Proibição do retrocesso social e orçamento: em busca de uma relação harmônica*

Prohibition of reverse social and budget: in search of a relationship harmonic

Christiano de Oliveira Taveira[1]
Thaís Boia Marçal[2]

RESUMO

A eficácia dos direitos fundamentais apresenta íntima relação com o conceito de proibição do retrocesso social, pois em uma sociedade marcada pela instabilidade das relações sociais torna-se imprescindível garantir que a dignidade da pessoa humana seja concretizada de maneira crescente e gradativa, não se admitindo como trivial a sua retração. De modo a possibilitar essa efetiva concretização, defende-se, como regra geral, o respeito ao princípio da proibição do retrocesso tanto nas leis orçamentárias quanto na respectiva execução das mesmas.

* Artigo recebido em 27 de setembro de 2012 e aprovado em 2 de março de 2013.

1 Procurador do Estado e advogado no Rio de Janeiro. Mestre e doutor em direito público pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (Uerj). Professor de direito constitucional da Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro (Emerj) e do Centro de Estudos Jurídicos 11 de Agosto. Escola da Magistratura do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: christianotaveira@yahoo.com.br.

2 Advogada no Rio de Janeiro. Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil. E-mail: thaismarcal19@yahoo.com.br.

PALAVRAS-CHAVE

Direitos fundamentais — proibição do retrocesso — orçamento público

ABSTRACT

The effectiveness of fundamental rights has intimate relationship with the concept of prohibition of social regression, as in a society marked by the instability of social relations, it is essential to ensure that human dignity is built in an increasing and gradual way, not admitting how trivial its retraction. In order to provide this effective implementation, it is defended as a general rule the respect to the principle of prohibition of retrogression in the budget laws, as well as in their implementation.

KEY-WORDS

Fundamental rights — prohibition of reverse — public budget

1. Introdução

É recorrente a afirmação de que não há democracia possível sem o reconhecimento, a garantia e a efetivação dos direitos fundamentais,[3] de modo a permitir a concretização da dignidade da pessoa humana,[4] como conceito fundante da Constituição Federal de 1988.[5]

---

[3] MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e como perder o medo. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Direitos fundamentais. *Revista da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XII, p. 207, 2003.

[4] Dignidade da pessoa humana pode ser conceituada, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, como a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições existenciais mínimas para uma vida saudável. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 62. Ana Paula de Barcellos ressalta, ainda, que "o efeito pretendido pela dignidade da pessoa humana consiste, em termos gerais, em que as pessoas tenham uma vida digna. Como é corriqueiro acontecer com os princípios, embora este efeito seja indeterminado a partir de um ponto (variando em função de opiniões políticas, filosóficas, religiosas etc.), há também um conteúdo básico, sem o qual se poderá afirmar que o princípio foi violado e que assume caráter de regra e não mais de princípio. Esse núcleo, no tocante aos elementos materiais da dignidade, é composto pelo mínimo existencial, que

Uma vez considerado que o estado de direito está submetido às normas constitucionais, bem como se encontra comprometido com a realização de seus objetivos, incumbirá ao referido, primordialmente, concretizar os direitos fundamentais, por meio de políticas públicas.[6]

Assim, a partir do momento em que se vincula a atuação estatal ao propósito de atingir as metas traçadas pela Constituição, torna-se imperiosa a adoção de uma postura estatal com vistas a conferir gradual eficácia aos direitos fundamentais, não se admitindo condutas que impliquem retrocesso das conquistas alcançadas. Tal premissa pode (e deve) ser aplicada em matéria orçamentária, pois é possível conceber como trivial a opção de uma maioria política de ocasião optar por prover dotações orçamentárias reduzidas para implementação de direitos fundamentais, optando por custear gastos que não correspondem às prioridades constitucionalmente previstas, enquanto a Constituição prevê sua gradual implementação.

2. Proibição do retrocesso social

2.1 Conceito

Segundo Joaquim José Gomes Canotilho,[7] o princípio da proibição do retrocesso[8] social impõe que o núcleo essencial dos direitos sociais já realizado e efetivado por meio de medidas legislativas deve ser considerado constitucionalmente garantido, sendo inconstitucionais quaisquer medidas

consiste em um conjunto de prestações materiais mínimas sem as quais se poderá afirmar que o indivíduo encontra-se em situação de indignidade". Cf. BARCELLOS, Ana Paula de. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011. p. 368.

5 Insta ressaltar que para Luís Roberto Barroso a dignidade da pessoa humana não seria um princípio autônomo. Neste sentido, leia-se: BARROSO, Luís Roberto. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. dez. 2010. Mimeografado. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2012.

6 Na presente pesquisa, a expressão 'políticas públicas' será entendida como programas de ação governamental que visam a coordenar os meios à disposição do Estado e às atividades privadas, para realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, de acordo com o conceito sustentado por Maria Dallari Bucci. Cf. BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 241.

7 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 347.

8 Canotilho denomina tal princípio como princípio da "evolução reacionária".

legislativas que, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios, o anulem ou o aniquilem.[9]

É certo que o legislador ordinário possui autonomia para editar atos que considere como convenientes para a sociedade, mas essa liberdade de conformação tem como limite o núcleo essencial[10] do direito já realizado.

A partir desse princípio, entende-se que uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, concretizando determinado direito, este irá se incorporar ao patrimônio jurídico da cidadania, não podendo ser absolutamente suprimido.[11]

Com isso, percebe-se que o princípio da proibição do retrocesso social pode ser traduzido como descumprimento, por ato comissivo, de imposição legiferante, que viola o dever jurídico concreto de editar leis que regulamentem (de modo gradativamente crescente) as normas constitucionais definidoras de direitos sociais.[12]

Acrescente-se, ainda, que o princípio da proibição do retrocesso social apresenta intensa relação com a proibição de proteção deficiente e da proibição

---

9 A respeito do tema na doutrina portuguesa, confira-se: QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*: princípios dogmáticos e prática jurisdencial. Coimbra: Coimbra, 2006. Já, analisando, primordialmente, a aplicação deste princípio no cenário doutrinário/jurisprudencial espanhol e argentino, ver COURTIS, Christian (comp.). *Ni um paso atrás*: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

10 Vale ressaltar que a expressão "limites dos limites" é utilizada por Jane Reis, que a define como "as várias restrições que as ordens constitucionais prescrevem como condições de legitimidade da atividade legislativa na seara dos direitos fundamentais" Para a autora, tratar-se-ia "de um conjunto de regras processuais ou metodológicas que defluem do caráter supremo e vinculante das disposições de direito fundamental e do princípio do Estado de Direito". Cf. PEREIRA, Jane Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 507. A partir dessa premissa, "percebe-se que o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais". Cf. MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: ____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 243.

11 BARROSO, Luís Roberto. O direito constitucional e a efetividade de suas normas. 5. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p. 158.

12 DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. p. 296. Neste sentido, destacam-se os seguintes estudos: CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008; FILETI, Narbal Antonio Mendonça. *Fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito, 2009; MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010; MOLINARO, Carlos Alberto. *Direito ambiental proibição de retrocesso*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007; RAMOS, Marcelene Carvalho da Silva. *Princípio da proibição de retrocesso jusfundamental*: aplicabilidade. Curitiba: Juruá, 2009; e SOARES, Dilmanoel de Araujo. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

de excesso, uma vez que, pelo conceito daquela, entende-se que o Estado, mediante suas prestações sociais, tem o dever de procurar maximizar o mínimo existencial,[13] maximizando a efetividade dos direitos minimamente exigíveis, de modo que aquilo que já foi garantido ou concretizado não pode vir a ser suprimido ou limitado por qualquer ato estatal; enquanto por esta tem-se que é vedado ao Estado utilizar meios de caráter retrocessivo, que, embora não atinjam aqueles direitos que já foram concretizados, possam promover uma involução social, porque houve uma intervenção na sociedade além do que era necessário.[14]

Diante das conceituações propostas, resta evidente a precípua eficácia negativa do princípio em estudo, qual seja, a vedação da edição de normas contrárias ao regramento constitucional estatuído, bem como a revogação de norma cuja edição se encontra indicada pelo próprio poder constituinte originário, sem sua substituição por alternativa legítima.[15]

Entanto, não se deve ter como de menor importância a sua eficácia positiva, que pode ser traduzida no dever de o legislador manter-se no propósito de ampliar, progressivamente e de acordo com as condições fáticas e jurídicas (incluindo-se as orçamentárias, conforme será visto em item oportuno), o grau de concretização dos direitos fundamentais sociais, através da garantia de proteção dessa concretização à medida que nela se evolui. Frise-se que a proibição de retrocesso social não pode ser traduzida como mera manutenção do *status quo*, pois apresenta como igual finalidade a obrigação de avanço social.[16]

---

[13] O termo mínimo existencial deve ser entendido em seu duplo aspecto, qual seja, proteção negativa, que impede a incidência de tributos sobre os direitos sociais mínimos de todas as pessoas; e proteção positiva, traduzida na entrega de prestações materiais em favor dos pobres pelo Estado. Certo de que os direitos sociais máximos deveriam ser obtidos na via do exercício da cidadania reivindicatória e da prática orçamentária, a partir do processo democrático. Cf. TORRES, Ricardo Lobo. *O direito ao mínimo existencial*. Rio de Janeiro: Renovar, 2009. p. 41. Em tempo, Luís Roberto Barroso sustenta que o mínimo existencial "corresponde às condições elementares de educação, saúde e renda que permitam, em uma dada sociedade, o acesso aos valores civilizatórios e a participação esclarecida no processo político e no debate público". Cf. BARROSO, Luís Roberto. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 881.

[14] SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano. XXVIII, v. 76, n. 3, p. 51, jul./ago./set. 2010.

[15] BARROSO, Luís Roberto. Benefício previdenciário, princípio constitucional de proteção ao idoso e vedação do retrocesso. In: FARJALLA, Victor (Coord.). Direito previdenciário. *Revista da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XIII, p. 75, 2003.

[16] Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, op. cit., p. 202.

Portanto, a proibição do retrocesso social consiste em que o Estado não pode se furtar dos deveres de concretizar o mínimo existencial, de maximizá-lo e de empregar os meios ou instrumentos cabíveis para sua promoção, sob pena de a sociedade vir a experimentar uma imensa limitação no exercício de todos os seus direitos.[17]

2.1.1 Justificativa do princípio da proibição do retrocesso social

O fundamento da vedação do retrocesso pode ser considerado consequência lógica do princípio da efetividade das normas constitucionais, segundo o qual o intérprete jurídico deve optar pela solução hermenêutica mais próxima do "dever-ser" normativo ao "ser" da realidade social.[18]

Além disso, observa-se que o referido princípio emergiu da preocupação com o resgate das promessas da modernidade tardia, sustentada na tese do constitucionalismo compromissório-programático.[19]

Segundo Ingo Wolfgang Sarlet,[20] se pudesse ser admitida uma ausência de vinculação mínima do legislador (bem como dos órgãos estatais em geral) ao núcleo essencial concretizado, estar-se-ia chancelando uma fraude à Constituição, haja vista que o agente eleito está apenas dando cumprimento aos mandamentos constitucionais no momento em que implementa um direito fundamental.

Assim, a supressão do próprio núcleo essencial legislativamente concretizado de determinado direito fundamental estará afetando a própria dignidade da pessoa, fato que se revela inadmissível.[21]

Na seara atinente aos limites dos direitos fundamentais, de forma geral, podem-se sublinhar, resumidamente, duas concepções essenciais: uma primeira teoria, qualificada de "interna", rejeita a possibilidade de conflitos entre

---

17 Siqueira, Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social, op. cit., p. 51.

18 Mendonça, Vedação do retrocesso, op. cit., p. 222. Acrescente-se que Canotilho é adepto da tese da, assim designada, máxima efetividade, segundo a qual "[a] uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê". Cf. CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002. p. 1210.

19 SOARES, Dilmanoel de Araujo. O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 186, p. 296, abr./jun. 2010.

20 SARLET, Ingo Wolfgang. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado* (RERE), Salvador, n. 15, p. 21, set./out./nov. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

21 Ibid., p. 21.

direitos e, por conseguinte, da ponderação de bens. Considera-se, assim, que os direitos fundamentais não poderiam ser objeto de limitações por parte do legislador, salvo no caso de autorização expressa do constituinte.[22]

Uma segunda teoria, qualificada de "externa", admite a hipótese de colisão de direitos e, consequentemente, sustenta a possibilidade de restrição dos mesmos. A atividade interpretativa constitucional seria composta, então, de duas etapas, quais sejam: a identificação de um conteúdo essencial do direito fundamental em questão[23] e o estabelecimento de seus limites externos, decorrentes de outros interesses tutelados no texto constitucional.

Enquanto a teoria interna impõe ao intérprete e operador do direito um "juízo de adequação", manejado com o fim de se delimitar o campo de incidência de um determinado direito fundamental, a teoria externa admite a colisão e ulterior adoção da "ponderação de bens" para se definir a prevalência, no caso concreto, de um ou outro direito.[24]

A noção de proibição de retrocesso tem sido por muito relacionada à noção que José Afonso da Silva apresenta como de um direito subjetivo negativo, ou seja, seria passível de impugnação judicial toda e qualquer medida que se encontre em conflito com o teor da Constituição, bem como rechaçar medidas legislativas que venham a subtrair o grau de concretização anterior que lhe foi outorgado pelo legislador.[25]

Com o reconhecimento de uma proibição de retrocesso, se estará impedindo a frustração da efetividade constitucional, já que, na hipótese de o legislador revogar o ato que deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito, estaria acarretando um retorno à situação de omissão inconstitucional anterior.[26]

---

[22] Ver OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución*. Madri: Civitas, 1992. p. 151 e ss. Ver, ainda, MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997. p. 82 e ss.

[23] Ver, a respeito, BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003. p. 67-69. Na doutrina brasileira, a teoria externa, tributária da técnica da ponderação de interesses, possui maior aceitação, tanto no âmbito acadêmico como na linha jurisprudencial dos tribunais superiores. Ver, nesse sentido, PEREIRA, Jane Reis Gonçalves. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 149-150.

[24] Cf. TAVEIRA, Christiano de Oliveira. *Democracia e pluralismo na esfera comunicativa*: uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão. 2010. p. 207-208. Mimeografado.

[25] Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 22.

[26] Ibid., p. 24.

Imperioso distinguir as noções de retrocesso social e omissão inconstitucional, frisando se tratar de conceitos correlatos, na medida em que significam que uma determinada norma constitucional está concretizada por lei aquém do seu desiderato — no entanto, diferente porque, conforme o caso, o legislador retrocedeu ou deixou de ir aonde devia.[27]

2.1.1.1 Previsão do princípio da proibição do retrocesso no direito brasileiro

É possível deduzir do texto constitucional que a Carta Magna vigente contém, entre suas normas, o princípio que impõe ao legislador a observância da concretização sempre progressiva dos direitos fundamentais sociais, sendo-lhe defeso atuar comissivamente em sentido oposto, tanto quanto lhe é proibido deixar de regulamentar, em sede legislativa, uma norma constitucional que lhe estabeleça tal dever.[28]

Com isso, percebe-se que o princípio da proibição de retrocesso decorre de modo implícito do sistema constitucional, tendo por base, principalmente, o princípio do estado democrático de direito, o princípio da dignidade da pessoa humana, o princípio da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, bem como as manifestações específicas e expressamente previstas na Constituição, no que diz com a proteção contra medidas de cunho retroativo e do princípio da proteção da confiança.[29]

O reconhecimento de um princípio constitucional implícito da proibição de retrocesso no direito constitucional brasileiro constitui uma manifestação do dirigismo constitucional, que vincula imediatamente o legislador de forma direta à Constituição, impedindo que ocorra uma frustração da vontade constitucional, notadamente quando estiverem em causa valores centrais da ordem jurídica, como é o caso da garantia de uma vida digna,[30] tratando de uma inferência lógica, que simboliza o valor jurídico mais importante da sociedade.[31]

---

[27] Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, op. cit., p. 241.

[28] Ibid., p. 223. Nesse sentido, destaca-se o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais celebrado em 1966, ratificado pelo Brasil por meio do Decreto nº 591, em 6 de julho de 1992.

[29] Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 22-23.

[30] Ibid., p. 35.

[31] MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 422.

Nessa toada, Felipe Derbli[32] sistematiza que é possível reconhecer a existência do princípio da proibição de retrocesso social na Constituição de 1988, pois: (i) a Carta Magna vigente determina a ampliação dos direitos fundamentais sociais (art. 5º, § 2º, e art. 7, *caput*), com vistas à progressiva redução das desigualdades regionais e sociais e à construção de uma sociedade livre e solidária, onde haja justiça social (art. 3º, incisos I e III, e art. 170, *caput* e incisos VII e VIII); e (ii) em sendo uma Constituição dirigente, impõe o desenvolvimento permanente do grau de concretização dos direitos sociais nela previstos, com vistas à sua máxima efetividade (art. 5º, § 1º), sendo consequência lógica a existência de comando dirigido ao legislador de não retroceder na densificação das normas constitucionais que definem tais direitos sociais.

2.2 Proibição do retrocesso absoluto

A doutrina majoritária entende, no viés defendido por Vieira de Andrade,[33] que a proibição do retrocesso social não pode ser lida como uma regra geral, sob pena de se colocar em risco a indispensável autonomia da função legiferante, pois não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais.

De acordo com o sustentado pelo aludido autor, citado por Ingo Sarlet,[34] uma proibição em termos absolutos do retrocesso social acabaria por outorgar casos aos direitos fundamentais sociais concretizados pela via legislativa uma eficácia mais reforçada do que a atribuída aos direitos de defesa em geral, já que estes podem ser restringidos pelo legislador, desde que preservado seu núcleo essencial.

A própria dinâmica das relações sociais e econômicas, por si só, demonstra a inviabilidade da tese de vedação absoluta de retrocesso em matéria de direitos sociais, uma vez que subsistem diversos fatores aliados a tal fato, como a variabilidade e instabilidade da capacidade prestacional do Estado e da própria sociedade.[35]

---

[32] Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, op. cit., p. 294.

[33] ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. p. 307-309.

[34] Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 25-26.

[35] Ibid., p. 27.

Assim, de acordo com a doutrina majoritária, uma proibição absoluta de retrocesso social deve ser excluída de plano, com vistas à manutenção da capacidade de reação às mudanças na esfera social e econômica.[36]

Ademais, entender a proibição do retrocesso como uma regra absoluta conduziria a uma espécie de transmutação das normas infraconstitucionais em direito constitucional, além de inviabilizar o próprio desenvolvimento deste.[37, 38]

2.3 Proibição do retrocesso relativa

Uma medida de cunho retrocessivo, para que não venha a violar o princípio da proibição de retrocesso, deve, além de contar com uma justificativa de porte constitucional, salvaguardar o núcleo essencial dos direitos fundamentais, notadamente naquilo em que corresponde às prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade para todas as pessoas, pois deve ser respeitado o princípio da universalidade da titularidade e do exercício dos direitos fundamentais.[39]

A liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade encontram limitação no núcleo essencial já realizado.[40]

De acordo com Luísa Cristina Pinto e Netto, para que o retrocesso social seja constitucionalmente adequado, urge que a medida retrocessiva possa ser racionalmente fundada, demonstrando-se que: (i) não esvazia o núcleo essencial do direito social, preservando sua eficácia prestacional essencial; (ii) é um meio apto a atingir o fim — constitucionalmente legítimo — visado; (iii) determinou-se em comparação com outras alternativas mais gravosas para o direito social, para o sistema de direitos fundamentais e para o sistema constitucional; (iv) foi determinada considerando a intensidade da restrição ao direito social relativamente ao favorecimento do bem a que se visa proteger;

---

[36] SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE*), Salvador, n. 9, p. 2, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

[37] Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 26. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

[38] Cumpre ressaltar que, segundo o STF, não há princípios absolutos no texto constitucional. Neste sentido, RE 168142 e AI-AgR 152676.

[39] Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 31.

[40] Ibid., p. 27.

(v) é conforme com o mandado de igualdade; (vi) coaduna-se com a segurança jurídica e com a proteção da confiança; (vii) foi determinada no bojo de medidas voltadas ao aproveitamento pleno e otimizado dos recursos disponíveis, inserida em políticas públicas adequadas às tarefas constitucionalmente previstas; (vii) conforma-se segundo as normas aplicáveis, à participação social na definição de políticas públicas.[41]

2.4 Proibição do retrocesso, segurança jurídica e propriedade

No plano do direito comparado, cabe ressaltar que o Tribunal Federal Constitucional da Alemanha já reconhece que a garantia da propriedade alcança também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública, de tal sorte que, atualmente, se poderia falar da formação de um determinado consenso nesta esfera.[42]

Além disso, se fala do princípio da proibição do retrocesso social como mais uma forma de manifestação do princípio da segurança jurídica.[43]

A segurança jurídica pode ser traduzida como a faculdade do indivíduo de poder conduzir, planificar e conformar sua vida de maneira autônoma e responsável, encampando a garantia de paz jurídico-social, mediante a estabilidade da ordem jurídica, a certeza no que concerne às normas jurídicas e, ao mesmo tempo, a confiabilidade no direito.[44] Tal instituto deve ser lido de duas perspectivas: objetiva, fundada na certeza e na previsibilidade do ordenamento; e subjetiva, relacionada com a proteção da confiança do indivíduo.[45, 46]

Tanto a doutrina, quanto o Tribunal Constitucional Alemão chancelam a proteção de institutos como o direito adquirido e as expectativas de direitos, que refletem uma compreensão ampla da proibição de retrocesso.[47]

---

41 NETTO, Luísa Cristina Pinto e. *O princípio da proibição do retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 232.

42 Sarlet, O estado social de direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, op. cit., p. 4.

43 CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. Segurança Jurídica e o princípio da proibição do retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira. *Revista de Direito Social*, v. 8, n. 31, p. 53, jul./set. 2008.

44 Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, op. cit., p. 213.

45 Ibid., p. 214.

46 Neste sentido: ARAUJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

47 Soares, O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social, op. cit., p. 298.

No Brasil, pode-se dizer que há uma forte tendência na adoção desta orientação, conforme se depreende da posição perfilhada pelos Tribunais Superiores em decisões de casos em que estavam envolvidos valores como a segurança jurídica. À guisa de exemplo, destaca-se a aplicação da teoria do fato consumado,[48] bem como a aplicação da modulação de efeitos nas decisões proferidas em sede de controle de constitucionalidade.[49]

O Supremo Tribunal Federal (STF), inclusive, já teve a oportunidade de se manifestar pela aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso ao afirmar que o referido "impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão ou pela formação social em que ele vive", frisando que

> a cláusula que veda o retrocesso em matéria de direitos a prestações positivas do Estado (como o direito à educação, o direito à saúde ou o direito à segurança pública, *v.g.*) traduz, no processo de efetivação desses direitos fundamentais individuais ou coletivos, obstáculo a que os níveis de concretização de tais prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser ulteriormente reduzidos ou suprimidos pelo Estado.

Desta forma, "o Estado, após haver reconhecido os direitos prestacionais, assume o dever não só de torná-los efetivos, mas, também, se obriga, sob pena de transgressão ao texto constitucional, a preservá-los, abstendo-se de frustrar — mediante supressão total ou parcial — os direitos sociais já concretizados".[50]

Nessa quadra, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul (TJRS) entendeu pela impossibilidade da redução dos valores repassados para um Projeto Político Pedagógico de Escola Estadual, frisando que

> uma vez conferida referida verba para mantença da escola e de todas suas atividades, não pode o ente estatal, por mera liberalidade, sem fundamentos específicos, suprimir a verba destinada para seu efetivo funcionamento, sem contraprestação compensadora, sob pena de caracterizar-se retrocesso social contra Direitos Fundamentais.[51]

---

[48] Neste sentido, confira-se, a título ilustrativo, o RE-AgR 429906.

[49] Nessa toada, destaca-se o julgamento do RE 560626, que versa sobre aplicação do princípio segurança jurídica em matéria tributária.

[50] BRASIL, STF, ARE-AgR 639337, rel. min. Celso de Mello.

[51] BRASIL, Apelação Cível nº 70027162254, Terceira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, relator: Rogério Gesta Leal, Julgado em 18/12/2008.

Outro exemplo que pode ser citado é proveniente do Tribunal Regional Federal da 5ª Região,[52] em que se consolidou entendimento de que, não demonstrada a carência de recursos financeiros a investir no fornecimento do medicamento já fornecido outrora, não seria possível cessar sua distribuição, justamente por violar o aludido princípio da proibição do retrocesso social.

2.5 Proibição do retrocesso e a realidade fática

O conteúdo do mínimo existencial para uma vida digna encontra-se condicionado pelas circunstâncias históricas, geográficas, sociais, econômicas e culturais em cada lugar e momento em que estiver em causa.[53]

Destarte, percebe-se que sua garantia não pode ser estabelecida previamente de forma genérica e abstrata. Isso porque esta proteção depende da ponderação das circunstâncias concretas, além da análise da diversidade entre realidade fática e dimensão normativa.[54]

Destaque-se que a proibição de retrocesso social não pode desconsiderar as recessões e as crises econômicas, mas o princípio em análise possui grande valor ao limitar a reversibilidade dos direitos adquiridos.[55] Insere-se, nesse contexto, a reserva do possível, que, segundo Daniel Sarmento,[56] divide-se em dois componentes: fático e jurídico. Entende-se por reserva do possível fática "a efetiva disponibilidade dos recursos econômicos necessários à satisfação do direito prestacional". Em tempo, a reserva do possível jurídica estaria relacionada "à existência de autorização orçamentária para o Estado incorrer nos respectivos custos".

Ana Paula de Barcellos[57] afirma que, por ser latente a escassez de recursos, revela-se imperiosa a aplicação prioritária dos recursos disponíveis no atendimento dos fins considerados essenciais pela Constituição, até que eles sejam realizados; e, caso haja algum recurso remanescente, este poderá ser

---

52 BRASIL, APELREEX nº 00005666220104058102, desembargador federal Francisco Cavalcanti, TRF5 — Primeira Turma, DJE — Data: 16-11-2012.

53 Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 33.

54 Id., O estado social de direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, op. cit., p. 17.

55 CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999. p. 326.

56 SARMENTO, Daniel. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: Souza Neto e Sarmento (Coord.), *Direitos sociais*, op. cit., p. 569.

57 Barcellos, *A eficácia dos princípios constitucionais*, op. cit., p. 266 e 268.

empregado de acordo com as opções políticas que a deliberação democrática apurar em cada momento.

Assim, retroceder na efetivação de um direito fundamental deve ser a última opção do legislador, que deve optar pelo "corte de gastos" em outras áreas não fundamentais, pois, após sua concretização em nível infraconstitucional, os direitos fundamentais sociais assumem, simultaneamente, a condição de direitos subjetivos a determinadas prestações estatais e de uma garantia institucional, de tal sorte que não se encontram mais na plena esfera de disponibilidade do legislador, isto é, os direitos adquiridos não mais podem ser reduzidos ou suprimidos, sob pena de flagrante infração do princípio da proteção da confiança.[58]

Destarte, mostra-se mais benéfico à coletividade que se retraia em alguns direitos não primordiais, para que se possa empregar a verba pública em prestações que satisfaçam as necessidades fundamentais.[59]

Também a ação erosiva do legislador que tenha por objetivo a implementação de ajustes e cortes no âmbito do sistema infraconstitucional de prestações sociais deve levar em conta as exigências do princípio da proporcionalidade, sob pena de ofender aos próprios direitos fundamentais sociais e ao princípio do estado social de direito.[60, 61]

Diante de um cenário de inconstância, tornam-se recorrentes os problemas de arrecadação de recursos que poderiam satisfazer a esfera da proteção social. Além disso, isto implica dizer que o reconhecimento de um princípio da proibição de retrocesso não pode resultar numa vedação absoluta de qualquer medida que tenha por objeto a promoção de ajustes, eventualmente até mesmo de alguma redução ou flexibilização em matéria de segurança social, onde realmente estiverem presentes os pressupostos para tanto.[62]

Por isso, a dimensão da aplicabilidade do princípio da proibição do retrocesso social, no que diz respeito à função limitadora das restrições aos direitos fundamentais, está a merecer o exame e o reexame dos órgãos jurisdicionais.[63]

---

[58] Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 15.

[59] Martins, A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, op. cit., p. 410.

[60] Sarlet, O estado social de direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade, op. cit., p. 19.

[61] Neste sentido, o STF já teve a oportunidade de se manifestar em diversas oportunidades, destacando-se os seguintes julgamentos: ADI 1484/DF e o RE 482.611, ambos de relatoria do min. Celso de Mello, destacando-se que neste julgado restou consignado que a problemática da erosão constitucional traduz "um preocupante processo de desvalorização funcional da Constituição escrita".

[62] Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 28.

[63] GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. *Revista Justiça do Direito*, v. 14, n. 14, p. 35, 2000.

Frise-se que é de fundamental importância que os direitos humanos possuam esta maleabilidade, pois, a partir da aceitação do conceito de que tais direitos servem como instrumento de emancipação e não de conservação a todo custo do *status quo*, não podem ser aceitas, nas palavras de Daniel Sarmento, teorias que fossilizem até a eternidade todos os direitos já distribuídos e partilhados no passado, sem levar em consideração se são justos ou não, se são legítimos ou não,[64] pois as prioridades também sofrem variações, obrigando o legislador infraconstitucional a verificar para a edição de determinada medida legislativa a relação de adequação que deve existir entre o texto da norma e a situação concreta.[65]

3. Reflexos da proibição do retrocesso nas leis orçamentárias

A partir do momento em que se aceita a premissa de que Constituição Federal necessita ser progressivamente realizada, não sendo admissível que seja "desrealizada", tampouco "aleatoriamente realizada",[66] apresenta-se como igualmente verdadeiro o fato de que os órgãos estatais, especialmente como corolário da segurança jurídica e da proteção da confiança, se encontram vinculados não apenas às imposições constitucionais no âmbito da sua concretização no plano infraconstitucional, mas estão sujeitos a certa autovinculação em relação aos atos anteriores. Esta, por sua vez, alcança tanto o legislador quanto os atos da administração e, em certa medida, dos órgãos jurisdicionais.[67]

Com isso, as normas legais que realizam um direito em termos diferentes dos constitucionalmente previstos ou que contrariem a realização legal anteriormente atingida devem ser consideradas inconstitucionais.[68]

O mesmo raciocínio deve ser transposto quando se discutem as normas orçamentárias. Não se pode aceitar com naturalidade que determinada lei orçamentária não preveja dotação adequada ao implemento de direitos fundamentais, ao passo que prevê dotação orçamentária para concretização de

---

[64] SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: ____. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 31.

[65] Martins, A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico, op. cit., p. 409.

[66] Mendonça, Vedação do retrocesso, op. cit., p. 222.

[67] Sarlet, Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais, op. cit., p. 23-24.

[68] CANOTILHO, Joaquim José Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991. p. 131.

direitos não essenciais,[69] sob pena de tornar as normas que garantem primazia à implementação dos direitos fundamentais mera retórica constitucional.

É permitido ao legislador rever as leis editadas, mas o fundamento para uma *reformatio in pejus*, de acordo com as circunstâncias fáticas em que se a realiza, deve ser mediante um juízo de proporcionalidade, suficiente para prevalecer sobre um grau de concretização legislativa que já tenha alcançado o consenso básico na sociedade.[70]

Além do teste da proporcionalidade, revela-se como importante critério para se identificar a existência ou não de retrocesso a análise das práticas administrativas com o norte no princípio da eficiência, de maneira a se evitar o desperdício.[71] Assim, pode-se defender, na linha proposta por Alexandre Santos de Aragão,[72] que a eficiência deve ser entendida como um melhor exercício das missões de interesse coletivo que incumbe ao Estado.

Esta eficiência deve ser entendida de forma ampla,[73] de modo a orientar toda e qualquer atuação da administração, não se limitando a sua dimensão administrativa. Acrescente-se, ainda, que, no que se refere aos direitos fundamentais, é de importância realçada, sob pena de deslegitimar, além do próprio ato praticado, a existência do Estado, diante da importância que esta categoria de direitos possui na ordem jurídica, qual seja, cláusula pétrea.

Nesta esteira, Christian Courtis[74] defende que, apesar de ser conferida ao administrador alguma liberdade de escolha, esta diz respeito apenas e tão somente aos meios para alcançar a finalidade buscada, qual seja, a garantia

---

[69] Note-se que a jurisprudência recente do STF vem admitindo o controle de constitucionalidade das leis orçamentárias, conforme depreende-se da leitura do inteiro teor da ADI 4.048-4/DF. Em que pese não poder desenvolver tal ideia com profundidade, em razão das limitações deste estudo, imperioso se faz tal entendimento, pois não seria compatível com o estado democrático de direito admitir que exista uma lei (qual seja, as leis orçamentárias) que pudesse contrariar a Carta Magna, restando imune ao controle de constitucionalidade. No mesmo sentido, é devido o destaque ao julgamento da ADPF 45/2004 de relatoria do min. Celso de Mello, que perfilha a mesma orientação supracitada, quando se tratar de prestação ligada ao mínimo existencial.

[70] Derbli, *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição de 1988*, op. cit., p. 298.

[71] TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 62.

[72] ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 297.

[73] CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: Sarlet e Timm (Org.), *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 179.

[74] COURTIS, Christian. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: Souza Neto e Sarmento, (Coord.), *Direitos sociais*, op. cit., p. 505-506.

dos direitos fundamentais, mas isso não pode ser traduzido em uma discricionariedade absoluta e, muito menos, indiferença em relação aos resultados.

O teste da eficiência na avaliação das ações governamentais busca considerar os resultados obtidos em face dos recursos disponíveis. Busca-se representar as realizações em índices e indicadores, para possibilitar comparação com parâmetros técnicos de desempenho e com padrões já alcançados anteriormente.[75]

Importante lembrar que a mera aplicação quantitativa do percentual determinado em lei não é suficiente para garantia do direito fundamental protegido pela sua vinculação. Para o próprio STF, em casos pontuais, importa a efetivação do direito e não apenas a comprovação de cumprimento dos percentuais determinados na Constituição.[76]

Com a avaliação da eficiência do ato ou política pública implementada procura-se analisar o grau em que os objetivos e as finalidades do governo foram alcançados. Trata-se, então, de medir o progresso alcançado dentro da programação de realizações governamentais.[77]

Dessa forma, se o administrador consegue atingir, com a mesma eficiência, a concretização de um direito fundamental ainda que se valendo de dotação orçamentária menor, não há qualquer violação ao princípio da proibição do retrocesso. Observa-se, portanto, nesse caso, que está conseguindo atingir um grau de eficiência maior na sua atuação, prática esta que é a esperada dos agentes públicos.

Do mesmo modo, não é possível defender que, apesar de haver dotação orçamentária para gradativa implementação de um direito fundamental, este seja suprimido em razão do contingenciamento ilegal[78] do Executivo.

Insta acrescentar que, em um Estado que se qualifique "democrático de direito", não se deve conceber com naturalidade a possibilidade de o Executivo ignorar todo o processo legislativo ao qual foi submetida a lei orçamentária, permitindo que este possa não cumprir suas disposições sem

---

[75] GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005. p. 309.

[76] LEITE, Harrison Ferreira. Segurança jurídica e elaboração do orçamento público. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 17, n. 86, p. 146-147, 2009.

[77] Giacomoni, *Orçamento público*, op. cit., p. 310.

[78] A expressão ilegal utilizada aqui decorre da ideia de que não se poderia entender como compatível com o princípio da separação de poderes a ideia de que a lei orçamentária, após passar por todo o processo legislativo inerente à aprovação de qualquer diploma, possa ser desrespeitada pelo chefe do Executivo, sem qualquer ônus argumentativo no tocante ao porquê de não respeitar o que fora outrora deliberado. Neste sentido, ver MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*: devido processo orçamentário de democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

nenhum ônus argumentativo. É preciso que se releia o conceito de orçamento autorizativo[79] em conformidade com as normas constitucionais, respeitando-se as garantias constitucionais. Ressalte-se que não se está a defender que o modelo orçamentário adotado no Brasil é o impositivo[80]. Explica-se. O termo "autorização" significa "permitir que uma determinada programação seja executada, e não outra",[81] não se revelando como aceitável que o orçamento seja modificado por ato infralegal e, por consequência, não se deve admitir o seu descumprimento por inércia imotivada, que, mormente, é realizada por meio do contingenciamento de verbas.[82] A necessidade de se ter a possibilidade de realizar adaptações no orçamento com agilidade não pode ser traduzida como a faculdade de o chefe do Executivo ignorar as escolhas veiculadas na lei orçamentária.[83]

Ademais, o orçamento, no tocante à despesa, é norma que impõe deveres ao Estado, bem como determina os atos de alcance do bem comum, tratando-se de ordenança que regra o comportamento dos gestores públicos. Logo, deve ser realizada conforme prescrita. O orçamento, na sua dicção, prevê receitas e fixa despesas, sendo certo que, se quisesse autorizar despesas, assim diria. No entanto, "preferiu fixar a programação dos desembolsos públicos. Frise-se que fixar é determinar, prescrever com particular força, não se confundindo com prever, estimar ou facultar."[84]

Assim, pelos argumentos expostos, deve-se repensar o orçamento público à luz dos ditames constitucionais, de modo a ter como norte o fato de a Constituição Federal criar obrigações para a administração pública, não cabendo a seus gestores considerar as disposições constantes na lei orçamentária como meras autorizações, mas sim como concretização do mandamento constitucional de efetivação dos direitos fundamentais e, como toda restrição, deverá obedecer ao princípio da proporcionalidade, sendo imperiosa sua

---

[79] Tradicionalmente, concebe-se o conceito de orçamento autorizativo como a autorização para que o Executivo gaste, de acordo com o deliberado, podendo realizar contingenciamento das verbas.

[80] Comumente, tal denominação refere-se aos modelos orçamentários que obrigam o Poder Executivo a executar a programação orçamentária aprovada pelo Poder Legislativo. Cf. LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Caderno Aslegis*, v. 8, n. 25, p. 50, jan./abr. 2005.

[81] Ibid., p. 56.

[82] Nesse sentido, Mendonça, *A constitucionalização das Finanças Públicas no Brasil*, op. cit., p. 208.

[83] MARÇAL, Thaís. *Por uma releitura do conceito de orçamento autorizativo no Brasil*. 2012. p. 25. Mimeografado.

[84] LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 260.

prévia motivação, de modo a não tornar a discricionariedade em arbitrariedade. Inclusive, com base nesta motivação é que se poderá ter como "mais legítimo" o controle do orçamento pelo Judiciário,[85] pois este "deve se destinar a impedir que um direito fundamental não venha a ser efetivado em virtude de ter sido preterido pela alocação de recursos em direitos não fundamentais".[86] Frise-se que esse controle judicial orçamentário é legítimo, haja vista que, de acordo com Fernando Facury Scaff, "os gastos públicos não permitem que o legislador, e muito menos o administrador, realizem gastos de acordo com as suas livre consciências, de forma desvinculada aos objetivos impostos pela Carta [Constitucional], especialmente em seu art. 3º",[87] e as políticas públicas, vinculadas por programas de governo, devem ser construídas a partir deste conjunto de indicações constitucionais.[88]

Vale frisar, ainda, que não é discricionariedade das maiorias de ocasião implementar ou não os direitos fundamentais. A sua discricionariedade é restrita apenas à forma como os referidos serão efetivados.[89] Assim, é imperioso que o orçamento necessariamente preveja dotação para concretização dos aludidos direitos inerentes diretamente à dignidade da pessoa humana, sob pena de eivar de inconstitucionalidade a lei orçamentária.[90] Acrescente-se que

---

[85] Não se olvida que a questão referente à capacidade institucional do Poder Judiciário no controle das políticas públicas há muito tempo vem sendo discutida em sede doutrinária e jurisprudencial. Contudo, entende-se que, em circunstâncias que envolvam a implementação de direitos fundamentais, haja vista que no sistema jurídico brasileiro vigora o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, estas "devem merecer a adequada proteção do Judiciário diante do arbítrio ou do descaso do legislador ou dos tecnocratas de plantão". Cf. SARMENTO, Daniel. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: ____. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 227. Na doutrina norte-americana, destaca-se o seguinte estudo acerca do tema: DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006. p. 49-74.

[86] TAVEIRA, Christiano de Oliveira; TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *O controle das leis orçamentárias à luz dos direitos humanos: reflexões teóricas e análise jurisprudencial aplicadas sobre o direito à saúde*. p. 84. Disponível em: <www.aperj.org.br/arquivos/pdf/Christiano%20Taveira%20e%20Marcelo%20Zenni.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2012.

[87] SCAFF, Fernando Facury. Reserva do possível, mínimo existencial e direitos humanos. In: PIRES, Adilson Rodrigues; TORRES, Heleno Taveira (Org.). *Princípios de direito financeiro e tributário*: estudos em homenagem ao professor Ricardo Lobo Torres. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 125.

[88] OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In: Sarlet e Timm (Org.), *Direitos fundamentais*, op. cit., p. 297.

[89] MARÇAL, Thaís. *Direitos fundamentais e orçamento*: uma vinculação necessária. 2011. p. 47. Mimeografado.

[90] Insta destacar apenas que aqueles direitos que tenham dimensão exclusivamente negativa, ou seja, dependem apenas de um não fazer do Estado, apesar de sua existência ser questionável,

a aludida dotação, além de obedecer aos índices mínimos, deve atender ao princípio da eficiência tanto em sua fixação quanto em seu efetivo gasto, sob pena de restar igualmente eivada de vício.

4. Síntese conclusiva

1. Os objetivos fundamentais são impostergáveis, devendo a atuação governamental ser pautada para atingir seu alcance, uma vez que a Constituição entende que sua concretização constitui meio de conseguir a realização plena dos fundamentos do estado democrático de direito, nos termos do disposto em seu art. 1º.[91]

2. De modo a instrumentalizar e garantir o alcance destes objetivos, revela-se de fundamental importância o princípio do não retrocesso, segundo o qual as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser desconsideradas, por se cuidarem de avanços da humanidade, não estando à disposição de opiniões de eventuais maiorias parlamentares.[92]

3. Assim, a liberdade de conformação do legislador e a inerente autorreversibilidade apresentam como limite o núcleo essencial já realizado.[93]

4. Este princípio fornece um critério objetivo, segundo o qual é possível controlar a adequação e a correção da atividade restritiva dos direitos fundamentais.[94]

5. A lei orçamentária deve respeito ao princípio da proibição do retrocesso, não podendo prever dotação orçamentária reduzida para implementação de um direito fundamental, quando houver verba disponível para implementá-lo de modo crescente, sob pena de inverter a ordem de prioridade constitucional.

6. Igualmente, não deve poder o Executivo optar por contingenciar dotações orçamentárias para concretização dos direitos fundamentais, pois

não se incluem em tal exigência. Tal ponderação será aplicável, ainda, em casos excepcionais em que não haja necessidade de intervenção do Estado para a implementação de determinado direito fundamental, haja vista que a realidade fática permite concluir que os próprios particulares estão satisfazendo tal necessidade.

91 AFONSO, Túlio Augusto Tayano. Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 33, n. 124, p. 248, jan./mar. 2007.

92 ROCHA, Carmén Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, v. 4, p. 41, 1999.

93 Canotilho, *Direito constitucional e teoria da Constituição*, op. cit., p. 326.

94 Goldschmidt, O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais, op. cit., p. 34.

este também tem o compromisso de zelar pela implementação gradual desta categoria de direitos.

7. No caso de ser necessária a redução da dotação orçamentária destinada à concretização de um direito fundamental, esta deverá obedecer ao teste da proporcionalidade, assim como deve adotar como norte o princípio da eficiência na fixação e no dispêndio efetivo das verbas públicas, pois, caso exista política pública igualmente eficiente para efetivação de um direito, mas com um dispêndio de menor quantia, esta deverá ser a eleita, não configurando hipótese de proibição do retrocesso em matéria orçamentária.

Referências

AFONSO, Túlio Augusto Tayano. Direitos sociais e o princípio do não retrocesso social. *Revista de Direito do Trabalho*, São Paulo, ano 33, n. 124, p. 237-252, jan./mar. 2007.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. Interpretação consequencialista e análise econômica do direito público à luz dos princípios constitucionais da eficiência e da economicidade. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel; BINENBOJM, Gustavo. *Vinte anos da Constituição Federal de 1988*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009. p. 295-310.

ARAUJO, Valter Shuenquener. *O princípio da proteção da confiança*: uma nova forma de tutela do cidadão diante do Estado. Niterói: Impetus, 2009.

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

____. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais*: o princípio da dignidade da pessoa humana. 3. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

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

____. Benefício previdenciário, princípio constitucional de proteção ao idoso e vedação do retrocesso. In: FARJALLA, Victor (Coord.). Direito previdenciário. *Revista da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XIII, p. 67-75, 2003.

____. *A dignidade da pessoa humana no direito constitucional contemporâneo*: natureza jurídica, conteúdos mínimos e critérios de aplicação. Versão provisória para debate público. dez. 2010. Mimeografado. Disponível em: <www.luisrobertobarroso.com.br/wp-content/themes/LRB/pdf/a_dignidade_da_ pessoa_humana_no_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 26 ago. 2012.

____. Da falta de efetividade à judicialização excessiva: direito à saúde, fornecimento gratuito de medicamentos e parâmetros para a atuação judicial. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Org.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 875-904.

BOROWSKI, Martin. *La estructura de los derechos fundamentales*. Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2003.

BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALIENDO, Paulo. Reserva do possível, direitos fundamentais e tributação. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 175-186.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

____. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 3. ed. Coimbra: Almedina, 1999.

____; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991.

CARVALHO, Osvaldo Ferreira de; COSTA, Eliane Romeiro. Segurança Jurídica e o princípio da proibição do retrocesso social na ordem jurídico-constitucional brasileira. *Revista de Direito Social*, v. 8, n. 31, p. 47-76, jul./set. 2008.

CONTO, Mário de. *O princípio da proibição de retrocesso social*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COURTIS, Christian (comp.). *Ni um paso atrás*: la prohibición de regresividad em materia de derechos sociales. Buenos Aires: Del Puerto, 2006.

____. Critérios de justiciabilidade dos direitos econômicos, sociais e culturais: uma breve exploração. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de; SARMENTO, Daniel (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais e espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 487-514.

DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição do retrocesso social na Constituição* de 1988. Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

____. A aplicabilidade da proibição do retrocesso social no direito brasileiro. In: SARMENTO, Daniel; SOUZA NETO (Coord.). *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. 2. tir. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 343-382.

DWORKIN, Ronald. *Justice in robes*. Cambridge: The Belknap Press of Harvard University Press, 2006.

FILETI, Narbal Antonio Mendonça. *Fundamentalidade dos direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Florianópolis: Conceito Editorial, 2009.

GIACOMONI, James. *Orçamento público*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GOLDSCHMIDT, Rodrigo. O princípio da proibição do retrocesso social e sua função limitadora dos direitos fundamentais. *Revista Justiça do Direito*, v. 14, n. 14, p. 29-36, 2000.

LEITE, Harrison Ferreira. *Autoridade da lei orçamentária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.

____. Segurança jurídica e elaboração do orçamento público. *Revista Tributária e de Finanças Públicas*, São Paulo, ano 17, n. 86, p. 128-152, 2009.

LIMA, Edilberto Carlos Pontes. Algumas observações sobre orçamento impositivo no Brasil. *Caderno Aslegis*, v. 8, n. 25, p. 49-61, jan./abr. 2005.

MARÇAL, Thaís. *Direitos fundamentais e orçamento*: uma vinculação necessária. 2011. Mimeografado.

____. *Por uma releitura do conceito de orçamento autorizativo no Brasil*. 2012. Mimeografado.

MARTÍNEZ-PUJALTE, Antonio-Luis. La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales. Madri: Centro de Estudios Constitucionales, 1997.

MARTINS, Patrícia do Couto Villela Abbud. A proibição do retrocesso social como fenômeno jurídico. In: GARCIA, Emerson. *A efetividade dos direitos sociais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. p. 379-424.

MENDES, Gilmar Ferreira. Os limites dos limites. In: ____; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Hermenêutica constitucional e direitos fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2000. p. 241-314.

MENDONÇA, Eduardo. *A constitucionalização das finanças públicas no Brasil*: devido processo orçamentário de democracia. Rio de Janeiro: Renovar, 2010.

MENDONÇA, José Vicente dos Santos. Vedação do retrocesso: o que é e com perder o medo. In: BINENBOJM, Gustavo (Coord.). Direitos fundamentais. *Revista da Associação de Procuradores do Novo Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. XII, p. 205-236, 2003.

MIOZZO, Pablo Castro. *A dupla face do princípio da proibição do retrocesso social e os direitos fundamentais no Brasil*. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2010.

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

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

OHLWEILER, Leonel Pires. Políticas públicas e controle jurisdicional: uma análise hermenêutica à luz do estado democrático de direito. In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 289-309.

OLIVEIRA JUNIOR, Valdir Ferreira de. Repensando o Estado constitucional: controle judicial de políticas públicas através da proibição do retrocesso, inexistência, extinção e deficiência. *Revista Brasileira de Direito Público (RBDP)*, ano 8, n. 29, p. 125-138, 2011.

OTTO Y PARDO, Ignacio. *Derechos fundamentales y Constitución.* Madri: Civitas, 1992.

PEREIRA, Jane Gonçalves Pereira. *Interpretação constitucional e direitos fundamentais*: uma contribuição ao estudo das restrições aos direitos fundamentais na perspectiva da teoria dos princípios. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

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

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

ROCHA, Carmén Lúcia Antunes da. O princípio da dignidade da pessoa humana e a exclusão social. *Revista Interesse Público*, v. 4, p. 23-49, 1999.

SARLET, Ingo Wolfgang. O estado social de direito, a proibição do retrocesso e a garantia fundamental da propriedade. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE*), Salvador, n. 9, mar./abr./maio 2007. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-9-MAR%C7O-2007-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

____. Proibição do retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado (RERE)*, Salvador, n. 15, set./out./nov. 2008. Disponível em: <www.direitodoestado.com/revista/RERE-15-SETEMBRO-2008-INGO%20SARLET.pdf>. Acesso em: 30 maio 2011.

____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988*. 5. ed. Livraria do Advogado. Porto Alegre, 2008.

SARMENTO, Daniel. Direito adquirido, emenda constitucional, democracia e justiça social. In: ____. *Livres e iguais*: estudos de direito constitucional. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 3-30.

____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros éticos-jurídicos. In: SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. *Direitos sociais*: fundamentos, judicialização e direitos sociais em espécie. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 553-586.

____. Interpretação constitucional, pré-compreensão e capacidades institucionais do intérprete. In: ____. *Por um constitucionalismo inclusivo*: história constitucional brasileira, teoria da constituição e direitos fundamentais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 217-274.

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

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

SIQUEIRA, Julio Pinheiro Faro Homem de. Da reserva do possível e da proibição do retrocesso social. *Revista do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais*, ano XXVIII, v. 76, n. 3, p. 45-56, jul./ago./set. 2010.

SOARES, Dilmanoel de Araujo. O direito fundamental à educação e a teoria do não retrocesso social. *Revista de Informação Legislativa*, v. 47, n. 186, p. 291-301, abr./jun. 2010.

____. *Direitos sociais e o princípio da proibição de retrocesso social*. Belo Horizonte: Del Rey, 2011.

TAVEIRA, Christiano de Oliveira; TRAVASSOS, Marcelo Zenni. *O controle das leis orçamentárias à luz dos direitos humanos*: reflexões teóricas e análise jurisprudencial aplicadas sobre o direito à saúde. Disponível em: <www.aperj.org.br/arquivos/pdf/Christiano%20Taveira%20e%20Marcelo%20Zenni.pdf>. Acesso em: 24 ago. 2012.

____. *Democracia e pluralismo na esfera comunicativa*: uma proposta de reformulação do papel do Estado na garantia da liberdade de expressão. 2010. Mimeografado.

TIMM, Luciano Benetti. Qual a maneira mais eficiente de prover direitos fundamentais: uma perspectiva de direito e economia? In: SARLET, Ingo Wolfgang; TIMM, Luciano Benetti (Org.). *Direitos fundamentais*: orçamento e "reserva do possível". 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010. p. 51-62.

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