

O PRINCÍPIO DA VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL COMO GARANTIA DO NÚCLEO ESSENCIAL DO DIREITO FUNDAMENTAL À EDUCAÇÃO

*Cleiton Henning da Fonseca**

Resumo: A presente pesquisa trabalha o tema da vedação ao retrocesso social e sua relação com a proteção do núcleo essencial do direito fundamental à educação. Buscou-se no primeiro capítulo introduzir o paradigma do neoconstitucionalismo, demonstrando sua relevância para estudo dos direitos fundamentais. Na sequência expõe uma noção de direitos fundamentais, bem como a necessidade de proteção de ao menos um núcleo essencial desses direitos. Por fim delimita-se o núcleo do direito fundamental à educação. Outrossim, no segundo tópico foi abordado o princípio da vedação ao retrocesso social, delimitando seu objeto e seus fundamentos. No terceiro tópico analisa-se a relação do princípio da vedação ao retrocesso social com o núcleo essencial do direito à educação, concluindo que ele deve funcionar em dois ângulos: o primeiro como obrigação de continuidade da concretização das conquistas sociais alcançadas, em outras palavras deve-se assegurar o estado vigente de políticas públicas que são meios de efetivar o direito fundamental à educação; o segundo ângulo é relacionado aos atos praticados pelo legislador e gestor público, quando os atos mitigam ou suprimem políticas públicas, de modo a ferir o núcleo essencial do direito à educação, de maneira que o ato deve ser declarado inconstitucional. Conclui-se que o princípio da vedação ao retrocesso social é uma forma de garantir o núcleo essencial dos direitos fundamentais, especialmente quando se trata de direito fundamental à educação, devido a sua característica de direito que necessita de prestações estatais e sua elevada importância pelo fato de estar intrinsecamente ligado à dignidade da pessoa humana e aos objetivos fundamentais descritos na Constituição Federal.

Palavras-chave: Direito fundamental à educação. Direito constitucional. Princípio da vedação ao retrocesso social.

* Bacharel em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA), cursando a pós-graduação *lato sensu* em Direito constitucional na Academia brasileira de Direito Constitucional.

Abstract: This research work the issue of sealing the social regression and its relation to the protection of the essential core of the fundamental right to education. It sought in the first chapter introduce the paradigm of neoconstitutionalism, demonstrating its relevance to the study of fundamental rights. Following exposes a notion of fundamental rights and the need for protection of at least one essential core of those rights. Finally delimits up the core of the fundamental right to education. Furthermore, in the second chapter we have addressed the principle of sealing the social regression, delimiting its object and its foundations. In the third chapter analyzes the relationship of the principle of sealing the social regression with the core of the right to education, concluding that it should work in two angles: first as an obligation of continuing the implementation of social achievements, in other words must multi-lingual the current state of public policies that are means to accomplish the fundamental right to education; the second angle is related to the acts of the legislature and public manager when the acts mitigate or suppress public policies in order to hurt the core of the right to education, so that the act must be declared unconstitutional. We conclude that the principle of sealing the social regression is a way of ensuring the essential core of fundamental rights, especially when it comes to the fundamental right to education, due to its characteristic of law that requires state benefits and their high importance because to be intrinsically linked to human dignity and the fundamental objectives outlined in the Constitution.

Keywords: Fundamental right to education. Constitutional right. The principle of sealing the social retrogression.

1 Introdução

A presente pesquisa aborda um tema que vem adquirindo repercussão no campo jurídico, o princípio da vedação ao retrocesso social, analisando sua relação com o núcleo essencial do direito fundamental à educação, para fomentar o debate e se possível verificar se o referido preceito é suficiente para garantir o nível de concretização já alcançado.

A pesquisa justifica-se pelo fato de que a Constituição Federal estabelece diversos direitos sociais, dentre eles à educação. Os direitos sociais concretizam-

seatravés de prestações estatais positivas, ou seja, por políticas públicas que dependem da ação dos atores estatais conforme sua competência.

A Constituição, quando estabelece direitos prestacionais, impõe um dever de agir ao ator estatal, conforme o sentido de constituição dirigente de J. J. Gomes Canotilho ou estrita legalidade de Luigi Ferrajoli, sendo que ele deve legislar e administrar de modo a concretizar os direitos fundamentais, uma vez que sua ação é vinculada ao texto constitucional.

Entretanto, em determinados momentos como os de crise econômica os gestores tendem a cortar gastos aplicando medidas de austeridade, de maneira que os direitos sociais são severamente ameaçados pela busca de equilíbrio das contas públicas.

Expostas as razões que justificaram a presente pesquisa, demonstra-se como ela foi desenvolvida.

Na primeira parte, estabelece o atual modelo constitucional, a ênfase dos direitos fundamentais nesse modelo, a dificuldade de delimitar a abrangência e conteúdo de determinado direito fundamental, optando-se por delimitar o núcleo essencial do direito à educação, ou seja, aquela prestação mínima sem a qual o direito fundamental em análise tornar-se-ia mero enunciado normativo sem eficácia.

Na segunda parte analisa-se o princípio da vedação ao retrocesso expondo seus fundamentos, bem como demonstrando sua função e efeitos.

Por fim, na terceira parte busca-se analisar o papel do princípio da vedação ao retrocesso social, a fim de garantir o núcleo essencial do direito fundamental à educação.

2 A construção do neoconstitucionalismo e o direito fundamental à educação

2.1 Panorama do atual modelo constitucional

A Constituição passou por diversas transformações, inicialmente, considerava-se uma carta política, desprovida de força normativa servindo apenas de carta de boas intenções políticas sem efeitos práticos e exigibilidade jurídica. Porém, diante de necessidades e tensões sociais, ocorridas especialmente no século anterior, as constituições tiveram que se adaptar a novas realidades, as quais resultaram em movimentos de neoconstitucionalismo, conforme abordado a seguir.

Antes de adentrar no mérito do pós-positivismo e do neoconstitucionalismo, é preciso falar sobre a introdução da concepção contemporânea de direitos humanos, que tem como marco histórico a Declaração Universal de 1948, sendo reafirmada na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993 e influenciou fortemente o contexto constitucional.

Acerca do tema, deve-se lembrar da lição de Flávia Piovesan:

Essa concepção é fruto da internacionalização dos direitos humanos, que constitui um movimento extremamente recente na história, surgindo, a partir do Pós-Guerra, como resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo. Apresentando o Estado como o grande violador de direitos humanos, a Era Hitler foi marcada pela lógica da destruição e da descatabilidade da pessoa humana, que resultou no envio de 18 milhões de pessoas a campos de concentração, com a morte de 11 milhões, sendo 6 milhões de judeus, além de comunistas, homossexuais e ciganos. O legado do nazismo foi condicionar a titularidade de direitos, ou seja, a condição de sujeito de direito, ao pertencimento à determinada raça – a raça pura ariana. (PIOVESAN, 2012, p. 38-39)

As atrocidades ocorridas no período em que o regime nazista ocupou o poder, deixou um legado de violência e desrespeito pela dignidade do homem, que chegou ao ponto de retirar do homem, sua condição humana, tornando-o algo comparável a um semovente, um ser que se interpõe entre vivo e o morto.

A decadência do pensamento jurídico positivista é fruto de um desencantamento em torno do positivismo ideológico, fato que ensejou na crítica ao direito posto e abriu espaço para direitos humanos e fundamentais. George Marmelstein explica acerca do conteúdo positivismo “o direito positivo tem uma validade (força obrigatória) e suas normas devem ser obedecidas incondicionalmente pelas autoridades públicas e pelos cidadãos, independentemente de seu conteúdo.” (MARMELESTEIN, 2014, p.10) No positivismo jurídico a norma não detém um conteúdo ético intrínseco,

em oposição ao jusnaturalismo, no qual somente são direitos aqueles considerados justos, ou seja, com conteúdo ético intrínseco.

Hans Kelsen, explica o sentido de justiça na concepção positivista afirmando que o significado de justiça é legalidade, pois é justo que uma norma deva ser aplicada em todos os casos iguais, e injusto quando ela não seja aplicada em casos similares (KELSEN, 2005, p. 20). Desta forma, vê-se claramente que no positivismo que qualquer conteúdo pode vir a ser direito, fato que possibilitou a injustiça legal do Estado nazista.

Diante do desencantamento com o positivismo jurídico, muitos pensaram que haveria um retorno das doutrinas jusnaturalista. Mas, não foi o caso, como afirma George Marmelstein (2012, p.10), havendo uma releitura do direito positivo clássico, com uma inserção de valores morais, como a dignidade da pessoa humana, especialmente nas constituições, ou seja, o direito natural foi positivado.

O pós-positivismo tem como núcleo rígido a absorção de valores fundamentais na sociedade, através de normas jurídicas e reconhece eficácia normativa. Tais postulados são consagrados no texto constitucionais, estabelecendo direitos e garantias fundamentais.

Luís Roberto Barroso afirma que “o pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas.” (CLEVE; BARROSO, 2015, p. 335)

Embora no positivismo tradicional existem diversos métodos para resolver as lacunas, tais métodos podem ser insuficientes em casos limítrofes. Neste caso o pós-positivismo se destaca, pois, para a solução de casos difíceis, utiliza de normas abertas, ou seja, a interpretação é realizada por princípios jurídicos, fugindo de categorias metafísicas, ou extrajurídicas.

Robert Alexy faz uma breve comparação entre positivistas e não positivistas, sobre o fundamento das decisões, para os casos difíceis (ou duvidosos).

Quem identifica o direito com a lei escrita, ou seja, quem defende a tese do positivismo legal, deve afirmar que nos casos duvidosos, a decisão é determinada por fatores extrajurídicos. Totalmente diversa é a compreensão do não positivista. Como não identifica o direito com a lei, para ele, a decisão também pode ser determinada pelo direito, se a lei não estipular de modo coercitivo. Com efeito, as distintas concepções a respeito do que é direito não levam necessariamente a resultados distintos, mas podem levar. (ALEXY, 2009, p. 11-12)

Após breves comentários acerca da crise do positivismo e sobre o pós-positivismo, cabe estabelecer alguns aspectos relevantes do neoconstitucionalismo, de maneira que permita aprofundar o papel dos direitos fundamentais no ordenamento jurídico brasileiro.

No processo evolutivo do constitucionalismo, existe um traço constante, que persiste desde os primórdios, é a limitação do governo pelo Direito, as chamadas limitações constitucionais. (TAVARES, 2014, p. 34-35)

Durante o processo evolutivo o constitucionalismo ganha novos contornos, assumindo o papel principal nos ordenamentos jurídicos. Esse atual estágio de desenvolvimento do direito constitucional é denominado de neoconstitucionalismo. Embora seu conteúdo seja debatido, a seguir serão demonstrados os traços essenciais.

Paulo Gustavo Gonet Branco, leciona:

O instante atual é marcado pela superioridade da Constituição, a que se subordinam todos os poderes por ela constituídos, garantida por mecanismos jurisdicionais de controle de constitucionalidade. A Constituição, além disso, se caracteriza pela absorção de valores morais e políticos (fenômeno por vezes designado como materialização da Constituição), sobretudo em um sistema de direitos fundamentais autoaplicáveis. (MENDES; BRANCO, 2012, p. 61)

Desta forma, podemos sintetizar que o neoconstitucionalismo tem como característica a absorção de valores morais no texto constitucional, com o reconhecimento de validade e aplicabilidade direta; essas normas são princípios que consagram direitos e garantias fundamentais; a segunda característica é a expansão da jurisdição constitucional, especialmente através do controle de constitucionalidade; por fim, a elaboração de novas teorias e métodos para aplicação das normas constitucionais, pois os princípios consagrados na constituição tem por características valores morais positivados, conflitantes porque resultam de um processo democrático plural.

2.2 Direitos fundamentais

Ao longo do trabalho buscou-se estabelecer as linhas essenciais do neoconstitucionalismo, que se encontra em estágio de mutação e evolução. É sabido que nesse novo momento do direito constitucional, os direitos fundamentais ocupam no

ordenamento jurídico papel primordial e vinculam atores jurídicos e políticos ao texto constitucional.

J.J. Gomes Canotilho, define direitos fundamentais diferenciando-o dos direitos do homem. Segundo ele: “**direitos do homem** são direitos validos para todos os povos e em todos os tempos (dimensão jusnaturalista-universalista); **direitos fundamentais** são direitos do homem, jurídico-institucionalmente garantidos e limitados espacio-temporalmente.” (CANOTILHO, 2011, p. 393, grifo do autor). Desta forma, os direitos fundamentais são direitos do homem, garantidos dentro de um ordenamento jurídico.

Luigi Ferrajoli propõe um conceito formal ou estrutural de direitos fundamentais, para ele “são **direitos fundamentais** todos aqueles **direitos subjetivos** que correspondem universalmente a todos os seres humanos, enquanto dotados de **status** de pessoas, de cidadãos, ou seja, de pessoas com capacidade de agir.”¹ (FERRAJOLI, 2009, p. 19, tradução nossa e grifo do autor)

George Marmelstein (2014, p. 17), conceitua:

Os direitos fundamentais são normas jurídicas, intimamente ligadas à ideia de dignidade da pessoa humana e de limitação do poder, positivadas no plano constitucional de determinado Estado Democrático de Direito, que, por sua importância axiológica, fundamentam e legitimam todo o ordenamento jurídico.

Os três conceitos apresentam abordagens diferentes. Canotilho conceitua os direitos fundamentais, visualizando-os eles como direitos humanos positivados, enquanto Ferrajoli propõe um conceito formal que pode ser utilizado por qualquer ordenamento jurídico; já Marmelstein apresenta um conceito material que expõe a dignidade da pessoa humana como fundamento dos direitos fundamentais.²

¹ O autor entende por direito subjetivo qualquer expectativa positiva (de receber prestações) ou negativa (de não sofrer lesões) ligando uma norma a um sujeito; enquanto entende-se por estado a condição de um sujeito, frente a uma norma jurídica positiva, que estabelece condições para ser titular de situações jurídicas ou autor de atos que são exercidos. (FERRAJOLI, 2009, p. 19)

² Ao utilizar a dignidade da pessoa humana, como elemento do conceito dos direitos fundamentais permite a distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e material e direitos fundamentais em sentido meramente formal.

Nesse sentido, leciona Canotilho: “há direitos fundamentais consagrados na constituição que só pelo facto de beneficiarem da positivação constitucional merecem a classificação de constitucionais (e fundamentais); mas o seu conteúdo não se pode considerar materialmente fundamental;” (CANOTILHO, 2011, p. 406) Enquanto o referido autor entende como “direitos fundamentais materiais seriam, nesta perspectiva, os direitos subjetivamente conformadores de um espaço de liberdade de decisão e de auto realização, servindo simultaneamente para assegurar ou garantir a defesa desta subjetividade pessoal.” (CANOTILHO, 2011, p. 406). Ainda, Canotilho comenta sobre o critério elaborado por Vieira de Andrade, no qual propõe que todos os direitos ditos fundamentais que não pressuponha a ideia-princípio da

Nesse sentido, Konrad Hesse afirma que “os direitos fundamentais devem criar e manter as condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade da pessoa humana.” (BRENDA et al., 2001, p. 89, tradução livre)

É certo que o significado dos direitos fundamentais é variado e depende de fatores extrajurídicos, como a história e a cultura do povo ao qual os direitos fundamentais estão vinculados.

Entretanto, como leciona Konrad Hesse, os direitos fundamentais são fonte de legitimação do Estado. Desta forma, atuam na manutenção do consenso, de maneira que garantem a liberdade individual e a dignidade da pessoa humana, pois os direitos fundamentais influenciam todo o ordenamento jurídico. (BRENDA et al., 2001, p. 90)

Assim, conforme abordado acima, os direitos fundamentais dependem de características histórico-culturais dos povos, para compreensão de seu significado e alcance. Tradicionalmente a evolução dos direitos fundamentais é explicada através de gerações de direitos, assim como é feito com os direitos humanos.

George Marmelstein (2014, p.37) apresenta a sistematização de Karel Vasak sobre as gerações dos direitos. Segundo esta teoria a primeira geração são os direitos civis e políticos, fundamentados na liberdade; na segunda geração estão os direitos sociais, fundamentados na igualdade; a terceira geração de direitos fundamentais é marcada pelos direitos de solidariedade, fundamentados na fraternidade.

Nesse sentido, leciona Paulo Bonavides:

Os direitos fundamentais passaram na ordem institucional a manifestar-se em três gerações sucessivas, que traduzem sem dúvida um processo cumulativo e qualitativo, o qual, segundo tudo faz prever, tem por bússola uma nova universalidade: a universalidade material e concreta, em substituição da universalidade abstrata e, de certo modo, metafísica daqueles direitos, contida no jusnaturalismo do século XVIII. (BONAVIDES, 2004, p. 563, grifo nosso)

dignidade da pessoa humana, não devem ser considerados como direitos fundamentais, o que resultaria em uma teoria de direitos fundamentais não constitucionalmente adequada. (CANOTILHO, 2011, p. 407) Teoria que segundo o citado autor, não teria relevância prática, posto que a todos os direitos fundamentais em seu sentido formal e material, merecem igual consideração e respeito. (CANOTILHO, 2011, p. 407) neste sentido, George Marmelstein se posiciona favorável ao reconhecimento de todos os direitos fundamentais, mesmo sem ligação direta com o princípio da dignidade da pessoa humana, pois tal convicção traria segurança jurídica, evitando tentativas de mitigação de direitos fundamentais por razões ideológicas. (MARMELSTEIN, 2014, p. 20)

Exposto algumas noções elementares acerca dos direitos fundamentais, sem a pretensão de esgotar o tema devido sua complexidade ímpar, cabe discorrer sobre o direito fundamental à educação.

2.3 Núcleo essencial do direito fundamental à educação

Delimitar o conteúdo de um direito fundamental envolve diversos fatores, os quais não raras vezes aparecem em conflito decorrentes de casos concretos. De modo a permitir uma análise com determinado grau de segurança, a presente pesquisa delimita o núcleo essencial do direito fundamental à educação, em outros termos busca-se delimitar aquela parcela mínima do direito fundamental que deve ser garantida sob pena de violar também a dignidade da pessoa humana.

A educação é um direito fundamental, positivado em nossa Constituição no artigo 6º, *caput* e no artigo 205, *caput*. Ele é considerado um direito de segunda geração, ou seja, um direito social que impõe um dever do Estado para sua persecução. Mas, como direito social enfrenta obstáculos a sua efetivação, embora seja elemento essencial para consolidação da cidadania de cada indivíduo.

Zulmar Fachin leciona acerca da relevância do direito à educação, destacando a lição de Helder Baruffi.

Registre-se que o direito à educação transcende o indivíduo, visto que interessa a outras dimensões sociais. Conforme Helder Baruffi, “A educação é um direito complexo, porque é objeto de várias pretensões de direito: dos pais, dos governos, das religiões, dos educandos. A educação se apresenta como um interesse não apenas do sujeito individualmente considerado, mas como um direito coletivo, próprio da sociedade”. (FACHIN, 2015)

Nesse sentido, cabe lembrar a lição de Konrad Hesse sobre direitos fundamentais sociais, como garantia das bases em que assentam a existência individual (BRENDA et al., 2001, p. 97). Portanto, em sua ausência pode o indivíduo solicitar judicialmente a prestação positiva devida, por se tratar de direito subjetivo, nos termos do art. 208, VII, § 1º da Constituição Federal.

De modo a reforçar a importância da educação ao indivíduo e à sociedade Carlos Roberto Jamil Cury pontua: “a educação escolar é uma dimensão fundante da cidadania, e tal princípio é indispensável para políticas que visam à participação de todos nos espaços sociais e políticos e, mesmo, para reinserção no mundo profissional.” (CURY, 2002, p. 245)

Ainda, no que se refere à importância da educação para o pleno desenvolvimento do ser humano, Ricardo Lobo Torres coloca a educação como *conditio sine qua non* para exercício das liberdades básicas, conforme se extrai deste excerto: “a liberdade de expressão, por exemplo, só se afirma se as pessoas souberem ler e escrever, donde se conclui que o ensino da leitura e da escrita é mínimo existencial.” (SARLET, et al 2003, p. 5)

Logo, da leitura dos dispositivos constitucionais, pode-se notar alguns aspectos essenciais como a universalidade do direito, o dever estatal e solidário com a família, além do papel da sociedade como promotor e colaborador.

Dentre os elementos presentes no 205, *caput* da Constituição Federal um que merece reconhecimento é o objetivo do fornecimento de educação. Este objetivo é o pleno desenvolvimento da pessoa, de maneira que cria um vínculo intrínseco com a dignidade da pessoa humana.

Além disso, a Constituição Federal deixa claro que a educação é elemento necessário ao acesso à cidadania, bem como a uma tentativa de igualdade para colocação no mercado de trabalho. Logo, promover o direito fundamental à educação é uma maneira de cumprir o objetivo insculpido no artigo 3º, I da Constituição Federal, ou seja, de construir uma sociedade livre, justa e solidária.

Posto isto, ainda é necessário fazer algumas ressalvas, pois como trata-se de um direito fundamental que impõe uma obrigação ao Estado e os recursos são escassos, devendo-se analisa-lo com cautela. De modo a elucidar a problemática, será necessário demonstrar alguns pontos históricos, demonstrando a falta de consideração em relação a educação no Brasil.

A educação primária no Brasil, mesmo depois de meio século da independência em 1822, era excludente em relação a diversos grupos, devido a visões discriminatórias, sendo vedada a negros escravos, aos índios e ainda que não proibido para as mulheres elas sofreram diversos entraves para obtê-la. (CURY, 2002, p. 258)

No Brasil, o ensino fundamental somente é reconhecido como um direito apenas em 1934, sendo que em 1967, sofre uma alteração na qual passa a ser obrigatório durante 8 anos e não mais em 4 anos (CURY, 2002, p. 259). Ademais, somente pela Constituição de 1988 é erigido com status de norma fundamental.

A regulamentação constitucional do direito à educação, atualmente, se restringe à educação básica, compreendida da pré-escola ao ensino médio. Andréa Zacarias Vieira delinea o regime constitucional à educação básica:

A educação formal básica abrange três níveis de ensino: infantil, fundamental e médio. Com relação à educação infantil, a mesma consiste na devida oferta de creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade, conforme redação do art. 208, IV, da CF/1988. O ensino fundamental inicia-se a partir dos seis anos de idade, e tem duração de nove anos, nos termos do art. 32 da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional). A última etapa do denominado ensino básico reside no ensino médio, cuja duração mínima deverá ser de três anos, nos moldes do art. 35 da Lei 9.393/1996. (VIEIRA, 2012)

Posto isto, pode-se afirmar que o núcleo essencial do direito fundamental à educação é a garantia da educação formal básica com padrão de qualidade. Entretanto, em relação à qualidade existem sérios problemas para sua aferição, pois faltam critérios seguros, bem como, as desigualdades regionais e culturais dificultam a obtenção de dados seguros, conforme apontado por Romualdo Portela de Oliveira, Gilda Cardoso de Araujo. (OLIVEIRA; ARAUJO, 2005)

Assim como outros direitos igualmente fundamentais, à educação existem problemas para identificação do seu conteúdo, tanto que no presente trabalho delimitou-se o núcleo essencial, ou seja, aquele conteúdo mínimo indisponível sem o qual o direito fundamental em questão estaria totalmente esvaziado.

São diversos fatores que influem para delimitação e definição dos direitos fundamentais, sendo que os direitos fundamentais são inseparáveis de suas limitações; afinal não existe possibilidade fática de um direito fundamental ser considerado de maneira ilimitada e absoluta. (SANTIAGO, 2014, p. 88)

A concepção da existência de um núcleo essencial de direitos fundamentais de dimensão objetiva, é uma forma de garantir um mínimo de proteção dos direitos fundamentais.³

³ Dessa forma, tal teoria afasta-se da noção subjetiva do núcleo essencial de direitos fundamentais, sendo expreso pela teoria relativa.

A perspectiva adotada na presente pesquisa, foi da dimensão objetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais, sendo explicada por Denny Mendes Santiago:

Segundo tal perspectiva, ao contrário da subjetivista (que considera o conteúdo essencial sob o enfoque de um direito fundamental subjetivo do indivíduo), os direitos fundamentais possuiriam um núcleo essencial pertencente ao ordenamento como um todo, relativo à coletividade, não se referido, portanto, às expectativas subjetivas e individuais de um só sujeito, mas à ordem jurídica tomada em seu aspecto objetivo. **Tendo em vista tal acepção objetiva do núcleo essencial dos direitos fundamentais, podemos considerar a possibilidade de um conteúdo mínimo absoluto desses direitos, impassível de limitações.** (SANTIAGO, 2014, p. 91, grifo nosso)

Ainda de modo elucidativo J.J. Gomes Canotilho, expõe a importância da premissa do núcleo essencial como “o recorte de um ‘núcleo essencial’ de direitos, liberdades e garantias perfilava-se como o último reduto de garantia contra as leis e medidas agressivamente restritivas desses direitos.” (CANOTILHO, 2008, p.261)

Diante dessas considerações, o direito fundamental à educação deve ser entendido sob prisma da teoria do núcleo essencial objetivo, sob pena de no caso concreto ter seu conteúdo jusfundamental totalmente esvaziado, pois, por consequência e de forma reflexa haveria violação de outros direitos fundamentais, como dignidade da pessoa humana, visto que a educação é condição necessária para correto o desenvolvimento do ser humano, enquanto sujeito de direitos.

Fixa-se o recorte teórico no núcleo essencial do direito fundamental à educação, com o fornecimento de educação básica com garantias mínimas de qualidade, como forma de resguardar e cumprir os objetivos fundamentais do Estado, previsto no art. 3º da Constituição Federal, além de garantir o pleno desenvolvimento do sujeito de direitos.

3 Princípio da vedação ao retrocesso social

O princípio da vedação ao retrocesso social, encontra-se implícito na ordem constitucional. O referido princípio expressa a ideia de que as conquistas, obtidas às

Denny Mendes Santiago leciona sobre a teoria relativa dos direitos fundamentais: “tal entendimento de certa corrente da teoria relativa (do qual são adeptos Alexy e Virgílio Afonso da Silva) que admite como possível a relativização total dos direitos fundamentais a ponto de que, em alguns casos, nada lhes reste de seu conteúdo.” (SANTIAGO, 2014, p. 100)

duras penas, frutos de tensões sociais como os direitos trabalhistas, devem ser no mínimo preservados.

O conteúdo do princípio em pauta é explicado por J.J. Gomes Canotilho,

A ideia aqui expressa também tem sido designada como proibição de “contrarrevolução social” ou da “evolução reaccionária”. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direitos dos trabalhadores, direito à assistência, direito à educação), uma vez alcançados ou conquistados, passam a constituir, simultaneamente uma garantia institucional e um direito subjectivo. Desta forma, e independentemente do problema fáctico da irreversibilidade das conquistas sociais (existem crises, situações económicas difíceis, recessões económicas), o princípio em análise justifica, pelo menos, a subtração à livre e oportunistica disposição do legislador, da diminuição de direitos adquiridos [...]. O reconhecimento desta protecção de direitos prestacionais de propriedade, subjectivamente adquiridos, constituiu um limite jurídico do legislador, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente. Esta proibição justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada justiça social [...]. (CANOTILHO, 1995, p. 468-469)

A adoção desse posicionamento pressupõe o que Canotilho denomina de Constituição dirigente, no qual, em síntese, as normas constitucionais vinculam o legislador e os operadores do direito (CANOTILHO, 2011). Luigi Ferrajoli assemelha seu pensamento de vinculação do legislador à promoção das normas constitucionais, especialmente os direitos fundamentais quando se refere à democracia substancial, em outras palavras quando impõe uma legalidade material (FERRAJOLI, 2009, p. 53-54).

Lênio Luís Streck, de forma implícita, reconhece o princípio da vedação ao retrocesso:

Dito de outro modo, a Constituição não tem somente a tarefa de apontar para o futuro. Tem, igualmente a relevante função de proteger os direitos já conquistados. Desse modo, mediante a utilização da principiologia constitucional (explícita ou implícita), é possível combater alterações feitas por maiorias políticas eventuais, que legislando na contramão da programaticidade constitucional, retiram (ou tentam retirar) conquistas da sociedade. (STRECK, 2003, p. 53)

Desta forma, o princípio em análise constitui uma tentativa de barrar as flexibilizações, mitigações de direitos fundamentais. Embora, normalmente a ideia seja vinculada exclusivamente ao legislador seja no âmbito ordinário ou no poder constitucional de reforma, ele deve alcançar os demais operadores do direito como os do poder executivo e judiciário. Atualmente, o princípio da vedação ao retrocesso

social⁴ vem sendo aplicado pelo judiciário na área da educação e na trabalhista. Mas, o princípio não se limita a essas áreas, de modo a ser aplicado, inclusive em matéria sucessória.

Em que pese a dificuldade teórica de delimitar o conteúdo jurídico do princípio da vedação ao retrocesso social, pode-se afirmar que é uma forma de defesa dos progressos sociais alcançados, uma vez que tais progressos são a efetivação das prestações estatais impostas pelo texto constitucional.

Em outras palavras trata-se de uma vedação a ações ou omissões estatais que resultem em redução ou extinção de direitos fundamentais sociais pelos atores jurídicos, que resulta em inconstitucionalidade das medidas que venham ameaçar as prestações adquiridas, uma vez que essas prestações vêm efetivar as razões descritas no art. 3º da Constituição Federal.

Nesse sentido, é importante a lição de Ingo Wolfgang Salet:

Importa relembrar, nesta quadra, a oportuna lembrança de Cármen Lúcia Antunes Rocha, que, ao sufragar o princípio da proibição de retrocesso, afirmou que "as conquistas relativas aos direitos fundamentais não podem ser destruídas, anuladas ou combatidas, por se cuidarem de avanços da humanidade, e não de dádivas estatais que pudessem ser retiradas segundo opiniões de momento ou eventuais maiorias parlamentares". Tal assertiva merece ser levada ainda mais a sério quando estiver em causa o núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, especialmente no que diz com a salvaguarda do mínimo existencial, em outras palavras, do conjunto de condições para uma vida saudável e, portanto, para uma vida com dignidade, tal qual sustentado ao longo do presente ensaio. (SARLET, 2006)

De modo a compreender a relevância do princípio em sua totalidade, deve-se analisar os fundamentos justificadores do instituto em apreço, uma vez que ele constitui uma proteção aos direitos sociais, os quais naturalmente encontram barreiras para sua efetivação, entre elas a reserva da lei, a reserva orçamentaria e a vontade política⁵.

⁴ CF. **STF - ARE: 639337 SP**, Relator: Min. CELSO DE MELLO, Data de Julgamento: 23/08/2011, Segunda Turma, Data de Publicação: Dje-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011; **TRT-3 - RO: 00726201301803007 0000726-57.2013.5.03.0018**, Relator: Convocada Martha Halfeld F. de Mendonca Schmidt, Setima Turma, Data de Publicação: 18/07/2014 17/07/2014; **STJ - REsp: 1472945 RJ 2013/0335003-3**, Relator: Ministro RICARDO VILLAS BÓAS CUEVA, Data de Julgamento: 23/10/2014, T3 - TERCEIRA TURMA, Data de Publicação: Dje 19/11/2014

⁵ Acerca das dificuldades de efetivação dos direitos fundamentais, Canotilho leciona: "Através do apelo à pluridimensionalidade dos direitos fundamentais, expressa no reconhecimento de uma dimensão subjectiva do direito a prestações e na ideia de uma dimensão programática-normativa (imposições dos fins e tarefas do Estado), verifica-se que os magros resultados que se chega no plano de uma estrita

3.1 Fundamento na segurança jurídica

Atualmente, embora haja discussões, pode-se afirmar que o paradigma dominante é do Estado Democrático de Direito, ainda que se argumente que o paradigma seria de um Estado Socioambiental de Direito, um Estado Constitucional de Direito, entre outras denominações. A despeito das divergências ambos podem ser compreendidos dentro do Estado Democrático de Direito sob a concepção de democracia material e/ou constitucionalismo dirigente, expostas por Luigi Ferrajoli e J.J. Gomes Canotilho.

Assim sendo, na lógica de um Estado regido através de leis, a segurança jurídica é um princípio estruturante do Estado de Democrático Direito, desde sua origem no *Rechtssat* ou mesmo *Rule of Law*.

A segurança jurídica guarda estreita relação com princípio da vedação ao retrocesso social. Sendo possível apontar como um dos fundamentos do referido princípio, de modo que é possível considerar como fundamento do princípio.

Ingo Wolfgang Sarlet comenta sobre o papel da segurança jurídica:

Convém, lembrar que, havendo (ou não) menção expressa no âmbito do direito positivo a um direito à segurança jurídica, de há muito, pelo menos no âmbito do pensamento constitucional contemporâneo, se enraizou a ideia de que um autêntico Estado de Direito é sempre também -pelo menos em princípio e **num certo sentido** - um Estado de segurança jurídica, já que, do contrário, também o "governo das leis" (até pelo fato de serem expressão da vontade política de um grupo) poderá resultar em despotismo e toda a sorte de iniquidades. Com efeito, a doutrina constitucional contemporânea tem considerado a segurança jurídica como expressão inarredável do Estado de Direito, de tal sorte que a segurança jurídica passou a ter status de subprincípio concretizador do princípio fundamental e estruturante do Estado do Direito. (SARLET, 2007, p. 450, grifo do autor)

<<argumentação do Estado de Direito>> não significam a minimização do significado dos direitos a prestações no plano democrático-constitucional. Significa também que, mais uma vez, a realização da constituição dirigente não pode aquilatar-se através da dissolução do potencial da ação político-democrática numa <<curta>> mentalidade de prestações subjectivas, individualmente accionáveis. A <<perda de justiciabilidade>> e a colocação dos direitos a prestações dentro da <<reserva do possível>> e da <<reserva da lei>> devem ser compensadas por uma intensificação de participação democrática na política dos direitos fundamentais. (CANOTILHO, 2002, p. 377)

O paradigma de um Estado Democrático de Direito encontra sua razão de existir na efetivação de proposições constitucionalmente positivadas, conforme dispõe o art. 3º da Constituição Federal.

A segurança jurídica é vital, de modo a permitir certo grau de estabilidade nas relações sociais e assim permitir a efetivação dos objetivos constitucionais. No texto constitucional inexistente menção à segurança jurídica, aparecendo somente a expressão segurança em sentido amplo, conforme art. 5º da Constituição Federal e alguns dispositivos decorrentes dispostos nos incisos XXXVI e XXXIX ambos do artigo retro mencionado.

Segundo se extrai da obra de J.J. Gomes Canotilho, a segurança jurídica exige dois requisitos a estabilidade e previsibilidade (CANOTILHO, 1995, p. 380).

Logo, a segurança jurídica é um dos fundamentos do princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que ele busca vedar práticas lesivas aos direitos sociais alcançados, de modo a garantir certo grau de estabilidade e previsibilidade. Por certo o princípio não é absoluto, mas ao menos deve servir para garantir o núcleo essencial dos direitos sociais fundamentais.

3.2 Fundamento da dignidade da pessoa humana

Examinado as linhas gerais da segurança jurídica, resta abordar o princípio dignidade da pessoa humana, pois ele também seria um fundamento do princípio da vedação ao retrocesso social.

A dignidade da pessoa humana pode ser alçada como fundamento do princípio da vedação ao retrocesso social, uma vez que, como expõe Ingo Wolfgang Sarlet, ausente a segurança jurídica, inexistente meios adequados para desenvolvimento pleno do ser humano.

Nesse sentido:

Considerando que também a segurança jurídica coincide com uma das mais profundas aspirações do ser humano, viabilizando, mediante a garantia de uma certa estabilidade das relações jurídicas e da própria ordem jurídica como tal, tanto a elaboração de projetos de vida, bem como a sua realização, desde logo é perceptível o quanto a ideia de segurança jurídica encontra-se umbilicalmente vinculada à própria noção de dignidade da pessoa humana. (SARLET, 2006)

Entende-se a dignidade da pessoa humana à luz do conceito elaborado por Ingo Wolfgang Sarlet como qualidade intrínseca e inefestável presente em qualquer ser humano, que obriga a coletividade (Estado e comunidade) ensejando uma série de

direitos e deveres fundamentais, com o fim de promover a condições mínimas de desenvolvimento e manutenção de uma vida saudável. (SARLET, 2006)

O conceito da dignidade da pessoa humana decorre da construção histórica ocidental, marcadamente inspirada pelo pensamento kantiano.

Ademais, o conceito foi retomado após atrocidades, ocorridas durante a 2º guerra mundial, de modo a tentar evitar novas barbáries. O conceito da dignidade da pessoa humana foi elevado a princípio jurídico inicialmente em sede internacional (tratados de direitos humanos e humanitários) e em nível interno através da positivação no texto constitucional.

Luiz Rizzatto Nunes identifica dois elementos indivisíveis da dignidade da pessoa humana, sendo eles que a dignidade é inerente a todos os seres humanos, e a garantia de condições mínimas, as quais possibilitem as pessoas terem uma vida digna. (NUNES, 2010)

De modo a elucidar o conceito de dignidade da pessoa humana, torna-se oportuno citar alguns excertos de casos do Supremo Tribunal Federal:

"A 'escravidão moderna' é mais sutil do que a do século XIX e o cerceamento a liberdade pode decorrer de diversos constrangimentos econômicos e não necessariamente físicos. **Priva-se alguém de sua liberdade e de sua dignidade tratando-o como coisa, e não como pessoa humana**, o que pode ser feito não só mediante coação, **mas também pela violação intensa e persistente de seus direitos básicos, inclusive do direito ao trabalho digno**. A violação do direito ao trabalho digno impacta a capacidade da vítima de realizar escolhas segundo a sua livre determinação. Isso também significa 'reduzir alguém a condição análoga à de escravo'." (STF, Inq 3.412, rel. p/ o ac. min. Rosa Weber, julgamento em 29-3-2012, Plenário, DJE de 12-11-2012., grifo nosso).

De igual forma,

"A cláusula da reserva do possível – que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição – **encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.** (...) A noção de 'mínimo existencial', que resulta, por implicitude, de determinados preceitos constitucionais (CF, art. 1º, III, e art. 3º, III), compreende um complexo de prerrogativas cuja concretização revela-se capaz de garantir condições adequadas de existência digna, em ordem a assegurar, à pessoa, acesso efetivo ao direito geral de liberdade e, também, a prestações positivas originárias do Estado, viabilizadoras da plena fruição de direitos sociais básicos, tais

como o direito à educação, o direito à proteção integral da criança e do adolescente, o direito à saúde, o direito à assistência social, o direito à moradia, o direito à alimentação e o direito à segurança. Declaração Universal dos Direitos da Pessoa Humana, de 1948 (Artigo XXV)." (STF, ARE 639.337-AgR, Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011, Segunda Turma, DJE de 15-9-2011., grifo nosso)

Em ambos casos citados, houve violação da dignidade da pessoa humana. No primeiro caso, o particular violou condições básicas inerentes ao ser humano, como o trabalho digno, no momento que reduziu o empregado à condição análoga a de escravo.

Enquanto no segundo caso, houve violação por omissão estatal, que deixou de prestar os direitos sociais devidos, violando a noção de mínimo existencial, ideia que visa garantir prestações mínimas, as quais ausentes violam a dignidade da pessoa humana.

Portanto, a partir dessas considerações pode-se afirmar que a dignidade da pessoa humana é fundamento do princípio da vedação ao retrocesso social. Pelo fato de que a oferta incipiente das prestações devidas e estabelecidas pelo texto constitucional, através dos direitos fundamentais sociais, violam a dignidade da pessoa humana. Outrossim, a retirada arbitrária ou a diminuição de direitos sociais violaria a dignidade da pessoa humana.

4 Princípio da vedação ao retrocesso social como garantia ao núcleo essencial do direito fundamental à educação

Por fim, após traçar os elementos básicos e necessários à delimitação das noções do princípio da vedação ao retrocesso social e do núcleo essencial do direito fundamental à educação, passa-se à análise conjunta destes conceitos.

O princípio da vedação ao retrocesso social, conforme exposto ao longo do trabalho, é um princípio jurídico que impõe um dever de respeito aos direitos sociais fundamentais efetivados. Caso exista uma norma que restrinja substancialmente ou exclua os direitos sociais conquistados, deverá ser declarada inconstitucional.

No caso concreto a seguir, embora não envolva o direito à educação, serve de subsídio para as considerações em relação ao princípio da vedação ao retrocesso social.

Verifica-se que uma lei estadual restringe o acesso à saúde de servidores públicos, de modo a violar o direito à saúde. Desta forma foi julgada inconstitucional por aplicação ao princípio da vedação ao retrocesso social e violação ao direito de saúde:

ACÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI ESTADUAL Nº 12.351/2011. ALEGADA OFENSA AOS ARTIGOS 4º, I E V E 223, DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DA BAHIA. PRELIMINARES. INÉPCIA DA INICIAL. IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DO PEDIDO. INCOMPETÊNCIA DO TRIBUNAL. REJEIÇÃO. MÉRITO. INCLUSÃO DE FATOR MODERADOR NO SISTEMA DE ASSISTÊNCIA À SAÚDE DOS SERVIDORES PÚBLICOS ESTADUAIS. VIOLAÇÃO AO DIREITO CONSTITUCIONAL À SAÚDE.

VEDAÇÃO AO RETROCESSO SOCIAL. INCONSTITUCIONALIDADE RECONHECIDA. AÇÃO JULGADA PROCEDENTE. A edição de lei estadual que prevê limitação ao atendimento médico de servidores públicos do Estado da Bahia através da instituição de “fator moderador”, representa retrocesso social e restringe o direito à saúde garantido pela Constituição Estadual, devendo ser afastada do ordenamento jurídico pátrio por vício de inconstitucionalidade. (TJ-BA - ADI: 00130076420118050000 BA 0013007-64.2011.8.05.0000, Relator: Carlos Alberto Dutra Cintra, Data de Julgamento: 01/08/2012, Tribunal Pleno, Data de Publicação: 17/11/2012)

No contexto da decisão, o princípio da vedação ao retrocesso teve o papel de garantia do status vigente, uma vez que preserva o direito à saúde no momento que declara inconstitucional a lei que limita direitos fundamentais, ou seja, garante a manutenção do *status quo ante* de efetivação do direito social. Exemplificado com caso envolvendo o direito à saúde, cabe analisar a aplicabilidade em face do direito fundamental à educação, especificamente seu núcleo essencial.

Conforme delimitado, o direito fundamental à educação corresponde à garantia da educação básica garantido padrão mínimo de qualidade, conforme preconiza os artigos 205 a 214 da Constituição Federal.

O direito à educação abrange outros aspectos, além da educação básica como o ensino superior e é possível imaginar outras formas de educação, para além da educação básica formal, que possam estar abrangidas dentro do direito à educação.

Apesar desta percepção abrangente, a posição adotada no presente trabalho como núcleo essencial é exposta por Andréa Zacarias Vieira no qual delinea o regime constitucional à educação básica:

A educação formal básica abrange três níveis de ensino: infantil, fundamental e médio. Com relação à educação infantil, a mesma consiste na devida oferta de creche e pré-escola às crianças até cinco anos de idade, conforme redação do art. 208, IV, da CF/1988. O ensino fundamental inicia-se a partir dos seis anos de idade, e tem duração de nove anos, nos termos do art. 32 da Lei 9.394/1996 (Lei de Diretrizes e Base da Educação Nacional). A última etapa do denominado ensino básico reside no ensino médio, cuja duração mínima deverá ser de três anos, nos moldes do art. 35 da Lei 9.393/1996. (VIEIRA, 2012)

A educação formal não se limita ao ensino básico, tanto que no texto constitucional existe a previsão sobre linhas gerais do ensino universitário, sua admissão, estrutura e organização, nos termos dos artigos 208, I, 207 e 206 da Constituição Federal.

De forma que o núcleo essencial do direito fundamental à educação compreende-se na oferta regular e de qualidade do ensino básico, devendo ser

assegurado pelo Estado através de políticas públicas⁶, podendo ser reclamado judicialmente em caso de violação, existindo a possibilidade de responsabilização do agente público que deveria implementar tal direito.

Nesse sentido, Zulmar Fachin leciona:

O direito fundamental social de acesso à educação pode ser exigido e efetivado judicialmente, quando não tiver sido atendido pelos órgãos administrativos e legislativos. É imprescindível que cada pessoa, em idade escolar ou não, tenha acesso ao conhecimento. [...] Nesse sentido, os Poderes Legislativo e Executivo têm o dever de criar as condições para assegurar o efetivo acesso à educação. Diante da omissão desses poderes, cabe ao Poder Judiciário garantir a concretização desse direito fundamental. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal: “A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). Embora resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, determinar, ainda que em bases excepcionais, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas pelos órgãos estatais inadimplentes, cuja omissão – por importar em descumprimento dos encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter mandatário – mostra-se apta a comprometer a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional.” (FACHIN, 2015)

O núcleo essencial de um direito fundamental representa o mínimo necessário à dignidade da pessoa humana, nesse sentido tal pensamento confunde-se com a ideia de mínimo existencial.

Thadeu Weber, analisando a noção do mínimo existencial a partir da obra de John Rawls, afirma que:

do ponto de vista jurídico, falamos de um “mínimo existencial” estamos tratando de algo intrinsecamente ligado à realização dos direitos fundamentais, que representam a concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. A ideia que o norteia refere-se à

⁶ Livia Regina Savergini Bissoli Lage, define política pública como “um programa de governo para se alcançar a efetivação desse direito.” (GRINOVER; WATANABE, 2013, p. 162); enquanto Maria Paula Dallari, conceitua política pública: “é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados- processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamento, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados. Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento dos resultados. (BUCCI, 2006, p. 218)

preservação e garantia das condições e exigências mínimas de uma vida digna. Isso significa dizer que o direito ao mínimo existencial está alicerçado no direito à vida e na dignidade da pessoa humana. (WEBER, 2013).

A educação é condição indissociável para uma vida digna, uma vez que o exercício da cidadania depende de uma educação com mínimo de qualidade a possibilitar pleno desenvolvimento da pessoa no meio social.

Carlos Alberto Jamil Cury ressalta a importância da escola:

A importância do ensino primário tornado um direito imprescindível do cidadão e um dever do Estado impôs a gratuidade como modo de torná-lo acessível a todos. Por isso, o direito à educação escolar primária inscreve-se dentro de uma perspectiva mais ampla dos direitos civis dos cidadãos (CURY, 2002).

Entretanto, embora a oferta educacional seja deficitária tanto em número de vagas, quanto em qualidade, as conquistas sociais alcançadas hodiernamente devem ser preservadas, especialmente em momento de crise econômica.

Desta forma, o princípio da vedação ao retrocesso social funciona como vedação à diminuição ou exclusão da oferta do serviço público da educação básica.

O foco do princípio é o agir do legislador, uma vez que ele tem competência para editar leis. Entretanto, a abrangência do princípio deve ser estendida ao administrador público, pelo fato de que a lei estabelece diretrizes gerais, mas não especifica onde serão as escolas, quantos alunos por sala, salário dos educadores de forma tão minuciosa. Não se detalhe como deve ser efetivado o direito fundamental à educação, de maneira que geralmente esses detalhamentos dependem das políticas públicas implementadas discricionariamente.⁷

O caminho para a concretização dos direitos fundamentais prestacionais, dependem de diversos fatores, entre eles a ação do legislativo e do executivo.

A ação perante a função executiva, na maioria dos casos depende, dos atos discricionários, os quais conforme Irene Patrícia Nohara são pautados por juízo de

⁷ Atos discricionários são aqueles para os quais a lei abre oportunidade para que o gestor público escolha entre as hipóteses possíveis, ficando a cargo das situações fáticas de como concretizar o mandamento estabelecido em lei. Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, a discricionariedade acompanha a limitação (finitude) da mente humana que não consegue identificar de forma objetiva, todas as hipóteses normativas idôneas para solucionar as situações vivenciadas no cotidiano da esfera administrativa (BANDEIRA DE MELLO, 2008, p. 949). De maneira que o poder discricionário é o reconhecimento da limitação da capacidade do legislador de antever as dinâmicas variáveis, que ocorrem no dia-a-dia da sociedade.

mérito, ou seja, utiliza-se critérios de conveniência e oportunidade. (NOHARA, 2013, p. 115)

Porém, quando o legislador já criou leis obrigando a administração pública, ou o gestor através de seu poder discricionário, agindo de maneira a concretizar o direito fundamental à educação, tem-se o imperativo da Constituição Federal que determina a efetivação do direito. De maneira que leis ou atos administrativos que suprimem de modo substancial ou excluam as conquistas sociais alcançadas, sendo neste caso aquelas atinentes ao núcleo essencial do direito fundamental à educação, por consequência violam o princípio da vedação ao retrocesso social, devendo ser declarados inconstitucionais.

Imagine-se que uma Lei X do estado Y determine que o fornecimento de materiais utilizados para educação será deixará de ser entregue gratuitamente, bem como o número de alunos por sala serão aumentados, entre outras modificações que diminuam sensivelmente a qualidade do ensino básico.

A lei hipotética, ao diminuir sensivelmente a qualidade de ensino, prejudica os estudantes, ferindo assim o núcleo essencial do direito fundamental à educação, por consequência viola a dignidade da pessoa humana, pelo fato de diminuir as chances do pleno desenvolvimento do cidadão através da educação.

Assim, em um possível julgamento deveria a lei hipotética ser declarada inconstitucional, retornando ao estado anterior com fundamento no princípio da vedação ao retrocesso social.

Outrossim, a título exemplificativo um gestor público dentro de sua competência, por ato dicionário Z, pautado por critérios de conveniência e oportunidade, determina o fechamento de escolas, revogando atos discricionários anteriores, derivados de planos de políticas públicas antigos, de modo a obrigar estudantes a um deslocamento maior, inclusive causando abandono escolar por alguns alunos, devido a distância do novo colégio, deverá ser anulado.

Aumentar o número de alunos por sala, gerar corte no quadro de educadores, de modo a diminuir a qualidade de ensino, devido a diminuição da oferta do ensino, uma vez que houve fechamento de determinada escola, gere prejuízo e assim como, no caso concreto ensejaria a inconstitucionalidade do referido ato normativo, ante a violação do princípio da vedação ao retrocesso social conforme fundamentos acima expostos.

Portanto, o princípio da vedação ao retrocesso social é um dos instrumentos de proteção do núcleo essencial do direito fundamental à educação, compreendido como oferta de ensino básico de qualidade. Ocorrendo hipóteses que resultem em supressão ou diminuição das prestações devidas pelo estado, deve o ato ser declarado.

5 Considerações Finais

A presente pesquisa tratou de analisar o princípio da vedação ao retrocesso social como garantia ao núcleo essencial do direito fundamental à educação.

Primeiramente, o atual paradigma estatal é calcado em um modelo neoconstitucionalista, de prevalência dos direitos fundamentais. Desta forma, segundo autores como J.J. Gomes Canotilho, a Constituição pode ser vista como dirigente, uma vez que impõe limites e direciona a ação do legislador, bem como do gestor público.

Exposta a complexidade dos direitos fundamentais, bem como a impossibilidade de esgotamento do tema no presente artigo, optou-se por estabelecer o núcleo essencial de um direito fundamental social, neste caso à educação.

A ideia de núcleo essencial caracteriza-se como uma parcela mínima inflexível do direito fundamental analisado, uma vez que permitir a flexibilização de um direito fundamental para além do núcleo essencial, seria retirar toda a eficácia e o suporte fático daquele direito, de modo a não existir nada além de palavras escritas no papel sem qualquer relevância fática/jurídica.

Deste modo o núcleo essencial do direito fundamental à educação, consiste na oferta regular e de qualidade da educação básica, compreendido como o ensino infantil, fundamental e médio.

O princípio da vedação ao retrocesso social é uma forma de garantir os direitos fundamentais sociais já concretizados, uma vez que eles são avanços sociais, voltados para cumprir objetivos do Estado previsto na Constituição e não raras vezes sua oferta deficitária por si só ofende, além do próprio direito à educação, a dignidade da pessoa humana.

O princípio da vedação ao retrocesso social atua em duas camadas de proteção/abrangência: i) a primeira de caráter inibitório, advertindo da impossibilidade

de medidas restritivas aos direitos fundamentais, especialmente em relação ao núcleo essencial dos direitos fundamentais; ii) a segunda camada de proteção serve de fundamento para declarar a lei ou ato administrativo que diminua desarrazoadamente ou interrompa a prestação do direito fundamental, uma vez que as conquistas sociais não podem ser alteradas ao bel prazer do legislador ou gestor da coisa pública, de modo que seu papel deve ser exercido dentro de diretrizes constitucionais, que impõe o dever de concretização dos direitos fundamentais sociais.

Por fim, analisou a relação entre o princípio da vedação ao retrocesso social e o núcleo essencial do direito à educação, concluindo-se que o princípio da vedação ao retrocesso social serve para preservar o estado atual de concretização do direito à educação, que embora seja deficitário não pode sofrer as consequências de momentos de crise econômica.

Portanto, o princípio da vedação ao retrocesso social serve para garantir as conquistas sociais alcançadas, impondo ao administrador e ao legislador a obrigação de respeitar e manter o estado atual de concretização dos direitos fundamentais, especialmente quando se trata de educação, pois ela é condição inafastável para o desenvolvimento digno da pessoa humana.

Referências bibliográficas

BAHIA, Tribunal de Justiça do Estado da. **ADI 00130076420118050000 BA 0013007-64.2011.8.05.0000**: Relator Carlos Alberto Dultra Cintra, julgado em 01-8-2012. 2012. Disponível em: <<http://tj-ba.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/115382337/direta-de-inconstitucionalidade-adi-130076420118050000-ba-0013007-6420118050000>>. Acesso em: 31 maio 2016.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2008.

BUCCI, Maria Paula Dallari (Coord.). **Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 15. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

BRENDA, Ernst et al. **Manual de derecho constitucional**. 2. ed. Madri: Marcial Pons, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional**. 5. ed., Coimbra: Almedina, 1995.

_____. **Estudos sobre direitos fundamentais**. 1. Ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2008.

_____. **Direito constitucional: e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2011.

_____. **Constituição dirigente e vinculação do legislador: Contributo para a compreensão das normas constitucionais programáticas**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CLEVE, Clemerson Merlin; BARROSO, Luís Roberto (Org.). **DOUTRINAS ESSENCIAIS DIREITO CONSTITUCIONAL**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015. 7 v.

CURY, Carlos Roberto Jamil. **Direito à educação: direito à igualdade, direito à diferença**. 2002. Cad. Pesqui. no.116 São Paulo July 2002. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-15742002000200010>. Acesso em: 04 abr. 2016.

FACHIN, Zulmar. **Curso de Direito Constitucional**. 7. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2015. Disponível em: <[https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6238-8/cfi/6/2\[vnd.vst.idref=cover\]](https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/978-85-309-6238-8/cfi/6/2[vnd.vst.idref=cover])>. Acesso em: 12 maio 2016.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **ARE 639.337-AgR**: Rel. Min. Celso de Mello, julgamento em 23-8-2011. 2011. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 31 maio 2016.

FEDERAL, Supremo Tribunal. **INQUÉRITO 3.412 ALAGOAS**: Rel. Min. Rosa Weber, julgamento em 29-3-2012, Plenário. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3076256>>. Acesso em: 31 maio 2016.

FERRAJOLI, Luigi. **Los fundamentos de los derechos fundamentales**. 4. ed. Madri: Trotta, 2009. Debate con Luca Baccelli, Michelangelo Bovero, Riccardo Guastini, Mario Jori, Anna Pintore, Ermanno Vitale e Danilo Zolo; Edición de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello.

GRINOVER, Ada Pellegrini; WATANABE, Kazuo (Org.). **O controle jurisdicional de políticas públicas**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

NUNES, Luiz Rizzatto. **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana: Doutrina e Jurisprudência**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010. Disponível em: <<https://online.minhabiblioteca.com.br/#/books/9788502135413/>>. Acesso em: 18 maio 2016.

NOHARA, Irene Patrícia. **Direito administrativo**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

OLIVEIRA, R. P.; ARAUJO, G. C. **Qualidade do ensino: uma nova dimensão da luta pelo direito à educação**. Revista Brasileira de Educação, Rio de Janeiro, n.28, abr. 2005. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-24782005000100002&lng=pt&nrm=iso>. Acesso em 30 jul. 2013.

PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos: e justiça internacional**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

SANTIAGO, Denny Mendes. **As limitações aos direitos fundamentais: Os limites dos limites como instrumento de proteção ao núcleo essencial desses direitos**. Belo Horizonte: Arraes Editores, 2014.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

_____. **A EFICÁCIA DO DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA**

JURÍDICA: DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA, DIREITOS FUNDAMENTAIS E PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL BRASILEIRO. 2006. Disponível em: <<http://rt-online.mppr.mp.br/maf/app/latestupdates/document?&src=rl&srguid=i0ad6007a0000154c3aaae5b06edfbb1&docguid=17a21d850f25311dfab6f010000000000&hitguid=17a21d850f25311dfab6f010000000000&spos=30&epos=30&td=30&context=13&startChunk=1&endChunk=1>>. Acesso em: 18 maio 2016.

_____. **A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional**. 10. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. 4. ed. rev. atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

Supremo Tribunal Federal. **Constituição e o Supremo**. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/publicacaoLegislacaoAnotada/anexo/constituicao.PDF>>. Acesso em: 19 maio 2016.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 12. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.

VIEIRA, Andréa Zacarias. O regime constitucional do direito à educação básica. **Revista de Direito Constitucional e Internacional**, São Paulo, v. 81, n. 2012, p.75-90, ago. 2012.

WEBER, Thadeu. **A ideia de um "mínimo existencial" de J. Rawls**. 2013. *Kriterion* vol.54 no.127 Belo Horizonte June 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0100-512X2013000100011>. Acesso em: 20 maio 2016.