

PÂMELA BEATRIZ CARDOSO VITRO FRANCISCO

**O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Andradina – SP

Junho / 2024

PÂMELA BEATRIZ CARDOSO VITRO FRANCISCO

**O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como uma das exigências estabelecidas na grade curricular do Curso de Direito das Faculdades Integradas Rui Barbosa – FIRB, para obtenção do título de bacharel em Direito. Sob orientação da Prof.^a Me. Larissa Satie Fuzishima Komuro.

Andradina – SP

Junho / 2024

Pâmela Beatriz Cardoso Vitro Francisco

**O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A CONCRETIZAÇÃO
DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado à banca examinadora como requisito parcial para obtenção do Bacharelado em Direito nas Faculdades Integradas Rui Barbosa – FIRB. Defendido e aprovado em ____ de _____ de 2024 pela banca examinadora constituída por:

Prof(a). _____ MSc.

Instituição: Faculdades Integradas Rui Barbosa - FIRB

Prof(a). _____ MSc.

Instituição: Faculdades Integradas Rui Barbosa - FIRB

Prof(a). _____ MSc.

Instituição: Faculdades Integradas Rui Barbosa – FIRB

NOTA: () Aprovado () Reprovado

Andradina, ____ de _____ de 2024

Dedico este trabalho aos meus pais que sempre me apoiaram e nunca mediram esforços para que eu tivesse sempre uma boa educação.

AGRADECIMENTOS

Agradeço, em primeiro lugar, a Deus, por ter me sustentado e ter dado ânimo e sabedoria para escrever este trabalho, e à Nossa Senhora, por ter acolhido minhas orações quando eu não sabia o que fazer.

Em segundo lugar, agradeço à minha família, principalmente aos meus pais e minha avó, por todo suporte que me deram durante a minha vida, sempre me incentivando a estudar, ser uma pessoa melhor e me encorajando a querer sempre mais da vida.

Por último, agradeço aos meus amigos e ao meu namorado, que direta ou indiretamente me ajudaram durante todo esse processo e compartilharam cada etapa comigo até chegar a este momento.

Enfim não podia deixar de agradecer também ao corpo docente das Firb, em especial à minha orientadora, pela dose de conhecimento que me deram durante esses cinco anos, cada lição ensinada e cada gesto de apoio, que não passaram despercebidos e deixaram uma marca permanente.

“É justo que muito custe o que muito vale”.

(Santa Teresa D’Ávila)

RESUMO

FRANCISCO, P. B. C. V. O princípio da vedação ao retrocesso social e a concretização dos direitos fundamentais sociais. Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação em Direito). Faculdades Integradas Rui Barbosa – FIRB, 2024.

O presente trabalho é o resultado de uma análise da aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social no ordenamento jurídico brasileiro, como uma ferramenta de assistência na busca pela efetivação dos direitos fundamentais, em especial os de cunho social. A ideia central por trás da vedação ao retrocesso social é garantir a progressividade dos direitos sociais, ou seja, uma vez que um direito social é reconhecido e implementado, ele não deve ser retrocedido, mas sim mantido e, idealmente, aprimorado ao longo do tempo. Isso está em linha com a noção de que os direitos sociais são fundamentais para a dignidade humana e para a promoção do bem-estar social. A concretização dos direitos fundamentais sociais envolve não apenas a sua previsão legal, mas também a sua efetiva implementação na prática. Isso requer não apenas leis e políticas que reconheçam esses direitos, mas também a alocação de recursos adequados, mecanismos de fiscalização e prestação de contas, bem como ações para eliminar obstáculos que impeçam o pleno exercício desses direitos, advindas tanto do poder público quanto da sociedade civil. É necessário um esforço conjunto para garantir que os direitos sociais sejam efetivamente realizados, promovendo assim a igualdade, a justiça social e o desenvolvimento humano sustentável.

Palavras-chave: Vedação ao Retrocesso. Direitos Fundamentais Sociais. Poderes Públicos.

ABSTRACT

FRANCISCO, P. B. C. V. The principle of prohibiting social regression and the implementation of fundamental social rights. Course Completion Paper (Law Degree). Faculdades Integradas Rui Barbosa – FIRB, 2024.

The present work is the result of an analysis of the application of the principle of non-retrogression in the Brazilian legal system, as a tool to assist in the pursuit of the realization of fundamental rights, especially those of a social nature. The central idea behind the principle of non-retrogression is to guarantee the progressiveness of social rights, meaning that once a social right is recognized and implemented, it should not be regressed, but rather maintained and ideally improved over time. This is in line with the notion that social rights are fundamental to human dignity and the promotion of social well-being. The realization of fundamental social rights involves not only their legal provision but also their effective implementation in practice. This requires not only laws and policies recognizing these rights but also the allocation of adequate resources, monitoring mechanisms, and accountability, as well as actions to eliminate obstacles hindering the full exercise of these rights, stemming from both the public authorities and civil society. A joint effort is necessary to ensure that social rights are effectively realized, thus promoting equality, social justice, and sustainable human development.

Keywords: Non-retrogression. Fundamental Social Rights. Public Authorities.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	10
2	A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS	11
2.1	Proteção aos direitos pelas cláusulas pétreas	14
2.2	O mínimo existencial e a teoria da reserva do possível	16
3	AS DIMENSÕES E PRINCÍPIOS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS	19
3.1	Princípio da dignidade da pessoa humana.....	23
3.2	Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais.....	24
3.3	Princípio da vedação ao retrocesso social	25
4	A VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA DOUTRINA ESTRANGEIRA.....	27
4.1	A experiência alemã	27
4.2	A experiência portuguesa	30
5	A CRISE DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO	33
6	A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A PARTICIPAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS.....	37
7	CONCLUSÃO	44
8	REFERÊNCIAS	46

1 INTRODUÇÃO

A sociologia e filosofia dizem que o ser humano é um ser que está em constante mudança, sempre progredindo e mudando tudo à sua volta, para acompanhar esse progresso e melhor se adaptar ao ambiente em que vive.

O fato é que em determinado momento da história o homem sentiu a necessidade de se organizar em sociedade e criar leis que mantivessem a ordem. É nesse cenário que surge o Direito, com o condão de regulamentar o progresso social e de uma certa forma atenuar as consequências que o próprio ser humano causou em seus momentos de retrocesso, garantindo a preservação dos seus valores, então, nesse sentido foram nascendo também os direitos sociais fundamentais.

No início do século XX, as conquistas da classe trabalhadora causaram a necessidade de constitucionalizar os direitos e realizar uma mudança para o Estado de Bem-Estar Social, ou apenas Estado Social.

O estado social tomou como objetivo principal a organização orçamentária, para que pudesse permitir um nível mínimo de civilização onde a população tenha direitos básicos essenciais para se sustentar e sustentar sua família, tal como moradia, alimentação, segurança, entre outros.

Contudo, em um momento marcado pela crise econômica, no Brasil e em outros países, e pela escassez de recursos, surge a questão de como o país pode continuar a cumprir a sua promessa na efetivação dos direitos sociais. Alguns dos países mais desenvolvidos adotam medidas que em alguns casos prejudicam os direitos e princípios garantidos pelas suas constituições.

O princípio da vedação ao retrocesso social surgiu para impedir o uso de normas descomedidas que prejudiquem esses direitos. Ressalta-se que esse princípio é fundado na imutabilidade dos direitos sociais em tempos de estabilidade econômica e não na estabilidade das garantias. Esse argumento necessita ser suficiente para manter o equilíbrio das relações jurídicas e garantir o mínimo de segurança jurídica à população.

Ainda, nesta pesquisa se torna imprescindível examinar a aplicação da reserva do possível, que vai contra a proteção da concretização dos direitos sociais.

2 A CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E A EVOLUÇÃO DOS DIREITOS

O Estado Social é um modelo de organização, onde o Estado se responsabiliza pela promoção social e economia, respeitando os direitos sociais fundamentais e visando sempre a cessação da desigualdade social.

Em princípio, os direitos sociais surgiram apenas para a proteção da classe trabalhadora da população das cidades industrializadas da Europa Ocidental, que viviam em péssimas condições, em meados do século XIX (WEIS, 2014). Os direitos sociais nasceram como uma solução para a forma que o capitalismo industrial estava instaurado, e diante da inércia do Estado Liberal.

Desse modo, é possível dizer que o Estado Social foi levado ao papel onde este tem a obrigação de proporcionar direitos sociais e trabalhistas justos, sendo marcado fortemente pelo protecionismo social. A partir disso surgem os chamados “direitos de segunda dimensão”, cujo objetivo é exigir uma atuação positiva do Estado, esperando progresso nas condições sociais da população.

A Constituição de 1934, promulgada no Brasil durante o governo de Getúlio Vargas, foi a primeira a trazer noções acerca dos direitos sociais, tanto que seu preâmbulo já enunciava que o seu objetivo era “organizar um regime democrático, que assegure a Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico”. (BRASIL, 1934)

Essa Constituição, que inaugurava a Segunda República, estabelecia que era dever da União e de seus estados cuidar da saúde e dar assistência pública, além da assistência médica aos trabalhadores, em especial a gestante, na qual também estabelecia o descanso no pré e pós-parto.

A partir dessa Constituição os direitos sociais passaram a ser considerados normas constitucionais, conferindo, principalmente aos trabalhadores, uma maior proteção. Houve avanços em muitas outras áreas, como a educação, que passou a ter tendência à obrigatoriedade e gratuidade, desde o ensino primário, para todos, incluindo os adultos.

Com o advento da Constituição de 1937 este cenário mudou, já que esta era autoritária e centralista, ou seja, o poder era concentrado na figura do Presidente da República, o que revogou os efeitos do princípio de harmonia e independência entre os três poderes.

Nessa época, houve uma pausa em todo progresso que estava ocorrendo aceleradamente, a pena de morte havia sido reintroduzida e os partidos políticos foram dissolvidos.

Apesar da situação desfavorável que a Constituição Polaca deixava o país, isso não quer dizer que nenhuma mudança no âmbito dos direitos sociais foi feita. Aqueles direitos que já

tenham sido conquistados permaneceram, ainda que a sua efetivação fosse árdua, ademais foi determinado que a União teria competência privativa para legislar sobre normas fundamentais que asseguravam a saúde, em especial a da criança.

Após esse período ditatorial que o Estado viveu, em 1946, com o advento de uma nova Constituição, as coisas começariam a voltar aos eixos. Essa Constituição possuía um caráter liberal, totalmente o contrário de sua antecessora, e buscava a redemocratização do país, restaurando o equilíbrio entre os três poderes e devolvendo ao povo os seus direitos e garantias individuais, que foram restringidos pelo governo ditatorial de Vargas.

Essa nova fase da República teve um marco importante na história dos direitos sociais, visto que foi a partir desse momento que os poderes públicos entenderam a necessidade de cada vez mais criar normas de direito que possibilitariam o efetivo avanço na sociedade, uma vez que ela se encontrava com resquícios das consequências do último governo.

A Constituição de 1946 concedeu melhorias aos trabalhadores no que diz respeito aos seus direitos à assistência médica e sanitária, salário mínimo justo, participação nos lucros da empresa, a vedação do trabalho noturno aos menores de 18 anos, entre outros.

Uma grande conquista dessa fase, foi a inserção do Mandado de Segurança no ordenamento jurídico, para proteger direito líquido e certo que não eram amparados por outros remédios constitucionais. Também foi estipulada a competência da União para legislar sobre a defesa e a proteção da saúde, dando aos estados a liberdade para legislar de forma supletiva ou complementar, além de instituir assistência educacional para os alunos necessitados, a fim de lhes garantir bom rendimento escolar.

Até então, é notória a evolução dos direitos sociais, que começaram apenas para a proteção dos trabalhadores, mas o Estado entendeu ser tão necessário que ampliou o seu alcance para atender a esfera da saúde, trabalho e educação. Entretanto, quando foi promulgada a Constituição de 1967, houve, novamente, um retrocesso, causado pelo lugar de destaque que o Poder Executivo ocupava, além da censura acerca da publicação de livros e periódicos que eram considerados como propagandas de insubordinação, o que suprimiu a liberdade de escrita.

Assim como a Constituição de 1937, essa também marcou um período difícil no país, direitos como liberdade de reunião e direito de greve foram limitados em decorrência desse cenário hostil.

Fica mais que evidente a maneira como ora os direitos evoluem e ora decaem, a cada constituição que é promulgada e dependendo do estilo de governo que rege o país. A população teve que lutar mais de uma vez pelos mesmos direitos. O acontecimento de vários eventos históricos, como o período ditatorial, a centralização do poder na figura do Chefe de Estado e

todas as revoluções que ocorreram no país, assinalam a necessidade de ter um modelo de Estado organizado que tenha o povo e a sua evolução como o seu principal objetivo. Foi então que nasceu a Constituição Cidadã.

O país, tal como vemos hoje, é resultado de várias tentativas de pôr em prática o Estado de Bem-Estar Social. Todas as oscilações que os direitos sociais vinham sofrendo cessaram a partir de 1988. Isso não quer dizer que a Carta Magna já nasceu dando respaldo a todos os direitos fundamentais conhecidos hoje, mas com a expansão mundial, em termos de tecnologia e outras áreas científicas, o país teve que se adequar para acompanhar.

O doutrinador Ingo Wolfgang Sarlet enuncia que a Constituição Federal de 1988 foi a Constituição que melhor acolheu os direitos fundamentais, tendo em vista que “pela primeira vez na história do constitucionalismo pátrio, a matéria foi tratada com a merecida relevância” (SARLET, 2007, p. 75).

O artigo 1º da Constituição estabelece o valor social do trabalho como um dos fundamentos da democracia e do Estado de direito. O artigo 3º afirma que a solidariedade, o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais são os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil. Há um capítulo dedicado aos direitos sociais, que afirma no artigo 6º: “Os direitos sociais referem-se à educação, à saúde, à alimentação, ao trabalho, à habitação, ao lazer, à segurança, à segurança social, à proteção da maternidade e dos filhos, à assistência aos desamparados, nos termos do desta Constituição” (BRASIL, 1988) e regula situações subjetivas individuais ou coletivas de natureza específica, nomeadamente "serviços positivos prestados direta ou indiretamente pelo Estado"

A Constituição Federal prevê a proteção dos empregos e dos trabalhadores nos artigos 7º a 11, como seguro-desemprego, fundo de garantia do tempo de serviço, salário mínimo, etc. Destaca-se, portanto, que a sua formulação foi orientada por princípios democráticos, com a devida atenção aos direitos sociais essenciais para a promoção do bem-estar social e a melhoria da qualidade de vida. Reconhece os direitos sociais como direitos fundamentais, declara a liberdade de associação, proíbe a intervenção estatal na autorização da criação de sindicatos, garante a autonomia das entidades de classe e concede aos sindicatos amplos direitos de representação, etc, garantindo e protegendo assim os direitos.

Ao longo da história, o campo dos direitos sociais expandiu-se continuamente até ao importante ponto de combater a desigualdade e da justiça social, abrangendo os direitos à alimentação, ao trabalho, à saúde, à educação, etc, aparecendo nas necessidades mais básicas do ser humano, com o objetivo de buscar o bem-estar.

Fica claro, portanto, que no Brasil tanto o reconhecimento dos direitos sociais, quanto a Constituição, evoluíram historicamente em resposta a essas mudanças, às vezes evoluindo em favor do estado social e às vezes retroativamente. Atualmente, a Constituição Federal de 1988 avançou muito nos direitos sociais, podendo-se dizer que dentre todas as constituições estudadas, a atual é a mais abrangente e centralizada.

2.1 Proteção aos direitos pelas cláusulas pétreas

Os direitos fundamentais são pressupostos básicos, garantidos pela Constituição, que concedem ao povo o mínimo para viver com dignidade. Conforme foi mencionado anteriormente, os direitos sociais são direitos fundamentais de segunda dimensão, que surgiram em um cenário precário para dar liberdade aos indivíduos que viviam em estado de vulnerabilidade.

A mudança do Estado Liberal para o Estado Social confirma que os direitos fundamentais sociais são, na sua essência, políticos, mas possuem força jurídica, considerando a sua constitucionalidade, na condição de garantia constitucional.

Esses direitos podem ser separados em direitos de defesa ou prestacionais. Este primeiro consiste em uma maneira de impedir que o Estado adentre a esfera de liberdade do indivíduo, já o último, diz sobre a função de “fazer” do Estado, a atitude positiva emanada do legislador.

No Brasil, não existe uma vertente doutrinária predominante em relação à reforma dos direitos sociais. A única posição que a doutrina destaca com propriedade é que apenas o art. 5º está sob a proteção do art. 60, §4º, da Constituição, nos seguintes termos:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

(...)

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

Dada a natureza fundamental dos direitos sociais neste estudo, é possível considerar que estes estão protegidos pelas cláusulas pétreas. Este rol que impõe limite à emenda prevê que estas devem respeitar os direitos e garantias individuais, mas nada dispõe sobre os direitos sociais, ou econômicos ou culturais.

Ressalta-se que as normas que tratam da sociabilidade são de natureza processual. Esta característica não as priva do efeito jurídico imediato, mas atribui a elas força jurídica e as vinculam aos poderes públicos.

Essa força jurídica e a conexão entre os poderes públicos é o suficiente para que se possa cobrar e exigir do Estado, a atitude necessária para desempenhar o seu papel na esfera dos direitos sociais.

Ainda que sejam concretizados apenas através de legislação infraconstitucional, devem ser autoaplicáveis, sendo possível exigir que aquele mínimo garantido à existência seja aplicado.

Isso implica que os tribunais não podem ignorar as normas que implementam estes direitos, no entanto, não podem conceber alegações de fato e de direito que estejam fora do âmbito de suas funções. Somente ao legislador ordinário cabe promover políticas públicas sociais, com base nas condições políticas e econômicas.

Luis Roberto Barroso (2001), ministro do STF, defende a teoria da aplicação máxima das normas constitucionais, que deu origem a casos de judicialização dos direitos sociais. Esta posição não é aceita em alguns países, a exemplo do direito português, uma vez que suas normas não têm aplicabilidade imediata.

Um fato é que a interpretação do art. 60 da Constituição Federal ainda passa por uma longa análise doutrinária. Se levada em conta a sua interpretação literal, apenas os direitos e garantias individuais são resguardados pela cláusula pétrea, ou seja, o art. 5º, já mencionado, excluindo qualquer outro.

Não obstante, é de conhecimento que grande parte da jurisprudência e da doutrina não interpretam dessa forma. De acordo com a tese da relevância interpretativa ou jurídica específica ou indireta, se for considerada a redação preambular da Constituição, ainda que não possua força normativa, é possível assentir que os direitos sociais possuem valor supremo para a sociedade.

Neste diapasão, sustenta Ingo Sarlet:

A bem da verdade, a denominação direitos fundamentais sociais encontra a sua razão de ser na circunstância – comum aos direitos sociais prestacionais e aos direitos sociais de defesa – de que todos consideram o ser humano na sua situação concreta na ordem comunitária (social), objetivando, em princípio, a criação e garantia de uma igualdade e liberdade material (real). Neste sentido, os direitos fundamentais sociais são direitos à libertação da opressão social e da necessidade. (SARLET, 2013, p. 2167)

A partir dessa alegação, é inevitável reconhecer que os direitos sociais são elementos do núcleo essencial da Constituição, sendo abrangidos pela aplicação do princípio da vedação ao retrocesso.

O modelo de estado social que o Brasil adotou têm trabalhado na perspectiva de assegurar aos indivíduos o progresso do Estado, e não é para menos, já que se trata de garantir que o povo tenha o mínimo existencial.

Ainda segundo o jurista Ingo Sarlet (2013), é necessário diferenciar o mínimo existencial, do mínimo vital. Este último diz respeito sobre a garantia de existência física do indivíduo, seria as condições materiais mais básicas que o ser humano precisa para viver sem considerar os aspectos sociais, como atendimento médico de urgência, assistência social e alimentação. Mas o mínimo existencial é um conceito mais amplo, o que garante que o indivíduo terá um tratamento humanitário, e não apenas aceitável. Significa que será assegurado ao indivíduo um padrão de inclusão social, cultural e político mínimo, decorrente dos direitos sociais.

2.2 O mínimo existencial e a teoria da reserva do possível

O conceito do mínimo existencial surgiu na Alemanha, em 1954, para estabelecer que o Estado deveria prestar auxílio material às classes mais pobres da população (BACHOF, 1954). Algum tempo depois, esse termo foi usado no Brasil pela primeira vez, na ADPF 45 MC/DF, em abril de 2004.

A expressão “mínimo existencial” vincula a dignidade da pessoa humana ao estado social. Isso quer dizer que no âmbito de políticas públicas as metas prioritárias do orçamento público devem ser guiadas por este termo. Diante disso, é correto afirmar que o mínimo existencial é formado a partir de dois elementos: a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais

No Brasil, uma teoria apropriada deveria levar em conta a maneira com que são concretizados os direitos sociais na Carta Magna, tal qual a realidade brasileira, cuja efetivação dos direitos prestacionais não se dá integralmente.

À vista disso, a doutrina do mínimo existencial não é propagada a fim de verificar quais dos direitos sociais prestacionais fazem parte do rol fundamental, que podem ser extraídos da própria Constituição, sem que haja a interferência da atuação do legislador.

A Constituição Federal enuncia generosamente uma ampla lista de direitos sociais a serem concedidos e torna todos os direitos fundamentais imediatamente aplicáveis e

plenamente exigíveis sem distinção, o que redireciona a doutrina do mínimo existencial para a proteção desses direitos.

É essencial admitir a relação entre o mínimo existencial e o direito social. Todos os benefícios básicos, considerados requisitos mínimos para uma vida digna, incluem direitos sociais.

Essa imagem do mínimo existencial, traz a noção de um modelo perfeito daquela função de “fazer” do Estado, citada anteriormente, que na realidade, não opera desta forma. Ocorre que o país tem uma baixa disponibilidade de recursos, que não são suficientes para suprir toda a demanda social.

Com isso, a administração pública tem tentado ludibriar os direitos que são abrangidos pela proteção que o conceito de mínimo existencial ostenta, se amparando na teoria da reserva do possível.

A expressão “reserva do possível” surgiu pela primeira vez no Tribunal Constitucional Alemão, em 1972, na decisão BVerfGE33, 303 (*numerusclausus*), onde foi colocado em pauta a constitucionalidade de normas estaduais que regulamentavam a admissão nas Universidades de Hamburgo e Baviera, do curso superior de medicina, entre os anos de 1969 e 1970 (SCHWABE, 2005).

O caso em tela foi a julgamento em virtude das limitações estabelecidas nas admissões de novos alunos, que por sua vez, se deu pelo esgotamento da capacidade de ensino dos cursos de medicina.

Foi questionado se as restrições impostas caracterizariam uma ofensa ao art. 12 da Lei Fundamental Alemã, que diz respeito à liberdade profissional. Tal norma traz a noção de que o direito à liberdade profissional é fundamental e amplo, o que significa que abrange não só a escolha da profissão, mas também o local de formação profissional.

Ainda que se entenda que o direito de ser admitido na instituição de ensino seja um desdobramento do direito à liberdade profissional, o Tribunal Alemão entendeu que essa limitação seria possível e utilizou a expressão reserva do possível para amparar a ideia de que não se pode conceder tudo aquilo que é pleiteado.

Após a conclusão do caso, a noção de reserva do possível passou a desempenhar uma função restritiva para as pretensões da população, ligada à sua razoabilidade.

Com o surgimento da expressão reserva do possível, houve uma propagação entre os Tribunais de outros países, fazendo com que evoluísse para uma teoria que justificaria muitas das restrições para a efetivação de direitos sociais.

Ao chegar no Brasil, a teoria perdeu o seu conceito inicial, visto que a doutrina brasileira considera a disponibilidade ou não de recursos, e não a razoabilidade da pretensão.

A teoria da reserva do possível vem sendo muito utilizada no ordenamento jurídico brasileiro pelo Supremo Tribunal Federal, com o propósito de justificar a dificuldade em atender à pedidos da população, principalmente os pedidos que dizem respeito à área da saúde e educação.

Uma análise feita acerca da jurisprudência do STF, por Daniel Wang (2008), concluiu que até o ano de 2007, a reserva do possível não estava ligada ao indeferimento de pedidos na área da saúde, ou seja, os medicamentos pleiteados, principalmente os de alto custo e que muitas vezes não estavam na listagem do SUS, eram sempre concedidos:

Não havia sequer um voto divergente nos acórdãos encontrados. Portanto, pode-se antecipar que, até então, em nenhuma decisão, o Supremo Tribunal Federal admitiu a escassez de recursos como argumento aceitável para impedir a concessão de um medicamento. (WANG, 2008, p. 543)

A partir dessa análise, foi possível verificar que após o ano de 2007, a fundamentação nas decisões exaradas pelos ministros passou a ter um teor denegatório, em razão da preocupação com a situação financeira do país, associando a reserva do possível ao seu aspecto econômico para o Estado.

Uma das maiores questões sobre o assunto é se o Judiciário tem competência para definir o que é o “possível” para o indivíduo, quando se trata dos direitos sociais básicos, frente a realidade orçamentária distorcida do país e os seus diferentes graus de jurisdição. E se o Judiciário não tem essa competência, então quem tem?

A falta de dinâmica entre os poderes públicos impede que um tenha conhecimento sobre as demandas do outro, gerando problemas que seriam facilmente resolvidos se houvesse diálogo entre eles, principalmente entre o Judiciário e o Executivo, posto que, se o Executivo tivesse conhecimento das demandas mais recorrentes e das mais urgentes que chegam até o Judiciário, poderia promover políticas públicas que atenderiam a essas necessidades.

Quando chega ao Poder Judiciário, pedidos relativos a direitos sociais básicos, deve ser observado se aquilo é essencial à sobrevivência do indivíduo e caso seja, não pode ser negado perante o argumento da “reserva do possível”.

3 AS DIMENSÕES E PRINCÍPIOS ACERCA DOS DIREITOS SOCIAIS

Os direitos fundamentais não tiveram uma origem simultânea, eles surgiram em períodos distintos, respondendo às necessidades específicas de cada época, com isso, tiveram que passar por várias mudanças em relação ao seu teor, sua eficácia, seus titulares, dentre outros pontos.

Essas transformações alteraram o texto constitucional, o que resultou em uma classificação por gerações. Entretanto, embora o termo "gerações de direitos fundamentais" seja comumente utilizado, é preferível adotar a abordagem dimensional desses direitos, em razão de as novas gerações não anularem as anteriores (GUERRA FILHO, 2007), as transformações se deram de uma maneira dinâmica, de forma que todos os direitos ainda coexistem, conforme o art. 5º da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993:

Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e inter-relacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase. Embora particularidades nacionais e regionais devam ser levadas em consideração, assim como diversos contextos históricos, culturais e religiosos, é dever dos Estados promover e proteger todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, sejam quais forme seus sistemas políticos, econômicos e culturais.

A doutrina reconhece três dimensões de direitos, porém algumas teorias mencionam quatro ou até mesmo cinco dimensões.

A primeira dimensão de direitos surgiu no contexto dos governos absolutistas, no fim do século XVIII, como resultado das revoluções liberais burguesas, em especial a Revolução Francesa, fortemente influenciadas por ideais iluministas, racionalistas e individualistas dos filósofos e pensadores daquela época.

A crescente burguesia, impulsionada pelo capitalismo mercantil, tornou-se insatisfeita com a situação de controle da monarquia absolutista e da nobreza. Esse descontentamento levou a um questionamento profundo acerca do sistema previamente adotado, onde o rei gozava de poderes ilimitados e absolutos, justificados pela alegação de que ele era o representante de Deus na Terra.

Essa primeira dimensão nasceu para estabelecer limites à atuação do Estado em favor da liberdade do indivíduo, razão pela qual são denominados de liberdades negativas ou direitos de defesa, já que instituía o dever de não fazer ao Estado.

Além disso, os direitos de primeira dimensão desempenharam um papel fundamental ao inaugurar o constitucionalismo ocidental (MASSON, 2015), no final do século XVIII e início do século XIX. Tal fato culminou no reconhecimento de direitos civis e políticos,

fundamentalmente ligados ao princípio da liberdade, além de abranger o reconhecimento de tantos outros direitos de cunho individual, como o direito à vida, à propriedade e à liberdade de expressão.

A denominação “direitos de defesa” ou “liberdades negativas” exprime uma noção de separação entre o Estado e a sociedade, sempre priorizando o indivíduo, como ensina o jurista Daniel Sarmento:

Os direitos fundamentais acabaram concebidos como limites para a atuação dos governantes, em prol da liberdade dos governados", uma vez que "demarcavam um campo no qual era vedada a interferência estatal, estabelecendo, dessa forma, uma rígida fronteira entre o espaço da sociedade civil e do Estado, entre a esfera privada e a pública, entre o jardim e a praça (...) nesta dicotomia público/privado, a supremacia recaía sobre o segundo elemento do par, o que decorria da afirmação da superioridade do indivíduo sobre o grupo e sobre o Estado. (SARMENTO, 2006, p. 12-13).

Esse enfoque tem como propósito assegurar uma vida mais digna e proporcionar maior autonomia de vontade aos cidadãos. Assim, a evolução e consolidação desses direitos moldaram a base de uma sociedade que valoriza a dignidade e a autonomia do indivíduo.

A segunda dimensão dos direitos fundamentais teve sua origem das reivindicações do proletariado, como mencionado anteriormente, entre o fim do século XIX e início do século XX.

O contexto social, político e econômico da época estava fragilizado diante da crise do capitalismo e a Revolução Industrial foi o estopim para que a classe trabalhadora, constantemente explorada, pleiteassem uma mudança.

Os protestos conduzidos pelos trabalhadores exigiam ações positivas por parte do Estado, e intervenções em diversos aspectos, já que a mera garantia de direitos individuais não era suficiente para sustentar a economia e manter a satisfação dos cidadãos. Diante desse cenário, as Constituições começam a reconhecer uma gama mais ampla de direitos e a prever a atuação estatal na prestação de serviços sociais, tais como direito à saúde, direitos trabalhistas e direito à assistência social, segundo o que afirma Ingo Sarlet:

Estes direitos fundamentais, que embrionária e isoladamente já haviam sido contemplados nas Constituições francesas de 1793 e 1848, na Constituição brasileira de 1824 e na Constituição alemã de 1849 (que não chegou a entrar efetivamente em vigor), caracterizam-se, ainda hoje, por outorgarem ao indivíduo direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho etc., revelando uma transição das liberdades formais abstratas para as liberdades materiais concretas, utilizando-se a formulação preferida na doutrina francesa. É, contudo, no século XX, de modo especial nas Constituições do segundo pós-guerra, que estes novos direitos fundamentais acabaram sendo consagrados em um número significativo de Constituições, além de serem objeto de diversos pactos internacionais. Como

oportunamente observa P. Bonavides, estes direitos fundamentais, no que se distinguem dos clássicos direitos de liberdade e igualdade formal, nasceram ‘abraçados ao princípio da igualdade’, entendida esta num sentido material. (SARLET, 2012, p. 33)

Os direitos de segunda dimensão marcaram a passagem do Estado Liberal, cujo caráter era totalmente individualista, para o Estado de Bem-Estar Social, que passou a se preocupar mais com a coletividade. Essa nova dimensão teve o propósito de garantir que todos os indivíduos da sociedade tivessem o mínimo para uma vida digna, compensando a desigualdade gerada pela crise.

Ao contrário da primeira dimensão onde os direitos podiam ser nomeados como liberdades negativas, a segunda dimensão trouxe uma nova imagem a favor da sociedade, quais são as liberdades positivas. Isso porque previam que os poderes públicos tivessem um papel ativo na efetivação da justiça social.

Dessa forma, nota-se que as políticas públicas resultam diretamente da intervenção de um Estado de Bem-Estar Social, concretizando direitos fundamentais através da realização de ações positivas em prol da coletividade. Em outros dizeres, é impossível separar os direitos fundamentais de segunda dimensão, que são protegidos de maneira abstrata no texto constitucional, de sua efetivação posterior, seja por meio da implementação de políticas públicas pelo Estado, seja através da execução de programas sociais.

Cabe mencionar, que ao longo do século XX, quando já inaugurados os direitos de segunda dimensão, especialmente frente ao cenário que estava sendo vivenciado após a Segunda Guerra Mundial, surgem os chamados direitos fundamentais de terceira dimensão, também referidos como direitos ou interesses transindividuais, os quais se subdividem em direitos difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A dura realidade do pós-guerra mundial, ao fim do século XX, refletia a imagem de nações inteiras totalmente enfraquecidas e de países sendo divididos entre desenvolvidos e subdesenvolvidos, acontecimento que, inclusive, se deu em razão do resultado da guerra (MASSON, 2015).

Em resposta a essa situação, especialmente aos eventos devastadores como o holocausto, foram criados os direitos de terceira dimensão, consubstanciados à luz da fraternidade e da solidariedade, que deixam de abranger apenas o indivíduo ou um grupo específico de pessoas, passando a se aplicar a nação como um todo.

Em resumo, não se trata mais de direitos individuais ou direitos coletivos, como era outrora, mas sim de direitos que atinjam toda humanidade, sua história e cultura, de forma que

não apresentem limites precisos, principalmente quanto à sua titularidade. Por não apontar de forma clara quem são os titulares, isso resulta na categorização desses direitos como direitos difusos. Eles elegem o direito à paz, ao desenvolvimento, à qualidade de vida, ao meio ambiente, dentre outros.

É notório que esses direitos resguardam valores significativos para a sociedade, sobretudo no que se refere ao direito ao meio ambiente, cuida-se não só pelo bem-estar e segurança dessa geração, mas pelas gerações futuras.

Observa-se que a amplitude dos direitos de terceira dimensão exige um posicionamento ativo, tanto por parte do Estado quanto dos particulares, criando assim uma espécie de colaboração entre as esferas pública e privada. A maioria dos direitos difusos não foi incorporada nas constituições, mas recebe maior reconhecimento no contexto do Direito Internacional, por meio de tratados, convenções e acordos, por exemplo.

Alguns doutrinadores indicam outras dimensões de direitos que têm ganhado relevância na era contemporânea, marcada por um significativo avanço tecnológico.

Para alguns, os direitos de quarta dimensão originam-se dos resultados de pesquisas biológicas, que buscam uma possibilidade de manipulação do patrimônio genético de cada indivíduo, mas Paulo Bonavides (2004) sustenta que a quarta dimensão abarca os direitos à democracia, à informação e ao pluralismo, atestando a realização do Estado Social.

Bonavides traz a ideia de que a universalização dos direitos, com a ajuda da quarta dimensão, são uma resposta ao neoliberalismo.

Deles depende a concretização da sociedade aberta o futuro, em sua dimensão de máxima universalidade, para a qual parece o mundo inclinar-se no plano de todas as relações de convivência. [...] Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações antecedentes como absorvem – sem todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos da primeira geração. [...] Enfim, os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política. (BONAVIDES, 2004, p. 571-572).

Os direitos acima elencados dependem de uma sociedade dedicada ao futuro, visto que a quarta dimensão se refere a direitos garantidores de uma sociedade íntegra e desenvolvida que está começando a se formar, a exemplo dos direitos vinculados à biotecnologia, como citado anteriormente.

Além da quarta dimensão, que já não é um consenso entre os estudiosos, uma certa parte dos doutrinadores, incluindo Paulo Bonavides, defendem os direitos de quinta e até sexta dimensão.

Tratam-se de direitos que decorrem das necessidades humanas, como o direito ao acesso à água potável por exemplo, estão ligados também à preservação do meio ambiente, esses direitos buscam, basicamente, certificar que as próximas gerações terão condições de vida satisfatórias (FACHIN, 2010), ou seja, que haja o mínimo para viver.

3.1 Princípio da dignidade da pessoa humana

Atrelado à doutrina do mínimo existencial, que une a liberdade material, o estado social e a dignidade do ser humano, está o princípio da dignidade da pessoa humana. Todo e qualquer indivíduo, desde a sua concepção, já é detentor de dignidade, apenas por pertencer à espécie humana.

O princípio da dignidade da pessoa humana é um dos fundamentos essenciais do Estado Democrático de Direito e está explícito no art. 1º, inciso III, da Constituição Federal de 1988. O constituinte originário foi levado a incluir o referido princípio ao ordenamento jurídico brasileiro após perceber as consequências do desrespeito ao ser humano que o regime militar deixou. Ser considerado como um fundamento da República apenas mostra que a dignidade do indivíduo representa um valor supremo e um alicerce para o Estado e para a Democracia.

Trata-se de um princípio natural consagrado pelo sistema jurídico, cuja premissa é a reverência à dignidade humana, respeitando sua individualidade.

A dignidade consiste em um conjunto de direitos fundamentais partilhados por todos os seres humanos de forma equitativa. A partir desse raciocínio, questiona-se qualquer concepção que dê a entender que a dignidade humana derive da autonomia da vontade. A titularidade dos direitos fundamentais, por decorrer da condição intrínseca humana, não está condicionada à capacidade da pessoa de se relacionar, expressar, comunicar, criar ou sentir. A autoconsciência e o entendimento da própria existência não importam, pois um indivíduo mantém sua natureza humana mesmo quando deixa de operar de maneira normal, conforme destaca Ingo Sarlet: “Mesmo aquele que já perdeu a consciência da própria dignidade merece tê-la (sua dignidade) considerada e respeitada” (SARLET, 2001, p. 50).

A dignidade não é renunciável, o que significa que não pode ser retirada ou condicionada, por mais inaceitáveis que sejam as ações de um indivíduo, ele não se tornará “indigno”.

A dignidade da pessoa humana é um atributo intrínseco a cada indivíduo, tanto em sua condição singular quanto em sua integração na sociedade, e por esse motivo essa dignidade

merece uma atenção especial e resguardo por parte do sistema jurídico, demandando que o Estado ofereça o suporte necessário e essencial para assegurar uma existência humana digna.

Nesse sentido, é incumbência do Poder Público zelar pela preservação das condições dignas essenciais à sobrevivência em sociedade, buscando também meios de ampliar o alcance dos direitos inerentes à vida humana.

3.2 Princípio da máxima efetividade das normas constitucionais

O princípio da máxima efetividade das normas constitucionais, também conhecido como princípio da eficiência ou princípio da interpretação efetiva, é uma abordagem interpretativa que busca garantir a máxima realização e eficácia dos direitos e princípios consagrados na Constituição.

Essa doutrina preconiza uma interpretação que promova a efetiva concretização dos valores fundamentais presentes no texto constitucional, visando não apenas a sua existência formal, mas a sua aplicação prática e efetiva no contexto social.

Esse princípio surge da compreensão de que a Constituição é a lei fundamental de um país e deve ser interpretada de maneira a assegurar a sua efetiva aplicação na prática. Ele contrapõe abordagens mais restritivas da interpretação legal, buscando evitar interpretações que possam limitar indevidamente os direitos fundamentais ou restringir o alcance das normas constitucionais.

Ao aplicar o princípio da máxima efetividade, os intérpretes e operadores do direito buscam extrair o máximo de significado e alcance das normas constitucionais, evitando interpretações que as esvaziem de sentido ou as tornem ineficazes. Isso implica, muitas vezes, recorrer a métodos interpretativos que valorizem a harmonização de diferentes dispositivos constitucionais e a consideração do contexto social, político e histórico.

No Brasil, esse princípio tem sido invocado para fortalecer a eficácia dos direitos fundamentais, especialmente os direitos de natureza sociais. Alguns doutrinadores têm defendido a aplicação da máxima efetividade como um instrumento para assegurar a plena concretização dos direitos previstos na Constituição de 1988.

O vetor interpretativo desse princípio muitas vezes se apoia em dispositivos específicos, como o parágrafo 1º do artigo 5º da Constituição Federal, que estabelece a aplicação imediata das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais. Assim, a máxima efetividade busca ir além da mera declaração formal de direitos, buscando assegurar sua implementação prática e eficaz na sociedade.

Em resumo, a máxima efetividade das normas constitucionais preconiza que se atribua a uma norma constitucional a interpretação que lhe confira a maior eficácia possível. De fato, trata-se de um princípio operativo em relação a todas as demais normas constitucionais. Em outras palavras, em situações de dúvida, o intérprete deve favorecer a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais.

3.3 Princípio da vedação ao retrocesso social

As séries de limites e restrições, inicialmente introduzidas na parte geral dos direitos fundamentais, se estendem aos direitos sociais, porém pode não ocorrer um desenvolvimento específico para os direitos sociais dentro desse contexto.

As medidas restritivas afetam os direitos sociais em ambas as perspectivas, objetiva e subjetiva. Nesse sentido, é substancial avaliar a legitimidade de tais restrições utilizando critérios já incorporados à doutrina e jurisprudência.

A ideia de que deveria haver uma proibição constitucional e jurídica para defender os direitos sociais ganhou força em diversos países, mas de uma maneira intensa foi acolhida pelo ordenamento jurídico brasileiro.

O princípio da vedação ao retrocesso social surgiu da jurisprudência europeia, em especial de Portugal e Alemanha. Funciona como uma barreira à reforma, destinada à proteção dos direitos sociais em face da superveniência de uma legislação que tenha a intenção de prejudicar tais direitos que já tenham sido conquistados em sede material legislativa.

Esse princípio impede que, com o intuito de superar crises, o Estado revogue ou anule normas tendentes a suprimir direitos sociais fazendo com que isso afete gravemente o seu grau de concretização, logo causando uma violação à Constituição e direitos que foram ali consagrados.

Trata-se de uma garantia constitucional implícita, que está enraizada nos princípios da segurança jurídica, da dignidade da pessoa humana e da máxima efetividade das normas constitucionais, além de estar vinculada ao encargo de avanço dos direitos sociais, conforme dispõe o art. 2º do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de 1966.

É muito importante que a sociedade confie na eficácia e estabilidade das normas do ordenamento brasileiro, é isso que significa a segurança jurídica. Não obstante, proclamar a estabilidade de uma norma é diferente de dizer que ela é imutável.

A imutabilidade pressupõe que a legislação é perpétua e jamais será alterada, mas a estabilidade apenas significa que o que foi concretizado naquela norma está seguro e não será modificado tão facilmente.

A segurança jurídica, sendo uma fonte primordial, abarca em diferentes ângulos uma defesa em face de qualquer atentado aos direitos fundamentais, e é daí, portanto, que apresenta a confiança de que referidos direitos terão efetividade. É nesse contexto em que se pode afirmar, com certeza, que a segurança jurídica está atrelada ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Com efeito, também está intimamente ligado a máxima eficácia e efetividade das normas, bem como, no ponto de vista da salvaguarda da dignidade da pessoa humana, busca-se evitar a redução dos níveis de proteção já alcançados pelas normas de direitos sociais, especialmente no que diz respeito às garantias mínimas para assegurar uma existência digna.

Importante salientar que o conjunto de prestações básicas, em particular aquelas que dão concretude ao princípio da dignidade da pessoa humana e representam o mínimo existencial, não pode ser afetado de forma a colocar seus destinatários à deriva, mesmo que sejam salvos os direitos adquiridos, uma vez que, tanto sob o aspecto jurídico quanto social, é inadmissível as transgressões de medidas voltadas ao fortalecimento e efetivação do núcleo essencial da dignidade humana.

4 A VEDAÇÃO AO RETROCESSO NA DOUTRINA ESTRANGEIRA

Ao explorar o estudo do princípio da vedação ao retrocesso social, com o objetivo de examiná-lo mais a fundo, é evidente que existem diversas perspectivas em relação ao tema. A pluralidade de denominações desse princípio é um dos indicativos que provam a polêmica e discordância que giram em torno deste assunto.

É conhecido por vários nomes, como vedação ao retrocesso social, proibição de retrocesso social, princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais, princípio do não retrocesso social, proibição da contrarrevolução social, proibição da revolução reacionária, entre outros termos.

Diante das várias designações, a verdadeira importância reside na forma como diferentes países abordaram e desenvolveram o princípio da vedação ao retrocesso social. Embora algumas terminologias sejam mais reconhecidas na doutrina nacional que outras, esse princípio está intimamente ligado à previsão explícita de um dever de progressiva realização, abrangendo cláusulas vinculativas de direito internacional.

Isso inclui o Pacto Internacional de Direitos Sociais, Econômicos e Culturais de 1966, mencionado anteriormente, que foi ratificado pela maioria dos Estados latino-americanos, incluindo o Brasil, vinculados também pela Convenção Americana de 1969 e pelo Protocolo de São Salvador, que, por sua vez, complementa a Convenção Americana ao abordar os direitos sociais.

Influenciados principalmente pelos países europeus, surge no cenário nacional um debate acerca desse princípio, incluindo sua definição, conteúdo e abrangência. Nesse contexto, frente à influência das doutrinas estrangeiras, sobretudo a alemã e portuguesa, é essencial compreender a experiência de outros países e como o desenvolvimento do referido princípio afetou o ordenamento jurídico brasileiro.

4.1 A experiência alemã

O debate sobre o princípio da vedação ao retrocesso social na legislação alemã tem início com a análise da eficácia dos direitos fundamentais sociais, especialmente em relação aos direitos de natureza prestacional e à questão de sua exigibilidade em juízo.

Ao iniciar uma breve análise do sistema jurídico alemão, é importante observar que a sua Lei Fundamental consagra o princípio da dignidade humana como inviolável (artigo 1º), sendo um dever do Estado e de seus órgãos respeitá-lo e protegê-lo.

Mas ao contrário dos direitos de liberdade, que demandam proteção contra intervenções estatais, os direitos sociais, embora estejam contemplados na Constituição Alemã, não são suficientes ao ponto de sozinhos, gerar pretensões judiciais.

Em outras palavras, não conferem direitos subjetivos diretos aos indivíduos, sendo necessário uma intervenção do legislador ordinário para garantir sua efetividade. No entanto, o jurista alemão Ernst-Wolfgang Böckenförde (1993) afirma que há uma busca para se preservar ao máximo a eficácia jurídica desses direitos, propondo concebê-los como mandados constitucionais.

Segundo seus ensinamentos, isso permitiria manter uma vinculação jurídica em três planos: 1) os órgãos políticos ficam vinculados aos objetivos ou programas que buscam alcançar; 2) embora tenham liberdade na escolha dos meios, não é admissível inatividade ou negligência evidente no cumprimento desses programas; e, além disso, 3) as decisões tomadas em determinado momento para atingir esses objetivos não podem ser permanentemente suprimidas ou manifestamente ignoradas.

Sob essa perspectiva o jurista sustenta que:

[...] as regulações e as medidas tendentes à consecução do fim, uma vez estabelecidas, se mantêm constitucionalmente, de maneira que a via da realização do mandado nelas descrita está protegida diante de uma supressão definitiva ou de uma redução que ultrapasse os limites, chegando a uma desatenção grosseira. (BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 77)

Assim, percebe-se que essa doutrina sugere uma inclinação para a vedação ao retrocesso social, ao considerar inadmissível a revogação de leis que regulem direitos fundamentais sociais.

No entanto, Felipe Derbli aponta que “a abordagem da proibição do retrocesso social acabou seguindo um caminho ligeiramente diferente na Alemanha, especialmente devido à contribuição do Tribunal Constitucional Federal para o debate”. (DERBLI, 2007, p. 139)

O embate entre a limitação do Estado em fornecer serviços à população e o aumento da demanda por benefícios sociais, que culminou na crise do Estado de bem-estar, impulsionou o contínuo desenvolvimento da jurisprudência relacionada ao princípio de proibição do retrocesso social na Alemanha.

A Constituição alemã não oferece proteção direta e explícita ao sistema de seguridade social e às prestações sociais. Diante disso, a doutrina e jurisprudência alemãs desenvolveram o princípio da vedação ao retrocesso social a partir da garantia fundamental da propriedade. Essa abordagem tem como base o conceito funcional de propriedade.

O conceito funcional de propriedade, baseado no artigo 153 da Constituição de Weimar, engloba uma ampla gama de direitos subjetivos privados relacionados ao patrimônio. Essa abordagem funcionalista da propriedade vai além dos direitos reais, estendendo-se à proteção dos direitos patrimoniais reconhecidos pela ordem jurídica, com o objetivo de assegurar a segurança jurídica e preservar a confiança nos direitos individuais.

O jurista alemão Konrad Hesse (1998) esclarece que o conceito tradicional de propriedade no direito civil perdeu sua relevância, pois a sobrevivência individual depende mais da renda do trabalho e dos benefícios estatais, como aposentadoria e assistência social. Nesse sentido, a proteção constitucional da propriedade muda o foco do objeto em si para enfatizar o aspecto econômico dos direitos que possuem valor patrimonial, como as prestações estatais.

Propriedade, no sentido jurídico-constitucional, podem (sic), por conseguinte, também ser outros direitos privados de valor patrimonial que a propriedade da coisa, por exemplo, reivindicações salariais ou quotas sociais que, muitas vezes, assumiram tarefa, cumprida antigamente pela propriedade da coisa, do asseguramento da existência. Na questão, se a proteção da garantia da propriedade também se estende a direitos (subjetivo-) públicos de valor patrimonial, por exemplo, direitos ao salário dos funcionários e soldados, direitos ao seguro social, e coisas semelhantes, existe concórdia fundamental sobre isto, que também tais direitos podem cair sob a proteção da garantia da propriedade porque também eles cumprem funções iguais como antigamente a propriedade da coisa. (HESSE, 1998, p. 341)

O Tribunal Constitucional Federal alemão expandiu o conceito constitucional de propriedade para incluir também as posições jurídicas públicas de natureza patrimonial, garantindo-lhes o mesmo nível de proteção concedido às posições jurídicas privadas. Portanto, a supressão desses direitos patrimoniais públicos sem a devida compensação violaria o princípio do Estado de Direito.

Ingo Wolfgang Sarlet (2008) destaca que nem todo direito subjetivo patrimonial de natureza pública está incluído na ideia de proteção mencionada. Segundo a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal, três requisitos devem ser atendidos: a) o direito subjetivo deve implicar uma contraprestação pessoal, que não precisa ser absolutamente equivalente à prestação estatal, mas deve haver uma relação significativa entre ambas; b) o direito deve ser de natureza patrimonial e permitir uma fruição privada pelo titular; c) a prestação deve contribuir para garantir a existência do titular, considerando que a segurança existencial geralmente não é garantida apenas pelo patrimônio privado, mas também pelo resultado do trabalho e outras posições jurídicas patrimoniais.

O fortalecimento da proteção das posições jurídicas patrimoniais de caráter público, incluindo benefícios como aposentadorias e seguro-desemprego, ocorreu em meio ao

progressivo desenvolvimento das três condições mencionadas e ao alargamento do conteúdo social da propriedade. No entanto, benefícios que não requerem contrapartida do cidadão, como os reabilitativos e secundários, foram excluídos dessa proteção, assim como prestações discricionárias que não se baseiam em uma posição jurídica semelhante à propriedade privada e devem ser obrigatórias.

O primado da vedação ao retrocesso social é enfatizado por Sarlet (2012), destacando que na Alemanha esse princípio garante níveis mais elevados de proteção social do que no Brasil, apesar da falta de previsão expressa dos direitos sociais na Constituição alemã. Todavia, o entendimento desse princípio na Alemanha não pode ser diretamente aplicado ao direito brasileiro, pois a Constituição brasileira já inclui explicitamente uma ampla gama de direitos sociais, protegidos como cláusulas pétreas. Além disso, a Constituição aborda explicitamente o direito adquirido, eliminando a necessidade de construções complexas em torno do direito à propriedade, que é criticado até mesmo no país onde a teoria foi desenvolvida.

4.2 A experiência portuguesa

No ordenamento jurídico português, muito influente no Brasil, os direitos fundamentais sociais, quando efetivados, tornam-se direitos subjetivos e garantias institucionais. Acontece que ao ganharem essa força, os direitos sociais passam a incorporar o patrimônio social do indivíduo.

O Tribunal Constitucional de Portugal estabeleceu em 1984, no Acórdão nº 39/84, que uma vez incorporados ao patrimônio social do indivíduo, tais direitos não podem ser revogados pelo Poder Público, sob pena de violar a dignidade da pessoa humana, princípio mor do Estado Social e Democrático de Direito.

Este entendimento foi delineado em um caso específico envolvendo a revogação de dispositivos da Lei do Serviço Nacional de Saúde. O Tribunal considerou que o direito à saúde compreende tanto uma dimensão negativa (não interferência) quanto uma positiva (prestações do Estado), sendo um direito social típico.

É possível observar a interpretação fornecida pelo Tribunal mencionado na análise desse assunto, conforme destacado em um trecho extraído do Acórdão nº 39/84, redigido pelo Conselheiro Vital Moreira, onde se afirma que:

É que aí a tarefa constitucional a que o Estado se acha obrigado é uma garantia do direito fundamental, constitui ela mesma objecto de um direito dos cidadãos. Quando a tarefa constitucional consiste na criação de um determinado serviço público (como acontece com o Serviço Nacional de Saúde) e ele seja efectivamente criado, então a sua existência passa a gozar de protecção constitucional, já que a sua abolição implicaria um atentado a uma garantia institucional de um direito fundamental e, logo, um atentado ao próprio direito fundamental. A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.

É evidente na jurisprudência desse tribunal que uma vez que o Estado garanta a efetivação de um direito fundamental social, não pode retirá-lo do ordenamento jurídico sem oferecer uma solução alternativa, pois isso representaria um retrocesso social manifesto. Essa perspectiva é claramente ilustrada pelo constitucionalista português J. J. Gomes Canotilho ao analisar a estrutura jurídica portuguesa, ao afirmar que

O princípio da proibição de retrocesso social pode formular-se assim: o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efectivado através de medidas legislativas (“leis da segurança nacional”, “lei do subsídio de desemprego”, “lei do serviço de saúde”) deve considerar-se constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas estaduais que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa “anulação”, “revogação” ou “aniquilação” pura e simples desse núcleo essencial. (CANOTILHO, 2003, p. 339-340)

A Corte observou que a destruição ou incapacitação do Serviço Nacional de Saúde violava um direito fundamental constitucionalmente garantido, configurando uma clara inconstitucionalidade. Ao confrontar um ato legislativo que comprometia o núcleo essencial do direito social à saúde, o Tribunal Constitucional Português considerou-o inconstitucional, baseando-se na violação do princípio do não retrocesso social.

Uma outra decisão significativa, digna de menção, é encontrada no Acórdão n° 509/02, proferido na ação de n° 768/02, em que o Presidente da República solicitou ao Tribunal Constitucional a avaliação da constitucionalidade do artigo 4°, parágrafo 1, do Decreto da Assembleia da República n° 18/IX, que foi submetido à Presidência para ser promulgado como lei.

A legislação em comento revogava o "rendimento mínimo garantido", benefício que era fornecido aos cidadãos com idade igual ou superior a 18 anos, instituído pela lei 19-A/96, substituindo-o pelo "rendimento social de inserção" apenas para pessoas com idade igual ou superior a 25 anos.

Isso levantou dúvidas sobre uma possível violação de direitos sociais já estabelecidos, sugerindo um retrocesso social. É evidente que tanto a legislação que estabelece o "rendimento mínimo garantido" quanto aquela que institui o "rendimento social de inserção" concretizam o direito à segurança social, conforme estipulado no artigo 63, parágrafo 1, da Constituição da República Portuguesa. Essas leis refletem a responsabilidade do Estado em organizar um sistema de segurança social para proteger seus cidadãos.

O Tribunal Constitucional de Portugal, liderado pelo Conselheiro Luís Nunes de Almeida, decidiu que uma vez que um direito social é concretizado, ele se torna parte integrante da sociedade, e retroceder sem justificativa em situações de impossibilidade concreta violaria princípios constitucionais como confiança, igualdade e titularidade dos direitos fundamentais. Assim, a decisão assegurou o princípio do não retrocesso social, garantindo que as escolhas do Estado respeitem o direito ao mínimo existencial.

Em várias ocasiões, o Tribunal Constitucional interpretou de forma restritiva o princípio da vedação ao retrocesso social, ampliando sua atuação além dos direitos adquiridos. Nesse julgamento, reconheceu-se esse princípio como protetor não apenas dos direitos adquiridos, mas também da segurança jurídica e da confiança, em conformidade com o Estado Democrático de Direito.

Ademais, o tribunal ressaltou que tal princípio também resguarda o cerne dos direitos fundamentais, assegurando uma existência digna mínima. Dessa forma, o Tribunal Constitucional estabeleceu o direito do indivíduo de requerer do Estado um padrão mínimo de vida digna, com base na dignidade humana e no princípio do Estado Social, demandando que o Estado garanta benefícios sociais essenciais para todos os cidadãos. Isso realça a relevância da segurança social como um instrumento de proteção universal em todas as circunstâncias da vida.

5 A CRISE DO ESTADO SOCIAL E DEMOCRÁTICO DE DIREITO

O Estado social surgiu com a intenção de garantir proteção e assistência aos cidadãos em áreas como saúde, educação e previdência social, assumindo responsabilidades e se tornando centralizador na prestação desses serviços.

Ao adotar uma postura predominantemente protetiva, o Estado social se encontrou imerso em uma sequência de iniciativas e intervenções, fruto de sua abordagem excessivamente centralizadora. Esse comportamento resultou no crescimento desproporcional do Estado, sua falta de eficácia e produtividade, chegando ao ponto em que foi necessário descentralizar as operações governamentais para melhorar a prestação de serviços públicos.

O aumento das responsabilidades assumidas pelo Estado social é apontado como o principal responsável pelas falhas em sua estrutura básica, especialmente no que diz respeito aos altos custos públicos na prestação de serviços e à lentidão excessiva em sua atuação, causada pela burocratização.

O Estado assumiu tantas e tão diversas responsabilidades que não conseguia desempenhá-las satisfatoriamente, além de não conseguir abranger todos os cidadãos como antes. Seu processo demasiadamente burocrático, os custos elevados, a ineficiência e falta de eficácia somados dificultaram o alcance dos objetivos que o Estado pretendia obter.

Essa situação gerou uma série de consequências negativas para o Poder Público e para o Estado como um todo, como déficit público crescente, interferência descomedida na sociedade civil, dependência do paternalismo estatal, entre outras. Além disso, a legislação social custosa afastava investimentos de grandes empresas, enquanto o Poder Executivo se sobressaía sobre as outras funções estatais, comprometendo o princípio da separação de poderes.

Por esse corolário, iniciou-se uma crise no Estado Social e Democrático de Direito, destacando a necessidade urgente de reformulação, dada a evidência de sua incapacidade para lidar adequadamente com todas as responsabilidades assumidas.

Com isso, começou a surgir uma dúvida acerca da continuidade do modelo do estado de bem-estar social, uma vez que não priorizava eficiência nem economia, sendo visto como um obstáculo ao desenvolvimento econômico e à competição justa.

Embora as disposições contidas na Constituição que visam efetivar os direitos fundamentais sociais, essa crise no Estado Social e Democrático de Direito permeia em diversos aspectos como socio-político, econômico e jurídico. O país enfrenta várias adversidades para

alcançar esses direitos, devido à crescente demanda social e à capacidade limitada do Estado de atendê-las.

Diante das ameaças persistentes de retrocesso dos direitos sociais por parte dos atores sociais, surgem esforços tanto doutrinários quanto jurisprudenciais para proibir retrocessos sociais.

É fundamental compreender que o paradigma do Estado Social e Democrático de Direito prioriza a proteção da dignidade humana, buscando concretizar os princípios fundamentais da República. O objetivo é alcançar uma sociedade livre, justa e igualitária, onde os órgãos públicos trabalhem em conjunto para promover o desenvolvimento nacional.

Para garantir a estabilidade, confiança e segurança jurídica no ordenamento social, é essencial romper com os conceitos e valores obsoletos do Estado Liberal, e estabelecer um novo arcabouço teórico alinhado com os princípios do Estado Democrático.

Em meio à crise de valores e instituições, o gradual reconhecimento e implementação dos direitos fundamentais, especialmente os de caráter social, emergem como elementos promissores para a evolução e a esperança na sociedade humana.

A separação dos poderes é uma ferramenta institucional do Estado Democrático de Direito, destinada a distribuir as funções públicas de modo a permitir o controle mútuo entre os Poderes. Ao evitar a concentração excessiva de poder em uma única instância, essa medida assegura de forma mais eficaz a liberdade consagrada nos princípios constitucionais, agindo como um regulador para limitar o exercício dos Poderes Públicos.

Além disso, ela promove uma distribuição equitativa de competências, cada uma dentro de sua esfera de atuação, para estabelecer e controlar os mecanismos necessários à realização dos objetivos nacionais, como a concretização dos princípios fundamentais delineados na Constituição.

No entanto, a crise decorrente das disputas de poder e da prevalência de opiniões tem distorcido o cerne do princípio da separação dos poderes, gerando momentos de tensão na implementação dos direitos fundamentais sociais no contexto do Estado Social e Democrático de Direito brasileiro.

Diante desse cenário, cresceu a insatisfação com o Estado social, e houve um aumento no desejo de instituir um modelo baseado no princípio da subsidiariedade. Isso levou à transição para um modelo de Estado pós-social, mais descentralizado e focado na eficiência e na economicidade, nas décadas finais do século XX.

A partir das décadas de 80 e 90 do século passado, não apenas a Europa, mas também a América Latina, testemunharam a implementação sistemática de reformas liberalizantes

contínuas e significativas, que deixaram uma marca inextinguível no modelo de Estado social, reformas que foram resultado dos impactos sociais causados pela transição da sociedade baseada no capitalismo industrial centrado na relação entre capital e trabalho para uma nova fase pós-capitalista na economia dos países ocidentais.

O redesenho da estrutura e das funções da Administração Pública aparentava uma possibilidade tão intensa e substancial que, em vez de simplesmente falar em um novo ou remodelado Estado social, não pareceria inadequado mencionar o surgimento de um modelo de relacionamento Estado-Sociedade-Economia distinto e autônomo, o qual seria o Estado pós-social.

A expressão "Estado pós-social" não implica na total superação do Estado social, mas sim em adaptações nos papéis e funções do Estado, mantendo suas conquistas, a transição para este novo modelo envolve ajustes sem perder de vista o objetivo fundamental de promover o bem-estar social.

A nova ordem econômica global exige economias mais competitivas, levando à redefinição dos papéis dos agentes econômicos, especialmente do Estado (MIRANDA, 2003). Isso implica em um reequilíbrio na relação Estado-Sociedade e uma remodelação do setor público, incluindo desmontagem de atividades estatais, reengenharia da colaboração público-privada, revisão do papel do Estado como regulador, além de processos de desregulamentação e privatização do setor público empresarial.

Em vez de aderir cegamente a uma premissa ideológica neoliberal, é necessário considerar um novo modelo de relação entre Estado e Sociedade, ainda em desenvolvimento, que incorpore a doutrina de subsidiariedade. No entanto, cabe destacar que a defesa do princípio de subsidiariedade não exclui a possibilidade de um papel relevante do Estado na promoção do bem-estar.

É importante que o Estado trabalhe para promover o bem-estar sem abandonar o seu papel em relação à sociedade civil. A aplicação do princípio de subsidiariedade, verdadeiramente entendido, implica que a atuação direta do governo na esfera econômico-social não seja exclusiva, permitindo e encorajando que iniciativas da própria sociedade civil, visando ao interesse coletivo, sejam implementadas e deem frutos.

Esse princípio é visto como essencial em uma sociedade pluralista, onde diferentes setores têm amplas oportunidades de participação na vida social e institucional, influenciando o processo político e controlando as atividades do governo.

Além disso, ressalta-se que o princípio de subsidiariedade não contradiz a concepção dos direitos fundamentais estabelecidos no Estado social. Nessa perspectiva, as liberdades

garantidas pela Constituição não são vistas como obstáculos à atuação estatal, mas sim como bases de legitimação para a ação do Estado, que deve agir em prol delas, promovendo, estimulando e criando condições para que o indivíduo se desenvolva de maneira digna e livre na sociedade (DI PIETRO, 2006).

Entretanto, os direitos fundamentais sociais, especialmente aqueles que implicam obrigações positivas por parte do Estado e que mantêm sua universalidade e compromisso com a promoção da igualdade material, têm gradualmente tendido a permitir discriminações positivas. Isso ocorre por meio da imposição de critérios mais rigorosos, tanto objetivos quanto subjetivos, para a concessão desses direitos, como é o caso dos direitos de certos grupos sociais específicos, tais como crianças, trabalhadores, idosos, pessoas com deficiência, entre outros.

6 A RELATIVIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL E A PARTICIPAÇÃO DOS PODERES PÚBLICOS

O reconhecimento do princípio da vedação ao retrocesso não implica uma proibição absoluta de quaisquer parâmetros que precisem ser ajustados sempre que necessário, especialmente visto que os direitos fundamentais não são absolutos.

Por essa razão se deve separar quando um fato pode ser caracterizado como retrocesso, lembrando que este, deve ter limite ou ser uma exceção, conforme diz Canotilho: “A proibição do retrocesso social nada pode fazer contra a recessão e crises econômicas, mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos direitos adquiridos” (CANOTILHO, 2003, p. 260).

O direito adquirido refere-se a um direito incorporado definitivamente ao patrimônio de uma pessoa, mesmo que ainda não tenha sido plenamente exercido e, segundo a Constituição brasileira, é um direito fundamental da pessoa, que não pode ser revogado por lei, apenas por uma nova constituição.

A constituição portuguesa aborda esse instituto em seu artigo 18, e apesar de não ter a mesma nomenclatura, é importante ressaltar que o retrocesso social não é um retrocesso pessoal. Apesar dos direitos sociais serem fundamentais, não pode ser permitido que prejudiquem a condição econômica e financeira do país.

A crise econômica sugere uma mudança no sistema econômico do país, no entanto, isso exige também, mudanças no sistema social, já que a manutenção dos direitos sociais resulta em gastos, que devem ser tratados rigorosamente.

O padrão social adotado pelo país, assim como em Portugal, deu origem a uma insuficiência financeira enorme, que por sua vez, deixou os cofres públicos sobrecarregados. Essa situação necessita de um tratamento cauteloso, antes que todo esse cenário seja desenvolvido para um colapso financeiro.

A concretização dos direitos fundamentais sociais não deve exaurir os recursos públicos, por esse motivo, o direito às prestações está sujeito à disponibilidade pelo poder público, sendo sustentado pela teoria da reserva do possível.

Isso significa que os direitos sociais serão reconhecidos na mesma medida em que houver recursos suficientes nos cofres públicos, contudo, essa assertiva é um tanto quanto perigosa se observada como uma maneira de o Estado se eximir de suas responsabilidades, alegando não haver recursos para atender determinadas prestações.

Uma proibição absoluta da retroatividade das normas jurídicas impediria os órgãos legislativos de estabelecer novas exigências de justiça e concretizar as ideias de organização social positivamente delineadas na Constituição.

Vale ressaltar que ao longo do tempo o Estado modificou seu método de atuação. Antes, ele desempenhava apenas o papel de provedor. Hoje, além disso, atua como regulador de serviços públicos essenciais.

A mudança de responsabilidades para empresas privadas não significa que o estado social foi abandonado, mas sim que o governo busca equilibrar suas funções sem prejudicar os cidadãos ou sobrecarregar os recursos públicos.

O Estado deve garantir a prestação de serviços que sejam fundamentais para a dignidade humana, mas não necessariamente precisa ser o único provedor desses serviços. A prática das privatizações não implica automaticamente no abandono do papel do Estado, mas sim em uma mudança de abordagem.

O sistema de co-pagamentos no sistema de saúde português ilustra essa mudança. A ideia de justiça social implica que alguns devem contribuir mais para o sistema para que outros possam ser isentos do pagamento dessas prestações. É claro que a concepção de um sistema social e público com prestações uniformes para todos está desatualizada. O Estado deve apenas se comprometer com a prestação do mínimo existencial.

O Estado de bem-estar social atualmente enfrenta dificuldades para lidar com as exigências contraditórias de uma sociedade que busca um alto nível de bem-estar e segurança contra novos desafios, ao mesmo tempo em que promove a privatização de atividades de interesse público e reduz a intervenção estatal.

Torna-se essencial refutar a concepção de que os serviços públicos devem ser necessariamente gratuitos ou terem valores ínfimos. É necessário aplicar aqui o princípio da eficiência, visando a racionalização dos serviços, eliminando aqueles que não são mais justificados, o que contribuirá para aprimorar o desempenho das atividades estatais. O Estado, ao atuar como provedor, frequentemente oferece benefícios que deixam a população se acomodar, desestimulando a busca por melhorias em sua condição de vida. Ravênia Leite (2009) apresenta exemplos de medidas que podem ser revogadas sem que isso seja considerado um retrocesso:

Muitas vezes pode ser necessário revogar determinados benefícios sociais já concedidos, caso se demonstre concretamente que eles não estão reduzindo as desigualdades sociais nem promovendo uma distribuição de renda, mas, pelo contrário, desestimulando a busca pelo emprego e premiando o ócio. Vale ressaltar que essa demonstração não pode ser meramente retórica, será preciso apresentar dados

confiáveis que indiquem a ineficácia da medida social e as vantagens que a sua revogação trará.

Em certos casos, é possível observar uma redução no acesso de um grupo a determinado benefício, com o intuito de justificar um aumento no acesso de outro grupo. Isso implica retroceder nos benefícios de alguns para ampliar a abrangência dos usuários de determinado serviço público. A legislação alemã substituiu esse princípio pelo princípio da continuidade, que garante a manutenção de um padrão mínimo no sistema legal.

O jurista alemão Schulze-Fielitz (1998) destaca que, segundo este princípio, a segurança jurídica requer um grau mínimo de continuidade do direito, visando a proteção da confiança do cidadão na estabilidade da ordem jurídica e na segurança de suas próprias posições jurídicas.

Em resumo, é importante verificar se essa restrição viola o núcleo essencial do direito, que é a dignidade da pessoa humana. Vale ressaltar a visão do Ministro do Supremo Tribunal Federal do Brasil, Gilmar Mendes (2015), que afirma que os adeptos da teoria relativa do núcleo essencial do direito acreditam que este será definido em cada caso, avaliado segundo o princípio da proporcionalidade. Isso não significa manter a imutabilidade do direito social, mas sim preservar sua estabilidade e segurança jurídica.

Embora a Constituição brasileira contenha uma gama de direitos sociais, a efetivação desses direitos para todos está longe de ser uma realidade. O princípio da vedação ao retrocesso social foi formalmente adotado pelo Brasil através do Pacto de San José da Costa Rica. No entanto, até o ano de 2010 a sua implementação ainda era incipiente, o que mostra o quanto a realidade no Brasil contrasta com a abordagem dos seus colonizadores. A Constituição Federal apenas delinea de forma geral os direitos sociais, deixando ao legislador a tarefa de regulá-los, e o legislador por sua vez goza da liberdade de reverter suas decisões, o que consequentemente reduz esses direitos (VAZ, 1992).

As muitas funções que são atribuídas aos Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário possuem limitações, no que diz respeito a concretização dos direitos sociais e até quanto as prestações mais básicas, tendo em vista o contexto social e econômico do país.

Devido a esse contexto social, marcado pelo alto nível de desigualdade, o Brasil muitas vezes vê a promessa de justiça social sendo usada como uma estratégia política para conquistar votos (MARIAS, 1979). Os candidatos que se comprometem a implementar mais medidas nas áreas de saúde e educação, e que asseguram a manutenção desses direitos, têm maiores chances de serem eleitos, especialmente entre a população mais vulnerável.

A perspectiva brasileira continua voltada para o Estado como o principal, e talvez até o único, provedor de benefícios sociais. Os dados da última pesquisa feita pelo IBGE mostram

que no 4º trimestre de 2023 a taxa de desemprego era igual a 7,4%, o que equivale a 8,1 milhões de brasileiros desempregados. Com o crescimento do desemprego, cresce também o contingente de pessoas que dependem dos serviços sociais. Embora muitos serviços públicos sejam garantidos a todos, são principalmente utilizados por cidadãos que não têm capacidade financeira para arcar com os custos de serviços privados. Aqueles que pagam impostos muitas vezes preferem escolas e planos de saúde privados, devido à percepção de maior qualidade nesses serviços.

O que muitos não sabem é que a maior parte dos projetos apresentados nas campanhas eleitorais não tem respaldo jurídico e tampouco pode ser colocado em prática, em razão da crise no estado social e democrático de direito. Neste passo, é possível observar dois pontos importantes.

O primeiro diz sobre a evolução das garantias fundamentais consagradas na Constituição, onde ganham estabilidade por força das cláusulas pétreas, vinculando-as à irrevocabilidade e a complementariedade, que basicamente compreendem na urgência de estabelecer novos direitos para elevar o padrão das condições sociais essenciais e adequadas sem restringir os direitos já estabelecidos. É nesse momento que entram em cena as promessas eleitorais de melhorias nas condições sociais visando o desenvolvimento do país, cabendo aqui salientar a inviabilidade dos projetos, o que leva ao segundo ponto a ser analisado. Cada um dos três Poderes tem suas funções típicas e atípicas, mas o fato é que não há dinâmica entre eles.

É fundamental separar e atribuir funções específicas a cada Poder, embora isso não implique em uma total correspondência entre a função e a estrutura organizacional. Ao invés disso, significa que cada Poder deve ter uma atividade principal, predominante. Essa adaptação funcional, determinada pelo princípio da separação dos poderes, visa equilibrá-los conforme as exigências constitucionais, evitando interferências de um Poder na atuação do outro.

O papel desempenhado pelo Poder Executivo é o de maior responsabilidade, tendo em vista que é encarregado de executar as políticas públicas voltadas para a efetivação dos direitos. Essas políticas visam garantir o acesso universal e igualitário a esses direitos, promovendo o bem-estar e a qualidade de vida da população.

Para garantir a efetivação dos direitos sociais, o Poder Executivo deve desenvolver e implementar programas, projetos e ações que atendam às necessidades da sociedade, buscando reduzir as desigualdades e promover a inclusão social. Isso envolve desde a alocação de recursos financeiros e humanos adequados até a fiscalização e monitoramento das políticas públicas em andamento.

Além disso, o manejo dos recursos financeiros dos cofres públicos é uma responsabilidade essencial para garantir a transparência, eficiência e responsabilidade na administração dos recursos do Estado. Trata-se do uso estratégico e cuidadoso dos fundos públicos para atender às necessidades da sociedade, de forma a impulsionar o desenvolvimento econômico e social.

A gestão adequada dos recursos financeiros dos cofres públicos é fundamental para garantir a eficácia e a legitimidade das políticas governamentais, bem como para promover a confiança dos cidadãos nas instituições públicas. Quando realizada de forma transparente, responsável e eficiente, contribui com o desenvolvimento do país.

É dever do Executivo garantir que as políticas públicas sejam implementadas de forma a ampliar o acesso aos direitos fundamentais e a melhorar as condições de vida da população. A sua atuação na efetivação dos direitos sociais também envolve o diálogo com outros poderes e com a sociedade civil, buscando construir consensos e parcerias que possibilitem a formulação e implementação dessas políticas, de modo que elas sejam cada vez mais eficazes e sustentáveis.

Pode-se argumentar que o Poder Legislativo é a expressão da autonomia estatal, com sua função principal sendo a elaboração das regras jurídicas que regem as relações na sociedade. Cada Poder está sujeito ao Direito, refletindo uma tensão entre o "ser" e o "dever ser", que as normas jurídicas buscam resolver harmonizando as funções públicas.

O Legislativo se destaca pela autonomia e discricionariedade ao exercer sua função primordial de legislar, contudo, enfrenta uma pressão crescente da evolução social para agir com maior rapidez na criação de leis. É notável a importância que é dada a discussão sobre a atribuição de tarefas e a obrigação de cumprir com aquilo que está expresso na constituição, pois envolve a preservação do princípio democrático e da liberdade de moldar a legislação em uma democracia pluralista.

Cumprir destacar que a Constituição possui uma natureza normativa e orientadora, exigindo que a atividade estatal esteja alinhada aos seus princípios, o que significa que cada um dos três Poderes estará ligado eles. Esta ligação dos poderes públicos, chamada de vinculação "normativo-constitucional" dos direitos fundamentais, impõe a eles a responsabilidade de efetivar esses direitos por meio de medidas legislativas, administrativas e sociais específicas e concretas (CANOTILHO, 2003).

A análise da possibilidade de um retrocesso social envolve diversos direitos fundamentais, constituindo a função mais desafiadora para o Poder Legislativo. Este deve estar adequadamente preparado para compreender as complexidades e particularidades de cada situação específica. No entanto, o Legislativo brasileiro muitas vezes carece dessa competência,

sendo composto por indivíduos frequentemente desqualificados e desconectados das necessidades da sociedade.

É devido a essa falta de preparo, comum em um Legislativo inexperiente e insensível às demandas dos segmentos mais vulneráveis da sociedade, que o Poder Judiciário desempenha um papel crucial no controle dos atos normativos. Esse controle de constitucionalidade gera uma tensão entre as funções constitucionais atribuídas aos Poderes Legislativo e Judiciário, como evidenciado pelo Supremo Tribunal Federal na Ação Declaratória de Constitucionalidade nº 29.

Nessa ação, ao avaliar a constitucionalidade da Lei Complementar nº 135/10, que trata de inelegibilidades, o Supremo explicita o que caracteriza uma medida legislativa como inconstitucional e delinea os requisitos para a existência e aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social, além de abordar a crise presente no sistema representativo brasileiro, que se pode notar da lida do Acórdão:

São notórios a crise do sistema representativo brasileiro e o anseio da população pela moralização do exercício dos mandatos eletivos no país. Prova maior disso é o fenômeno da judicialização da política, que certamente decorre do reconhecimento da independência do Poder Judiciário no Brasil, mas também é resultado da desilusão com a política majoritária.

[...]

O momento temporal escolhido pelo legislador para a caracterização da inelegibilidade, "desde o oferecimento da representação ou de petição capaz de autorizar a abertura do processo", pode talvez não ter sido o melhor e nesse aspecto a posição original do eminente Ministro Luiz Fux, ao pontuar que seria mais apropriado que inelegibilidade decorresse da renúncia após a instauração do processo, não merece qualquer censura. Entretanto, não vislumbro na opção do legislador uma afronta a qualquer norma constitucional, encontrando-se no âmbito das alternativas válidas à disposição do legislador. (FUX, 2013, p. 10 e 27)

A partir deste trecho é possível evidenciar a tensão entre os papéis atribuídos ao Judiciário e ao Legislativo na realização dos princípios constitucionais. É essencial estabelecer claramente as responsabilidades de cada um, especialmente no que diz respeito ao Poder Legislativo.

A atuação do Poder Judiciário na efetivação dos direitos sociais é fundamental para garantir que as políticas públicas e legislações estejam de acordo com os princípios constitucionais. Os direitos sociais abrangem uma ampla gama de garantias, como direito à saúde, educação, moradia, trabalho digno, entre outros, que são essenciais para assegurar a dignidade humana e promover a justiça social.

O Poder Judiciário desempenha uma função essencial ao interpretar e aplicar as leis de forma a proteger e promover os direitos sociais dos cidadãos. Ele pode ser acionado por meio

de ações judiciais individuais ou coletivas, nas quais os indivíduos ou grupos buscam fazer valer seus direitos sociais perante o Estado.

Assim, o Poder Judiciário desempenha um papel fundamental na proteção do Princípio da Vedação ao Retrocesso Social, pois cabe a ele analisar se as políticas adotadas pelo Estado estão em conformidade com os direitos sociais estabelecidos na Constituição, evitando retrocessos injustificados e garantindo a progressividade desses direitos ao longo do tempo.

Em muitos casos, o Judiciário é chamado a intervir quando há tentativas de retrocesso social por parte do poder público, seja através da omissão na implementação de políticas sociais, seja por meio da adoção de medidas que prejudiquem direitos já conquistados. A atuação dos tribunais nesses casos é essencial para proteger os direitos sociais e promover uma sociedade mais justa e igualitária.

É o que pode se depreender do julgamento do Recurso Extraordinário 1.048.056, no qual o STF reconheceu a existência do direito fundamental à preservação da memória e da cultura como um dos elementos fundamentais para o pleno exercício da cidadania e da dignidade humana. Nesse caso, a decisão do tribunal destacou a importância de não retroceder em direitos sociais já conquistados, reafirmando o compromisso com a progressividade dos direitos fundamentais. Esta decisão reforçou o princípio da vedação ao retrocesso social ao garantir a manutenção dos direitos já consolidados dos cidadãos, impedindo que houvesse uma redução injustificada desses direitos sociais.

7 CONCLUSÃO

A transição para um Estado pós-social, conforme está sendo vivenciada, marca uma mudança significativa na estrutura e nas políticas governamentais, refletindo uma abordagem mais sucinta e liberal na prestação de serviços públicos e na intervenção estatal na economia. Nesse contexto, a aplicação do princípio da vedação ao retrocesso social adquire uma importância ainda maior, pois visa proteger os direitos sociais conquistados ao longo do tempo e garantir que não haja retrocesso nas condições de vida e na dignidade das pessoas.

No Estado pós-social, onde a ênfase é frequentemente colocada na eficiência econômica e na redução do papel do Estado na promoção do bem-estar social, há um risco real de que as conquistas sociais anteriores sejam diminuídas em nome da redução de custos ou da maximização do lucro. Logo, o princípio da vedação ao retrocesso social assume o papel de proteger os direitos fundamentais sociais, como saúde, educação, moradia e trabalho digno.

Em face dos desafios econômicos e sociais contemporâneos, é imperativo que o Estado pós-social reconheça e respeite os compromissos assumidos em relação aos direitos sociais, mesmo quando pressionado por demandas severas ou por uma visão neoliberal mais ampla. A estabilidade e a coesão social dependem, em grande parte, da manutenção e da progressão desses direitos, em vez de qualquer tentativa de retrocesso. Com isso, a aplicação vigorosa do princípio da vedação ao retrocesso social é essencial para garantir a justiça social e a proteção dos direitos humanos em um contexto de mudança política e econômica.

A realidade brasileira ainda necessita de um estado regulador eficiente, haja vista que os brasileiros enfrentam uma carga tributária elevada, porém poucos usam de fato os serviços públicos. Embora esses serviços sejam disponíveis para todos, são principalmente os cidadãos mais necessitados que fazem uso deles.

Diante desse panorama, é indiscutível que deva haver uma manutenção tanto na forma como o Estado intervém quanto na tributação dos serviços que oferece.

O Estado deve objetivar um equilíbrio na prestação de serviços, especialmente para garantir que a população não seja prejudicada durante períodos de crises econômicas e financeiras. É nesse cenário que entra a ideia da implementação da justiça social, que busca garantir igualdade de oportunidades, distribuição justa de recursos e proteção dos direitos fundamentais para todos os membros da sociedade.

Ao abordar a aplicação do princípio da vedação do retrocesso social no contexto do Estado pós-social, estamos defendendo a importância da justiça social como um elemento fundamental na formulação de políticas públicas e na tomada de decisões governamentais.

A justiça social exige que as conquistas sociais e os direitos fundamentais não sejam comprometidos ou reduzidos, mesmo em face de mudanças políticas ou econômicas. Esse conceito atrelado à vedação ao retrocesso implicam em reconhecer que as políticas governamentais devem ser orientadas não apenas pela eficiência econômica, mas também pela equidade social e pelo respeito aos direitos humanos.

Ao aplicar o princípio da vedação do retrocesso social, estamos assegurando que as políticas e práticas governamentais não desgastem os avanços sociais conquistados ao longo do tempo, protegendo assim os mais vulneráveis e promovendo a justiça social, para alcançar uma sociedade mais justa e equitativa para todos os seus membros.

8 REFERÊNCIAS

BACHOF, Otto. Der soziale Rechtsstaat in verwaltungsrechtlicher Sicht. In: *Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer*, Heft 12: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates; Die auswärtige Gewalt der Bundesrepublik. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1954.

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

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. Los derechos fundamentales sociales em la estructura de la Constitución. In: **Escritos sobre Derechos Fundamentales**. Tradução Juan Luis Requejo Pajés. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direitos Constitucional**. 15 ed. São Paulo: Malheiros, 2004

_____. Paulo. **Curso de Direito Constitucional**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

BRASIL. Constituição de 1934. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1935]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm. Acesso em: 11 de jan. 2024.

_____. Constituição de 1937. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1945]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao37.htm. Acesso em: 12 de jan. 2024.

_____. Constituição de 1946. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1966]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm. Acesso em: 12 de jan. 2024.

_____. Constituição de 1967. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [1969]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm. Acesso em: 13 de jan. 2024.

_____. Constituição de 1988. **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Presidência da República, [2023]. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 13 de jan. 2024.

_____. Supremo Tribunal Federal. **ADC nº 29 / DF**. Relator: Ministro Luiz Fux, 2013. Disponível em: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=2243342>. Acesso em: 07 de abr. 2024

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

DERBLI, Felipe. **O princípio de proibição de retrocesso social na Constituição de 1988**, Rio de Janeiro, São Paulo, Recife: Renovar, 2007.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Parcerias na administração pública: concessão, permissão, franquias, terceirização, parceria público-privada e outras formas**. 5ª ed. São Paulo: Atlas, 2006.

FACHIN, Zulmar; SILVA, Deise Marcelino da. **Acesso à Água Potável: direito fundamental de sexta dimensão**. São Paulo, SP: Millennium, 2010.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Processo constitucional e Direitos Fundamentais**. 5 ed. São Paulo: RCS, 2007.

HESSE, Konrad. **Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha**, Tradução de Luís Afonso Heck, Porto Alegre: Fabris, 1998.

IBGE. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística. **Taxa de Desemprego de 2023**. Rio de Janeiro: IBGE, 2023. Disponível em: <https://www.ibge.gov.br/explica/desemprego.php>. Acesso em: 27 de abr. 2024.

LEITE, Ravênia Márcia de Oliveira. **Do Efeito Cliquet ou Princípio da Vedação de Retrocesso**. Portal Jurídico Investidura, Florianópolis/SC, 24 maio 2009. Disponível em: www.investidura.com.br/biblioteca-juridica/artigos/direito-constitucional/3583. Acesso em: 07 de abr. 2024.

MARIAS, Julian. *La justicia social y otras justicias*. Espasa Calpe, Madrid, 1979.

MASSON, Nathália. **Manual de Direito Constitucional**. 3ª Ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2015.

MENDES, Gilmar Ferreira *et al.* **Curso de Direito Constitucional**. 10ª Ed. Editora Saraiva, 2015.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed., Coimbra: Editora Coimbra, 2003.

ONU. **Declaração e Programa de Ação de Viena**, 1993. Disponível em: https://www.onumulheres.org.br/wp-content/uploads/2013/03/declaracao_viena.pdf. Acesso em: 25 de jan. 2024.

PORTUGAL. **Tribunal Constitucional de Portugal**. Acórdão n° 39/1984, Relator (a): Conselheiro Vital Moreira. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/19840039.html>. Acesso em: 21 de mar. 2024.

_____. **Tribunal Constitucional de Portugal**. Acórdão n° 509/02, Relator (a): Conselheiro Luís Nunes de Almeida. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em: 21 de mar. 2024.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos Direitos Fundamentais**. 11. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais na Constituição Federal de 1988**. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

_____. Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana, mínimo existencial e justiça constitucional: algumas aproximações e desafios**. Santa Catarina: Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional, 2013. Disponível em: <https://revistadocejur.tjsc.jus.br/cejur/article/view/24/28>. Acesso em: 03 de fev. 2024.

_____. Ingo Wolfgang. **Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível**. Salvador: Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado, 2008.

_____. Ingo Wolfgang *et al.* **Comentários à Constituição do Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

SARMENTO, Daniel. **Direitos Fundamentais e Relações Privadas**. 2ª Ed, Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2006.

SCHULZE-FIELITZ, Helmuth. *Kernelemente des Rechtsstaatsprinzips*. In: DREIER, Horst (Org.). Grundgesetz Kommentar. v. II. Tübingen: Mohr Siebeck, 1998, p. 184.

SCHWABE, Jürgen. **Cinquenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão**. Organização e introdução por Leonardo Martins. Montevideu: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 656- 667. Disponível em: http://www.kas.de/wf/doc/kas_7738-544-1-30.pdf. Acesso em: 09 de fev. 2024

VAZ, Miguel Afonso. **A Lei e Reserva de Lei. A Causa da Lei na Constituição Portuguesa de 1976**. Porto, 1992.

WANG, Daniel Wei Liang. **Escassez de recursos, custo dos direitos e reserva do possível na jurisprudência do STF**. São Paulo: Revista Direito GV, 2008.

WEIS, Carlos. **Os direitos humanos contemporâneos**. São Paulo: Malheiros, 2014.