitucionais

Para o nosso trabalho, tendo em vista os limites a que nos propomos desde o início, importa apenas dois tipos de princípios, os expressos e os implícitos na Constituição. Para Ingo W. Sarlet, princípios expressamente positivados são os que foram “objeto de previsão textual pelo constituinte (separação dos poderes, dignidade da pessoa humana etc.)”, enquanto que os princípios implicitamente positivados, são os “subentendidos e derivados de outros princípios e do sistema jurídico-constitucional, como é o caso dos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade”.⁴⁰

Também J. J. Gomes Canotilho sustenta a existência de princípios constitucionais implícitos, que ele chama de não escritos, asseverando que:

(...) dentro da perspectiva principialista subjacente ao presente curso, é a de que a consideração de princípios constitucionais não escritos com elementos integrantes do bloco da constitucionalidade só merece aplauso relativamente a princípios reconduzíveis a uma *densificação ou revelação específica* de princípios constitucionais positivamente plasmados (...). O parâmetro da constitucionalidade não se reduz positivamente às regras e princípios escritos nas leis constitucionais; alarga-se, também, a outros princípios não expressamente consignados na constituição, desde que tais princípios ainda se possam incluir no âmbito normativo-constitucional.⁴¹

Aqui, merece referência o fato do doutrinador português, logo adiante, ao trazer exemplos a respeito do assunto, afirmar que o “*princípio do não retrocesso social* ou “princípio da proibição da evolução reaccionária” não é um princípio constitucional expresso, mas contribui para a densificação das normas e princípios constitucionais referentes aos direitos económicos, sociais e culturais”.⁴²

Adentrando, agora, em uma análise mais aprofundada do princípio da proibição de retrocesso social (também denominado, na língua portuguesa, de princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais⁴³ ou de princípio da proibição de retrocesso jusfundamental⁴⁴),⁴⁵ Gilmar Ferreira Mendes o define como sendo “o princípio segundo o qual

que vão desde Sampaio Dória até Roque Antonio Carrazza, passando por José Afonso da Silva, Paulo Bonavides, Luiz Roberto Barroso, Geraldo Ataliba, dentre tantos outros.

⁴⁰ SARLET, Ingo W.; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. *Curso de Direito Constitucional*, p. 255-256.

⁴¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 920.

⁴² CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*, p. 921.

⁴³ Cf. QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

⁴⁴ Cf. RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade*. Curitiba: Juruá, 2009.

⁴⁵ Ainda, merece referência, especificamente no que diz respeito com o meio ambiente, a denominação de *princípio da proibição de retrogradação*, elaborada por Carlos Alberto Molinaro (In: _____. *Direito Ambiental: proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 57.

não seria possível extinguir direitos sociais já implementados, evitando-se, portanto, um verdadeiro retrocesso ou limitação tamanha que atinja seu núcleo essencial”.⁴⁶ Já Luísa Cristina Pinto Netto conceitua o princípio da proibição de retrocesso social como sendo uma “norma fundamental adscrita, de natureza principal, que proíbe ao Legislador a supressão ou alteração das normas infraconstitucionais que densificam normas constitucionais de direitos sociais de molde a violar sua eficácia”.⁴⁷

O certo é que, independentemente dos variados conceitos ou terminológicas envolvendo o princípio da proibição de retrocesso social, podemos afirmar que se trata de um princípio constitucional implícito do qual decorre a limitação da atuação do legislador no que diz respeito com a eliminação ou redução de direitos fundamentais, notadamente de caráter prestacional, previstos na Constituição e já implementados mediante lei. E a afirmação de que é um princípio implícito é porque ele advém da própria estrutura dos direitos sociais previstos na Carta Política brasileira (e não apenas de um princípio específico), que nada mais são do que meios para tornar reais os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui República Federativa do Brasil (soberania, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa – art. 1º, I a V), bem como para efetivar os objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988 (construir uma sociedade livre, justa e solidária, garantir o desenvolvimento nacional e erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais – art. 3º, I a III). Saliente-se, outrossim, que embora não qualificado como tal, uma interpretação sistemática envolvendo as disposições contidas no Título I em conjunto com os direitos sociais previstos ao longo da atual Constituição brasileira, nos leva a concluir que estamos diante de um Estado Democrático e Social de Direito.⁴⁸

Quanto ao seu surgimento, é de se ver que, pelo menos no tocante a Alemanha, Espanha, França, Itália e Portugal,⁴⁹ além do próprio Brasil, não há Constituição que expressamente preveja o princípio da proibição do retrocesso social. Note-se, entretanto, que o Pacto de São José da Costa Rica, do qual o Brasil é signatário e que está internalizado em nosso ordenamento jurídico, prevê a aplicação progressiva dos direitos sociais, de onde se extrai o princípio da proibição do retrocesso social.⁵⁰ Já o surgimento desse princípio deu-se no

⁴⁶ MENDES, Gilmar Ferreira. In: _____; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 644.

⁴⁷ NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010, p. 113.

⁴⁸ Convém ressaltar que os objetivos que nos impomos no tocante ao presente trabalho impedem que se desenvolva de forma mais aprofundada esta conclusão e os efeitos que dela decorrem.

⁴⁹ Referimos estes países, tendo em vista que são os ordenamentos jurídicos que mais influenciam o nosso.

⁵⁰ BÜHRING, Marcia Andrea. Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão. In: *Revista Direito e Justiça*, vol. 41, nº 1, jan.-jun., p. 56-73.

continente europeu, tendo Luciano Parejo Alfonso noticiado que Konrad Hesse, em obra do ano de 1978, desenvolveu a teoria da irreversibilidade, sendo que a maioria da doutrina germânica a teria rejeitado, em face da dependência de recursos financeiros por parte do Estado Social.⁵¹ Ainda, é de se ressaltar que foi na Europa que ocorreu o surgimento de uma doutrina a respeito da proibição de retrocesso social, bem como as primeiras decisões utilizando-o como fundamento central, como podemos ver no paradigmático acórdão nº 39/84 (relatado por Vital Moreira), proferido pelo Tribunal Constitucional de Portugal,⁵² de decisões (DC 83-165, de 20101/1984, e DC 90-287, de 16/01/1991) do Conselho Constitucional da França, além de decisões do Tribunal Federal Constitucional reconhecendo “que a garantia de propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública (com destaque para os direitos a prestações no âmbito da seguridade social legislativamente concretizados)”.⁵³

Adverta-se que há objeções na doutrina quanto princípio da proibição de retrocesso social. A título de exemplo, temos o posicionamento de Manuel Afonso Vaz, para quem a ausência de “determinidade” dos direitos previstos na Constituição faculta ao legislador estabelecer o seu grau de realização, além do que:

(...) admitindo-se, em tese político-constitucional, que as medidas legais concretizadoras dos direitos sociais possam ser levadas a um direito constitucional material – ou seja, que “embora dispondo directamente apenas de uma cobertura normativa 'legal' já entraram a fazer parte do 'acquis constitucional' –, não vemos como possa o “nível de realização legislativa” de um “direito social” converter-se, autonomamente, numa dimensão constitucional material contra a vontade do legislador. Admitir-se isso, como princípio jurídico-constitucional, é jogar continuamente o legislador “contra a Constituição (material)”, quando ele é parte dessa Constituição.⁵⁴

No direito brasileiro, possui a mesma linha de entendimento Suzana de Toledo Barros, para quem “a admissão de um princípio da proibição de retrocesso social, entendido como uma garantia dos direitos sociais perante a lei, conflita com o princípio da autonomia do legislador, uma vez que o nível de determinação constitucional desses direitos parece ser nenhum”.⁵⁵

Tais argumentos, porém, não podem ser aceitos. Em primeiro lugar, ao admitirmos a possibilidade de pura e simplesmente ser extinto algum dos direitos sociais já implementados por lei ou ser reduzido seu campo de aplicação, inclusive com a elevação das exigências para a

⁵¹ Apud, NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*, p. 101-102.

⁵² Cf. NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição de retrocesso social*, p. 103.

⁵³ Cf. SARLET, Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 459.

⁵⁴ VAZ, Manuel Afonso. *Lei e reserva da lei*. Porto, Universitas Catholica Lusitana, 1996, p. 385.

⁵⁵ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 1996, p. 163.

sua concessão, estariam sendo ofendidos os princípios fundamentais do Estado brasileiro (Título I da Constituição), que orientam/dirigem a linha de atuação do próprio legislador. Saliente-se que o legislador não possui total liberdade para editar qualquer tipo de lei, pois ele está (sempre) submetido à Constituição, inclusive no que diz respeito com os seus objetivos. Também, segundo Ingo W. Sarlet, o princípio da proibição do retrocesso social resulta do princípio da maximização da eficácia das normas de direitos fundamentais (no qual estão incluídos os direitos sociais), em razão do que:

(...) o artigo 5º, § 1º, da nossa Constituição, impõe a proteção efetiva dos direitos fundamentais não apenas contra a atuação do poder de reforma constitucional (em combinação com o artigo 60, que dispõe a respeito dos limites formais e materiais às emendas constitucionais), mas também contra o legislador ordinário e os demais órgãos estatais (já que medidas administrativas e decisões judiciais também podem atentar contra a segurança jurídica e a proteção de confiança), que, portanto, além de estarem incumbidos de um dever permanente de desenvolvimento e concretização eficiente dos direitos fundamentais (inclusive e, no âmbito da temática versada, de modo particular os direitos sociais) não pode – em qualquer hipótese – suprimir pura e simplesmente ou restringir de modo a invadir o núcleo essencial do direito fundamental ou atentar, de outro modo, contra as exigências da proporcionalidade.⁵⁶

É de se apontar, ainda, que o princípio da proibição de retrocesso social não possui um caráter absoluto, até que porque entendemos (conforme assinalado anteriormente) que os princípios não podem ser aplicados na lógica do tudo ou nada, porquanto são mandados *prima facie*.

As colocações feitas até o momento devem ser vistas como uma base para a questão atual envolvendo os direitos prestacionais (sociais), que é a crise do próprio Estado social ou Estado-providência, decorrente da impossibilidade da obtenção de recursos suficientes para o atendimento de todos os direitos-promessas estabelecidos na Constituição, o que influi na elaboração da lei orçamentária anual, conforme veremos a seguir.

4. A PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL E O ORÇAMENTO PÚBLICO NO DIREITO BRASILEIRO

O Estado existe não como um fim em si mesmo, mas como um meio para a subsistência da própria sociedade em que ele está inserido. Há, portanto, uma ligação umbilical entre Estado

⁵⁶ Cf. SARLET. Ingo W. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, p. 466.

e sociedade.

A partir desta consideração inicial, temos que a dignidade da pessoa humana⁵⁷ possui um grau *valorativo* superior às demais normas existentes na Constituição Federal de 1988, já que foi elevada à categoria de fundamento da República Federativa do Brasil. Certamente, a elevação do princípio ora discutido a tal categoria não é mera retórica.

A respeito desse tema, Ingo W. Sarlet sustenta que:

(...) a qualificação da dignidade da pessoa humana como princípio fundamental traduz a certeza de que o art. 1º, inc. III, de nossa Lei Fundamental não contém apenas uma declaração de conteúdo ético e moral (que ela, em última análise, não deixa de ter), mas que constitui norma jurídico-positiva com *status* constitucional e, como tal, dotada de eficácia, transformando-se de tal sorte, para além da dimensão ética já apontada, em valor jurídico fundamental da comunidade. Importa considerar, neste contexto, que, na condição de princípio fundamental, a dignidade da pessoa humana constitui valor-guia não apenas dos direitos fundamentais, mas de toda a ordem constitucional, razão pela qual se justifica plenamente sua caracterização como princípio constitucional de maior hierarquia axiológico-valorativa (*höchstes wertsetzendes Verfassungsprinzip*).⁵⁸

Por sua vez, o princípio da dignidade da pessoa humana possui duas dimensões, quais sejam, a negativa e a positiva. A negativa, de forma muito resumida, significa que o homem não pode ser *objeto* de ofensas *físicas e morais*. De outro lado, a dimensão positiva, que diz respeito com o pleno desenvolvimento de cada indivíduo, envolve “o reconhecimento da total autodisponibilidade, sem interferências ou impedimentos externos, das possibilidades de atuação próprias de cada homem”, bem como “a autodeterminação que surge da livre projeção histórica da razão humana, antes que uma predeterminação dada pela natureza”.⁵⁹

Porém, é de se perquirir se o princípio da dignidade da pessoa humana também não possui outra função além daquelas relacionadas com as dimensões anteriormente referidas. A resposta afirmativa se impõe, porquanto o princípio da dignidade da pessoa humana é fundamento do Estado brasileiro, as demais normas constantes da Carta Política com ele deverão se conformar, ou seja, o princípio em questão “há de ser o vetor interpretativo geral, pelo qual o intérprete deverá orientar-se em seu ofício”.⁶⁰ Veja-se que os princípios constitucionais não podem ser vistos como compartimentos estanques, que de nenhuma forma se comunicam. Pelo contrário, o que ocorre é que sobre uma determinada situação fática há um

⁵⁷ Que também entendemos ser um princípio, em razão do que deve ser aplicado na maior medida possível, considerando as condições fáticas e jurídicas da situação sob análise.

⁵⁸ *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 12ª ed. Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2015, p. 106-107.

⁵⁹ SANTOS, Fernando Ferreira dos. *Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana*. Fortaleza: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999, p. 97.

⁶⁰ BARCELLOS, Ana Paula de. *A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 146.

influxo (em maior ou menor grau) de uma série de princípios, sendo que dentre eles não se exclui o da dignidade da pessoa humana.

Em síntese, podemos concluir que, por mais óbvio que esta afirmação possa parecer (mas que nos dias atuais parece estar “esquecida” pelo Estado brasileiro), a pessoa humana é o *fim* da atuação estatal.

Por sua vez, a lei orçamentária anual possui um limite fático que não pode ser transposto, qual seja, o dos recursos que o Estado projeta obter no exercício financeiro correspondente. Saliente-se que o mesmo ocorre com a execução da lei orçamentária por parte do Poder Executivo. E aí está a questão central em análise, uma limitação de recursos no orçamento, que não permite o Estado realizar de forma total, ao menos com qualidade, suas funções/obrigações, em contraposição com uma crescente necessidade da população por tais bens/serviços prestados pelo Estado. Agrava-se tal questão em um país como o nosso, em que o Estado Social entrou em crise antes mesmo de uma implantação *total* (expressão aqui utilizada como sendo o mesmo grau atingido pelos países desenvolvidos) dos benefícios do Estado-providência.

Assim, é necessário que o legislador, quando de sua atuação na elaboração da lei orçamentária anual, tenha em vista que é seu *dever* dar maior efetividade possível à Constituição e, portanto, aos direitos sociais de caráter prestacional, que, para sua realização, necessitam uma atuação positiva do Estado, o que somente pode ser feito por meio da disponibilização dos recursos necessários para tanto. Sem a alocação na lei orçamentária, nenhum direito social prestacional pode ser efetivado. Daí, vemos que a completa eliminação de recursos para a realização de um determinado direito social está, de forma indireta, anulando tal direito, sendo que o mesmo se dá com a redução das rubricas orçamentárias a quantias mínimas.

Advirta-se que não estamos afirmando a eliminação da liberdade de conformação do legislador quando da elaboração da lei orçamentária anual, mas apenas que tal liberdade é mitigada, já que ele deve sempre ter em conta os princípios fundamentais do Estado brasileiro, em especial a dignidade da pessoa humana, além de tentar dar a maior efetividade possível aos direitos fundamentais previstos na Constituição de 1988.

Situações, existirão, envolvendo a elaboração da lei orçamentária (por certo em maior quantidade e com maior grau de dificuldade para sua solução quando em tempos de crise econômico-financeira, como a que estamos vivenciando nos dias atuais – conforme tentamos

demonstrar logo no início deste trabalho)⁶¹ em que o legislador terá de realizar escolhas (difíceis) sobre a alocação de recursos para determinados fins, em detrimentos de outros.

Nesse caso, muito embora tenhamos que reconhecer a dificuldade de sua realização por parte do Poder Legislativo, em razão de sua característica plural e, principalmente, por ser um Poder com atuação preponderantemente política, necessário é a utilização do critério da proporcionalidade,⁶² em seus três subcritérios (de necessidade, de adequação e da proporcionalidade *strictu sensu*), objetivando decidir se é (constitucionalmente) correta a redução das verbas destinadas à realização de um direito social. Saliente-se que esta será a única maneira para que o princípio da proibição de retrocesso social não seja violado.

Quanto ao primeiro subcritério, em tempos de crise econômico-financeira, em que há diminuição da atividade econômica e, conseqüentemente, redução das receitas por parte do Estado, parece-nos evidente o seu atendimento.

No que diz respeito com o segundo subcritério, da adequação, e que muito provavelmente solucionará a maioria dos casos, será necessário que legislador verifique se existem outros programas, que não se enquadrem como direitos sociais e que não impeçam o *regular funcionamento* do próprio Estado, que possam ter seus recursos diminuídos no lugar de um direito social.

Nesse ponto, é necessário observarmos que o administrador público, inclusive por imposição constitucional (art. 37, *caput*), deve atender ao princípio da eficiência, o qual “determina que a Administração Pública cumpra bem as suas tarefas, empregando, em tempo razoável, os meios apropriados e pertinentes”.⁶³ Sobre esse assunto, e levando em consideração o Estado social de Direito, Onofre Alves Batista Júnior afirma que:

É bem verdade que a idéia de eficiência só faz sentido se imaginarmos que os recursos são relativamente escassos, quer dizer, se existe uma escassez relativa de recursos. (...) Por outro lado, perante a escassez extrema, as preocupações centrais extrapolam mesmo as eficientísticas, firmando as atenções atinentes a critérios para uma *eleição trágica*.

Em última análise, se o Estado Social coloca para a AP [Administração Pública] o dever/poder de concretizar direitos de natureza social, econômica e cultural, isto é, se a própria CRFB/88, ao desenhar um Estado Social, determina à AP que concretize estes direitos, uma atividade administrativa ineficiente representaria o próprio fracasso de desiderato constitucional. Nesse sentido é que podemos firmar que, no moderno Estado Social de Direito, a eficiência é um imperativo constitucional. Trata-

⁶¹ É de se salientar que no curso da elaboração deste trabalho, houve piora das expectativas econômico-financeiras para o ano de 2016, muito em decorrência da crise política existente.

⁶² Cf. TAVEIRA, Cristiano de Oliveira; MARÇAL, Thais Boia. Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 264, set.-dez., p. 161-186.

⁶³ FREITAS, Juarez. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p. 110.

se, pois, de uma norma que expressa a pretensão juridicamente necessária de concreta realização eficaz dos interesses gerais da coletividade.

O que se verifica é que os direitos sociais, no Estado Social de Direito, só serão bem garantidos se observado o dever genérico de atuação administrativa de acordo com o PE [Princípio da Eficiência].⁶⁴

Em razão disso, é possível afirmarmos que o legislador, quando da elaboração da lei orçamentária, possui o poder/dever de perquirir,⁶⁵ como um todo e em relação a programas específicos, se a administração pública está realizando uma atividade eficiente e que em razão dessa eficiência pode implementar o mesmo programa com menos recursos. E, na hipótese de mesmo cumprindo o princípio da eficiência haver a necessidade de redução de verbas destinadas a determinado direito social, então estará atendido o subcritério da adequação.

No tocante ao último subcritério, da proporcionalidade *strictu sensu*, deverá o legislador avaliar se o benefício com a redução das verbas orçamentárias de determinado programa é maior do que o sacrifício com a restrição ao direito social envolvido.

Apesar do que afirmamos quanto à necessidade do legislador utilizar o critério da proporcionalidade no momento da escolha da redução ou eliminação completa de recursos destinados à implementação de um direito social (o que desde já se descarta por completo, pois estaria sendo atingindo – pelo menos em grande parte dos casos – o núcleo essencial do próprio direito fundamental envolvido), e mesmo assim ocorrer na lei orçamentária a diminuição ou supressão das verbas, estará aberto o caminho para o judiciário analisar a questão, em face da ofensa ao princípio da proibição de retrocesso social.

É de se observar que não estamos a falar de um direito subjetivo ao questionamento da lei orçamentária anual, ressalvando-se, entretanto, que há direito individual de pleitear em juízo um direito fundamental específico, como, v. g., as ações visando a obtenção de determinado medicamento (portanto, direito à saúde), mesmo nos casos em que não exista rubrica no orçamento contemplando tal direito.

A ação que estamos a falar é a ação direta de inconstitucionalidade (ADI), a ser proposta perante o Supremo Tribunal Federal (para as leis orçamentárias da União e dos Estados, quando afrontem a Constituição Federal) ou perante os Tribunais de Justiça dos Estados (quando for o caso de lei orçamentária estadual ou municipal que viole apenas a

⁶⁴ BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. *Princípio constitucional da eficiência administrativa*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004, p. 123, 127-128.

⁶⁵ Cristiano de Oliveira Taveira e Thaís Boia Marçal sustentam a aplicação do teste da eficiência. Para eles tal teste “busca considerar os resultados obtidos em face dos recursos disponíveis. Busca-se representar as realizações em índices e indicadores, para possibilitar comparação com parâmetros técnicos de desempenho e com padrões já alcançados anteriormente.” (In: _____; _____; Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica. *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, vol. 264, set.-dez., p. 161-186).

Constituição do correspondente Estado da Federação) pelos constitucionalmente legitimados a sua propositura. Note-se, ainda, que a decisão proferida em sede de ação direta de inconstitucionalidade produzirá efeitos uniformes por toda a sociedade, porquanto alterará a própria lei orçamentária a ser executada, evitando a indesejada violação do princípio da igualdade, surgida nas ações individuais em que se pleiteia direito fundamental de caráter prestacional, onde somente o demandante é (no caso de procedência) beneficiado, e não todos os indivíduos na mesma situação.

Por último, apesar de parecer por demais óbvia a assertiva que faremos, também o próprio Poder Executivo possui compromisso com os objetivos estabelecidos Constitucionalmente para o nosso país (art. 3º), bem como para com as políticas públicas vinculadas aos direitos fundamentais de caráter prestacional,⁶⁶ diante do que também devem respeito ao princípio da proibição de retrocesso social, notadamente quando da realização do contingenciamento dos recursos ou dos cortes envolvendo a execução da lei orçamentária anual (derivados da frustração das receitas), sendo que na tarefa da escolha das áreas a serem afetadas com a redução/corte de recursos, deverá utilizar o critério da proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O objetivo deste breve trabalho foi o de demonstrar que a proibição de retrocesso social subsiste em nossa Carta Política como princípio implícito, o qual limita a atuação do legislador no que diz respeito com a eliminação ou redução de direitos fundamentais, notadamente de caráter prestacional, previstos na Constituição e já implementados mediante lei. Ademais, esse princípio advém da própria estrutura dos direitos sociais previstos na Carta Política brasileira (e não apenas de um princípio específico), que nada mais são do que meios para tornar reais os fundamentos do Estado Democrático de Direito em que se constitui República Federativa do Brasil (art. 1º, I a V) e efetivar os objetivos fundamentais previstos na Constituição de 1988 (art. 3º, I a III).

O princípio da proibição do retrocesso social também possui como destinatário o legislador, que deve levá-lo em consideração quando da elaboração da lei orçamentária anual, sendo que para fins de análise da possibilidade de redução (ou não) de recursos destinados a programas que visem implementar direitos fundamentais de caráter prestacional, deverá utilizar

⁶⁶ Segundo Fernando Facury Scaff, “os gastos públicos não permitem que o legislador, e muito menos o administrador, realizem gastos de acordo com as suas livres consciências, de forma desvinculada aos objetivos impostos pela Carta, especialmente em seu art. 3º” (Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres*. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 115-131).

do critério da proporcionalidade. Em havendo violação ao princípio constitucional em análise, será possível o ingresso de ação direta de inconstitucionalidade, que, em caso de procedência, produzirá efeitos uniformes em toda a sociedade.

Por fim, também o Poder Executivo se submete ao princípio da proibição de retrocesso social, em especial quando da realização do contingenciamento dos recursos ou dos cortes envolvendo a execução da lei orçamentária anual.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BARCELLOS, Ana Paula de. *O mínimo existencial e Algumas Fundamentações: John Rawls, Michael Walzer e Robert Alexy*. In: **Legitimação dos direitos humanos**. TORRES, Ricardo Lobo (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pg. 11-49.

_____. **A Eficácia Jurídica dos Princípios Constitucionais: O Princípio da Dignidade da Pessoa Humana**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BARROS, Suzana de Toledo. **O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidad das leis restritivas de direitos fundamentais**. Brasília: Brasília Jurídica, 1996.

BATISTA JÚNIOR, Onofre Alves. **Princípio constitucional da eficiência administrativa**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2004.

BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang. **Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia**. Madrid: Trotta, 2000.

BÜHRING, Marcia Andrea. *Direito social: proibição de retrocesso e dever de progressão*. In: **Revista Direito e Justiça**, Porto Alegre, vol. 41, nº 1, jan.-jun., p. 56-73.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da Constituição**. 7ª ed. Coimbra: Almedina, 2003, p. 920.

DWORKIN, Ronald. **Los derechos en serio**. Barcelona: Ariel, 1999.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. **Conceito de princípios constitucionais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FREITAS, Juarez. **A Interpretação Sistemática do Direito**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

_____. **O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e discurso sobre a interpretação/aplicação do direito**. São Paulo: Malheiros, 2002.

HART, Herbert L. A. **O conceito de direito**. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1986.

MIRANDA, Jorge. **Teoria do Estado e da Constituição**. Coimbra: Coimbra editora, 2002.

_____. **RETROCESSO SOCIAL E O ORÇAMENTO PÚBLICO**. ANIMA: Revista Eletrônica do Curso de Direito das Faculdades OPET. Curitiba PR - Brasil. Ano VIII, nº 14, jan/jun 2016. ISSN 2175-7119.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 644.

MOLINARO, Carlos Alberto. **Direito Ambiental: proibição de retrocesso**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

NETTO, Luísa Cristina Pinto e. **O princípio da proibição de retrocesso social**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

QUEIROZ, Cristina. **O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais: princípios dogmáticos e prática jurisprudencial**. Coimbra: Coimbra editora, 2006.

RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. **Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental: aplicabilidade**. Curitiba: Juruá, 2009.

SANTOS, Fernando Ferreira dos. **Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. Fortaleza: Celso Bastos Editor – Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang; MARINONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de direito constitucional**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 12ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

_____. *Os direitos sociais como direitos fundamentais: seu conteúdo, eficácia e efetividade no atual marco jurídico-constitucional brasileiro*. In: _____; LEITE, George Salomão (Coord.). **Direitos fundamentais e estado constitucional: estudos em homenagem a J. J. Gomes Canotilho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009, 213-253.

SCAFF, Fernando Facury. *Reserva do Possível, mínimo existencial e direitos humanos*. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). **Princípios de direito financeiro e tributário: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, 115-131.

TAVEIRA; Cristiano de Oliveira; MARÇAL, Thaís Boia. *Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica*. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, vol. 264, set.-dez., p. 161-186.

VANOSSI, Jorge Reinaldo A. **Estado de derecho**. 4ªed. Buenos Aires: Astrea, 2008.

VAZ, Manuel Afonso. **Lei e reserva da lei**. Porto, Universitas Catholica Lusitana, 1996.