

**CENTRO UNIVERSITARIO DE BRASILIA
UNICEUB**

DILMANOEL DE ARAÚJO SOARES

DIREITOS SOCIAIS E
O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE RETROCESSO SOCIAL

Brasília - 2010

DILMANOEL DE ARAÚJO SOARES

***DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE
RETROCESSO SOCIAL***

Dissertação apresentada ao final do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do UNICEUB, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Orientadora Prof^a. Doutora Maria Elizabeth G. Teixeira Rocha

Brasília - 2010

Dilmanoel de Araujo Soares

***DIREITOS SOCIAIS E O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DE
RETROCESSO SOCIAL***

Dissertação apresentada ao final do Programa de Mestrado em Direito e Políticas Públicas do UNICEUB, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito.

Banca Examinadora:

Prof^a Doutora Elizabeth G. Teixeira Rocha – Uniceub – Orientadora

Prof^a. Doutora Neide Teresinha Malard – Uniceub - Examinadora (interna)

Prof. Doutor Roberto A. R. de Aguiar – Uniceub – Examinador (suplente)

Prof. Doutor Antonio Flávio Testa – Fund. G. Vargas – Examinador (externo)

Prof. Doutor Adalberto Simão Nader Filho – Examinador (externo)

Data da defesa:

RESUMO

Esta dissertação consiste na análise dos direitos sociais ante o Princípio da Proibição de Retrocesso Social. Inicialmente, aborda-se a Teoria dos Direitos Fundamentais, com ênfase para a teoria dos quatro “status” de George Jellinek, e a Teoria dos Princípios de Robert Alexy. Também, adota-se o entendimento de que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, que por isso mesmo necessitam não apenas serem concretizados, mas preservados, ao menos o núcleo essencial, contra a aniquilação legislativa. Numa segunda etapa, analisa-se o Princípio da Proibição de Retrocesso Social, nos tribunais e da doutrina estrangeiras, e aportes no direito pátrio. Posteriormente, realiza-se a análise da fundamentação da Proibição de Retrocesso Social, através dos Princípios do Estado Democrático de Direito, da Dignidade da Pessoa Humana, da Eficácia das Normas Constitucionais, da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança do Cidadão. Por fim, tenta-se construir um modelo teórico de constituição adequado à realidade brasileira, verificando-se, ainda, a questão, propriamente dita, de alguns direitos sociais como direito fundamental, numa análise mais profunda com a Proibição de Retrocesso Social. De resto, verifica-se a proteção dos Direitos Fundamentais pelo duplo viés da proporcionalidade. Numa terceira etapa, realiza-se o Princípio da Proibição de Retrocesso Social em Tribunais Brasileiros.

Palavras-chave: Estado Democrático de Direito, Dignidade da Pessoa Humana, Segurança Jurídica, Direitos Fundamentais Sociais, Proibição de Retrocesso Social.

ABSTRACT

This paper seeks to analyze the social rights in the light of the Principle of the Prohibition of Social Retrocession. Firstly, discuss the theory of fundamental rights, with emphasis on George Jellinek's "Four Stage" Theory, and Robert Alexy's Theory of the Principles. Moreover, the view social rights as genuine fundamental rights, which need not only to be put into practice, but preserved, at least, at its core, against legislative annihilation. Secondly, analyzes the Principle of the Prohibition of Social Retrocession, in courts and in foreign doctrine, as well as in national law. Furthermore, this study proceeds with the analysis of the foundations of the Prohibition of Social Retrocession, by using the Principles of the Democratic State of Law, the Right to Human Dignity, the Efficacy of Constitutional Norms, Legal Certainty, and the Protection of Citizenship. Also in the second phase, this paper attempts to construct a theoretical model suitable to the Brazilian reality, while it verifies some social rights as a fundamental right, by means of a deeper analysis of the Prohibition of Social Retrocession, and also, the protection of fundamental rights as a result of the double bias of proportionality. In a third step, analyzes the Principle of the Prohibition of Social Retrocession in Brazilian Courts.

Keywords: Democratic State of Law, Human Dignity, Legal Certainty, Social Fundamental Rights, Principle of the Prohibition of the Social Retrocession.

SUMÁRIO

| | |
|---|-----|
| Introdução | 7 |
| Capítulo 1 Premissas Teóricas | 15 |
| 1.1 Delimitação Conceitual e Caracterização dos Direitos Fundamentais | 15 |
| 1.2 Fontes Filosóficas e Perspectiva Histórica dos Direitos Fundamentais | 19 |
| 1.3 Direitos Fundamentais Sociais como Regras e Princípios | 26 |
| 1.4 Dimensões Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: abordagem da teoria dos quatro status de George Jellinek | 33 |
| 1.5 Da Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais Sociais | 39 |
| 1.6 A Educação como Justiça Social na Concepção de John Rawls | 42 |
| 1.7 Restrição a Direitos Fundamentais | 56 |
| 1.8 A Proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Sociais | 64 |
| 1.9 Direitos Fundamentais Sociais e Cláusulas Pétreas | 68 |
| Capítulo 2 O Princípio da Proibição de Retrocesso Social. | 73 |
| 2.1 Antecedentes para a Implementação do Princípio de Não Retrocesso em nosso Ordenamento | 73 |
| 2.2 Uma Breve Exposição no Direito Comparado e Aportes no Direito Pátrio | 75 |
| 2.3 Fundamentação do Princípio da Proibição de Não Retrocesso Social | 98 |
| 2.4 Estado Democrático de Direito | 99 |
| 2.5 Dignidade da Pessoa Humana | 104 |
| 2.6 Princípio da Eficácia das Normas Constitucionais | 112 |
| 2.7 Princípio da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança do Cidadão | 121 |
| 2.8 O Princípio da Proibição de Retrocesso Social - Construção de um Modelo Teórico Adequado ao Estado Brasileiro | 127 |
| 2.9 Atribuição do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito para a Efetivação dos Direitos Fundamentais: substancialismo versus procedimentalismo | 133 |
| 2.10 Educação como Direito Fundamental e Proibição de Retrocesso Social | 149 |
| 2.11 Saúde como Direito Fundamental e Proibição de Retrocesso Social | 160 |
| 2.12 Moradia como Direito Fundamental e Proibição de Retrocesso Social | 169 |
| 2.13. Proteção de Retrocesso e o Duplo Viés do Princípio da Proporcionalidade | 175 |
| Capítulo 3 A Proibição de Retrocesso Social em Tribunais Brasileiros | 179 |
| 3.1 No Supremo Tribunal Federal | 179 |
| 3.2 No Tribunal Regional Federal da 2ª Região | 186 |
| 3.3 No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo | 188 |
| 3.4 No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul | 189 |
| Conclusão | 192 |
| REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS | 198 |

Introdução

A obra de Amartya Sen, *Desenvolvimento como Liberdade*, desperta para um fato emblemático, em que países até então considerados subdesenvolvidos venceram as amarras do atraso através de investimento maciço em direitos sociais, como a educação, a saúde, moradia, combate ao desemprego, ao contrário de muitos outros que ainda resistem em seguir essa política, mesmo convencidos, ou pelo menos sabedores, que essa estratégia pode ser a solução para a diminuição das desigualdades sociais e econômicas, propiciando a melhoria em todos os níveis da população, além de proporcionar uma melhor distribuição de renda e da riqueza nacional¹.

Assim é que o crescimento sócio-cultural e tecnológico da Rússia decorreu de um grandioso investimento na educação, a ponto de Pontes de Miranda, denominar como a obra máxima desse país, talvez a maior do século XX, dando a prova de ser possível a implementação da educação em grande massa². Também a China, a Grã-Bretanha, o Japão, a Coreia do Sul e Taiwan, e outros da região do Leste Asiático demonstram que a educação pode ser um instrumento propulsor para o desenvolvimento econômico e social de um povo.

Infelizmente, em nosso país, segundo dados do Ministério da Educação, através da publicação denominada “Mapa do Analfabetismo no Brasil,” a falta de instrução atinge números ainda elevados. São cerca de 16 milhões de pessoas incapazes de ler e escrever, das quais metade está concentrada em menos de 10% dos municípios, mas se for levada em conta o conceito de “analfabeto funcional”, esse número salta para 33 milhões, o equivalente a três vezes a população de Portugal e toda a população da Argentina. Também preocupante é o número de alunos que não chegam a concluir o ensino fundamental, pois dos 5.507 municípios

¹ SEN, Amartya Kumar. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2000, pp. 112-113.

² MIRANDA, Pontes de. *Democracia liberdade igualdade: os três caminhos*. Rio de Janeiro; Livraria José Olympio Editora, 1945. p. 550.

brasileiros, em apenas 19 o total dos alunos frequentaram a escola em pelo menos oito anos³.

Outra informação, desta feita retirada do censo do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE) do ano 2000, dá conta de que pelo menos 85% da população brasileira vive nas cidades, sendo que os maiores contingentes estão concentrados nas grandes metrópoles, provenientes das áreas rurais, tendo como uma das causas dessa concentração falta de uma política agrária criteriosa e justa. Isso explica o fato da cidade de São Paulo ser a campeã em números absolutos de analfabetismo, com mais de 380 mil pessoas, ficando o Rio de Janeiro com mais de 200 mil, o que não deixa de ser preocupante pelo seu efeito devastador, pois um grande número de iletrados diminui para o indivíduo a possibilidade de emprego num mundo globalizado, cada vez mais exigente e competitivo, consolidando a exclusão.

A justificativa normalmente utilizada pelos países que ainda insistem em retardar os investimentos na área educacional é a limitação de recursos públicos, a denominada “reserva do possível”, e do equilíbrio das contas públicas, embora se saiba que tais argumentos são insustentáveis, diante da viabilidade de políticas educacionais mais modestas e adequadas à realidade financeiro-orçamentária do país.

Mas, além da limitação de recursos públicos como entrave ao desenvolvimento dos direitos sociais, econômicos e culturais, deve-se ainda atentar para um outro óbice, a relação entre o constitucionalismo global e o constitucionalismo estatal, interno, sendo aquele regido por uma legislação comunitária, elaborada por Estados-membros da comunidade, cujas normas exercem influência direta sobre os ordenamentos internos, ou estatais, comprometendo a soberania destes, e afetando as políticas voltadas especialmente para o social, pois ao abrir mão de parte da sua soberania, o Estado-Nação passa a admitir uma auto-limitação para que possa se valer de uma ordem internacional, dentro da qual convive com outros Estados igualmente soberanos e dispostos a acolherem e apoiarem o ordenamento externo.

³ BRASIL. Ministério da Educação. Disponível em; <http://www.inep.gov.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

Além da influência do constitucionalismo global e da reserva do financeiramente possível, como justificativa para a falta de investimento nos direitos sociais, especialmente na área da educação, existe ainda a questão da prioridade que boa parcela dos governantes conferem para outras áreas governamentais, como a segurança, o lazer, a publicidade, que pode até se refletir positivamente nas urnas, sem, contudo, terem a preocupação com o social, isso porque os direitos sociais são direitos inequivocamente progressivos e graduais, e nem sempre têm o resplendor de uma obra faraônica de engenharia como são os casos de uma ponte, um viaduto, um metrô, uma praça, um parque, um edifício suntuoso, que acaba por infundir nas pessoas a presença ativa do governante.

É fato inconteste que os direitos sociais, econômicos e culturais são uma conquista do homem adquirida às duras penas, no sangue derramado das revoluções, e por conta disso, merecem ser mais do que conservados, devem ser ampliados e gradualmente melhorados para o bem-estar das gerações. Assim é que a educação exerce um lugar de destaque no processo de desenvolvimento da personalidade humana, no fortalecimento do respeito pelos direitos e liberdades fundamentais. Falar em educação, segundo os ensinamentos de Jean Piaget, é não apenas “assegurar a cada um a possibilidade da leitura, da escrita e do cálculo. Significa, a rigor, garantir a toda criança o pleno desenvolvimento de suas funções mentais e a aquisição dos conhecimentos, bem como dos valores morais que correspondam ao exercício dessas funções, até a adaptação à vida social atual⁴.”

Também, a educação, a saúde, a habitação, ainda que modesta, mas em condições dignas são importantes para a formação da cidadania; sendo que a educação é considerada um instrumento de qualificação da pessoa para o mercado de trabalho, um veículo para romper o ciclo de pobreza, sem olvidar que ela funciona como condutor da igualdade de oportunidades. A ausência de direito sociais como a educação e a saúde têm relação direta com o baixo nível de renda, perpetrando a pobreza, ao passo que essas mesmas variantes potencializam a pessoa, fazendo superar não só a pobreza de renda, como também a pobreza de capacidade. Com isso, se quer afirmar que a expansão da educação pública de qualidade, aliada a um serviço de saúde pública, prioritariamente preventivo, têm importância fundamental

⁴ PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga. 18ª ed. Rio de Janeiro; José Olympio Editora, 2007. p. 34.

para a melhoria da renda, para a redução da miséria e da marginalização, podendo representar um baixo custo para o erário público em função dos benefícios públicos compartilhados, a exemplo do que fizeram os países do Ocidente e da Ásia, citados acima.

Nessa perspectiva, a nossa Constituição, em seu artigo 6º, *caput*, do Capítulo II, do Título II, que versa sobre os Direitos e Garantias Fundamentais, consagra a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desempregados como direitos sociais. Avulta em importância, quando se observa que o Legislador Constituinte contempla a saúde com a Seção II, do Capítulo II, do Título VIII, *Da Ordem Social*, assegurando o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde, mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos.

Também a Constituição da República consagra a educação com toda a Seção I, do Capítulo III, do Título VIII, que trata da Ordem Social, qualificando o acesso ao ensino obrigatório e gratuito como direito público subjetivo. Como se não bastasse, a própria Constituição, após inaugurar um Estado Social e Democrático de Direito, assentado, dentre outros fundamentos, na dignidade da pessoa humana e tendo a República Federativa por objetivo constituir uma sociedade livre justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e a marginalização; e promover o bem-estar de todos. Teve, ainda, a atenção para declarar que as normas dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (artigo 5º, § 1º, C.F.).

Ocorre que, considerando a tamanha preocupação do legislador constituinte originário com a saúde e a educação, a ponto considerar ambos como direito de todos e dever do Estado, e de elevar o ensino obrigatório e gratuito à condição de um direito fundamental público subjetivo, aliado ao fato de o Brasil ocupar um lugar de destaque no cenário econômico mundial, entre as dez maiores economias do planeta, há, contudo, um paradoxo nisso tudo, quando se observa, por outro lado, que a maioria da população continua vivendo com mísero salário mínimo, sem um serviço de saúde de qualidade, com milhares de pessoas amontoadas, em condições sub-humanas, nos corredores dos hospitais, com crianças e adolescentes

fora das escolas ou estudando em ambientes indignos à condição humana, muitos até sem materiais didático-escolares satisfatórios, transporte, sem alimentação adequada e assistência à saúde, em contradição entre a vontade normativa da Constituição e a realidade social. Pior ainda, muitos governantes insistem até mesmo em desfazer conquistas sociais já implantadas, fazendo os direitos sociais retrocederem a um estado anterior.

Esse cenário de prosperidade econômica do país, contrastando com um déficit social, se sustenta por uma omissão legislativa, que teima em não dar a devida concretização à norma constitucional. Agrega-se a esse quadro, a não atuação da Administração, que insiste em descumprir os programas, as metas, as tarefas determinadas pelo legislador constituinte, para que todos possam usufruir, efetivamente e eficazmente, dos direitos sociais. Resta, pois, nesse panorama de desesperança, uma atuação mais ativa do Poder Judiciário, como guardião e intérprete maior da Constituição, para controlar as políticas sociais públicas, de forma a mitigar a excessiva concentração de poderes.

No entanto, para que ocorra essa intervenção judicial parece necessária uma revisão no vetusto dogma da “separação dos poderes”, para que o Poder Judiciário possa desincumbir-se de sua competência constitucional, podendo suprir a omissão do Poder Executivo e a falta de atuação do Legislativo, de modo a que o Texto Maior ganhe força normativa e se aproxime da vontade dos reais detentores do Poder Constituinte. É evidente que essa interferência do Poder Judiciário não deve ocorrer de forma arbitrária e desmedida na esfera reservada aos demais poderes, mas também é manifesto que a Constituição não pode ser reduzida a um simples pedaço de papel, sem normatividade, embora com um Catálogo de direitos sociais e diante de um país com um produto interno bruto só reservado às grandes potências econômicas, enquanto convive com um baixo índice de desenvolvimento humano, ainda bem longe dos denominados países de primeiro mundo.

É bem verdade que o nosso país vem apresentado, nos últimos tempos, melhorias na área social, mas também é verdade que muita coisa ainda precisa ser feita para aumentar os índices sociais da educação, da saúde, enfim, da qualidade de vida; que os direitos expressos na Constituição sejam, concretizados, normatizados pelo legislador infraconstitucional, e mais que isso, que as leis

vigentes, que tratam desses direitos, não sejam pura e simplesmente revogadas, sem a criação de uma legislação substitutiva, pois, do contrário, o projeto de modernização terá sido descumprido pelos Poderes constituídos e ignorado pela vasta população.

É justamente sob essa perspectiva que se assentam os estudos da presente dissertação, tendo por escopo principal abordar a questão da realização dos direitos fundamentais sociais, em cotejo com a teoria da proibição do retrocesso social, dentro de uma perspectiva analítica que possa iluminar a reflexão no contexto da efetividade desses direitos. Por essa razão, busca-se analisar a adequação da atividade judicante para suprir eventual inércia administrativa ou lacuna legislativa, mais que isso, para a hipótese de supressão da regulamentação dos direitos sociais, sem que haja medida legiferante substitutiva ou compensatória para viabilizar a concretização dos mesmos.

Para tal propósito, almeja-se, nesta dissertação, poder contribuir para uma meditação em torno das seguintes inquietações: 1) A partir do texto constitucional, que considera, por exemplo, o acesso aos serviços de saúde como um direito de todos e dever do Estado, e ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, como sendo um direito público subjetivo, indaga-se se tais dispositivos têm ou não caráter meramente programático? Aceita a tese da eficácia imediata das normas de direito fundamental social, o legislador ordinário, usando do poder de conformação das normas em geral pode e deve dar concretização a tais normas, para lhes dar conteúdo e alcance? O que justamente se questiona é se, uma vez implementado certo benefício social, teria o legislador o poder discricionário para revogá-lo, sem colocar benefício substitutivo? Para ser mais explícito, considerando que os direitos sociais, em boa medida, são direitos cuja realização depende de políticas públicas – materiais e normativas – a serem desenvolvidas de forma gradual e progressiva no tempo, indaga-se: uma vez ultimadas tais políticas públicas estariam o legislador infraconstitucional e os administradores vinculados à sua execução? Está em causa a indagação de ser cabível a teoria da proibição de retrocesso social; 2) Haveria possibilidade de o Poder Judiciário ter uma postura mais ativa para intervir nas competências dos demais Poderes? Nesse caso, poderia o Judiciário ter juízos de conveniência e oportunidade, para impedir a Administração Pública de desfazer as conquistas sociais ou para obrigá-la a dar continuidade às políticas públicas

eficazes? Poderia mais ter uma postura legislativa para solucionar lacunas e antinomias das leis? 3) A interferência do Poder Judiciário violaria a independência e harmonia entre os Poderes do Estado? 4) Considerando o acesso aos serviços de saúde e ao ensino um direito fundamental público subjetivo, poderia tal direito ser obstaculizado pelo limite da “reserva do possível” ou outra situação restritiva por parte do Poder Público? 5) No entrelaçamento entre os direitos sociais, haveria prevalência de um direito sobre outro ou outros? Além disso, qual seria a metódica a ser utilizada para resolução dos conflitos?

Para tentar responder a esses e outros questionamentos, procedeu-se a um plano de trabalho que comporta duas partes. Numa primeira parte, que se intitula de “Premissas Metodológicas”, trata-se de delimitar a conceituação dos direitos fundamentais, assim como sua caracterização. Também se aborda as fontes filosóficas dos direitos fundamentais, bem como sua perspectiva histórica, iniciando-se pelo direito natural, onde segundo a maioria da doutrina os direitos fundamentais deitam suas raízes. Daí segue-se pelas idéias do cristianismo, principalmente na Idade Média, com o pensamento de São Tomás de Aquino, indo adiante com as doutrina iluminista que resultaram nas Revoluções Americana e Francesa, dando origem ao constitucionalismo moderno.

Ainda na primeira parte, analisa-se as normas dos direitos fundamentais sociais sob o prisma das regras e princípios, bem assim sua dimensão objetiva e subjetiva. Mais adiante se estuda a fundamentalidade dos direitos fundamentais sociais. Se os direitos sociais são verdadeiramente direitos fundamentais, ao lado dos direitos de defesa, ou seja, direitos, liberdades e garantias. Nessa oportunidade deve-se ocupar do estudo das duas categorias de fundamentalidade: formal e material, muito bem desenvolvida pela doutrina nacional, e que remonta a distinção entre direitos fundamentais em sentido formal e material, ao IX Aditamento de 1791 à Constituição Americana e que encontra-se, expressa ou implicitamente, em diversas Constituições. Passo seguinte, se faz um enfoque da importância da Teoria da Justiça de John Rawls para a educação. Logo a seguir, aborda-se a restrição aos direitos fundamentais, concluindo-se, essa primeira parte, com uma investigação sobre os limites das restrições dos direitos fundamentais, ou seja, da preservação, em favor das pessoas, da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador daquilo que se pode considerar, para a teoria absoluta, como o conteúdo mínimo,

intocável, insuscetível de restrição ou redução dos direitos fundamentais, sob pena destes serem suprimidos, eliminados por ato legislativo arbitrário.

Numa segunda parte, enfrenta-se, propriamente dito, o Princípio da Proibição de Retrocesso Social, ante uma abordagem preliminar do princípio. Passo seguinte se faz uma apreciação sobre essa temática no Direito Comparado, com destaque ao direito alemão e português, cujos países inspiraram a sua adoção em solo pátrio. Em seguida, adentra-se na fundamentação desse princípio no ordenamento jurídico nacional, oportunidade em que se examina os Princípios do Estado Democrático de Direito, da Dignidade da Pessoa Humana, da Eficácia das Normas Constitucionais e do Princípio da Proteção da Confiança e da Segurança Jurídica.

Também na segunda parte, tenta-se fazer uma adequação do Princípio da Proibição de Retrocesso Social a um modelo teórico adequado ao Estado brasileiro. Logo adiante, se dedica atenção ao papel do Poder Judiciário para a efetivação dos direitos sociais, quando, de forma analítica, se aprecia questões centrais do nosso trabalho, buscando responder, de forma clara e objetiva às indagações formuladas no plano investigativo.

Para concluir, traz-se a lume o liame entre o Princípio da Proteção de Retrocesso e o duplo viés do Princípio da Proporcionalidade, tanto de proteção negativa ou da proteção de excesso (*übermassverbot*), quanto da proteção positiva ou proteção deficiente (*untermassverbot*). Para tanto, faz-se uma análise do princípio da proporcionalidade à luz dos seus subprincípios: adequação ou da idoneidade, da necessidade ou da exigibilidade, e da proporcionalidade em sentido estrito.

Capítulo 1 Premissas Teóricas

1.1 Delimitação Conceitual e Caracterização dos Direitos Fundamentais

Na abordagem dos Direitos Fundamentais, observa-se que há uma verdadeira seara terminológica largamente utilizada pelos autores, tais como “liberdades individuais”, “liberdades públicas”, “liberdades fundamentais”, “direitos humanos”, “direitos do homem”, “direitos subjetivos públicos”, “direitos constitucionais”, “direitos da pessoa humana”, “direitos naturais”, “direitos fundamentais da pessoa humana”, “direitos civis”, “direitos e garantias fundamentais” apenas para citar as mais empregadas. Até mesmo na Constituição Federal observa-se uma diversidade semântica. A título ilustrativo pode-se exemplificar: a) “*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*” (Capítulo I do Título II); b) “*direitos humanos*” (artigo 4º, inciso II, artigo 5º, § 3º); c) “*direitos e liberdades fundamentais*” (artigo 5º, inciso XLI); d) “*direitos e liberdades constitucionais*” (artigo 5º, inciso LXXI); e) “*direitos da pessoa humana*” (artigo 34, inciso VII, “b”).

Muito embora os autores utilizem as mais variadas terminologias e na maioria das vezes usem as expressões “direitos humanos” e “direitos fundamentais” como sinônimos, na verdade há uma sensível diferenciação, posto que os “direitos fundamentais” são aqueles direitos, “jurídico-positivamente,” vigorantes numa ordem constitucional⁵. Ao passo que “direitos humanos” ou “direitos do homem” são meras aspirações, retórica política, sem nenhuma perspectiva objetiva-valorativa, sem nenhuma concreção positiva, faltando, assim, a necessária cogência, concernente ao poder de fazer respeitar e realizar esses direitos⁶.

Nesse contexto, pode ser extraído três aspectos peculiares dos direitos fundamentais que os distinguem dos “direitos humanos”. Um primeiro traço é o da

⁵ Cfr. CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito Constitucional*. 7ª Ed. Coimbra: Edições Almedina, 2003, p. 377.

⁶ Cfr. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 172

positivação, entendendo-se tal como o reconhecimento, a incorporação desses direitos nas normas constitucionais, dentro de um catálogo de direitos de uma ordem jurídica positiva, a Constituição.

Além do caráter da positivação, os direitos fundamentais, justamente por se encontrarem insculpidos no bojo da Lei Maior do Estado e serem reconhecidos universalmente como tais, por isso mesmo, apresentam um segundo caráter básico, o da constitucionalização, no sentido de provocarem a vinculação, a adstrição dos Poderes do Estado à sua imperatividade, pela via do controle da constitucionalidade das leis, como forma de garantir o seu reconhecimento.

Um terceiro caráter que distingue os “direitos fundamentais” dos “direitos humanos” é o da fundamentalidade, no sentido de os primeiros serem admitidos, proclamados como normas de grau superior, por conceberem a estrutura básica do Estado. São normas de caráter supremo do Estado, com vinculatividade imediata.

Além disso, a expressão “direitos humanos” guarda relação com documentos do plano internacional, integrantes de uma espécie de moral jurídica universal, dependendo, em regra, de recepção da ordem jurídica interna, por lhes faltar a necessária cogência. E tais documentos são citados, a título de exemplificação, por Jorge Miranda, como sendo: a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, a Declaração Européia de Direitos do Homem, de 1951, e a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, de 1969, dentre outros. Já a locução “direitos fundamentais” são os direitos reconhecidos e positivados pelo direito constitucional de cada Estado.⁷

Daí porque, de acordo com os ensinamentos de Pérez Luño, o critério mais adequado para se distinguir os direitos humanos dos direitos fundamentais reside na positivação, pois, enquanto os direitos humanos são direitos de todos os homens, nos diferentes países, portanto, de direito internacional, e com menor efetividade, por apresentarem contornos mais amplos e imprecisos, os direitos fundamentais são direitos constitucionalmente positivados, por isso mesmo, com contornos mais precisos e restrito ao direito positivo de determinado Estado⁸.

⁷ Apud SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 36.

⁸ Id., p. 38.

Assim, embora os “direitos fundamentais” tenham um sentido de espécie do gênero “direitos humanos”, pelo fato destes últimos terem uma amplitude bem maior que a daqueles, ambos radicam na idéia de direitos naturais do homem, sendo que os “direitos humanos” passam para o plano dos “direitos fundamentais”, a partir do reconhecimento, da proteção, da positivação de matriz constitucional.

Contudo, deve-se ter em mente de que as expressões “direitos fundamentais” e “direitos humanos” não são excludentes ou incompatíveis, muito ao contrário, guardam uma íntima relação, uma vez que os direitos fundamentais são também direitos humanos, pois o seu titular é um ser humano, além do que, após a Segunda Grande Guerra, as Constituições que positivaram os direitos fundamentais, se inspiraram tanto na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, quanto na Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, se bem que a locução “direitos fundamentais”, segundo Jorge Miranda, “remonta principalmente à Constituição de Weimar”, de 1919, generalizando-se entre as demais Constituições⁹.

A diferenciação entre “direitos fundamentais” e “direitos humanos” é importante para esclarecer que o objeto deste trabalho é justamente a análise dogmático-jurídica dos direitos fundamentais sociais, à luz do direito constitucional positivo, visto sob uma perspectiva da teoria do não retrocesso social, o que afasta as expressões “direitos naturais” e “direitos humanos”, por guardarem uma forte conotação jus-naturalista, carecendo dos caracteres da positividade, da constitucionalidade e da fundamentabilidade, próprios dos “direitos fundamentais”, razão pela qual esta terminologia deverá ser utilizada no decorrer deste estudo.

Superada a problemática da delimitação terminológica das diversas acepções para designar “direitos fundamentais”, passa-se ao enfrentamento de uma outra não menos árdua tarefa que aflige até mesmo autores de tomo, qual seja, a de conceituar um determinado instituto jurídico, em nosso caso, o que seja Direito Fundamental.

Paulo Bonavides, citando Konrad Hesse conceitua Direitos Fundamentais como sendo “aqueles direitos que o direito vigente qualifica como tais”¹⁰. Já para Afonso da Silva Direitos Fundamentais são aquelas prerrogativas e instituições,

⁹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. 3ª ed. Coimbra: Coimbra, 2000. p. 51.

¹⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. 15ª ed.. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 560.

reconhecidas positivamente em cada momento histórico e que se concretizam em garantias de uma convivência digna, livre e igual entre as pessoas¹¹ ,.

Dessas conceituações podemos retirar algumas características que são particulares aos direitos fundamentais. Como o próprio nome sugere, são direitos fundamentais por tratar-se de direitos essenciais à condição humana, como a vida, a propriedade, a liberdade, a segurança física do homem e de seus bens, razão pela qual são direitos que recebem uma proteção jurídico-constitucional do Estado.

Ainda no aspecto da caracterização, são direitos universalizantes, uma vez que abarcam todos os homens, indistintamente, quer sejam do sexo masculino, quer sejam do sexo feminino, capazes ou incapazes civilmente, nacionais e estrangeiros, daí porque a nossa Constituição instaura o Título II – “*Dos Direitos e Garantias Fundamentais*” – com o Capítulo I – “*Dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos*” – exprimindo a preocupação por uma sociedade livre, justa e solidária ao proclamar que “*todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes*”.

Justamente por se tratar de direitos ditos fundamentais, são direitos que têm prevalência sobre os demais direitos, posto que sem a vida, a humanidade não existiria, sem a liberdade, viver-se-ia num estado de completa barbárie, num estado em que a escravidão voltaria aos tempos da dominação pela força, da arbitrariedade, da completa ausência da lei e da ordem; sem a igualdade se levaria uma vida onde os apaniguados de plantão, os clientelistas, os oligárquicos, os aristocráticos seriam aquinhoados com a riqueza, o conforto, o bem-estar, ficando a maioria da população à margem de tudo, no esquecimento.

Finalmente, as normas jusfundamentais têm caráter de abstração para se distinguirem dos direitos concretos. Essa marca se revela mais claramente quando se trata do direito à vida humana, qualquer que seja o homem biologicamente considerado. Da mesma forma, quando se trata do direito ao meio ambiente saudável, por se tratar de espaço que envolve a proteção de coisas e seres para a preservação das espécies animais e vegetais, no que resulta dizer, da espécie

¹¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003. p.178.

humana. Em ambos os exemplos, a vida e o meio ambiente, não se tratam de situações concretas, mas genéricas, abstratas, motivo pelo qual tais normas apresentam baixa densidade normativa, em face de que, quando a Constituição garante “a inviolabilidade do direito à vida” (artigo 5º, “caput”) não desce a detalhes sobre o que é vida, como garanti-la, quais os meios para tal, os procedimentos para a sua garantia, pois tais particularidades, evidentemente, são tratadas a nível de legislação ordinária.

1.2 Fontes Filosóficas e Perspectiva Histórica dos Direitos Fundamentais

José Carlos Vieira de Andrade considera os Direitos Fundamentais sob três dimensões: perspectiva filosófica, constitucional e universalista. Numa perspectiva filosófica jusnaturalista os direitos fundamentais fundam-se na própria natureza humana, independentemente dos tempos e dos lugares, sem que sejam estabelecidos pelos homens, mas pela natureza, de onde emanam as normas do direito ideal e justo e cujo princípio maior é fazer o bem e evitar a todo o custo o mal¹².

Numa perspectiva constitucional, Vieira de Andrade entende os direitos fundamentais como os direitos mais importantes dos indivíduos, num determinado tempo e lugar, ou seja, num Estado concretamente considerado, onde os indivíduos se submetem ao jugo estatal, mediante o império de uma lei fundamental. Já numa perspectiva universalista considera Vieira de Andrade como sendo Direitos Fundamentais aqueles direitos essenciais das pessoas num certo tempo, mas em todos os lugares ou, pelo menos, em boa parte do mundo.

De seu turno, Norberto Bobbio, defende que os direitos fundamentais são direitos históricos, nascidos de forma gradual, não todos de uma vez e nem de uma vez por todas, em certas circunstâncias, caracterizadas por lutas em defesa de novas liberdades contra velhos poderes. Nesse sentido, a liberdade religiosa é um

¹² ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004. pp. 15 e ss.

efeito das guerras de religião; as liberdades civis resultam da luta dos parlamentos contra o absolutismo monárquico; a liberdade política e as liberdades sociais decorrem do nascimento, desenvolvimento e amadurecimento da classe trabalhadora, dos movimentos sindicais, enfim, da sociedade civil organizada¹³.

Contudo, há um consenso quase que geral, entre os estudiosos do assunto, de que os Direitos Fundamentais deitam suas raízes no chamado Direito Natural, que serviu de fundamento para a escola filosófica Estoicista, fundada por volta do ano 300 a.C., em Atenas, por Zenão de Cítio, seguindo-se por Cleanto, Crisipo, Panécio e Posidônio, Sêneca, Mussônio Rufo, Epicteto e Marco Aurélio, e cuja doutrina se baseava num ideal da austeridade de caráter, na rigidez moral, na dignidade e igualdade¹⁴.

Fustel de Coulanges em sua notável obra “A Cidade Antiga” narra fatos dignos de transcrição, pela sua importância histórica, dando mostra que na antiguidade não se conhecia direitos individuais:

“...O homem nada tinha de independente. O seu corpo pertencia ao Estado e era destinado à sua defesa..... Sua fortuna estava sempre à disposição do Estado; se a cidade precisasse de dinheiro, podia ordenar às mulheres que lhe entregassem suas jóias, aos credores, que abrissem mão de seus créditos, e aos proprietários de oliveiras, que lhe cedessem gratuitamente o azeite que tinham fabricado (Aristóteles, *Econom.*,II. O autor cita exemplos de Bizâncio, Atenas, Lâmpsaco, Heracleu Pôntico, Quios, Clazômenas e Éfeso).

Os antigos, portanto, não conheciam a liberdade nem da vida privada, nem da educação, nem a liberdade religiosa. A pessoa humana tinha bem pouco valor perante essa autoridade santa e quase divina que se chamava *pátria* ou *Estado*. O Estado não tinha somente, como nas sociedades modernas, direito de justiça sobre aos cidadãos. Podia punir sem que o homem tivesse culpa, e apenas por estar em jogo o interesse do Estado. Aristides não cometera crime algum, nem sequer era suspeito; mas a cidade tinha o direito de expulsá-lo de seu território apenas porque, pelas suas virtudes, adquirira tão grande influência que poderia, se o quisesse, tornar-se perigoso....”¹⁵

Apesar de tamanha barbárie narrada por Fustel de Coulanges, o fato é que o Cristianismo deu uma nova densidade ao conceito de dignidade humana, ao valorizar sobremaneira o homem, muito embora tal valorização não decorria de sua

¹³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004, p. 25.

¹⁴ LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de Filosofia Geral e Jurídica: das Origens a Kant*. Rio de Janeiro; Editora Forense, 2006. p. 40.

¹⁵ COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. São Paulo: Editora Martin Claret, Livro Terceiro, XVIII, 2005, pp. 248 e ss.

condição humana, como verdadeiro sujeito de direitos públicos subjetivos, mas de uma questão religiosa, beneficiário de uma idéia de justiça, principalmente na Idade Média, com as idéias de São Tomás de Aquino, fundadas na concepção do homem como criatura feita à imagem e semelhança de Deus e dotada de qualidades especiais. Considerava Aquino que todos os homens eram filhos de Deus, sem distinção nenhuma, sendo regidos pela Lei Divina, que a seguiam através da razão.

Todavia, a idéia de direitos fundamentais, apartada de uma concepção puramente religiosa, somente começa a dar seus sinais de existência em 1215, quando os barões da Inglaterra compeliram João Sem Terra a assinar a Magna Carta, jurando obedecê-la e aceitando a limitação de seus poderes reais. Seguem-se as Declarações de Direito dos Ingleses ou *Petition of Rights*, de 1628, consistente num acordo entre os membros do parlamento e o rei para o reconhecimento de alguns direitos e liberdades para os súditos. Também com o *Hábeas Corpus Amendment Act*, de 1679, que buscava reforçar as reivindicações de liberdade individual expressos na *Petition of Rights*; e com o *Bill of Rights*, de 1689, pelo qual buscava afirmar de forma sólida e definitiva a supremacia do Parlamento, impondo a abdicação do Rei Jaime II e estabelecendo a monarquia constitucional submetida à soberania popular.

Mas a ideia de direitos fundamentais, com a feição de nossos dias, somente vem surgir a partir dos ideais iluministas, no Século XVIII, principalmente com as ideias de Locke, ao pregar que o homem deveria ser racional, pensante, se voltar contra a fé, a superstição e o dogma religioso, mas sobretudo “unir-se para a conservação recíproca da vida, da liberdade e dos bens”¹⁶.

Nesse contexto, os filósofos liberais passaram a defender a primazia do indivíduo sobre o Estado, com base na liberdade política e nas liberdades individuais, e cujas ideias filosóficas resultaram nas Revoluções Americana e Francesa. Assim é que, como embrião dos Direitos Fundamentais, já num sentido moderno, pode-se citar a *Declaração de Virginia*, de 12 de junho de 1776, também conhecida como “Declaração de Direitos”, que propugnava pela defesa da liberdade pessoal, da autonomia, da proteção da propriedade privada e da livre concorrência.

¹⁶ LOCKE, John. Segundo *Tratado Sobre o Governo*. São Paulo: Martin Claret, 2005. p. 92.

Declaração semelhante seguiu-se com a declaração da Independência dos Estados Unidos, expressa na Constituição Americana, aprovada na *Convenção de Filadélfia*, de 17 de setembro de 1787, acrescida pela Carta de Direitos, formada pelas dez primeiras Emendas à Constituição de Filadélfia, aprovadas em 15 de dezembro 1791.

Mas o coroamento da universalização dos Direitos Fundamentais ocorreu com a Revolução Francesa, resultando na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, sob inspiração nas idéias de filósofos e ideólogos liberais, que buscavam a libertação do homem do jugo absolutista e do regime feudal, da mesma forma em que se esforçavam para resguardar os princípios da liberdade, igualdade e fraternidade.

José Afonso da Silva assinala um outro documento que marcou época, a Declaração dos Direitos do Povo Trabalhador da Revolução Soviética, que proclamou “suprimir toda a exploração do homem pelo homem, abolir definitivamente a divisão da sociedade em classes, arrasar, sem piedade, todos os exploradores, realizar a organização socialista da sociedade e fazer triunfar o socialismo em todos os países”¹⁷.

Importa tornar patente que vasta doutrina avalia que o documento mais importante do século XX, acerca de Direitos Fundamentais tenha sido, sem dúvida alguma, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovado pela Resolução nº 217, da Assembléia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, consubstanciada nas diretrizes da Carta das Nações.

Oportuno se faz observar o entrelaçamento entre a evolução dos direitos fundamentais com a própria evolução do Estado. Assim, impõe-se uma breve incursão nessa seara, pela sua importância histórica, para esclarecer que, por primeiro, a sociedade medieval era bastante complexa, composta por grupos, poderes, governantes, classes, das mais variadas unidades territoriais e sociais, sobressaindo-se o poder da igreja, o poder real e o poder do senhor feudal. Essa multiplicidade de forças acarretou a fragmentação de poderes, acabando por produzir a insegurança, a instabilidade, a fraqueza, a desigualdade, tendo os cidadãos direitos enquanto membros desses grupos ou estamentos.

¹⁷ SILVA, José Afonso da. Op. Cit., p. 161.

Esse clima de multiplicidade governamental, aliado a uma ausência de segurança com a própria vida, com a propriedade e a liberdade, passou a gerar nas pessoas a necessidade de substituir o Estado estamental, com a extinção de classes, grupos, enquanto portadores de poderes políticos, pelo Estado absoluto, no qual se afirmava a soberania real, com liberdade mais sólida e mais contínua de todos perante o soberano.

Ocorre, dessa forma, a transição de um Estado sem leis para um Estado de submissão às leis, ainda que de servidão civil, onde o rei detinha direitos absolutos, como os poderes de fazer leis, de aplicá-las, e de governar. Daí, porque a aspiração pela unidade do Estado, concretizada com a afirmação do poder soberano, concentrado em uma só pessoa, passou a gerar exageros, arbítrios, com insuficiência de garantias individuais e pela negação de direitos políticos aos súditos.

Portanto, o modelo de Estado absolutista poderia ser descrito como um Estado de excessos reais, que praticava um regime político arcaico, com a garantia de direitos naturais mínimos aos indivíduos. Alie-se a esses qualificativos, a presença marcante de fatos, como a insatisfação decorrente da quebra da unidade do cristianismo, em decorrência do aparecimento do anglicanismo, e a ascensão da burguesia, que ansiava uma liberdade sem impedimentos, especialmente no aspecto econômico, como também a extinção dos privilégios da classe aristocrática, que até então desfrutava das benesses e privilégios reais. Todo esse estado de coisas gerou nos filósofos do liberalismo, como John Locke, na Inglaterra, e o Barão de Montesquieu, na França, a idéia de um Estado misto, constitucional-democrático, integrado pela monarquia, pela aristocracia e pelo povo.

As ideias desses cultores iluministas, o que incluía uma ala moderada e uma outra revolucionária, resultaram nas Revoluções Inglesa, de 1688; Americana, de 1776, e Francesa, de 1789, o que frutificou a idéia do constitucionalismo liberal-democrático, como forma de deter o poder monárquico do antigo regime e assegurar a soberania popular, com as prerrogativas dos governados.

Assim, o Estado constitucional-liberal surgiu da necessidade, principalmente da classe burguesa, de fazer frente ao absolutismo real e, por conseguinte, o indivíduo poder adquirir mais liberdade, igualdade diante da lei, garantia de vida, de propriedade. E para o estabelecimento, a afirmação, a materialização, a sublimação

desses direitos pensou-se num documento solene, a Constituição, sendo que a primeira, em ordem cronológica, foi a da Virgínia, de 1776; seguindo-se a Americana, de 1787 e a Francesa, de 1789.

Contudo, além do documento solene, denominado de Constituição, como já dito, erigida dos ideais iluministas, necessário se fez a criação de um fórum de representação popular, espaço onde as aspirações populares pudessem ser ouvidas, que tivesse robustez e influência suficiente para arrostar o poderio da monarquia. Surge, assim, o parlamento para, num primeiro momento histórico, representar o povo, garantindo-lhe o direito à vida, o direito de propriedade e da liberdade contra os privilégios reais, sendo o responsável por controlar os poderes absolutos do monarca. Num segundo momento, foi o responsável pela igualdade dos direitos políticos do povo, por via de uma transferência da função estatal para a popular, mediante uma ficção de representação, caracterizada por uma democracia indireta ou representativa.

Ocorre que, paradoxalmente a essa ideia do parlamento, como o defensor da liberdade e da representação popular, a independência do parlamento passou a gerar abusos. Tal como havia ocorrido no absolutismo real, desta feita com a edição de leis em desacordo com o texto da constituição, o que germinou a idéia de uma nova concepção de constituição, com o objetivo de limitar os poderes do parlamento, em especial com a restrição da liberdade de conformação do legislador. Isso resultou na retirada do império da lei, transferindo-o para o poder da constituição, que passou a ser a norma fundamental do ordenamento jurídico.

Além disso, a tão somente garantia da vida, da liberdade, da igualdade perante a lei e da propriedade não foi o suficiente para gerar no homem um clima de tranqüilidade, de felicidade, de paz social, uma vez que com o crescimento do comércio, e mais ainda, com o surgimento da revolução industrial, que trouxe os movimentos sindicais, tais fatos passaram a gerar nas pessoas um anseio de exigirem do Estado não apenas um direito de defesa, ou de primeira geração, mas através do ente estatal, a realização de certas prestações materiais, os chamados direitos sociais ou de segunda geração, que a nível constitucional foram albergados, num primeiro momento, na Constituição do México de 1917 e, posteriormente, na Constituição da República da Alemanha de 1919.

Nesse diapasão, observa-se que enquanto no Estado dito liberal a preocupação cingia-se em garantir a liberdade, a igualdade perante a lei, a garantia da vida e da propriedade, mas com acentuadas desigualdades sociais, no modelo de Estado Social, a preocupação se voltou não só em garantir os chamados direitos de defesa, mas, sobretudo, a conquista de direitos sociais, indispensáveis ao bem-estar social. Nessas condições, a relação das pessoas frente ao novo modelo de Estado ganha um “*plus*”, um acréscimo de novos direitos, na medida em que o Estado não mais se limitava a assegurar e ao mesmo tempo não obstaculizar a liberdade e a igualdade, que alguns doutrinadores denominam formal ou legal, mas passou a agregar a liberdade com a igualdade de fato – econômica, social, política e cultural.

No Estado Social, o Poder Executivo ganha relevo, justamente por ser o poder administrador, realizador das promessas constitucionais, o Poder que executa os direitos prestacionais sociais, como a saúde, a educação, o lazer, a oferta de trabalho, a criação de moradias, a segurança pública, enfim, a intervenção do Estado no seio da sociedade. Nesse sentido, o Estado adquire um “*plus*”, uma feição mais dinâmica e mais forte, pois aliada a sua concepção formal passa a adquirir um caráter material ou substancial.

Para arrematar, em nossos dias, no Brasil, principalmente em face do sistema constitucional brasileiro, o Estado é do tipo misto, liberal-democrático, com forte presença social. Não mais aquele liberalismo tradicional da época da Revolução Francesa, esteado na vetusta teoria da separação de poderes, como forma de assegurar a liberdade, pondo freio no absolutismo real. Hoje esse dogma está decadente, em virtude das contradições e das incompatibilidades entre a liberdade e a igualdade substancial, exigindo não mais uma rígida separação entre os poderes do Estado, mas uma estreita colação entre os mesmos, um novo paradigma que proteja os direitos fundamentais e onde o substancialismo desses direitos seja a tônica dos objetivos do Estado, devendo o Poder Judiciário assumir um papel mais ativo para garantir o cumprimento das promessas constitucionais.

1.3 Direitos Fundamentais Sociais como Regras e Princípios

Apresentada a evolução dos direitos fundamentais em agregação ao Estado, observou-se que o Estado Constitucional é regido por uma Constituição, a serviço dos interesses hegemônicos da sociedade. Agora, nesta etapa, cumpre estudar a estrutura dessa Norma Maior do ordenamento jurídico, integrante de um sistema jurídico, ou sistema dinâmico de normas. Além disso, que se caracteriza como sendo uma norma aberta, resultante do compromisso de vários atores sociais, transportadores de várias idéias, aspirações, interesses antagônicos, multifuncionais. Por fim, que tem uma estrutura normativa composta por regras e princípios constitucionais, e cuja parte desse sistema que mais interessa para o presente estudo, posto que, considerando os direitos fundamentais, como normas jusfundamentais, as mesmas tanto podem revelar-se sob a forma de princípios, como sob a forma de regras, distinção essa importante para viabilizar um estudo adequado e racional aos limites dessas normas, o grau de eficácia e efetividade, como também de aplicabilidade.

Com efeito, levando-se em conta que a Constituição se compõe de um sistema aberto porque tem “uma estrutura dialógica (Caliess), traduzida na disponibilidade e ‘capacidade de aprendizagem’ das normas constitucionais para captarem a mudança da realidade e estarem abertas às concepções cambiantes da ‘verdade’ e ‘justiça’¹⁸. Considerando, ainda, como um sistema jurídico, composto de regras e princípios, sendo que em alguns casos os direitos sociais estão previstos como regras, ao passo que em outras situações estão assegurados como princípios; considerando, mais, a natureza principiológica da vedação do retrocesso social, por tais razões, necessário recorrer-se à teoria da estrutura das normas de direito fundamental constitucional, corrente na doutrina e jurisprudência pátrias e além fronteiras, para estabelecer, entre outras coisas, a distinção dessas espécies normativas e de capital importância para um estudo mais apurado da compreensão hodierna do Direito Constitucional.

¹⁸ CANOTILHO, Op. Cit., p.1159.

Sob a perspectiva de norma aberta, significa que a norma constitucional tem um caráter fragmentário e não codificador. Também exprime um sentido de norma geral, indeterminada, carecendo de intervenção legislativa para adquirir densidade, para ser preenchida, complementada, como também para adquirir normatividade, para ser realizada, mediante a produção de efeitos, posto que sendo a Constituição um conjunto de normas que cria, organiza o exercício político do Estado, que determina as formas de Estado e de Governo, que cria os Poderes do Estado, que define os direitos fundamentais, que trata dos princípios da ordem jurídica fundamental do Estado, apresenta esse caráter geral, universal, aberto.

Muitos são os autores que se lançaram ao estudo da estrutura das normas constitucionais, porém Humberto Ávila, estudioso do assunto, destaca a posição de três nomes de peso na doutrina: Claus-Wilhelm Canaris, Ronald Dworkin e Robert Alexy. O primeiro, Canaris, faz uma diferenciação entre regras e princípios sob dois aspectos: a) os princípios apresentam um conteúdo axiológico: de um bem ou mal, já as regras apresentam um sentido deontológico, de permissão ou proibição; b) modo de interação com outras normas, sendo que os princípios, diferentemente das regras, recebem um conteúdo de sentido somente por meio de um processo dialético de complementação e limitação para o seu sentido, enquanto que as regras têm um conteúdo descritivo, de dimensão absoluta¹⁹.

Já Dworkin, citado por Ávila, entende que as regras são normas disjuntivas, que se avalia pelo critério da validade: sendo uma considerada válida e a outra inválida. A válida é aplicada e a inválida inaplicada, excluída. É um tudo-ou-nada (all-or-nothing). Uma elimina a outra; enquanto que os princípios são formulados pelo critério distintivo da dimensão de peso, segundo uma relação de prevalência, sem que um princípio elimine outro. Também os princípios, por serem normas abertas, apenas contêm razões que indicam uma direção, mas não têm como consequência necessária uma capacidade para resolver um caso determinado, concreto. Já as regras, por serem normas fechadas, proporcionam uma decisão a um determinado caso²⁰.

¹⁹ ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 36.

²⁰ Id. p.36.

Alexy, por seu turno, entende que tanto regras quanto princípios são normas, porque ambas dizem o que *deve ser*. Ambas as espécies podem ser formuladas por meio de expressões deônticas básicas, tais como *dever*, *permissão*, *proibição*. Mas distinguem-se, sendo um dos critérios mais utilizados para essa distinção, o critério da generalidade, segundo a qual os princípios são normas com grau de generalidade relativamente alto, enquanto nas regras esse grau é relativamente baixo²¹.

Segundo Alexy, os princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível, dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. São, por conseguinte, mandamentos de otimização, no sentido de poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida a ser satisfeita não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. Já as regras são normas que são satisfeitas ou não, segundo a sua validade. Se uma regra vale, então deve se fazer exatamente aquilo que ela exige; nem mais, nem menos. Portanto, princípios são mandados de otimização, regras são determinações, segundo as possibilidades fáticas e jurídicas²².

Para Alexy, a diferença entre regras e princípios aparece com mais clarividência nos casos de colisão entre princípios e de conflitos entre regras. No caso de conflitos entre regras pode ser solucionado por meio da introdução, em uma das regras, da cláusula de exceção que elimine o conflito, ou se pelo menos uma das regras for declarada inválida e, com isso, extirpada do ordenamento jurídico. Dessa forma, ou uma norma é válida, ou não é. Se é considerada válida, é aplicada ao caso concreto; do contrário é eliminada, excluída. No caso da cláusula de exceção não poder ser aplicada, pela dificuldade de se constatar qual das regras deve ser declarada inválida, o problema pode ser solucionado por meio de regras como *lex posterior derogat lex priori* e *lex specialis derogat lex generali*, mas também é possível se proceder de acordo com a importância de cada regra em conflito²³.

²¹ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros Editores, 2008. p. 87.

²² Id., p. 90-91.

²³ Ibid., p. 91 e ss.

Por outro lado, a colisão entre princípios deve ser solucionada pela precedência de um em face do outro sob determinadas condições, ou seja, um dos princípios terá que ceder, sem, contudo, que o princípio cedente deva ser declarado inválido, nem que nele deva ser introduzida uma cláusula de exceção. Sob outras condições, o conflito se resolve segundo o peso de cada um. Neste caso, os princípios com maior peso têm precedência. Portanto, para o caso do conflito entre princípios soluciona-se pela precedência, pelo peso, ou seja, pelo sopesamento, pela ponderação entre os interesses conflitantes. Muito ao contrário das regras que se resolve segundo a dimensão de validade.

Alexy também faz uma distinção entre regras e princípios, segundo o caráter “*prima facie*”, pois os princípios exigem que algo seja realizado na maior medida possível, embora que dentro das possibilidades jurídicas e fáticas, portanto sem um mandamento definitivo. Nesse sentido, por serem fundamentos, critérios, justificações, eles nunca contêm um mandamento definitivo, mas apenas “*prima facie*”. Já no caso das regras a situação é totalmente diversa, pois exigem que algo seja realizado exatamente como prescrevem. Entretanto, também as regras, da mesma forma que os princípios, possuem caráter “*prima facie*”, por impossibilidades jurídicas e fáticas, com a introdução de uma cláusula de exceção, fazendo com que a regra perca seu caráter definitivo para a decisão do caso concreto²⁴.

De seu turno, Humberto Ávila ao analisar os critérios apresentadas por Dworkin, Canaris e Alexy, reúne-os em quatro grupos: o primeiro que denominou de critério *hipotético-condicional*, consiste no fato de as regras possuírem uma hipótese e uma consequência, pela subsunção de um fato concreto a uma lei. “Se” matares “então” deves ser processado, enquanto que os princípios apenas possuem fundamentos, o que significa em dizer, que o Princípio da Legalidade é fundamento para que alguém possa pagar tributo instituído por lei votada pelo Congresso Nacional com a sanção do Presidente da República²⁵.

O segundo critério denominado por Humberto Ávila de *modo final de aplicação*, baseia-se no fato de as regras serem aplicadas de forma cabal, na base do “tudo ou nada”, ao passo que os princípios são aplicados com base na fórmula

²⁴ ALEXY, Op. Cit., p. 103 e ss.

²⁵ Id., p.39.

relativa do “mais ou menos”. Desse modo, tomando-se como exemplo um ilícito penal, tal fato deve estar previsto em uma lei anterior que defina tal fato como crime, portanto, tipificado como crime na lei penal. Caso não esteja tipificado, não pode ser considerado crime, por faltar os elementos da tipicidade e da antijuridicidade. O contrário do princípio, que para ser aplicado deve buscar antes uma fundamentação para num segundo momento encontrar a regra de aplicação.

O terceiro critério denominado por Humberto Ávila de *relacionamento normativo*, fundamenta-se no fato de as regras consubstanciarem verdadeiros conflitos que se resolvem com a declaração de invalidação de uma das regras ou com a criação de uma exceção, ao passo que os princípios consistem num imbricamento solucionável pelo princípio da ponderação. Nesse sentido, pode-se exemplificar com o fato de um taxista se encontrar perseguido por assaltantes e, por conta disso, infringir a velocidade regulamentar. Tal comprovação pode resultar na absolvição do pagamento da multa. Já no caso do conflito entre os princípios da liberdade de crença e do sossego noturno o conflito pode ser solucionável com a possibilidade da realização do culto evangélico limitado até determinada hora, de modo que as pessoas residentes nas proximidades possam desfrutar, também, do direito ao repouso noturno. Desse modo, ambos podem coexistir sem exceção e sem que um invalide o outro.

O quarto critério denominado por Humberto Ávila de *critério do fundamento axiológico*, considera os princípios, diversamente das regras, como fundamentos axiológicos para a tomada de decisão, ou seja, segundo conceitos de valor, de critérios morais, ao contrário das regras que apresentam um fundamento deontológico, de proibição ou permissão.

Após reuni-los em grupos, Ávila conclui pela importância dos critérios de Dworkin, Canaris e Alexy para a Ciência do Direito, embora reconheça que não estão isentos de uma investigação, não no sentido de desprezar sua importância, mas em buscar confirmar sua valia pela forma mais adequada. Assim, começando pelo caráter hipotético-condicional entende importante, na medida em que permite verificar que as regras possuem um caráter descritivo, enquanto que os princípios estabelecem diretrizes, ainda que imprecisas, na medida em que sendo o princípio a norma direcionadora para alcançar a ulterior aplicação de uma regra, tal fato não se

mostra verdadeiro, na medida em que a aplicação de qualquer norma, seja ela regra, seja ela princípio, depende das possibilidades “normativas e fáticas” a serem verificadas no processo de aplicação. Além do mais, muitas vezes o legislador formula a norma jurídica sem especificar o que seja regra ou princípio, ou ainda quando formula cabe ao intérprete interpretar a norma, considerando como princípio ou regra.

Para ilustrar a sua posição, exemplifica com uma questão constitucional, segundo a qual se houver criação ou aumento de imposto, *então* tal fato pode ser aplicado como regra se o operador do direito entendê-lo como mera exigência de lei em sentido formal; como pode ser aplicado como princípio, se focar o aspecto “teleológico” e aplicá-lo como instrumento de realização do valor da liberdade e da segurança.

No que diz respeito ao critério do “modo final de aplicação”, Ávila demonstra que o emprego da norma não é determinado pelo seu texto, mas que decorre de “conexões axiológicas” ou valorativas que são construídas pelo intérprete, com base nas circunstâncias de cada caso. É o caso, por exemplo, do crime de estupro, com violência presumida, cometido em jovem com idade de 12 anos. Caso em que o S.T.F. considerou “circunstâncias particulares não previstas na norma”, como a aquiescência da vítima, aparência física e mental de pessoa mais idosa, além do paciente, após o episódio, ocorrido cinco anos antes da decisão do STF contraíra matrimônio e levava vida regular, concluindo que o fato não configurava o tipo penal²⁶.

No tocante ao critério do “conflito normativo”, Ávila critica o critério que considera que os princípios têm pesos diferentes, devendo o conflito ser resolvido pelo princípio da proporcionalidade. A verba ser possível que as regras entrem em conflito sem que percam a sua validade. Assim, por exemplo, uma regra que proíba a concessão de liminar contra a Fazenda Pública que esgote o objeto litigioso (art. 1º da Lei 9.494/77), e outra que determine que o Estado deva fornecer, de forma gratuita, medicamentos para pessoas carentes (art. 1º da Lei estadual nº 9.908/93),

²⁶ Hábeas Corpus n. 73.662-9, tendo como coator o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, sendo Relator no STF o Ministro Marco Aurélio Mello. O texto está em j. 21.5.1996, DJU 20.9.1996, p. 34.535.

muito embora sejam divergentes, ainda assim não é necessário declarar a nulidade de uma delas.

Na avaliação de Ávila, quando dois princípios determinam a realização de fins divergentes, deve-se escolher um deles em detrimento do outro; também, que há incorreção ao se afirmar que os princípios possuem uma dimensão de peso, pois às razões e aos fins é que devem ser atribuídas essa dimensão. A título de exemplificação, o Poder Executivo, depois de prometer, por decreto, baixar a alíquota de importação, decide, simplesmente, majorá-la. Os contribuintes que haviam contratado, com base na promessa insurgem-se, com base na violação do Princípio da Segurança Jurídica. A questão posta perante o STF poderia ser resolvida de duas maneiras. A uma, com base no Princípio da Segurança. A duas, com a atribuição de importância apenas ao fato gerador. O STF adotou a segunda hipótese. Tudo isso resulta em dizer, que a dimensão de peso de um ou outro elemento não se decide previamente segundo a estrutura da norma, mas que é atribuída pelo aplicador diante do caso concreto, pois fosse a dimensão de peso um atributo dos princípios, o caso ora examinado deveria ter sido solucionado com base no Princípio da Segurança Jurídica e na garantia de proteção ao ato jurídico perfeito.

Ainda na análise diferenciadora entre regras e princípios, com proficiência, Canotilho assinala que regras são normas que, verificados determinados pressupostos, exigem, proíbem ou permitem algo em termos definitivos. Já os princípios são normas que exigem a realização de algo, da melhor forma possível e que, contrariamente às regras, não proíbem, permitem ou exigem algo em termos de ‘tudo ou nada’²⁷.

Ao abordar a aplicação das normas constitucionais, seja como regra ou princípio, dentro da questão dos limites e restrições aos direitos fundamentais, o jurista lusitano, Vieira de Andrade, citando Canotilho, parece não adotar a concepção de Alexy, nos termos do qual os preceitos relativos aos direitos fundamentais devem ser entendidos como princípios, ou seja, como consagradores de direitos *prima facie*, que podem vir a ser limitados, comprimidos, restringidos, ou até mesmo sacrificados, segundo critérios de ponderação e de harmonização. Daí

²⁷ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª.ed.. Coimbra: Almedina, 2003. p. 1255.

porque propugna que o modelo adequado de concretização e de limitação dos direitos fundamentais deva se dá pela combinação de regras e princípios, com a prevalência do plano das regras sobre o plano dos princípios²⁸.

De resto, ao se encerrar este tópico, deseja-se consignar que o estudo da estrutura das normas constitucionais, em especial a distinção entre as regras e os princípios, serve como base para a fundamentação, para o esclarecimento da problemática dos efeitos dos direitos fundamentais, sendo uma verdadeira chave para a solução de problemas centrais da dogmática desses direitos, como é o caso de uma eventual colisão entre o princípio implícito do não retrocesso com outro princípio implícito ou explícito. Também serve para se verificar o papel, o sentido de realização dos direitos constitucionais sociais dentro do sistema jurídico.

1.4 Dimensões Objetiva e Subjetiva dos Direitos Fundamentais Sociais: abordagem da Teoria dos Quatro Status de Jellinek

Equacionados os problemas dogmáticos da demarcação dos direitos fundamentais, sob as perspectivas de norma fundamental, e da estrutura da norma em regras e princípios, impõe-se agora estudar tais direitos numa perspectiva substantiva, quer seja numa dimensão subjetiva, quer seja numa dimensão objetiva.

Como é sabido, com a passagem do Estado absolutista para o Estado constitucional adveio a necessidade de o Estado passar a ser regulado por uma constituição para garantir objetivamente direitos individuais e limitar o poder dos governantes. Nessa perspectiva, o Estado não só passou a ser garante de direitos ditos fundamentais: civis e políticos, correspondente aos direitos de primeira geração, ou direitos da primeira fase do constitucionalismo, como também se tornou impedido de obstaculizar tais direitos, mediante a demarcação de uma zona de não intervenção estatal.

²⁸ VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 286.

Na dimensão objetiva, noticia Ingo Wolfgang Sarlet que os direitos fundamentais remontam a Lei Fundamental da Alemanha de 1949, muito embora o verdadeiro reconhecimento desse instituto de Direito Constitucional, em particular no âmbito da dogmática dos direitos fundamentais, só viesse ocorrer com o julgamento do famoso caso Lüth,²⁹ no qual ficou consignado que os direitos fundamentais são, em primeira linha, direitos de resistência do cidadão contra o Estado, bem assim que, não obstante, às normas de direito fundamental incorpora-se também um ordenamento axiológico objetivo, que vale para todas as áreas do direito (no caso o fato relacionava-se, num primeiro momento, ao direito civil, ação cominatória, com base no Código Civil alemão, estando envolvido juiz de Vara Cível) como uma fundamental decisão constitucional³⁰.

Na perspectiva objetiva, os direitos fundamentais deixam de significar apenas uma garantia negativa de defesa contra o poder estatal para representarem, segundo seu aspecto axiológico, uma ordem de valores suprapositivos vigentes na sociedade. Assim, o Estado passa a atuar positivamente, no sentido de criar as condições materiais e institucionais para o exercício dos direitos fundamentais pela comunidade e não mais apenas sob um ângulo individualista.

Pela perspectiva objetiva axiológica, os direitos fundamentais denotam, segundo observa Ingo Sarlet, uma “eficácia dirigente” em relação ao Poder Público, seja vinculando o Poder Legislativo, para que o legislador infraconstitucional atue positivamente, mediante a criação de leis necessárias à concretização dos direitos fundamentais; seja pela vinculação do Poder Executivo, mediante a proposição e realização de políticas públicas necessárias à realização dos direitos fundamentais; seja ainda pela vinculação do Poder Judiciário para decidir segundo as leis e preceitos constitucionais, em especial realizando o desiderato expresso nas normas de direitos fundamentais³¹.

Portanto, a Constituição ordena, objetivamente, no seu texto, a obrigação permanente do Estado de concretizar, de realizar os direitos fundamentais sociais

²⁹ BVerfGE 7, 198, proferido em 15.1.1958, pelo Tribunal Constitucional Alemão. O texto está em DIMOULIS, Dimitri e MARTINS, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 263-279.

³⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 8ª ed.. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 168.

³¹ Id., p. 172.

quando estabelece o direito à educação, mediante a garantia do ensino fundamental obrigatório e gratuito, como sendo um direito público subjetivo. Também, quando garante o direito à saúde; a um meio ambiente saudável, o direito ao emprego; à moradia; quando estabelece o direito das pessoas não se submeterem a tratamento desumano ou degradante; quando defende o direito das pessoas não sofrerem racismo; quando afirma proteger a casa como asilo inviolável, ou o sigilo de correspondência e das comunicações telegráficas.

A questão da “eficácia dirigente” adquire maior significação junto aos direitos sociais prestacionais, pois, enquanto os direitos de defesa limitam a atuação do Estado (*status negativus*), podendo o indivíduo repelir eventual interferência estatal, os direitos sociais, ao contrário, exigem determinada atuação do Estado, positiva (*status positivus*), como já dito anteriormente, sob forma de prestação material (saúde, educação, alimentação), ou, ainda, sob a forma de prestação normativa (criação de normas jurídicas que tutelem interesses individuais).

A questão da concretização legislativa dos direitos fundamentais requer uma atenção especial, em razão dos debates que se instauraram na doutrina acerca da necessidade de intervenção legislativa, no sentido de dar concretude principalmente a essas normas constitucionais sociais, ou se, ao contrário, já têm plena eficácia e imediata aplicabilidade. Esse tema deverá ser abordado, mais detidamente, quando se estudar a eficácia e efetivação dos direitos fundamentais. Esclarecendo melhor, o artigo 5º da Constituição, que trata dos Direitos e Deveres Individuais e Coletivos estabelece, em seu parágrafo primeiro, que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata. A questão a ser oportunamente colocada é se haveria, tomando, como exemplo, o direito fundamental à educação, necessidade de intervenção legislativa para complementar, densificar, concretizar os dispositivos que tratam desse direito.

Por ora, em apertada síntese, uma vez que estamos a tratar da dimensão objetiva dos direitos fundamentais, informa Sarlet, que a doutrina majoritária, especialmente a alienígena, parece não se opor à tese da aplicabilidade imediata dos direitos de defesa, mas uma parcela se opõe aos direitos sociais prestacionais, que necessitariam de concretização legislativa, sendo esse autor gaúcho, junto de considerável parcela da doutrina constitucional, defensores da aplicação imediata,

portanto sem a necessidade de interposição legislativa, contudo esse tema será mais demoradamente apreciado no momento oportuno³².

Outro desdobramento da perspectiva objetiva diz respeito ao que a doutrina alemã denomina de eficácia irradiante, assim entendida a possibilidade de os direitos fundamentais impulsionarem, direcionarem o legislador infraconstitucional para agir na conformidade com tais direitos, segundo os preceitos traçados na Constituição, fazendo com que seus efeitos irradiem não apenas contra os poderes públicos, mas também nas relações privadas.

A eficácia privada, também conhecida como eficácia horizontal é salutar para as relações entre as pessoas, pois ela garante que todos os direitos individuais e até mesmo os coletivos sejam aceitos, acatados e reconhecidos por todos, de forma recíproca, ou seja, a tese mais aceita é a que deve haver uma vinculação dos particulares a um dever geral de respeito aos direitos fundamentais, ainda que indireta, de vez que diretamente cabe ao Estado, por intermédio de seus órgãos, proteger o indivíduo da ação de outra pessoa contra eventuais lesões contra a vida, a liberdade e seus bens.

Na sua dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são pensados do ponto de vista individual. Entendendo-se como um poder atribuído ao seu titular de exigir do Poder Público a satisfação dos direitos fundamentais, materialmente e institucionalmente. Nesse sentido, quando a norma jusfundamental garante o direito à vida, à educação, à saúde, à integridade física, à inviolabilidade da intimidade e da vida privada, direito à propriedade está a garantir o direito subjetivo público da vida não ser retirada, de o particular ter o direito a moradia digna, ter acesso igualitário às ações e serviços de saúde, de não ser desapossado de seus bens, das pessoas terem a faculdade de exigirem do Estado uma educação de qualidade, aliada a uma assistência que lhes permita um aprendizado eficiente.

Nesse contexto, quando se aborda o direito fundamental numa perspectiva subjetiva, reporta-se à possibilidade que possui o particular de exigir, até mesmo no foro judicial, os seus direitos objetivamente conferidos pelas normas constitucionais, ainda que seja para atender um mínimo existencial, posto que no campo das prestações existenciais mínimas, como por exemplo, do direito à educação, saúde, o

³² Ibid., p. 306.

indivíduo tem um direito subjetivo originário ao qual corresponde um dever correlativo por parte do Estado e da comunidade.

Considerando o entendimento de que a dimensão subjetiva seja o poder conferido ao indivíduo, de exigir do Estado posições jurídicas, seja por uma ação positiva ou negativa, seja materialmente ou normativamente, necessário se faz estudar, dada a correlação existente, a doutrina dos quatro *status* do constitucionalista alemão Georg Jellinek, que tem por finalidade assegurar um conjunto de direitos e deveres do indivíduo em relação ao Estado.

A concepção genial de Jellinek, sob o aspecto do “*status negativus*”, ou “*status libertatis*” limita o poder estatal de intervir na esfera da liberdade individual. Mas, por outro lado, ficando o Estado, positivamente, obrigado a garantir essa liberdade individual, não apenas em face do próprio Estado, como também dos particulares, sendo essa, inclusive, a razão, segundo os ensinamentos de Locke, Rousseau e Kant para o homem sair do Estado de natureza e entrar no Estado civil, democratizado, do império das leis, justamente para a preservação da vida, da liberdade e da propriedade humanas.

Desse modo, fica o Poder Público impedido de praticar atos que possam representar reduções ou supressões nos níveis de eficácia e efetividade da norma constitucional, seja por meio de reformas constitucionais, legislativas e até mesmo administrativas, seja, ainda, infringindo o direito adquirido, o ato jurídico perfeito, a coisa julgada; seja, enfim, infringindo princípios da segurança jurídica, dignidade humana, fazendo com que as conquistas sociais já consolidadas, na condição de patrimônio da coletividade volte ao estado anterior legislativo, arrostando a Lei Maior.

A segunda categoria de *status* determinada por Jellinek é a do “*status positivus*”, também chamado “*status civitatis*” pela qual ficam os indivíduos assegurados de exigir prestações materiais e normativas do Estado para o pleno exercício dos direitos, liberdades e garantias constitucionais.

Pelo “*status positivus*”, os indivíduos podem exigir do Estado que este cumpra a vontade externada pelo legislador constituinte originário, na Constituição, seja materialmente, com a construção de hospitais, de postos de saúde, de fornecimento

de medicamentos; de execução de políticas habitacionais, sobretudo para pessoas de baixa renda; da efetivação do ensino fundamental, de forma igualitária, universal, obrigatória e gratuita, em estabelecimentos oficiais, com padrão de qualidade; seja normativamente, com a atuação do legislador ordinário e constitucional, para concretizar e densificar a Lei Maior.

Como bem afirma Cristina Queiroz no que concerne aos direitos fundamentais a prestações em sentido estrito, a pretensão não corresponde a uma omissão, mas a uma ação. Reclamam, pois, um “*facere*” por parte dos poderes públicos, traduzindo pretensões de “cuidado” e “proteção”, podendo ser sindicáveis em juízo, como por exemplo, a educação fundamental, a saúde básica, a assistência social aos desamparados, o acesso à justiça. Já os direitos sociais em sentido lato, tal como o emprego, a moradia, o ensino superior, ficam sujeitos a questões orçamentárias, não gerando, assim, direitos subjetivos³³,.

Uma terceira posição, na concepção de Jellinek é a do “*status passivo*” ou “*status subjectionis*” em que o indivíduo fica submisso frente ao poder estatal, às determinações do Estado, por assim dizer, totalmente dependente, atrelado aos desígnios do ente estatal, sem qualquer direito, liberdade ou garantia.

Por fim o “*status activus civitatis*” ou estado de cidadania no qual fica assegurado aos indivíduos exercerem os direitos políticos, como o de votar e ser votado, ou seja, de participar ativamente da vida política do Estado.

Do que se examinou relativamente às perspectivas objetivas e subjetivas, pode-se concluir que o princípio do não retrocesso social objetiva proteger os direitos fundamentais sociais: educação, saúde, moradia, só para citar alguns, tanto na sua dimensão objetiva quanto subjetiva, pela primeira, em razão do poder que a norma de preceito fundamental possui de vincular o legislador infraconstitucional para atuar positivamente e progressivamente, criando as condições materiais e institucionais, ao passo que limitando a reversibilidade desses direitos, sem a criação de outros esquemas alternativos ou compensatórios. Já pela dimensão subjetiva, pelo poder de vincular o Estado ao direito subjetivo do cidadão, que tem o poder de exigir do Estado, o cumprimento da norma de preceito fundamental, em

³³ QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006. p. 19.

contraposição ao dever do Poder Público de satisfazer a vontade da Lei Maior, seja para evitar possível supressão a posições jurídicas consolidadas, seja para limitar a alteração, sem medida substitutiva ou compensatória, de conquistas sociais adquiridas e incorporadas no patrimônio da coletividade.

1.5 Da Fundamentalidade dos Direitos Fundamentais Sociais

Muito se discute na doutrina e na jurisprudência acerca da fundamentalidade dos direitos sociais, se esses direitos previstos no texto de uma Constituição são verdadeiramente fundamentais. Uma primeira corrente do tipo reticente reconhece que verdadeiros direitos fundamentais são os de liberdade ou de defesa, ou seja, direitos, liberdades e garantias. Direitos estes expressamente reconhecidos pelo texto constitucional como tais, como é o caso da Constituição Portuguesa que, expressamente, em seu Título II, garante uma força vinculante e uma densidade aplicativa, ao enquadrá-los em regime jurídico especial, por terem mais valia normativa, enquanto que os direitos económicos, sociais e culturais, previstos no Título III, ficam sujeitos a um regime jurídico geral, necessitando de intervenção legislativa para a concretização do seu conteúdo normativo.

No contexto da legislação portuguesa, os seus intérpretes mais autorizados, como é o caso de José Joaquim Gomes Canotilho, Vital Moreira e Jorge Miranda entendem que os direitos sociais são direitos fundamentais, embora discrepem quanto ao nível dessa vinculação. Assim, Canotilho observa que sob o ponto de vista jurídico-constitucional, existem quatro possibilidades de conformação jurídica dos direitos sociais: a) como normas programáticas, caso em que a relevância delas seria essencialmente política, como instrumento de pressão política; b) como normas de organização, impositivas ao legislador à realização de certos direitos sociais; c) como garantias institucionais, traduzindo-se numa imposição dirigida ao legislador para fazer respeitar e proteger certos direitos sociais, como é o caso de medidas protetoras da saúde e da educação públicas; d) finalmente como direitos subjetivos públicos, donde derivam direitos para os cidadãos. Esta última possibilidade pode ser ilustrada com um exemplo de nossa Constituição, concernente ao ensino

fundamental obrigatório e gratuito como sendo um direito público subjetivo, Art. 208, § 1º. (C.F.B.)³⁴.

Assim, Canotilho ao analisar o texto da Constituição Portuguesa, leciona que os direitos econômicos, sociais e culturais sujeitam-se a um regime geral dos direitos fundamentais, ficando os direitos, liberdades e garantias submetidos a um regime especial, muito embora em determinadas situações os primeiros possam ser configurados como direitos de 'natureza análoga' aos direitos, liberdades e garantias.

Por sua vez, Jorge Miranda considera os direitos sociais com a mesma natureza dos denominados "direitos de defesa," ao apregoar o seguinte:

"Não faltam autores que somente tomam como direitos fundamentais os direitos, liberdades e garantias, e que relegam os direitos sociais para a zona das imposições dirigidas ao legislador ou para a das garantias institucionais. Assim como há aqueles que não admitem verdadeiras liberdades à margem da consecução dos fatores de exercício só propiciados pela realização dos direitos sociais. Na óptica do Estado Social de Direito (inconfundível com outros tipos constitucionais de Estado do Século XX) o dualismo é imposto pela experiência: sejam quais forem as interpretações ou submissões conceituais, não pode negar-se a uns e outros direitos a natureza de direitos fundamentais".³⁵

De seu turno, José Carlos Vieira de Andrade observa que apesar de os direitos econômicos, sociais e culturais estarem sujeitos a um regime constitucional diferente, não constituem uma categoria de natureza radicalmente distinta dos direitos, liberdades e garantias³⁶. Assim, enquanto os chamados direitos de defesa caracterizem-se por terem uma função primária de defesa, por conferirem verdadeiros poderes de exigir de outrem um comportamento, positivo ou negativo, e também apresentarem um caráter de direito diretamente aplicável, independentemente de intervenção legislativa, os direitos sociais, econômicos e culturais são direitos prestacionais, por consistirem em prestações materiais e jurídicas, por parte do poder estadual, demandando a edição de leis e a existência de recursos materiais suficientes para fazer face a tais direitos.

Já uma segunda corrente defende que os direitos sociais são genuinamente direitos fundamentais. Enquadra-se nesta: Ingo Wolfgang Sarlet, Luis Roberto

³⁴ CANOTILHO. Op. Cit., pp 403 e 474-475.

³⁵ MIRANDA, Jorge. Op. Cit., p. 101.

³⁶ ANDRADE, José Carlos Vieira de. Op. Cit., p. 385.

Barroso e Paulo Bonavides, embasados, em linhas gerais, no próprio texto da Constituição Brasileira, que acolheu os direitos fundamentais sociais em capítulo próprio (Capítulo II), no catálogo dos Direitos e Garantias Fundamentais (Título II), e pelo fato de tais direitos submeterem-se ao regime da aplicabilidade imediata, § 1º do artigo 5º, C.F., que estabelece: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”.

Assim é que Ingo Sarlet ao defender a asserção da fundamentalidade dos direitos sociais o faz sob duas categorias: fundamentalidade formal e fundamentalidade material. A fundamentalidade formal decorre do fato de tais direitos se encontrarem expressamente inseridos no texto da Constituição, de se encontrarem submetidos a regime especial de revisão, previsto no Artigo 60 da Constituição, que trata das cláusulas pétreas, e como dito no parágrafo logo acima, por terem aplicabilidade imediata.

Portanto, a fundamentalidade formal dos direitos fundamentais sociais encontra-se ligada ao caráter supralegal desses direitos, a inserção dos mesmos no bojo da Constituição formal. Também, aponta para o caráter rígido das normas constitucionais, para a natureza de proteção contra o poder de reforma da Constituição, particularmente à disponibilidade do legislador ordinário, em vista da importância desses direitos dentro do sistema jurídico.

Já a fundamentalidade material vincula-se ao valor que tais direitos representam para as pessoas, para a sociedade e para o Estado, como direitos essenciais da pessoa humana, por se relacionarem à noção de dignidade da pessoa humana, que Ingo Sarlet avalia como uma “garantia de condições justas e adequadas de vida para o indivíduo e sua família, contexto no qual assumem relevo, de modo especial, os direitos sociais ao trabalho, a um sistema efetivo de seguridade social, em última análise, à proteção da pessoa contra as necessidades de ordem material e à asseguarção de uma existência com dignidade”³⁷.

No sentido material, os direitos fundamentais, embora não constantes do catálogo da Constituição, expressam valores reconhecidos pela sociedade como um todo, que para numerosa doutrina são formas de realização, de efetivação de valores básicos individuais e coletivos, englobando os nacionais, estrangeiros,

³⁷ SARLET, Ingo Wolfgang. Op. Cit., p. 120.

capazes, incapazes. Vistos aqui como atributos da pessoa humana, de ser reconhecido, respeitado, tratado como tal, com a devida proteção da sua integridade física, mental, moral, espiritual, sua identidade e intimidade³⁸.

Ainda sob o prisma material, os direitos fundamentais objetivam garantir a permanência de direitos, liberdades, garantias, tidos como básicos para a sociedade, para a identidade e continuidade da Constituição, para a afirmação do Estado de Direito. Justamente por isso, o conteúdo da Constituição não se encontra plenamente vinculada à discricionariedade do legislador.

Diante dessa análise, bem como sob um prisma hermenêutico, de uma interpretação sistemática, no âmbito da nossa Constituição, observa-se que o legislador constituinte enumerou uma série de direitos individuais e coletivos no Capítulo I do Título II, que trata dos Direitos e Garantias Fundamentais, sendo que no Capítulo II, do mesmo título, relacionou os direitos fundamentais sociais, no que se leva a afirmar que a Constituição estabeleceu um sistema materialmente aberto de direitos fundamentais, ao estatuir, no seu artigo 5º, § 2º, que os direitos e garantias expressamente estabelecidos em seu texto não excluem outros originados dela e dos tratados internacionais assinados pelo Brasil. Daí se poder concluir, pela possibilidade de existência, no sistema constitucional brasileiro, de direitos materialmente fundamentais, fora do catálogo dos direitos fundamentais, como é o caso de alguns direitos previstos no Título VIII, que trata da Ordem Social, como são os casos do direito à saúde, à moradia, à educação fundamental (artigo 208, § 1º), entre outros.

1.6 A Educação como Justiça Social na Concepção de John Rawls

A questão do antagonismo entre a igualdade e a liberdade é um problema que Rawls, assim como tantos outros filósofos tentou compatibilizar. Desse modo,

³⁸ Id., p. 109 e ss.

este filósofo do liberalismo busca fazer, por sua teoria da justiça, uma correção das injustiças sociais no seio do capitalismo tardio, antes por meio de uma concepção moral, posteriormente reformulada para uma concepção política de justiça, apta a especificar os termos equitativos de cooperação social, entre cidadãos livres e iguais e membros plenamente cooperativos de uma sociedade democrática bem-ordenada. Assim, pode-se sintetizar a teoria de Rawls como sendo constituída por uma sociedade bem-ordenada, formada por pessoas livres e iguais; regulada por uma concepção política de justiça e que tem por objetivo um sistema equitativo de cooperação social³⁹.

Para Rawls, a concepção política de justiça é a regra fundamental de qualquer associação humana bem ordenada, sendo que o seu conteúdo é determinado por certos ideais, princípios, critérios, valores políticos, mais claramente falando, os membros da sociedade reconhecem a necessidade de um conjunto específico de princípios, critérios, para atribuição de direitos e deveres básicos e para a determinação do que se entende ser a distribuição adequada dos encargos e benefícios da cooperação social.

E justamente por se tratar de uma sociedade expressa por uma concepção política de justiça, e, portanto, bem-ordenada, significa dizer, que existe uma articulação razoável, um alinhamento do juízo, da razão, das mais firmes convicções refletidas e organizadas, coerentemente, sobre a justiça política, em todos os níveis de generalidade, entre os cidadãos, que reconhecem e afirmam essa concepção, portanto, em pleno equilíbrio reflexivo.

A sociedade de Rawls, como sistema equitativo de cooperação social significa que a colaboração entre os cidadãos guia-se por regras e procedimentos públicos reconhecidos; que cada participante aceita a idéia de cooperação, num sentido de reciprocidade ou mutualidade, consistente em que cada cidadão que contribua para

³⁹ A teoria da justiça de Rawls deita suas raízes em seus escritos intitulados: "*Justice as Fairness*", publicados no ano de 1958 no "The Journal of Philosophy", seguida pelas obras "Constitutional Liberty" (1963); "The Sense of Justice" (1963); "Civil Disobedience" (1966); "Distributive Justice" (1967); "Distributive Justice: Some Addenda" (1968) e a própria "A Theory of Justice" publicada em 1971, como sendo uma das mais importantes obras de filosofia política da última metade do Século XX.

a sociedade deva se beneficiar da cooperação, segundo as regras e procedimentos estabelecidos⁴⁰.

Portanto, a sociedade de Rawls se caracteriza por ser uma sociedade bem-ordenada, isto é, uma sociedade efetivamente regulada por uma concepção política e pública de justiça. É dizer, uma sociedade na qual todos os seus membros aceitam os mesmos princípios de justiça; onde todos os participantes sabem e acreditam que a estrutura básica da sociedade, ou seja, suas principais instituições políticas e sociais e a maneira como essas instituições agem mutuamente, respeitam os princípios de justiça⁴¹.

Por sua vez, a estrutura básica da sociedade introduz a ideia de maneira que as principais instituições, políticas, sociais e econômicas da sociedade se articulam para formar um sistema único de cooperação social, e a maneira pela qual se combinam para distribuírem direitos e deveres básicos, bem como determinam a divisão das vantagens provenientes da cooperação social, no transcorrer de uma geração até a seguinte⁴².

Para Rawls, a justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento⁴³. Com essa formulação, Rawls concede à justiça um papel fundamental, no sentido de atribuir direitos e deveres básicos na sociedade, bem assim, a distribuição apropriada dos benefícios e encargos da cooperação social. Assim sendo, considera a justiça, assim como a verdade, vigas mestras de sua teoria, no sentido de a justiça negar que a perda da liberdade de alguns se justifique por um bem maior partilhado por outros.

Rawls entende que uma teoria, por mais requintada que seja, deva ser rejeitada ou alterada se não for verdadeira; da mesma forma, as leis e as instituições, mesmo sendo eficazes e bem concebidas, devam ser reformadas ou abolidas se forem injustas. Além disso, pensa que numa sociedade justa as liberdades da cidadania igual devam ser consideradas invioláveis, e os direitos

⁴⁰ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 8-9.

⁴¹ Id., p. 11-12.

⁴² RAWLS, John. Op. Cit., p. 13-16.

⁴³ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p.3-4.

assegurados pela justiça não devam se sujeitar a negociações políticas, nem a cálculo de interesses escusos.

Todas essas proposições parecem expressar que uma sociedade bem ordenada e regida por uma concepção política e pública busca uma identidade de interesses, no aspecto de a cooperação social possibilitar a que todos os integrantes tenham uma vida melhor da que teriam se cada um dependesse de seus próprios esforços. Assim, dir-se-á que a teoria da justiça de Rawls está assentada na idéia de uma sociedade em que um conjunto de princípios atribui a seus integrantes, pessoas racionais e livres, direitos e deveres básicos, bem como especifica um sistema de cooperação, com encargos e benefícios, para que aqueles obtenham, afinal de contas, vantagens mútuas.

A visão contratualista da teoria de Rawls remonta a Locke, Rousseau e Kant, procurando levar a um plano superior de abstração a conhecida teoria do contrato social, não por meio de uma sociedade particular ou de uma forma particular de governo, mas por meio de um consenso original, equivalente ao estado de natureza, na teoria tradicional, como forma de, nessa etapa, as pessoas racionais, livres e desinteressadas, designarem princípios de justiça, de forma consensual e equitativa, o que justifica o nome da sua teoria da “justiça como equidade”⁴⁴.

Com efeito, o objetivo de Rawls é elaborar uma teoria contratualista, que represente uma alternativa ao pensamento utilitarista, intuicionista e perfeccionista, uma vez que não busca, de forma egoísta, o prazer ou a felicidade individual, nem se trata de uma teoria teleológica, como querem os utilitaristas, mas de uma teoria deontológica⁴⁵. Também difere dos intuicionistas, por ordenar os princípios de forma serial, o que não ocorre no intuicionismo, que não aponta para uma ordem de importância dos princípios, que por isso mesmo podem chocar-se e apontar para diretrizes contrárias em certos casos⁴⁶.

Difere, também, do perfeccionismo, porquanto neste, a concepção do bem é tomada como a realização da excelência humana nas diversas formas de cultura, o que não ocorre com a justiça com equidade, que avalia os direitos dos cidadãos e

⁴⁴ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 12 a 15.

⁴⁵ Id., p. 32.

⁴⁶ Ibid., p. 37.

recursos sociais, com base em uma concepção parcial de bem, enraizada numa visão das necessidades objetivas de cidadãos livres e iguais, o que leva à idéia de bens primários, eliminando direitos baseados em desejos, metas oriundas das diversas e incomensuráveis concepções de bem das pessoas⁴⁷.

Convém enfatizar, que Rawls busca, com sua teoria, compatibilizar o antagonismo da liberdade com a igualdade, melhor dizendo, minimizar as disparidades entre a liberdade e a igualdade substantiva, ordenando-as por meio de uma filosofia política, ainda que utópica, com a idéia de uma sociedade bem ordenada, gerida por um sistema equitativo de cooperação social e efetivamente regulada por uma concepção pública e política de justiça, onde cada participante aceita e sabe que os demais também aceitam a mesma concepção política de justiça.

O ponto de partida da teoria de Rawls ocorre com a “celebração hipotética” do contrato na posição original, ou seja, um *status quo* inicial adequado para garantir que os acordos básicos, nele firmado, sejam equitativos, que pessoas racionais, iguais e livres, de forma consensual, escolham e justifiquem, sob o véu da ignorância, os dois princípios da justiça para reger a estrutura básica da sociedade, de modo a realizar os valores de liberdade e igualdade.

O contrato, na teoria de Rawls, busca, assim, em um plano abstrato, estabelecer, atendidas as premissas racionais, consensuais e morais, parâmetros adequados para os dois princípios de justiça. Portanto, a terminologia do contrato transmite a idéia de que os princípios da justiça podem ser concebidos por pessoas que atendam a um senso de racionalidade. Também sugere o acordo sobre as reivindicações conflitantes dos benefícios conquistados através da colaboração social, bem como a condição de que a divisão apropriada de benefícios aconteça de acordo com os princípios aceitáveis pelas partes contratantes⁴⁸.

O contrato, na visão de Rawls, é um poderoso argumento para seus princípios porque incorpora princípios filosóficos que aceitamos, ou aceitaríamos se sobre eles refletíssemos, muito embora, no entender de Dworkin, não possa o contrato ser tomado como premissa fundamental, mas como ponto intermediário de

⁴⁷ Ibid. p. 27.

⁴⁸ RAWLS,. Op. Cit., p. 18.

um argumento mais amplo, como se ele próprio fosse o produto de uma teoria política mais profunda, que defende os dois princípios *através*, e não *a partir*, do contrato (itálico no original) ⁴⁹.

Importante destacar que, para Rawls, a justiça como equidade não é uma teoria completamente contratualista, mas que pode ser estendida à escolha de um sistema ético mais ou menos completo que inclui princípios para todas as virtudes e não apenas para a justiça.

Retomando à ideia da posição original, esta é introduzida por Rawls para especificar os princípios mais adequados para a realização da igualdade e da liberdade. Para definição de quais princípios seriam racionalmente adotados dada a situação contratual, no sentido de associar a questão da justiça à teoria da escolha racional.

A posição original é apenas um artifício de representação, análogo a um experimento mental, no sentido de as partes se encontrarem situadas simetricamente, em condições equitativas e dispostas a representarem os interesses fundamentais dos cidadãos livres e iguais em todos os aspectos relevantes, ou seja, em grau suficiente às necessárias faculdades da personalidade moral e outras capacidades que lhes permitam ser membros normais e plenamente cooperativos da sociedade⁵⁰.

Esclareça-se, dessa forma, que a posição original deve ser entendida como uma condição necessária para situar, de modo equitativo, as partes livres e iguais e não permitir que algumas tenham posições de negociações mais privilegiadas, mais vantajosas que outras. Também, evita o recurso da força, da coação, de artifícios ou manobras ardilosas. Igualmente, busca abstrair as contingências do mundo social, ao impedir que as partes conheçam, sob o “véu de ignorância”, as posições sociais ou as doutrinas abrangentes específicas das pessoas que cada uma delas representa. Assim, as partes ignoram a raça e grupo étnico, sexo, ou outros dons naturais como a força e a inteligência das pessoas.⁵¹

⁴⁹ DWORWIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 262.

⁵⁰ RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 25.

⁵¹ Id., p. 21-22.

Importante assinalar, que a posição original é hipotética, na medida em que pergunta-se o que as partes poderiam acordar, ou acordariam, e não o que acordaram; também é não histórica, na medida em que não suponha-se que o acordo tenha sido concertado alguma vez ou venha a ser celebrado. E mesmo que o fosse isso não faria nenhuma diferença.

Na posição original é que as partes racionais e morais escolhem e justificam, sob o “véu da ignorância”, os dois princípios de justiça para reger a estrutura básica da sociedade, que Rawls entende como sendo o objeto primário da justiça política e representativa das principais instituições políticas, sociais e econômicas de uma sociedade democrático-constitucional, e a maneira pela qual se combinam ou se harmonizam em um sistema unificado de cooperação social.

A concepção de justiça nasce com os dois princípios fundamentais, que Rawls exprime como sendo, o primeiro princípio, das liberdades básicas, e o segundo princípio, das desigualdades sociais e econômicas, que se biparte na igualdade equitativa de oportunidades e no princípio da diferença. Assim, nas palavras de Rawls, “*verbis*”

“(a) cada pessoa tem o mesmo direito irrevogável a um esquema plenamente adequado de liberdades básicas iguais que seja compatível com o mesmo esquema de liberdades para todos; e

(b) as desigualdades sociais e econômicas devem satisfazer duas condições: primeiro, devem estar vinculadas a cargos e posições acessíveis a todos em condições de igualdade equitativa de oportunidades; e, em segundo lugar, têm de beneficiar ao máximo os membros menos favorecidos da sociedade (o princípio de diferença).”⁵²

Os princípios são ordenados em série, tendo o primeiro princípio prioridade sobre o segundo; da mesma forma, no segundo princípio, a igualdade equitativa de oportunidades tem precedência sobre o princípio da diferença. Tal ordenação significa que as liberdades básicas têm um âmbito central de aplicação dentro do qual só podem ser limitadas, ou ser objeto de compromisso, quando entrarem em conflito com outras liberdades básicas, bem assim que as violações das liberdades básicas protegidas pelo primeiro princípio não podem ser justificadas ou compensadas por maiores vantagens econômicas e sociais.

⁵² RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p.60.

As liberdades básicas, como o próprio Rawls demonstra, compreendem: a liberdade de pensamento, a liberdade de consciência, a liberdade de associação, as liberdades políticas, as liberdades incluídas na noção de liberdade e de integridade da pessoa, os direitos e liberdades protegidos pelo Estado de Direito⁵³.

Ainda a respeito dos princípios, os mesmos são adotados e aplicados numa seqüência de quatro estágios. Num primeiro, as partes adotam os princípios de justiça por trás de um véu de ignorância total. Nas etapas seguintes o véu vai progressivamente se descortinando. Assim, na etapa subsequente, ou seja, na etapa da convenção constitucional aplica-se o primeiro princípio; na terceira etapa ou legislativa aplica-se o segundo princípio, bem como se fazem as leis de acordo com a constituição e conforme os princípios de justiça; e na última etapa aplicam-se as normas pelos governantes, e a constituição e as leis são interpretadas por membros do judiciário.

Como já asseverado, o primeiro princípio garante a liberdade igual para todos, que para Rawls tem prioridade sobre o segundo princípio. Já o segundo princípio relaciona-se ao aspecto da justiça distributiva, como ordenar as instituições para a estrutura básica, num esquema unificado de cooperação social equitativo, eficiente e produtivo, que possa se manter no transcurso do tempo, e cujas condições para a prossecução desses misteres estão a cargo da etapa legislativa, mediante a promulgação de leis. Portanto, o tema dos aspectos materiais da dignidade humana, dentre as quais se insere as questões como a saúde, a educação, a segurança relaciona-se com este segundo princípio.

No que concerne à questão da igualdade, Rawls entende ser possível a desigualdade econômico-social entre as pessoas, daí porque busca, com a sua teoria da justiça, por meio de um tratamento legislativo, compatibilizar tais diferenças insertas no segundo princípio, com a seguinte proposição: que as desigualdades sociais e econômicas devam estar ligadas a cargos e posições abertas a todos, em condições de justa igualdade equitativa de oportunidades e que tais desigualdades devam proporcionar o maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade.

⁵³ Id., p. 145.

Dessa maneira, Rawls pretende estabelecer um procedimento eqüitativo que conduza a um resultado justo, racional, imparcial, numa sociedade onde cada cidadão tenha o mesmo direito sobre as liberdades básicas iguais; que disponha de um conjunto mínimo de condições materiais; que maximize o bem-estar dos menos favorecidos; que todos possam ter condições de lograr das funções na sociedade, e que todos, indistintamente, possam desfrutar de um sistema eqüitativo de oportunidades.

Com essa breve e singela apreciação da teoria da justiça de Rawls, observa-se que, por essa concepção filosófica e política, lidar com questões relacionadas com a justiça social, o que ocorre principalmente no segundo princípio, o da Igualdade Equitativa de Oportunidades, é o mesmo que tratar de questões como a igualdade/desigualdade entre pessoas, grupos em diferentes dimensões: distribuição de recursos materiais, acesso à educação, saúde, principalmente para os menos favorecidos.

Portanto, na cidadania igual, os cidadãos têm direito a uma chance equitativa de oportunidades, de acesso a cargos públicos e políticos, sem preconceitos de origem, raça, cor, sexo, idade, posição social e quaisquer outras formas de discriminação, ainda que respeitando as desigualdades, na medida em que esta represente o maior benefício possível aos cidadãos menos favorecidos da sociedade. Nesse sentido afirma Rawls:

“Para tanto, diz-se que a igualdade eqüitativa de oportunidades exige não só que cargos públicos e posições sociais estejam abertos no sentido formal, mas que todos tenham uma chance eqüitativa de ter acesso a eles. Para especificar a idéia de chance eqüitativa dizemos: supondo que haja uma distribuição de dons naturais, aqueles que têm o mesmo nível de talento e habilidade e a mesma disposição para usar esses dons deveriam ter as mesmas perspectivas de sucesso, independentemente de sua classe social de origem, a classe em que nasceram e se desenvolveram até a idade da razão. Em todos os âmbitos da sociedade deve haver praticamente as mesmas perspectivas de cultura e realização para aqueles com motivação e dotes similares.”⁵⁴:

Dessa forma, tratando-se de uma teoria liberal, que por isso mesmo admite e aceita desigualdades sociais e econômicas, condicionadas a posições abertas a todos, em condições de igualdade equitativa de oportunidades, e a um maior benefício aos membros mais desfavorecidos da sociedade. Portanto, ainda que se

⁵⁴ RAWLS, John. *Justiça como eqüidade: uma reformulação*. São Paulo: Martins Fontes, 2003. pp. 61-62.

parta da posição de cidadania igual, é possível que ocorra direitos básicos desiguais, em decorrência de características naturais físicas, em que determinada tarefa só possa ser exercida por homens, em detrimento das mulheres, ou que determinado serviço só possa ser exercido por uma parcela da população que detenha um conhecimento científico especializado. Nesse caso, explica Rawls que, não havendo a possibilidade de mudança dessas características, as posições definidas por elas contam como lugares de partida na estrutura básica, sendo tais desigualdades justificadas pelo princípio da diferença se trouxer vantagens para as mulheres e para os menos qualificados profissionalmente, e forem aceitáveis do ponto de vista dos mesmos, porquanto, “numa sociedade justa o menor número de posições relevantes seria em geral suficiente”⁵⁵.

Assim, no tocante à importância da educação e da participação da pessoa em programas de incentivo a qualificação profissional, o próprio Rawls assevera que, mesmo talentos e aptidões naturais, como a inteligência inata, não são dons “fixos e constantes” e, por si só, não bastam para desenvolver a pessoa, que necessita ao menos de educação básica, de cursos profissionalizantes, de treinamentos técnicos para adestramento das habilidades, de apoio e estímulo precoce por instituições governamentais, enfim, de condições sociais para se desenvolverem, se potencializarem.

Nesse sentido, na sociedade rawlseana, a educação fundamental é o instrumento que potencializa o conhecimento humano, e proporciona a autonomia do indivíduo, fazendo dissipar a ignorância, ajudando-o a avaliar e ponderar melhor as idéias nas suas relações sociais, econômicas e morais, no seio da sociedade. Portanto, é razoável afirmar que, na sociedade idealizada por Rawls, cada pessoa deve ter uma educação fundamental para ajudá-la a decidir com racionalidade e com prudência, para poder constituir o bem maior de que dispomos, ou seja, seus objetivos, bem como para poder discernir o que deva ser considerado justo ou injusto.

Dessa forma, a educação fundamental, na concepção de Rawls, é um veículo que habilita o indivíduo a adquirir senso moral e virtudes políticas, como a tolerância, o respeito mútuo, o senso de equidade e de civilidade, aprendendo a pensar,

⁵⁵ RAWLS, John. *Uma teoria da justiça*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. p. 105.

raciocinar e a ter uma concepção política, na medida em que fortalece sua capacidade para assumir responsabilidades por seus objetivos e fazer reivindicações junto às suas instituições, e de exercer o direito de ser independente.

É justamente no âmbito das instituições políticas e sociais, na estrutura básica da sociedade, que é o objeto primário da justiça política, que Rawls inclui a família, a educação, a saúde, cujos efeitos sobre o caráter, a personalidade, o senso de equidade, de justiça são profundos e se fazem presentes no decorrer de toda a vida dos cidadãos.

E assim é porque, sendo a estrutura básica da sociedade, o seu objeto primário, o estágio inicial justo e dos acordos eqüitativos, mas também das condições sociais justas sob as quais acordos deverão ser selados, os efeitos acumulados subseqüentemente deverão minar as condições de fundo necessárias para acordos livres, eqüitativos e justos.

A preservação dessas condições sociais, iniciais e justas devem ser garantidas, segundo Rawls, por leis que denomina de “normas de justiça de fundo”, para propiciar a igualdade eqüitativa de oportunidades, como a “*educação*”, e muitas outras coisas. A vigência dessas normas de justiça de fundo ao longo do tempo não avilta, mas, ao contrário, torna possíveis os importantes valores expressos pela noção de acordos livres e eqüitativos selados por indivíduos e associações no interior da estrutura básica, uma vez que os princípios que se aplicam diretamente a esses acordos não são suficientes, por si sós, para preservar a justiça de fundo.”⁵⁶

Ainda dentro da estrutura básica, mais especificamente no segundo princípio de justiça, o da igualdade eqüitativa de oportunidades, Rawls demonstra a preocupação com a excessiva dominação econômica que possa levar à dominação política, em detrimento das condições sociais, econômicas e culturais, como as oportunidades de educação e de treinamento profissional para as pessoas, independentemente da sua classe social:

“A Igualdade eqüitativa de oportunidades significa aqui igualdade liberal. Para alcançar seus objetivos, é preciso impor certas exigências à estrutura básica além daquelas do sistema de liberdade natural. É preciso estabelecer um sistema de mercado livre no contexto de instituições políticas e legais que ajuste as tendências de longo prazo das forças

⁵⁶ Id., p. 75.

econômicas a fim de impedir a concentração excessiva da propriedade e da riqueza, sobretudo aquela que leva à dominação política. A sociedade também tem de estabelecer, entre outras coisas, oportunidades iguais de *educação* (sem itálico no original) para todos independentemente da renda familiar (§ 15).”⁵⁷

No contexto da estrutura básica, quando Rawls aborda a preocupação do contraste entre o liberalismo político e o liberalismo abrangente e de que forma a estrutura básica pode lidar com certas doutrinas abrangentes e as concepções de bem a elas associadas, considera que o Estado, pelo menos no que concerne aos elementos essenciais, não deve favorecer uma doutrina abrangente específica em detrimento de uma concepção pública e política de justiça.

Também, considera que o liberalismo político inclui, dentro da estrutura básica de uma sociedade bem-ordenada, a educação das crianças para a promoção da autonomia privada, como valores que governam toda a vida das pessoas. Assim, leva em conta que a educação é de fundamental importância, na medida em que ajuda as crianças a terem conhecimento de seus direitos constitucionais e cívicos; a saber, que a liberdade de consciência existe em sua sociedade.

Rawls torna claro, que a educação ajuda a preparar as crianças para serem membros plenamente cooperativos da sociedade, bem como permite que adquiram seus próprios meios de subsistência; também serve para encorajar as virtudes políticas para cumprimento dos termos eqüitativos da cooperação social. Dessa forma observa Rawls:

“Mas o liberalismo político tem um objetivo diferente e exige bem menos. Ele exigiria que a *educação* das crianças incluísse coisas como o conhecimento de seus direitos constitucionais e cívicos, de forma que, por exemplo, elas saibam que a liberdade de consciência existe em sua sociedade e que a apostasia não é um crime legal, tudo isso para garantir que a continuidade de sua filiação religiosa, quando atingem a maturidade, não esteja baseada simplesmente na ignorância de seus direitos básicos ou no medo da punição por ofensas que só são assim consideradas dentro de sua seita religiosa. A *educação* das crianças também deveria prepará-las para serem membros plenamente cooperativos da sociedade e permitir que provejam seu próprio sustento; também deveria estimular as virtudes políticas para que queiram honrar os termos eqüitativos de cooperação social em suas relações com o resto da sociedade.” (itálicos acrescentados).⁵⁸

A importância dispensada pelo liberalismo político à educação da criança baseia-se no papel que as mesmas desempenharão como futuros cidadãos em

⁵⁷ Ibid., p. 62.

⁵⁸ RAWLS, Op. Cit., p. 221.

valores essenciais, como a capacidade de compreender e cultivar a política, e como forma de participar de suas instituições, bem como de poderem ser membros economicamente independentes da sociedade.

Um outro ponto que merece ser destacado na estrutura básica da sociedade é com relação ao papel da família na criação e educação dos filhos, pois sendo a família a “célula mater”, sua função central é propiciar, de forma razoável, a formação do caráter, o cuidado dos filhos, garantindo-lhes o pleno desenvolvimento das capacidades morais, ou seja, a capacidade para desenvolver ideais, princípios, critérios, valores políticos.

Importa, ainda, esclarecer que, muito embora os princípios políticos não se apliquem diretamente à família, garantem os direitos e liberdades básicas, e oportunidades equitativas de oportunidades a todos os seus membros, pois a família é parte da estrutura básica, não se podendo violar os direitos, liberdades básicas e oportunidades equitativas para a garantia da igualdade e independência dos filhos. Melhor esclarecendo, os pais devem, numa concepção de justiça, ter o devido respeito pelos seus filhos, embora isso não caiba aos princípios políticos prescreverem⁵⁹.

Com efeito, cumpre salientar que os pais ficam proibidos, em relação aos filhos, de cometer abusos e tratá-los negligentemente, no que diz respeito à sua educação, pois o direito dos filhos constitui uma parte vital do direito familiar. Além do mais, os princípios de justiça também impõem restrições à família em nome dos filhos, que são os futuros cidadãos da sociedade e, como tais, titulares de direitos inalienáveis.

Portanto, tal direito elementar à educação não pode ser negligenciado, pois, de modo geral, uma das causas básicas, quando não a principal das desigualdades sociais, é o desleixo dos pais, no seio da família, na criação e educação dos filhos, sendo, pois, preciso que sejam tomadas providências para igualar esse encargo ou compensá-los por isso, e qualquer desvio da norma ou diretriz desse encargo exige uma justificativa especial e clara.

⁵⁹ RAWLS, Op. Cit., p. 234.

Uma outra razão, sobre a cidadania e da busca da autonomia da criança, por meio da educação, diz respeito ao valor da família bem educada para a garantia da produção e reprodução ordenadas da sociedade e da cultura de uma geração para a seguinte. Portanto, numa sociedade democrática, justa, a educação tem o valor de cultivar e estimular atitudes e virtudes para sustentar a igualdade das crianças como futuros cidadãos.

Observe-se mais, fazendo uma análise das duas faculdades morais: prioridade do justo e da idéia do bem, ou seja, o que o liberalismo político requer dos cidadãos, é produtor de afirmar, que a prioridade do justo desempenha um papel central na justiça com equidade, no sentido do cidadão ter senso de justiça, ou seja, ter capacidade de entender a concepção pública de justiça. Já a idéia do bem, significa a capacidade que o cidadão tem para formar, revisar e procurar concretizar racionalmente uma concepção de vantagem pessoal. Ocorre que, para a concretização desse ganho, é necessária uma participação ampla, vigorosa da cidadania. Nesse sentido, a educação também assume um significado essencial para as virtudes políticas do cidadão, para que este possa entender melhor as concepções políticas.

Trazendo a teoria de Rawls para a realidade brasileira, mais especificamente para a nossa realidade sócio-econômica e cultural, em outras palavras, fazendo uma confrontação entre a tradição política brasileira, em relação à problemática da igualdade dos direitos sociais, econômicos e culturais, frente a uma concepção política de justiça (social, econômica e cultural), observa-se que a teoria de Rawls se fundamenta numa razão pública e política de justiça, no sentido de possibilitar uma igualdade substantiva aos cidadãos, e onde a distribuição dos direitos e deveres seja feita de forma racional, criteriosa e justa, a partir dos dois princípios. Já pelo lado brasileiro, vê-se que não há uma correspondência entre a produção legislativa ordinária e a sua aplicação, e até mesmo de certos preceitos constitucionais, com os interesses individualmente considerados, tendo, pois, um caráter negativo, melhor dizendo, a produção legislativa ordinária e até mesmo o regramento constitucional, para usar a expressão de Rawls, não se faz sentir na vida das pessoas, justamente porque, como afirma Luiz Eduardo de Lacerda Abreu, enquanto a proposta de Rawls

⁶⁰ ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. Qual o sentido de rawls para nós? *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, out./dez. 2006, p. 18-26.

está ligada a uma tradição do individualismo europeu, empírico, racional, a nossa tradição é ibérica, que prega, desde Rui Barbosa, em sua “Oração aos Moços”, a desigualdade entre os desiguais, sendo, portanto, hierárquica, e onde cada um vale pelo seu próprio valor⁶¹.

Portanto, na sociedade de Rawls os termos equitativos são recíprocos e a vantagem de cada participante é racional, mesmo porque os seus integrantes são pessoas livres e iguais substantivamente, que implicitamente, coerentemente, aderem a uma concepção pública e política de justiça, e onde as desigualdades devem proporcionar o maior benefício aos membros menos favorecidos da sociedade, enquanto que diante da realidade brasileira, a situação de desigualdade é encarada com naturalidade, e onde a ausência do Poder Público, como a falta de escolas, de condições dignas de saúde, de salubridade pública, ainda que tais direitos estejam previstos na Constituição e nas leis, contudo, é vista como condição necessária da diferença, da desigualdade, da heterogeneidade da sociedade.

Assim, a nossa produção legislativa não tem correspondência na vida do indivíduo e vice-versa. Não há uma disposição coerente, refletida entre a produção e o emprego dos direitos e liberdades fundamentais. Não há uma relação autêntica entre os princípios, os critérios previstos na Constituição com o reconhecimento da igualdade de valores. Significa dizer, por via oposta à teoria de Rawls, que há uma incoerência, uma inautenticidade entre doutrina abrangente e concepção política.

1.7 Restrição a Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais constituem prerrogativas e instituições necessárias para assegurar uma convivência digna, livre e igual para todos. Ora regulando objetivamente a convivência humana, ora funcionando como marco de proteção das situações jurídicas subjetivas, quer em relação à vida, bem maior de que dispomos, quer sejam na ordenação e defesa da propriedade, quer sejam disciplinando a liberdade de pensamento. Sejam, ainda, mantendo livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica, e da comunicação, sejam, enfim, assegurando a

⁶¹ Id., p. 22.

inviolabilidade de domicílio, do sigilo da correspondência, da intimidade, da vida privada e tantos outros.

Na verdade, a todo o momento as pessoas estão exercitando direitos fundamentais na sociedade, que eventualmente podem ser restringidos, em razão de determinadas circunstâncias, para a segurança e bem-estar de todos. Dessarte, enquanto a constituição protege a inviolabilidade de domicilio esse direito pode ser restringido na ocorrência de flagrante delito ou desastre no seu interior (art. 5º, XI, C.F.); enquanto protege o direito de propriedade, pode a própria constituição ou lei, restringi-la para o atendimento da sua função social (art. 5º, XXII e XXIII, C.F.); enquanto protege a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, pode restringir tais direitos, por ordem judicial, nas hipóteses de investigação criminal ou instrução processual penal (artigo 5º, XII, C.F.). Também o direito de reunião é plenamente garantido, embora seja restringido em caso de uso de armas, e para o caso de frustrar outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local (art. 5º, XVI).

Nessa perspectiva, o próprio legislador constituinte, prevendo a possibilidade de ocorrência e conflitos de interesses, tratou de limitar, direta e expressamente, o exercício do direito individual assegurado pela ordem jurídica, como também de estabelecer que determinados direitos fundamentais, *prima facie*, dadas as circunstâncias e necessidades, sejam limitados ou restringidos indiretamente, por norma infraconstitucional, como forma de compatibilizar os direitos individuais frente aos bens coletivos.

Dessa forma, duas teorias, interna e externa, tentam responder a relação entre o direito fundamental propriamente dito e a restrição a esse direito. Pela teoria interna, os direitos fundamentais podem ser limitados (limites imanentes) em seu conteúdo, pois nenhum direito fundamental está garantido ilimitadamente. Já a teoria externa, ao contrário da interna, distingue um direito fundamental ilimitado de um lado, e a possibilidade de restrição externa desse direito, de outro lado, a ser feita por normas restritivas, segundo o princípio da proporcionalidade. Portanto, pela teoria externa, o conteúdo dos direitos fundamentais, em princípio, é ilimitado, inalterado, embora possa ser externamente alterado, limitado, por lei restritiva.

Segundo Ana Carolina Lopes Olsen, no que respeita aos direitos fundamentais sociais, que mais de perto interessa para o presente trabalho, a posição que melhor se coaduna com o sistema normativo brasileiro é a teoria externa, uma vez que, considerando que a Constituição de 1988 concebe os direitos fundamentais sociais, como integrantes de um sistema, composto de regras e princípios, criando posições jurídicas *prima facie*, podendo sujeitá-los à ponderação de bens, em razão disso, o âmbito normativo mostra-se maleável e sujeito a restrição. Além do mais, levando-se em conta que os direitos fundamentais, tanto de defesa quanto de prestações, não são absolutos, podendo viver harmonicamente, o que significa dizer, que podem ser restringidos⁶².

A posição manifestada por Ana Carolina, arrimada nas posições de Gilmar Ferreira Mendes e Ingo Wolfgang Sarlet, que adotam a concepção externa, leva a se crê que, de fato, os direitos fundamentais não são plenamente absolutos e nem ilimitados, vez que são demarcados expressamente pela própria Constituição, e pelo legislador ordinário, mediante autorização expressa do constituinte, em razão das relações que o homem mantém com seus semelhantes e com os bens coletivos. E a essa conclusão também chegou José Carlos Vieira de Andrade, que assevera, *verbis*:

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

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

Não o são também enquanto valores constitucionais, visto que a Constituição não se limita a reconhecer o valor da liberdade: liga os direitos a uma idéia de responsabilidade social e integra-os no conjunto dos valores comunitários.”⁶³

Nos casos em que a própria Constituição demarca o conteúdo e alcance dos direitos fundamentais, sem a necessidade de intervenção legislativa, entende-se que a limitação ocorre de forma expressa e direta. É o caso do artigo 5º, inciso XI, em que a Constituição autoriza “reunir-se *pacificamente, sem armas*, em locais abertos

⁶² OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais*. Curitiba: Juruá, 2008. pp. 126-127.

⁶³ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na constituição portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Almedina, 2006. p. 283.

ao público, independentemente de autorização, *desde que não frustrem outra reunião anteriormente convocada para o mesmo local, sendo apenas exigido prévio aviso à autoridade competente*” (art. 5º, XI). De igual sentido, quando assenta que “a casa é asilo inviolável do indivíduo, ninguém nela podendo penetrar sem consentimento do morador, *salvo em caso de flagrante delito ou desastre, ou para prestar socorro, ou, durante o dia, por determinação judicial*” (art. 5º, XI).

Já para os casos em que haja uma determinação expressa do constituinte para que a restrição ocorra por meio de uma atuação legislativa, diz-se, doutrinariamente, que essa intervenção ocorre de forma mediata ou indireta, podendo ser pelas formas simples e qualificada. Pela forma mediata simples, a Constituição estabelece que a conformação seja feita simplesmente pelo legislador ordinário. É o caso do artigo 5º, inciso XLV da Constituição: “nenhuma pena passará da pessoa do condenado, podendo a obrigação de reparar o dano e a decretação do perdimento de bens ser, nos termos da lei, estendidas aos sucessores e contra eles executadas, até o limite do valor do patrimônio transferido”. Também é o exemplo do artigo 5º, inciso LVII da Lei Maior: “o civilmente identificado não será submetido a identificação criminal, salvo nas hipóteses previstas em lei”.

Já a restrição mediata, sob a forma qualificada, ocorre quando o legislador constituinte restringe o âmbito de proteção de determinado direito, ordenando qualificativas, capacitações, qualidades especiais profissionais. Assim, o advogado para o exercício da profissão deve ser graduado no curso superior de direito, bem como ser aprovado no exame da Ordem dos Advogados do Brasil. Para o exercício da profissão de médico, exige-se a formação universitária, além da residência médica, com a inscrição nos Conselhos Regionais de Medicina. Portanto, para o exercício dessas profissões exige a Constituição o atendimento das exigências legais, concernente a regulamentação das profissões.

Além das reservas constitucionais expressas, também existe a reserva tácita. Esta última é a mais problemática, segundo os argutos doutrinadores, que a identificam com os limites imanentes, sem expressa autorização da constituição, e associada à teoria interna dos direitos constitucionais. Por esse modelo de reserva não há uma norma constitucional ou legal restringindo o direito. Daí porque a restrição pode ocorrer consoante a denominada “cláusula da comunidade”, no

sentido dos direitos fundamentais só poderem ser invocados quando bens jurídicos de terceiros ou interesses da comunidade não puderem ser lesados, ou para o caso das “limitações horizontais” quando o direito fundamental pressupõe uma “reserva de amizade”, ou seja, na incidência de colisão pode se chegar à necessidade do emprego de uma otimização racional, levada a efeito através da ponderação de princípios jurídico-constitucionalmente consagrados, de modo a se harmonizar os direitos fundamentais.

Justifica-se a teoria dos “limites imanentes”, no contexto da constituição, uma vez que os direitos fundamentais envolvem tanto as relações privadas, entre os cidadãos, de indivíduo para indivíduo, como também no âmbito público, com efeitos verticais, do indivíduo perante o Estado, vinculando as autoridades e instituições do Estado. Também, em razão de um fundamento inseparável, ligado ao próprio sentido do direito fundamental, que se assenta na ideia de que entre as normas constitucionais não existe qualquer hierarquia, e em razão dos limites de não perturbação, segundo a doutrina alemã, acolhida por Vieira de Andrade, como veremos um pouco à frente, como também de reciprocidade, no sentido de um direito de uma determinada pessoa ser legítimo, recíproco e protegido enquanto não lesar, não atingir a esfera dos direitos das demais pessoas.

Sob esse prisma, é sabido, como dito linhas atrás, que a cada momento um direito pode colidir com outro direito. Basta lembrar que o direito à inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da imagem pode a qualquer instante colidir com o direito à informação, à manifestação do pensamento, à expressão da atividade intelectual, artística e científica. Tais ocorrências, não são, nem podem de pronto, ser detalhadamente disciplinadas pelo legislador constituinte, uma vez que estamos a tratar de normas constitucionais, que por sua natureza são abstratas, abertas, o que torna extremamente difícil, se não impossível, a previsão de todas as situações conflituosas.

Portanto, a teoria dos limites imanentes se revela útil na salvaguarda dos direitos de outrem, tal como reza o artigo 4º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, nos termos seguintes:

“A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudica outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites

senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Estes limites apenas podem ser determinados por Lei”.

Para Vieira de Andrade a idéia dos limites imanentes se estabelece na doutrina e jurisprudência alemã sob três aspectos. Por um primeiro aspecto os limites imanentes são ‘limites de não-perturbação’ (Nichtstörungsschranken), segundo a máxima de que ”o direito de um termina quando começa o direito do outro”. Nesse aspecto, cada direito é limitado pelo também direito de gozo, aos mesmos direitos, por outros sujeitos⁶⁴.

Uma segunda vertente defende a idéia de os limites imanentes serem considerados ‘exigências mínimas da vida em sociedade’ ou ‘cláusula de comunidade’ (Gemeinschaftsklausel), como forma de sustentação da sociedade, mediante uma convivência pacífica, harmoniosa e salutar, com respeito à lei moral e a ordem pública. Essa cláusula, segundo Vieira de Andrade, é criticada por ser demasiadamente vaga, e não dar segurança a uma aplicação racional do regramento constitucional⁶⁵.

Já para uma terceira corrente, os direitos fundamentais estão inseparavelmente limitados pelas ‘leis gerais’, isto é, pelas leis gerais ordinárias de natureza imperativa, como é o caso das leis civis e penais. Essa compreensão, segundo Vieira, se mostra inadmissível, pois a se aceitar a sujeição dos direitos fundamentais a uma reserva legal estar-se-ia subvertendo a hierarquia das leis, colocando as leis acima da Constituição⁶⁶.

Com respeito à delimitação do âmbito normativo dos limites imanentes, não temos, em nossa Constituição, tal como ocorre com a Constituição Portuguesa, em seu artigo 18^o⁶⁷, normas que se qualifiquem como verdadeiras cláusulas gerais, fixadoras de critérios para o legislador infraconstitucional proceder à limitação do conteúdo dos direitos fundamentais, como: a autorização de restrição expressa na

⁶⁴ ANDRADE, Op. Cit., p.296.

⁶⁵ Id., p. 296

⁶⁶ Ibid., p. 296

⁶⁷ Artigo 18.º (Força jurídica) **1.** Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas. **2.** A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos. **3.** As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais.

Constituição; o requisito de lei formal; o requisito da generalidade e abstração de lei restritiva; o requisito da não retroatividade da lei restritiva; a proibição do excesso e a salvaguarda do núcleo essencial, parâmetros esses que trataremos a seguir para uma melhor elucidação.

A autorização expressa na Constituição é uma garantia para o cidadão, evitando que os direitos fundamentais possam sofrer restrições fora dos casos que a Constituição autoriza. Já pelo requisito da lei formal, quer significar que tais direitos possam ser limitados por lei, autorizada pela Constituição, e entendendo-se a norma legal discutida e votada pelo Parlamento e com a sanção do Executivo, que são os poderes de representação popular.

Por seu turno, o princípio da generalidade e da abstração objetiva evitar que a lei imponha restrições aos direitos, liberdades e garantias de uma pessoa ou de várias pessoas determinadas, ou determináveis, infringindo o princípio da igualdade, no que resultaria vir a ser declarada inconstitucional, segundo o magistério de Canotilho:

“Através desta caracterização de leis gerais e abstractas e de leis individuais e concretas podemos assinalar o alcance claro e inequívoco deste requisito: *proibição de leis de natureza individual e concreta restritivas de direitos, liberdades e garantias* (itálico no original). As razões materiais desta proibição sintetizam-se da seguinte forma: (a) as leis particulares (individuais e concretas) de natureza restritiva violam o princípio material da igualdade, agredindo em termos materialmente desiguais os direitos, liberdades e garantias; (b) as leis individuais e concretas restritivas de direitos, liberdades e garantias representam a manipulação da forma da lei pelos órgãos legislativos ao praticarem um acto administrativo individual e concreto sob as vestes legais (os autores discutem a existência, neste caso, de abuso do poder legislativo e de violação do princípio da separação de poderes); (c) as leis individuais e concretas não contêm uma normatização dos pressupostos da limitação expressa de forma previsível e calculável e, por isso, não garantem aos cidadãos nem a protecção da confiança nem alternativas de acção e racionalidade de actuação”⁶⁸

O requisito da não retroatividade objetiva dar segurança nas relações jurídicas, de modo a evitar que as relações constituídas e acabadas no passado, na vigência de uma determinada legislação, possam ser alteradas por uma outra lei, a posteriori, restritiva de direitos fundamentais, o que evidentemente seria declarada de inconstitucional.

⁶⁸ CANOTILHO, Op. Cit., p.454-455.

Já o princípio da proibição do excesso evita que leis restritivas de direitos fundamentais sejam inadequadas, desnecessárias e desproporcionais para os fins a que se propõem, já que a lei restritiva é uma exceção, e objetiva apenas conformar os direitos de uma pessoa frente aos direitos de uma outra pessoa. A título de exemplificação, o direito de propriedade de uma pessoa, pode ser delimitado, de forma proporcional, adequada e necessariamente, pela função social que a mesma possa atender. É como bem registra Gilmar Ferreira Mendes ao transcrever decisão do Tribunal Constitucional Alemão, verbis:

“A propriedade privada caracteriza-se, na sua dimensão jurídica, pela utilidade privada e, fundamentalmente, pela possibilidade de disposição (BVerfGE 31, 229 (240)); seu uso deve servir, igualmente, ao interesse social. Pressupõe-se aqui que o objeto da propriedade tenha uma função social. (...) Compete ao legislador concretizar esse postulado também no âmbito do Direito Privado. Ele deve, portanto, considerar a liberdade individual constitucionalmente garantida e o princípio de uma ordem de propriedade socialmente justa – elementos que se encontram em relação dialética na Lei Fundamental – para o fim de, mediante adequada ponderação, consolidar relações equilibradas e justas”.⁶⁹

Agora, trazendo a temática da restrição dos direitos fundamentais para nosso estudo, especialmente em face dos direitos fundamentais sociais, parece correto se afirmar, por primeiro, que tais direitos, pelo fato de serem normas jurídicas preceptivas, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas, muito especialmente o direito à saúde e ao ensino fundamental obrigatório e gratuito, por determinação expressa e explícita da Constituição, embora também se saiba que a todos os direitos fundamentais são impostas restrições concretas.

Também é certo se afirmar que há por parte do Estado um dever de legislar, de imposição de legislação, no sentido de dar concreção, de realização efetiva das normas constitucionais. Agora, havendo omissão legislativa total, ou seja, deixando pura e simplesmente de legislar, ou legislando insuficientemente, ou ainda legislando retrocedentemente, no sentido de recuar a um estágio inicial do direito, restringindo até afetar a essência do direito, de forma a retirar a garantia de estabilidade, a pretexto assegurar a realização de outros direitos, ainda que constitucionalmente consagrados, em tais situações, o legislador poderá ser acionado por inconstitucionalidade por omissão, que se opera quando se verifica

⁶⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003. p. 219.

que a Constituição esteja sendo descumprida, em vista da atuação omissiva, restritiva ou retrocessiva desnecessária, despropositada, desarrazoada, ilimitada, com violação manifesta das normas constitucionais.

É como bem assevera José Carlos Vieira de Andrade quando de forma irretocável leciona:

“Em resumo, os preceitos relativos a direitos sociais contêm normas jurídicas vinculantes, que impõem positivamente ao legislador a realização dos direitos consagrados na Constituição, sob pena de inconstitucionalidade por omissão.”⁷⁰

E mais um pouco adiante, quando trata do poder de conformação do legislador ordinário para o estabelecimento da forma, da medida e do grau de concretização das imposições constitucionais, diz José Carlos Vieira de Andrade que, na ocorrência do contrário, ou seja, deixando de legislar, e diga-se também, legislando de forma a restringir desmedidamente um direito, até retirar-lhe a essência, para atender um outro direito, o legislador profliga a norma constitucional.⁷¹

Para arrematar, admite-se a restrição legislativa ou material de todo e qualquer direito fundamental, desde que se preserve o núcleo essencial desse direito a ser restringido, em razão da “garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas”⁷². Portanto, desde que a supressão não seja completa, de modo a retirar o nível de concretização legislativa alcançada.

1.8 A proteção do Núcleo Essencial dos Direitos Sociais

Já se asseverou em outras passagens, que os direitos fundamentais não são ilimitados, podendo sofrer restrições por normas constitucionais ou infraconstitucionais, mediante a autorização da Constituição. Todavia, essa limitação não pode chegar ao absurdo, a ponto de o legislador ordinário suprimir toda a norma

⁷⁰ ANDRADE, Op. Cit. p. 399.

⁷¹ Id., p. 400.

⁷² Ibid., p. 407.

concretizadora do preceito constitucional. Significa dizer, que é proibida a limitação excessiva do direito fundamental, a ponto de suprimir a essência do direito, o coração do direito, do seu núcleo essencial.

Pode-se entender por núcleo essencial do direito a parte que compreende a satisfação de necessidades básicas do indivíduo, a essência, o mínimo existencial do direito à vida, liberdade, segurança física, alimentação, saúde, educação fundamental, moradia. As prestações indispensáveis a uma vida com dignidade, e cuja falta acarreta um estado de sofrimento, de desonra, de aviltamento, de abjeção, de degradação da vida humana.

O núcleo essencial em nosso ordenamento não é explícito, tal como a Constituição portuguesa. Relativamente aos direitos fundamentais sociais, o mínimo vital desses direitos está inserida no rol dos limites materiais de reforma da Constituição, ou “cláusulas pétreas”, em razão da Constituição não fazer diferenciação entre os direitos fundamentais. Além disso, por interpretação sistemática, e do princípio da dignidade humana, os quais lhes servem de regra hermenêutica para inserção dos direitos sociais, não somente dos enumerados no Capítulo II, Dos Direitos Sociais, como também outros fora do catálogo do art. 5º, da Constituição, dentro da amplitude do art. 60, § 4º da Constituição.

Também, a defesa do núcleo essencial do direito fundamental decorre do princípio da proporcionalidade, no sentido de a intervenção estatal ocorrer na justa medida, da proteção de um núcleo fundamental, intocável, necessário a uma vida digna; que por isso mesmo não pode ser afetado, sob pena de o direito deixar realmente de existir. Portanto, a aplicação desse princípio, diz respeito ao exame da adequação, da necessidade, e da proporcionalidade em sentido estrito, do direito fundamental, como forma não só de demarcar os limites e restrições, mas igualmente contra a adoção de quaisquer medidas, de ordem legislativa ou material, comissivas ou omissivas, que busquem frustrar a sua concreção.

Como já dito linhas atrás, o núcleo essencial dos direitos fundamentais tem como argumento básico, o princípio da dignidade humana, artigo 1º, inciso III, da Constituição, no sentido de defesa das necessidades indispensáveis,

imprescindíveis para a existência e desenvolvimento da vida humana. Significa, em última análise, a preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e intangibilidade do núcleo consubstanciador daquilo que se pode considerar como o “último reduto de garantia contra leis e medidas agressivamente restritivas desses direitos”⁷³. E no caso dos direitos sociais, significa o direito ao mínimo prestacional, insuscetível de restrição ou redução, sob pena de, em caso de supressão ou eliminação, por eventual irracionalidade, desproporcionalidade, arbitrariedade legislativa, tal medida incidir em inconstitucionalidade.

Lamentavelmente, o nosso legislador constitucional não estabeleceu expressamente nenhum dispositivo de proteção do núcleo essencial dos direitos fundamentais, mas apenas indireta ou implicitamente, seja pelos fundamentos citados, seja pelo processo de ponderação, o que não deixa de ser frustrante para um país como o nosso, com grandes e graves problemas sociais e econômicos, onde a Constituição precisa ordenar situações, estabelecer diretivas aos legisladores e administradores.

Assim é que, diferentemente do legislador constituinte brasileiro, a Lei Fundamental da Alemanha foi a primeira constituição a estabelecer, no seu artigo 19, a proteção do conteúdo essencial dos direitos fundamentais⁷⁴. Também a Constituição espanhola, de 1978, em seu artigo 53, do Capítulo IV, que trata dos direitos, das garantias e das liberdades constitucionais prevê expressamente o núcleo essencial⁷⁵. Outrossim, a Constituição portuguesa de 1976 consagra,

⁷³ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Estudos sobre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, p. 261.

⁷⁴ “Artigo 19 – Quando de acordo com a presente Lei Fundamental um direito possa ser restringido por lei ou em virtude de uma lei, esta deverá ter caráter geral e não estar limitada ao caso individual. Ademais, deverá mencionar o direito fundamental indicando o artigo correspondente”.

(1).

(2). “Em nenhum caso um direito fundamental poderá ser afetado em seu conteúdo essencial”.

⁷⁵ “Artículo 53.

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).”

expressamente, a proteção do núcleo essencial, como se pode ler no seu artigo 18/2⁷⁶

Tais dispositivos constitucionais alienígenas, em especial o artigo 19 da Lei Federal da Alemanha, podem ter como inspiração o artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, que, numa clara afirmação dos direitos individuais perante o Estado e contra os privilégios da nobreza e do clero, buscava assegurar, na mesma medida, perante outros cidadãos, o gozo dos mesmos direitos⁷⁷.

Em solo pátrio, agora sob o aspecto jurisprudencial, o Supremo Tribunal Federal, tem, por vezes, sustentado a necessidade de preservação, em favor dos indivíduos, da integridade e da intangibilidade do núcleo consubstanciador do mínimo existencial como corolário dos princípios da dignidade humana, da proporcionalidade, da segurança jurídica, da proteção da confiança e do Estado democrático e social de Direito⁷⁸.

No âmbito dogmático, duas teorias se controvertem sobre a proteção do núcleo essencial: a teoria absoluta e a teoria relativa. Ambas pretendem assegurar os direitos fundamentais contra a ação legislativa despropositada, sem razão, embora contendam, por argumentos diferentes. Assim é que, pela primeira, no direito fundamental há um espaço interior livre de qualquer intervenção estatal. Esse espaço ou “coração do direito” é insuscetível de limitação legislativa; em hipótese alguma pode ser atingido, ainda que pelo princípio da proporcionalidade, ou mesmo que um bem considerado superior o exija. Já pela teoria relativa, o núcleo essencial não é intangível, duro, podendo ser demarcado, em cada caso, com base no processo de ponderação, podendo, inclusive, atingir o núcleo essencial do direito fundamental.

⁷⁶ Artigo 18/2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

⁷⁷ artigo 4º da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789: “A liberdade consiste em poder fazer tudo aquilo que não prejudique outrem: assim, o exercício dos direitos naturais de cada homem não tem por limites senão os que asseguram aos outros membros da sociedade o gozo dos mesmos direitos. Esses limites apenas podem ser determinados por Lei”

⁷⁸ ADPF 45/DF, Rel. Ministro Celso de Mello, Informativo/STF 345/2004.

Na ótica de Gilmar Mendes, ambas as teorias apresentam deficiências, a absoluta pela impossibilidade de demonstrar, em abstrato, o espaço material do núcleo essencial, enquanto que a teoria relativa também apresenta fragilidades por conferir uma flexibilidade exagerada, razão pela qual Hesse apresenta uma fórmula conciliadora, que procura harmonizar ambas as teorias, no sentido de reconhecer no princípio da proporcionalidade uma proteção contra as limitações arbitrárias (teoria relativa), mas ao mesmo tempo procurando defender o núcleo essencial dos direitos fundamentais contra lesão arbitrária ou despropositada (teoria absoluta) ⁷⁹.

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

1.9 Direitos Fundamentais Sociais e Cláusulas Pétreas

Uma questão que tem provocado controvérsias, principalmente na doutrina, consiste em saber se o § 4º, do art. 60, da Constituição fica circunscrito apenas aos “direitos e garantias individuais”, ou se também os direitos sociais estariam na esfera de proteção das denominadas “cláusulas pétreas”. Uma primeira corrente interpreta restritivamente esse dispositivo constitucional, de forma a negar que os direitos sociais participem do rol dos limites materiais ao poder de reforma da Constituição.

⁷⁹ MENDES, Op. Cit., p. 245.

Para os que sustentam a interpretação, literal, restritiva, tal como Octávio Bueno Magano, caso o Poder Constituinte Originário desejasse inserir, também os direitos sociais, econômicos e culturais, na abrangência das “*cláusulas pétreas*”, o teria feito, nomeando expressamente esses direitos, não só no rol do art. 60, como em qualquer outro dispositivo da Constituição, razão pela qual não cabe agora ao intérprete extensivamente fazê-lo para agregar aos “direitos e garantias individuais” (*inciso IV, do art. 60*)⁸⁰.

Nesse contexto, Maurício Antonio Ribeiro Lopes leciona que não deve ser confundida as expressões “direitos individuais” com “direitos coletivos”, embora admita que os direitos da nacionalidade, artigos. 12 e 13, e os direitos políticos, artigos 14 a 16, todos da Constituição, devem integrar as “*cláusulas pétreas*”, em razão de sua estreita ligação com os princípios fundamentais do Título I, da Constituição, em especial os princípios: democrático, da soberania popular e do pluralismo político⁸¹

Ainda nessa linha argumentativa, Gustavo Just da Costa e Silva sustenta a dualidade entre “direitos individuais” e “direitos sociais”, que nada apresentam de comum, no que diz respeito à titularidade, além de pertencerem a diferentes estágios da formação histórica dos direitos fundamentais: os primeiros se vinculam aos direitos de liberdade, de cunho liberal individualista, de dimensão negativa, enquanto que os direitos sociais se ligam ao Estado social, de cunho solidário, de dimensão positiva⁸².

Outra corrente interpreta extensivamente o § 4º, do art. 60, da Constituição, para incluir os direitos sociais no rol das “*cláusulas pétreas*”. Nesse sentido, Paulo Bonavides argüi, acerca da latitude e densidade normativa da expressão “os direitos e garantias individuais” (artigo 60, IV, C.F.), em face dos direitos sociais, ser “*anacrônica, obsoleta, regressiva e incompatível com o espírito da Constituição e a sistemática de sua unidade, arvorada em princípio, toda interpretação pertinente à inalterabilidade, por via de emenda, dos direitos e garantias individuais com base*

⁸⁰ Apud SARLET, Op. Cit., p. 431.

⁸¹ Cf. LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: RT, 1993, p. 182.

⁸² Cf. SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000, pp. 124 e ss.

*unicamente nos valores e princípios que outrora regiam, legitimavam e norteavam os conceitos da velha corrente liberal.*⁸³

Também observa Paulo Bonavides, que a interpretação do inciso IV, do § 4º, do art. 60, da Constituição deve estar arrimada na nova hermenêutica constitucional, que inter-relaciona texto e realidade fática, de modo a concretizar a norma, dar materialidade, uma vez que o verdadeiro sentido da norma não se encontra fixada de modo objetivo no seu texto, mas depende fundamentalmente do resultado da interpretação, que não despreza argumentos psíquicos, sociais, históricos, antropológicos, culturais e políticos. A nova interpretação constitucional é avessa à racionalidade da lógica cartesiana, formal-dedutiva, do positivismo jurídico que não admite conexão entre o Direito, a moral e a política, e que apenas serve a um modelo de sociedade baseada na ideologia liberal-individualista. Desse modo, escreve Bonavides⁸⁴:

“A nova hermenêutica constitucional se desataria de seus vínculos com os fundamentos e princípios do Estado democrático de Direito se os relegasse ao território das chamadas normas-programáticas (...) Sem a concretização dos direitos sociais não se poderá alcançar jamais ‘a Sociedade livre, justa e solidária’, contemplada constitucionalmente como um dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil (art. 3º) (...) Em obediência aos princípios fundamentais que emergem do Título I da Lei Maior, faz-se mister, em boa doutrina, interpretar a garantia dos direitos sociais como cláusula pétrea (...) Tanto a lei ordinária como a emenda à Constituição que afetarem, abolirem ou suprirem a essência protetora dos direitos sociais (...) padecem irremediavelmente da eiva de inconstitucionalidade...”.

Ainda na defesa dos direitos sociais, como autênticos limites materiais implícitos da reforma constitucional, Ingo Sarlet afirma que a se interpretar literalmente a norma contida no art. 60, § 4º, inciso IV, da Constituição, para abranger apenas os “direitos e garantias individuais” se teria que reconhecer que os direitos de nacionalidade (artigos. 12 e 13), bem como os direitos políticos (artigos. 14 a 17), e os direitos essenciais de participação política, não estritamente individual, como o direito sindical (art. 8º) e o direito de greve (art. 9º), todos da Constituição, além do mandado de segurança coletivo não compartilhariam da sólida proteção constitucional⁸⁵.

⁸³ BONAVIDES, Op. Cit., p. 641.

⁸⁴ BONAVIDES, Op. Cit., p. 641-642.

⁸⁵ SARLET, Op. Cit., p. 430.

Também realça Ingo Sarlet, que a inclusão dos direitos sociais no rol das “cláusulas pétreas” se justifica, tal como entende Bonavides, pela identidade da ordem constitucional, pelo momento político original do legislador constituinte de 1988, que logo no Preâmbulo da Constituição fez referência a um “*Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais*”. Outro argumento utilizado por Sarlet, diz respeito ao fato de todos os direitos fundamentais consagrados na Constituição serem, na verdade, direitos de titularidade individual, ainda que alguns assumam uma expressão coletiva, pois é o indivíduo que tem direito ao voto, à saúde, à educação, à moradia. Além do mais, sendo a função precípua das “cláusulas pétreas” a de impedir a destruição dos elementos essenciais da Constituição, a abolição dos direitos sociais, acabaria por redundar na própria ruína da identidade constitucional e na agressão de princípios como a dignidade da pessoa humana e do Estado democrático e social de Direito, em contraposição com a finalidade das “cláusulas pétreas”.⁸⁶

Um terceiro publicista, Manoel Gonçalves Ferreira Filho, também defende uma interpretação sistemática, para que a norma do art. 60, § 4º, *inciso IV*, da Constituição possa abranger os direitos sociais, ao argumento de que o espírito que norteou o legislador constituinte de 1988 foi de proteger indistintamente e igualmente, todos os direitos fundamentais, tanto de defesa, de primeira geração, quanto os sociais, de segunda geração⁸⁷

Na doutrina alienígena, Jorge Miranda, referindo-se à Constituição da República Portuguesa, especificamente em relação aos “*Limites materiais de revisão*”, pertinentes aos direitos econômicos, sociais e culturais, expressos no art. 290, alínea “e”, da Constituição (“*os direitos dos trabalhadores, das comissões de trabalhadores e das associações sindicais*”), lembra, em face do art. 16º, nº 2 (“*Âmbito e sentido dos direitos fundamentais*”), que “*os direitos econômicos, sociais e culturais previstos na Declaração Universal dos Direitos do Homem podem considerar-se identicamente limites materiais de revisão constitucional embora*

⁸⁶ SARLET, Op. Cit., pp. 432 a 435.

⁸⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 1999, p.97-98.

*implícitos. E o mesmo se diga, mais amplamente, do princípio de democracia econômica, social e cultural (art. 2º).*⁸⁸

Assim, no âmbito do direito português, que pode muito bem servir de referência para o sistema pátrio, uma vez que a Constituição de Portugal, em seu art. 16, nº 2, determina que: “os preceitos constitucionais e legais relativos aos direitos fundamentais devem ser interpretados e integrados de harmonia com a Declaração Universal dos Direitos do Homem”, que a seu turno, consagram o direito à segurança social (artigos. 22 e 25 da Declaração Universal), o direito ao trabalho (artigo. 23), o direito ao repouso e ao lazer (artigo. 24), o direito à proteção da saúde (artigo. 25), o direito à habitação (artigo. 25), o direito à alimentação (artigo. 25), o direito à educação (artigo. 26), o direito à cultura (artigo. 27). Portanto, em sintonia com as lições de Jorge Miranda, pelo menos em relação ao direito constitucional lusitano, tais direitos devem ser considerados implicitamente “*clausulas pétreas*”.

⁸⁸ MIRANDA, Op. Cit., pp. 401-402.

Capítulo 2 O Princípio do Não Retrocesso Social

2.1 Antecedentes para a implementação do princípio do não retrocesso em nosso ordenamento

Parece haver um consenso, entre os doutrinadores que têm se ocupado especialmente da teoria dos direitos fundamentais, de que a temática da proibição de retrocesso social, no Brasil, emergiu da preocupação com o resgate das promessas da modernidade tardia, sustentada na tese do constitucionalismo compromissário-programático, em contraposição ao paradigma liberal-individualista, que se apega na idéia da garantia da liberdade do indivíduo, na segurança da propriedade privada e na livre concorrência no mercado, sem muito se preocupar com os direitos sociais.

Decorre, outrossim, da significação jurídico-constitucional do princípio da democracia econômica e social, no sentido de vincular o legislador, não apenas para limitar a sua atuação, como também para, positivamente, concretizar as normas constitucionais sociais e econômicas; também no sentido de determinar ao administrador a adoção das medidas necessárias para a efetiva realização progressiva dos preceitos constitucionais, no sentido de dar materialização, conformação, transformação e modernização das estruturas econômicas e sociais.

A teoria do não retrocesso encontra-se também ligada a um quadro de insegurança social pós-moderna, gerado, sobretudo, pelo advento da globalização, fenômeno que se caracteriza por privilegiar a integração econômica mundial, com a expansão do mercado em escala global e onde os grandes conglomerados transnacionais passam a ter influência direta, pelo domínio da *lex mercatoria*, sobre os ordenamentos estatais, comprometendo a soberania dos Estados-Nações e, assim, afetando as políticas sociais, econômicas e culturais.

Manifesta-se, outrossim, no âmbito da problemática da eficácia dos direitos fundamentais, numa faceta subjetiva, no sentido de o seu titular poder fazer valer

esse direito, mediante uma ação outorgada pelas próprias normas consagradoras dos direitos fundamentais, no sentido de impor ao Estado, por efeito de alta significação social, o reconhecimento de tais direitos, com a obrigação deste (Estado) criar as condições normativas e materiais que possibilitem, de maneira concreta, o efetivo exercício, pelas pessoas, a tais direitos, sob pena de configurar uma inaceitável omissão governamental.

Nesse sentido, assume relevo a averiguação dos direitos sociais na qualidade de direitos subjetivos, especialmente, para nosso estudo, importando aqui recordar a dimensão subjetiva dos direitos fundamentais, que se orienta na teoria dos quatro status de Georg Jellinek, no sentido de assegurar posições jurídicas do indivíduo frente ao Estado, seja no direito de exigir do Estado uma ação prestacional positiva, um “*facere*”, de ordem normativa ou material; como também na determinação ao Estado de se abster de atentar contra a realização dada ao direito social, portanto, de cunho negativo, “*non facere*”, de modo a evitar a reversibilidade de direitos concretos e de expectativas subjetivamente alicerçadas, fazendo retornar a um “*status quo ante*”, e assim, levando a própria aniquilação do direito.

Nesse viés, tanto os direitos sociais originários a prestações sociais, como são os casos dos direitos à saúde, à educação, quanto os derivados a prestações, que carecem de interposição legislativa, caso do artigo 203 da C.F, que o S.T.F. proferiu decisão para declarar que tal dispositivo não é auto aplicável, portanto de eficácia limitada⁸⁹. Em ambas as situações, fica assegurado juridicamente ao seu titular a possibilidade de fazer valer o seu poder, de exigir do Estado uma posição, positiva ou negativa, posto que, como se sabe, todas as normas constitucionais possuem eficácia jurídica para produzir efeitos jurídicos, têm força imperativa, não meramente moral, como também possuem efetividade, no sentido de a norma constitucional ser aplicada e observada por todos indistintamente.

De outro modo, importa considerar a proteção dos direitos fundamentais sociais, também numa faceta objetiva, no sentido de um reforço da juridicidade dessas normas; pela presença das mesmas num extenso catálogo da nossa Constituição, como que apontando para a obrigatoriedade de o legislador infraconstitucional legislar positivamente para criar condições materiais e normativas

⁸⁹ ADIn nº 1.232-DF

para o atendimento dos direitos prestacionais aos cidadãos. Mas importa, também, num dever de limitação do poder discricionário do legislador ordinário, no sentido de evitar medidas que, sem a criação de esquemas alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa verdadeira anulação, ab-rogação ou aniquilação do núcleo essencial do direito.

Nessa faceta objetiva constata-se a sua íntima conexão com o princípio do não retrocesso social, pela vinculação estreita e direta deste princípio implícito com outros expressamente tratados pela Constituição: segurança jurídica, Estado de Direito, dignidade humana, garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada, além dos objetivos elencados no artigo 3º da Constituição, numa clara e firme demonstração, mais que isso, preocupação do legislador constituinte originário, com um Estado que garanta os direitos sociais aos indivíduos; numa indicação ao legislador infraconstitucional para concretizar as suas normas, seja na construção da legislação ordinária: densificando, preenchendo, complementando, precisando o espaço normativo constitucional, para tornar juridicamente efetivas e eficazes as suas normas, evitando medidas retrocessivas que possam representar uma supressão e/ou restrição desses direitos.

2.2 Uma Breve Exposição no Direito Comparado e Aportes no Direito Pátrio

Apesar do Princípio do Não Retrocesso Social ser ainda incipiente no Direito Brasileiro, tanto na doutrina quanto na jurisprudência dos nossos tribunais, contudo, a discussão no direito comparado já se encontra bastante difundida, guardadas as devidas peculiaridades sócio-econômico e cultural de cada país. Dessa maneira, países de larga tradição no direito, como Alemanha, Portugal e Itália, têm voltado suas atenções para o tema, ainda que de forma incongruente, diferenciando-se as soluções adotadas, como ocorre entre a Alemanha e Portugal. Por essa razão, faz-se necessário discorrer-se, ainda que sumariamente, sobre a experiência, ao menos em solo lusitano e germânico.

Em solo alemão, segundo o magistério de Ingo Wolfgang Sarlet a Lei Fundamental, embora não contemple expressamente uma proibição de retrocesso na esfera da seguridade social, contudo, tanto a doutrina quanto o Tribunal Constitucional Alemão sempre chancelaram a proteção de institutos como a garantia da propriedade, do direito adquirido e das expectativas de direitos, que afinal refletem uma compreensão ampla da proibição de retrocesso⁹⁰.

Conforme demonstrou Peter Badura, a jurisprudência do Tribunal Federal e a doutrina alemães lograram conceber a tese da proibição de retrocesso, a partir da função da propriedade desenvolvida por Martins Wolff, na época de Weimar, o que permitiu ao Tribunal Constitucional Federal reconhecer que a garantia da propriedade alcance, também, a proteção de posições jurídico-subjetivas, no âmbito da seguridade social⁹¹.

Dessa forma, justamente pelo fato da Alemanha não ter agasalhado na sua Lei Fundamental, como regra geral, direitos fundamentais sociais, limitando-se a consagrar o princípio fundamental do Estado Social e Democrático de Direito, a partir do qual foi desenvolvida uma legislação na esfera da seguridade social, quando se fala na proibição de retrocesso social cuida-se da problemática da proteção de posições jurídico-subjetivas vinculada ao direito e garantia fundamental da propriedade⁹². E cujo direito se encontra estabelecido no art. 14 da L.F.⁹³.

Assim, a proteção oferecida ao direito da propriedade, tem, igualmente, o escopo de oferecer segurança relativamente às posições subjetivas privadas, tendo como pressuposto a circunstância de que ao titular do direito social é atribuída uma posição jurídica equivalente à da propriedade privada e que, no caso de uma supressão desse direito prestacional, sem qualquer compensação, embora

⁹⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. *O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. In *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Ano I, n.4, jul.2001. pp. 2-4.

⁹¹ *Apud* SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. p. 452.

⁹² SARLET, Op. Cit., p.4.

⁹³ "Artigo 14 da LF

Propriedade, direito a herança e expropriação

(1) A propriedade e o direito a herança estão garantidos. Seu conteúdo e seus limites estão determinados por leis.

(2) A propriedade obriga. Seu uso deve servir ao mesmo tempo ao bem comum.

(3) A expropriação está permitida somente por razões de bem comum. Poderá ser efetuada somente por lei ou em virtude de uma lei que estabeleça o modo e o montante da indenização. A indenização se fixará considerando a forma equitativa dos interesses da comunidade e dos afetados. No caso de discrepância sobre o montante da indenização ficará aberta a via judicial ante os tribunais ordinários."

subjetivamente adquirido, resulta numa colisão frontal com o princípio do Estado de Direito, sendo tal situação paradigmática à posição subjetiva de direito público com a condição do proprietário⁹⁴.

Todavia, nem todos os direitos patrimoniais de natureza pública recebem a proteção da garantia da propriedade pelo Tribunal Constitucional Alemão, pois, para que isso ocorra necessário se faz a presença de alguns requisitos muito bem sintetizados por Sarlet: que esteja presente um direito subjetivo individual a uma prestação social, mediante uma contraprestação pessoal do seu titular; que essa posição jurídica seja de natureza patrimonial, pessoal, própria e exclusiva de seu titular; que a prestação sirva de garantia da existência do seu titular, pelo fato da propriedade também proteger as condições necessárias para uma vida autônoma e digna⁹⁵.

De qualquer forma, apesar das críticas endereçadas à solução apregoada pelo Tribunal Constitucional Alemão, no sentido de a garantia da propriedade ser insuficiente para abranger uma série de posições jurídicas subjetivas na esfera da seguridade social, contudo, é possível fazer uma correspondência da experiência alemã para o seu emprego no Brasil, dada a importância da doutrina e da jurisprudência constitucional germânica para a temática da proibição de retrocesso, ainda que inexista previsão expressa de proibição de retrocesso na Lei Fundamental, o que não impede que níveis de proteção social sejam muito superiores aos adotados no Brasil.

Já no âmbito do constitucionalismo português, que tem exercido significativa influência sobre o ordenamento jurídico pátrio, José Joaquim Gomes Canotilho, prócere do Direito Constitucional daquele país, demonstra que os direitos fundamentais sociais e econômicos, uma vez implementados, concretizados pelo legislador ordinário, passam a constituir verdadeiro direito subjetivo, ficando interdito ao legislador infraconstitucional revogar tais direitos, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão. Assim, doutrina Canotilho:

“A idéia aqui expressa também tem sido designada como ‘proibição de contra-revolução social’ ou da ‘evolução reacionária’. Com isto quer dizer-se que os direitos sociais e económicos (ex.: direito dos trabalhadores, direito à

⁹⁴ SARLET, Op. Cit., p.5

⁹⁵ Id., p. 453

assistência, direito à educação), uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma *garantia institucional* e um *direito subjetivo*. A 'proibição de retrocesso social' nada pode fazer contra as recessões e crises econômicas (*reversibilidade fáctica*), mas o princípio em análise limita a reversibilidade dos *direitos adquiridos* (ex.: segurança social, subsídio de desemprego, prestações de saúde), em clara violação do princípio da protecção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito económico, social e cultural, e do núcleo essencial da existência mínima, inerente ao respeito pela dignidade da pessoa humana. O reconhecimento desta protecção de 'direitos prestacionais de propriedade', subjetivamente adquiridos, constitui um limite jurídico do legislador e, ao mesmo tempo, uma obrigação de prossecução de uma política congruente com os direitos concretos e as expectativas subjectivamente alicerçadas. A violação do núcleo essencial afectado justificará a sanção de inconstitucionalidade relativamente a normas manifestamente aniquiladoras da chamada 'justiça social'⁹⁶."

Desse modo, pela lição do mestre coimbrese, o direito fundamental social, uma vez satisfeito pelo legislador infraconstitucional, ao estabelecer políticas educacionais, habitacionais, da seguridade social, voltadas ao atendimento da Lei Maior, tais direitos passam a se incorporar ao património social do cidadão, não podendo uma nova lei extinguir ou revogar, totalmente, os direitos concretizados, sob pena de aniquilação do núcleo essencial desses direitos, com violação do princípio da dignidade humana, da segurança jurídica e da protecção da confiança do cidadão, integrantes do Estado Democrático de Direito.

Esse entendimento encontrou guarida no Tribunal Constitucional de Portugal, cujo Acórdão nº 39/84, Processo nº 6/83, pela grande importância para o nosso estudo, impôs uma breve incursão nessa seara, por seu carácter paradigmático. Assim é que, tratava-se de requerimento formulado pelo Presidente da República, ao Conselho da Revolução, sobre a apreciação e declaração de inconstitucionalidade do artigo 17º, do Decreto-Lei nº 254/82, de 29 de Junho, que revogou os artigos 18º a 61º, 64º e 65º da Lei nº 56/79, referente ao Serviço Nacional de Saúde, com fundamento em violação, por parte do Governo, da competência legislativa reservada à Assembléia da República, em conformidade com o estabelecido no artigo 167º, alínea "c", da Constituição de Portugal.

Para uma melhor compreensão, a Lei nº 56/79, aprovada em 28 de Junho de 1979, tendo por rubrica o Serviço Nacional de Saúde, qualificava-se como uma lei de bases, carecendo de regulamento legislativo, mediante decreto-lei do Governo,

⁹⁶ CANOTILHO, Op. Cit., p. 338-339.

conforme o disposto no artigo 65º da presente lei, para lhe completar a eficácia e possibilitar efetiva aplicação.

Conforme Relatório antecedente à decisão do Acórdão, o próprio Governo, ao invés de regulamentar a Lei nº 56/79, tratou de revogar a maior parte dos seus preceitos, pois, de oito títulos da lei só restaram os três primeiros, respectivamente: das disposições gerais, do estatuto dos utentes, e dos cuidados com a saúde. Os demais, que tratavam da organização e funcionamento do Serviço Nacional de Saúde, do estatuto do pessoal, do financiamento, da articulação com o setor privado e das disposições finais e transitórias, foram todos revogados, representando a própria aniquilação da lei, com a extinção do Serviço Nacional de Saúde.

O Relator do Acórdão, Conselheiro Vital Moreira, entendeu, num primeiro momento, que por se tratar de uma lei editada pela Assembléia da República, que continha as bases do Serviço Nacional de Saúde, por conta disso, a revogação por parte do Governo estaria a invadir a competência legislativa reservada à Assembléia da República, mais ainda, pelo fato da matéria estar afeta aos direitos fundamentais, ou seja, o direito de proteção da saúde, previsto no artigo 64º da Constituição da República Portuguesa. A questão relacionava-se, portanto, com a inconstitucionalidade orgânica do artigo 17, posto que a matéria do Serviço Nacional de Saúde, à data do Decreto-Lei nº 254/82, pertencia à esfera da competência reservada à Assembléia da República e não do Governo.

Dessa forma, o eminente Relator entendeu, na questão da inconstitucionalidade orgânica do artigo 17 do Decreto-Lei nº 254/82, que o direito à saúde comportava uma vertente negativa, compartilhando das características dos tradicionais direitos de liberdade, no sentido de dar ao seu titular o direito de exigir que ninguém atue contrariamente a esse direito. Também comportava uma vertente positiva, no sentido de conferir aos cidadãos em geral o direito de exigir do Estado as prestações necessárias, materiais e legislativas, para a salvaguarda do direito à saúde.

Mas, ainda na apreciação da inconstitucionalidade orgânica, Vital Moreira discordou em parte do pedido, no que tange à natureza do direito à saúde, posto que o requerente estava a alegar ter sido infringida a norma constitucional do artigo 167º, muito embora em nenhuma de suas alíneas houvesse menção explícita à

matéria do direito à saúde, ou mesmo genericamente aos “direitos sociais”, pois compreendia apenas os “direitos, liberdades e garantias”, sem incluir o direito à saúde.

Com efeito, entendeu Vital Moreira que o direito à saúde, ao invés de se tratar de um direito de liberdade, trata-se de um direito social típico, essencialmente de carácter positivo, ou seja, um direito prestacional do Estado, melhor dizendo, um direito a ações do Estado, muito embora os direitos sociais, igualmente, comportem uma vertente negativa, todavia não sendo esse o aspecto que avultava no direito à saúde, não podendo, pois, ser considerado um direito análogo aos “direitos, liberdades e garantias”, razão pela qual não poderia ser abrangido na alínea “c” do artigo 167º da Constituição, na sua versão originária, não integrando a competência reservada da Assembléia da República.

Na verdade, averbou o Relator, é que a Lei nº 56, que instituiu o Serviço Nacional de Saúde, se constituía num conjunto de bases do Serviço Nacional de Saúde, que por isso mesmo, estava a depender de um desenvolvimento legislativo através de decretos-leis por parte do Governo e nunca ao absurdo de ser extinto, revogado. Em outras palavras, o Governo ao invés de cumprir o “mandato” imposto pela Assembléia da República fez o contrário, revogou o próprio “mandato”.

Além da questão da inconstitucionalidade orgânica o pedido do requerente suscitou um outro problema ainda maior, de inconstitucionalidade material, pois, com a revogação dos mencionados preceitos da Lei nº 56/79, tal ato resultou na ‘destruição ou inutilização do Serviço Nacional de Saúde’ e, conseqüentemente, na não realização do direito à protecção da saúde, embora se tratasse de um direito constitucionalmente garantido no artigo 64º da Constituição da República Portuguesa⁹⁷.

⁹⁷ Artigo 64.º (Saúde)

1. Todos têm direito à protecção da saúde e o dever de a defender e promover.

2. O direito à protecção da saúde é realizado:

a) Através de um serviço nacional de saúde universal e geral e, tendo em conta as condições económicas e sociais dos cidadãos, tendencialmente gratuito;

b) Pela criação de condições económicas, sociais, culturais e ambientais que garantam, designadamente, a protecção da infância, da juventude e da velhice, e pela melhoria sistemática das condições de vida e de trabalho, bem como pela promoção da cultura física e desportiva, escolar e popular, e ainda pelo desenvolvimento da educação sanitária do povo e de práticas de vida saudável.

3. Para assegurar o direito à protecção da saúde, incumbe prioritariamente ao Estado:

Nesse sentido, argumentou o insigne relator que, tendo a Constituição da República Portuguesa estabelecido o direito à saúde, avançou ainda mais, no sentido de anunciar um conjunto de tarefas estaduais destinadas a realizá-lo, de forma positiva, diretiva, dirigente, e não simplesmente na forma de uma norma programática, abstrata. Portanto, ao criar o Serviço Nacional de Saúde, a Lei nº 56/79 limitou-se a dar cumprimento a uma determinação constitucional, que acaso não cumprida incorreria em inconstitucionalidade por omissão.

A extinção do Serviço Nacional de Saúde, pela revogação, ainda que parcial, da Lei nº 56/79, aduziu o ilustrado relator, traduziu-se na “destruição ou inutilização do Serviço Nacional de Saúde”, pois, na sua construção constitucional, tratava-se de um serviço com estrutura de âmbito nacional, geral e universal, além do que o Decreto-Lei nº 254/82 não simplesmente substituiu um serviço nacional de saúde por outro; limitou-se a alterar o regime de estruturas pré-existentes que haveriam de integrar-se no Serviço Nacional de Saúde. Em suma, revogou, pura e simplesmente, parte essencial e estrutural da norma legislativa.

E ao revogar a lei do Serviço Nacional de Saúde, acresceu mais o Relator, o Governo não se limitou a “dispensar-se” da obrigação que a lei e a Constituição lhes havia cometido de desenvolver, qual seja, o serviço de saúde, como também extinguiu o que ela já havia criado, e cuja existência prática dele dependia, pois, o fato de o Serviço Nacional de Saúde não fazer parte integrante da efetiva organização da saúde não implicava que ela não fizesse parte da efetiva ordem jurídica da saúde.

Sublinhou, de outro modo, Vital Moreira, que a Constituição não permitia que o direito à saúde fosse realizado de qualquer modo, mas pela via constitucionalmente determinada, pela via de um serviço nacional de saúde.

-
- a) Garantir o acesso de todos os cidadãos, independentemente da sua condição económica, aos cuidados da medicina preventiva, curativa e de reabilitação;
 - b) Garantir uma racional e eficiente cobertura de todo o país em recursos humanos e unidades de saúde;
 - c) Orientar a sua acção para a socialização dos custos dos cuidados médicos e medicamentosos;
 - d) Disciplinar e fiscalizar as formas empresariais e privadas da medicina, articulando-as com o serviço nacional de saúde, por forma a assegurar, nas instituições de saúde públicas e privadas, adequados padrões de eficiência e de qualidade;
 - e) Disciplinar e controlar a produção, a distribuição, a comercialização e o uso dos produtos químicos, biológicos e farmacêuticos e outros meios de tratamento e diagnóstico;
 - f) Estabelecer políticas de prevenção e tratamento da toxicod dependência.
4. O serviço nacional de saúde tem gestão descentralizada e participada.

Também, que ao extinguir o Serviço Nacional de Saúde, o Governo colocou o Estado na situação de incumprimento de suas tarefas determinadas pela Constituição, incidindo em censura constitucional, em sede de inconstitucionalidade por omissão.

Ademais, destacou, à conclusão, Vital Moreira, ao analisar a questão da Inconstitucionalidade da revogação da lei do Serviço Nacional de Saúde, “*verbis*”:

“É que aí a tarefa constitucional a que o Estado se acha obrigado é uma garantia do direito fundamental, constitui ela mesma objecto de um direito dos cidadãos (...) A abolição do Serviço Nacional de Saúde não significa apenas repor uma situação de incumprimento, por parte do Estado, de uma concreta tarefa constitucional; uma vez que isso se traduz na revogação da execução dada a um direito fundamental, esse acto do Estado implica uma ofensa ao próprio direito fundamental.”

“(…) As tarefas constitucionais impostas ao Estado em sede de direitos fundamentais no sentido de criar certas instituições ou serviços não o obrigam apenas a criá-los, obrigam-no também a não aboli-los uma vez criados.”

“Impõe-se a conclusão: após ter emanado uma lei requerida pela Constituição para realizar um direito fundamental, é interdito ao legislador revogar essa lei repondo o estado de coisas anterior. A Instituição, serviço ou instituto jurídico por ela criados passam a ter a sua existência constitucionalmente garantida. Uma nova lei pode vir alterá-los ou reformá-los, nos limites constitucionalmente admitidos, mas não pode vir extingui-los ou revogá-los.”

“De todo o exposto cabe apurar duas conclusões:

- a) Não há razões para entender que o artigo 17º do Decreto-Lei nº 254/82 seja inconstitucional por motivo de incompetência do Governo para legislar em matéria do direito à saúde;
- b) Em contrapartida, deve entender-se que a revogação da maior parte da Lei nº 56/79, traduzindo-se na extinção do Serviço Nacional de Saúde, contende com a garantia do direito à saúde consignado no artigo 64º da Constituição da República Portuguesa⁹⁸.

Num outro julgado não menos importante para o nosso estudo, Acórdão nº 509/02, Processo nº 768/02, o Tribunal Constitucional de Portugal tratou de apreciar pedido do Presidente da República, sobre a declaração de constitucionalidade da norma constante do artigo 4º, inciso I, do Decreto da Assembléia da República nº 18/IX, para ser promulgado como lei, sob a alegação que o diploma procedia à revogação do *rendimento mínimo garantido* para pessoas com idade igual ou superior a 18 anos, previsto na Lei nº 19-A/96, de 29 de Junho, criando o *rendimento social de inserção*, para pessoas com idade igual ou superior a 25 anos. Portanto, a

⁹⁸ PORTUGAL. Tribunal constitucional. Acórdão impresso na Imprensa Nacional-Casa da Moeda. Série nº 104 – 5-5-1984, pp. 1463 e 1465.

dúvida suscitada por Sua Excelência respeitava em saber até que ponto tal restrição ofendiam princípios e normas constitucionais, como o princípio da proibição do retrocesso social.

Vale registrar, de antemão, que a legislação concernente a assegurar um rendimento mínimo garantido ou um rendimento social de inserção constituía uma concretização do direito de todos a uma segurança social, previsto no artigo 63, I da Constituição da República Portuguesa, para proteger as pessoas na doença, velhice, invalidez, viuvez, orfandade e desemprego, bem como em todas as situações de falta ou diminuição de meios indispensáveis à subsistência humana.

Nesse julgado, ficou patente, pelo Tribunal português, tendo como Relator, o Conselheiro Luís Nunes de Almeida, o reconhecimento da proibição do Estado em afetar ou suprimir prestações já existentes, de forma arbitrária e discricionária, ainda que sustentada na incapacidade material, designadamente financeira, uma vez que violava os princípios da confiança, da igualdade, e da universalidade na titularidade dos direitos fundamentais, este último consagrado no artigo 12º, inciso I, da Constituição portuguesa.

Também ficou considerado no julgamento feito pelo tribunal português, que o rendimento social de inserção se incluía no subsistema de proteção social da cidadania, que visava assegurar direitos básicos para garantir a igualdade de oportunidades, como também o direito a um mínimo vital de subsistência dos cidadãos; da prevenção e da erradicação de situações de pobreza e de exclusão, como forma de promover o bem-estar e a progressiva inserção social das camadas mais pobres da população.

Verificou, ainda, a Corte Constitucional Portuguesa, que uma primeira proposta de alteração legislativa, da titularidade desse direito à segurança social, tendente a fazer passar dos 18 para os 25 anos ocorreu através do Projeto de lei nº 176/VII, rejeitado no Parlamento, seguindo-se da Proposta de lei nº 6/IX, em cuja exposição de motivos havia a justificava de guardar correspondência com as resoluções emitidas pelos órgãos comunitários.

Portanto, de forma semelhante a outros países da União Européia, a mudança legislativa pretendia alterar a idade mínima de acesso à prestação, para 25

anos, como condição para potencializar as medidas de formação e emprego já existentes, sendo que para o grupo dos 18 aos 25 as melhorias deveriam ocorrer com outras soluções, como os programas de emprego, de formação profissional, de formação qualificante, de aprendizagem, de combate à dependência tóxica, que deveriam radicar as questões fundamentais dessa faixa de jovens, e que lhes pudessem garantir autonomia, independência, dignidade cívica e capacidade laboral.

No que tange à liberdade de conformação legislativa, a Corte Constitucional de Portugal aduziu que o pensamento assente da generalidade da doutrina convergia para a necessidade de harmonizar a estabilidade da concretização legislativa já alcançada no domínio dos direitos sociais com a liberdade de conformação do legislador. Isso implica dizer, que onde a Constituição contem uma ordem de legislar, precisa e concreta, de tal sorte que seja possível determinar quais as medidas jurídicas são necessárias para lhe conferir exeqüibilidade, como é o caso dos direitos adquiridos e das denominadas “cláusulas pétreas”, a margem de liberdade do legislador para retroceder nas prestações já realizadas, passa a ser mínima, sob pena de violar o princípio da proteção da confiança e da segurança dos cidadãos no âmbito dos direitos sociais, econômicos e culturais.

Portanto, para além da proteção dos direitos adquiridos na esfera dos direitos sociais, o Tribunal Constitucional de Portugal, pelo acórdão em estudo, passou a estender a ocorrência da proibição de retrocesso social, não mais apenas e tão somente para a hipótese de afetação dos direitos adquiridos. Mas, também, sustentado na violação do princípio da proteção da confiança dos cidadãos, e no princípio da igualdade, pois, como se verá a seguir, “no caso vertente, é inteiramente de excluir que se possa lobrigar uma alteração redutora do direito, violadora do princípio da confiança, no sentido apontado por aquele aresto (Acórdão nº 101/92 restritivo aos direitos adquiridos), porquanto o artigo 39º do diploma em apreço procede a uma expressa ressalva dos direitos adquiridos”⁹⁹.

Assim, no entender do Tribunal Constitucional de Portugal, pelo acórdão em análise, a limitação do grau de discricionariedade legislativa se acentua mais ainda,

⁹⁹ PORTUGAL. Tribunal constitucional. Acórdão n. 509/02. Disponível em: <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20020509.html>. Acesso em; 30 mar.2009.

afluindo para a aplicação da proibição do retrocesso social, quando a prática legislante procede à anulação, revogação ou aniquilação, pura e simples, da legislação concretizadora dos direitos sociais, sem a criação de medidas alternativas ou compensatórias, de modo a atingir o núcleo essencial desses direitos, com violação dos princípios da dignidade humana, da segurança jurídica e da proteção da confiança.

Mas, além das razões sustentadas pelo Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão 509/02, para a aplicação do princípio do não retrocesso social, também considerou, na esteira da Comissão Constitucional, conforme o Acórdão nº 479, a garantia do direito a uma sobrevivência minimamente condigna, seja a propósito da atualização das pensões por acidentes de trabalho (Acórdão nº 232/91), seja pela impenhorabilidade de certas prestações sociais, como é o caso do rendimento mínimo garantido (Acórdão nº 62/02), na parte em que não exceda a um rendimento mínimo de subsistência, necessário a uma sobrevivência condigna (Acórdãos nºs 349/91; 411/93; 318/99; 177/02).

Assim, pelo julgado de nº 509/02, o Tribunal Constitucional reconheceu o direito de o cidadão português exigir do Estado um mínimo de existência condigna, sob fundamento no princípio da dignidade humana, em conjugação com o princípio do Estado Social, ou seja, “que o Estado está obrigado a garantir ao cidadão desprovido de meios, através de prestações sociais os pressupostos mínimos para uma existência humanamente condigna.”¹⁰⁰. E tal posicionamento decorreu, igualmente, da idéia de Estado de Direito Democrático, que garante a todos, indistintamente, a segurança social, no sentido de proteger o cidadão, em todas as situações, de falta ou diminuição de meios necessários à subsistência condigna.

À conclusão, entendeu o Tribunal Constitucional de Portugal, no Acórdão 509/02, que, muito embora o legislador possa gozar de uma larga margem de liberdade conformadora, em decorrência do princípio da democracia econômica e social, para decidir quanto aos instrumentos e ao montante do auxílio social, tal escolha, contudo, deve se harmonizar com o princípio da dignidade da pessoa humana.

¹⁰⁰ PORTUGAL. Tribunal constitucional. Acórdão n. 509/02.

Assim, para o Tribunal português, o legislador não deveria ter escolhido, no que se refere aos jovens, a via do subsídio, mas antes a de outras prestações pecuniárias, como bolsas de estudo, estágio de formação profissional ou salários de aprendizagem, pois os instrumentos destinados a promover a integração dos jovens, especialmente entre os 18 e os 25 anos, não conferia qualquer direito a um mínimo de existência condigna, sendo certo afirmar que nos últimos anos tem havido uma diminuição de emprego para os jovens e um aumento na taxa de desemprego para adultos.

Desse modo, o Tribunal português se pronunciou pela inconstitucionalidade da norma constante do artigo 4º, nº I, do Decreto da Assembléia da República nº 18/IX, por violação do direito a um mínimo de existência condigna, inerente ao princípio do respeito da dignidade humana, decorrente das disposições conjugadas dos artigos 1º, 2º e 63º, nºs 1 e 3, da Constituição da República Portuguesa.

Ainda em solo português, agora sob o aspecto doutrinário, Jorge Miranda, ao abordar o regime específico dos direitos econômicos, sociais e culturais, após observar que esses direitos carecem de normas conformadoras para atingirem as situações da vida, conclui:

“Logo, não é possível eliminar, pura e simplesmente, as normas legais e concretizadoras, suprimindo os direitos derivados a prestações, porque eliminá-las significaria retirar eficácia jurídica às correspondentes normas constitucionais. Nisto consiste a regra do não retorno da concretização ou do não retrocesso social, fundada também no princípio da confiança inerente ao Estado de Direito.”¹⁰¹

Logo, o legislador infraconstitucional, ainda que disponha de uma relativa liberdade de conformação, em função do princípio democrático, não pode se desincumbir arbitrariamente das tarefas constitucionalmente impostas de realização de um direito social, praticando ato que represente a ab-rogação pura e simples das normas legais que com elas formam uma unidade de sistema. Assim, no caso do serviço nacional de saúde, apreciado pelo Tribunal Constitucional de Portugal, Acórdão nº 39/84, Processo nº 6/83, nada obrigava a obediência aos mesmos paradigmas, o que não podia era o legislador suprimir, aniquilar a norma concretizadora do Serviço Nacional de Saúde.

¹⁰¹ MIRANDA, Op. Cit., p. 397.

A realização da democracia econômica, social e cultural, ainda observa Jorge Miranda, “*exige a realização progressiva dos direitos sociais, econômicos e culturais*”¹⁰². Ao invés de uma postura negativa, omissiva e “retrocedente” do legislador infraconstitucional, tendente a abolir pura e simplesmente as normas sociais, econômicas e culturais, pois eliminá-las significaria “*invocar-se uma menor sedimentação (na consciência social) para negar ou subverter na prática qualquer direito e retirar efectividade a qualquer norma ou instituto constitucional*”¹⁰³.

Já para o magistério de José Carlos Vieira de Andrade, os direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais são normas impositivas de legislação, no sentido de imporem ao Estado o dever não somente de fazer leis necessárias para a realização efetiva de tais direitos, mas de não revogá-las, repondo os direitos sociais a um preexistente estado de omissão legislativa. Portanto, pelo menos em termos negativos, cabe ao Estado não obstar, ou ao menos não retirar aquilo que seja indispensável para uma existência digna das pessoas. Por conta disso, assevera o Professor da Faculdade de Direito de Coimbra:

“Parece-nos evidente que os preceitos constitucionais relativos aos direitos econômicos, sociais e culturais hão de implicar uma certa garantia de estabilidade das situações ou posições jurídicas criadas pelo legislador ao concretizar as normas respectivas.

Esta garantia abrange um *mínimo*, que reside na proibição de pura e simplesmente destruir essas situações ou posições, designadamente, na medida em que assim se ponha em causa o nível de realização do direito exigido pela dignidade da pessoa humana.

E poderá atingir um *máximo*, quando essas realizações legais devam ser consideradas *materialmente constitucionais*.¹⁰⁴”

Importa com isso dizer, que apesar de o legislador dispor de um poder de conformação, está obrigado a não apenas obstar, como assegurar as condições que permitam a realização mínima do direito social, principalmente diante de um contexto normativo constitucional, de acentuada dimensão social, como são os casos da Constituição portuguesa, quando reconhece e garante, expressamente, no seu Capítulo II, do Título III, os Direitos e Deveres Sociais. Também da Constituição brasileira que, de igual maneira, reservou todo o Capítulo II, do Título II

¹⁰² MIRANDA, Op. Cit., p. 399.

¹⁰³ Id., p. 399.

¹⁰⁴ ANDRADE, Op. Cit., pp. 385 ss.

para os Direitos Sociais, podendo, pelo menos na situação doméstica, o Poder Judiciário intervir para garantir o disposto na Constituição.

É bem verdade que Vieira de Andrade, à luz do constitucionalismo português, demonstra cautela com a atuação judicial, ao admitir apenas em casos excepcionais essa ingerência, para a ocorrência de violação evidente e arbitrária da Constituição; quando esteja em causa o conteúdo mínimo dos direitos sociais, enquanto direito individual, quando poderá extrair-se diretamente da Constituição o direito a essa prestação social, por necessidade e extrema injustiça; e pelo incumprimento de imposições legiferantes concretas, uma vez que no caso da Constituição de Portugal os preceitos relativos aos direitos fundamentais não têm aplicação imediata, necessitando, por conta disso, de atuação legislativa para lhes dar conteúdo concreto e exequível, situação, portanto, diversa do constitucionalismo pátrio¹⁰⁵.

Portanto, para o mestre de Coimbra, diante do constitucionalismo português, os preceitos relativos aos direitos sociais constituem normas jurídicas preceptivas, que, enquanto tais, concedem aos indivíduos posições jurídicas subjetivas; também, que tais preceitos garantem, em regra, um conteúdo normativo mínimo; mais ainda, que tais normas impõem positivamente ao Poder Legislativo a concretização das normas constitucionais sociais, econômicas e culturais, que acaso não cumpridas incorre em inconstitucionalidade por omissão.

Agora, como já afirmado, a situação de Portugal difere, sob determinados aspectos, do sistema constitucional brasileiro, pois, como veremos mais demoradamente adiante, no Brasil a Constituição consagra, expressamente, um catálogo de direitos sociais, além de vincular o legislador, por meio de instrumentos destinados à defesa de direitos subjetivos constitucionalmente assegurados e à proteção da ordem constitucional, como a Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão e o Mandado de Injunção, estando os mesmos a indicar que o Poder Legislativo não poderá se furtar de prover de leis necessárias para a concretização da Constituição.

Além disso, todos os direitos fundamentais, incluindo-se os sociais, em razão de uma interpretação constitucional, sistemática, têm aplicação imediata. Diferentemente de Portugal, onde não existe, na sua Constituição, dispositivo do

¹⁰⁵ Id., p. 398.

mesmo naipe, que apesar disso, como bem demonstra o próprio Vieira de Andrade, “a impossibilidade de aplicação imediata dos preceitos relativos aos direitos sociais por falta de determinação constitucional suficiente não os coloca, porém, à mercê do legislador, visto que a liberdade de conformação do legislador não é total”¹⁰⁶.

Nesses termos, para Vieira de Andrade, embora comungue do entendimento de que a proteção dos direitos sociais não pode ser maior do que a concedida aos direitos de defesa; no sentido de que “*os direitos derivados a prestações são, salvos os casos excepcionais de constitucionalização, direitos legais que não integram o conjunto material dos direitos fundamentais*”.¹⁰⁷ Contudo, afirma que fora dessas hipóteses excepcionais de constitucionalização material, e desde que comprovada, de forma inequívoca, a efetiva violação do conteúdo mínimo do direito fundamental social, é possível aceitar a idéia de proibição do retrocesso social, como garantia de estabilidade de posições jurídicas. As afirmações a seguir são do mestre coimbreense:

“...julgamos que é de aceitar, obviamente, a proibição da pura e simples revogação sem substituição das normas conformadoras dos direitos sociais – que mais não é (na medida em que mais não seja) que a garantia da realização do *conteúdo mínimo imperativo* do preceito constitucional - , bem como o limite da protecção da confiança, embora, pelas razões aduzidas, apenas na medida em que proíbe o arbítrio ou a desrazoabilidade manifesta do ‘retrocesso’¹⁰⁸.”

Em solo pátrio, também sob o aspecto doutrinário, a temática do não retrocesso ainda caminha a passos lentos e vacilantes, e muito apegada a produção literária, principalmente, de Portugal e Alemanha, mais proximamente deste último, de onde partiu o seu embrião, inda que com outra feição a que deram Brasil e Portugal, uma vez que no país germânico, conforme noticia Ingo Wolfgang Sarlet, a discussão originariamente jurisprudencial ocorreu em torno da garantia de um direito subjetivo da propriedade para alcançar também a proteção de posições jurídico-subjetivas de natureza pública¹⁰⁹.

Para Sarlet, a proibição de retrocesso guarda íntima ligação com a proteção dos direitos fundamentais, contra a erosão do legislador ordinário, tendo como principais argumentos, a noção de segurança jurídica, no sentido de estabilidade

¹⁰⁶ ANDRADE, Op. Cit., p. 400.

¹⁰⁷ Id., p. 411.

¹⁰⁸ Id., pp. 410-411.

¹⁰⁹ SARLET. Op. Cit., p. 452.

das relações jurídicas e da própria ordem jurídica, como expressão do Estado de Direito. Mas, para além da segurança jurídica, abrange um direito à segurança social, no sentido de garantia de uma existência digna, para a preservação da vida humana¹¹⁰.

Também para o eminente constitucionalista gaúcho, a proibição de retrocesso, tomada num sentido amplo, encontra-se vinculada com a garantia constitucional dos direitos adquiridos, dos atos jurídicos perfeitos e da coisa julgada. Relaciona-se, pois, com uma proteção jurídica em face de lesão ou ameaça a posições jurídicas estabelecidas. Decorre, enfim, do princípio da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais, contido no artigo 5º, § 1º, da Constituição, que consagra a aplicação imediata dos direitos fundamentais¹¹¹.

Enfim, em seu estudo sobre a proibição de retrocesso Ingo Sarlet coloca como questão essencial, a indagação dos limites da liberdade do legislador ordinário frente aos mandamentos constitucionais, de como e em que medida os direitos fundamentais, não apenas os sociais, podem ser assegurados contra uma abolição pura e simples do legislador infraconstitucional, sem alteração ou reformulação do estado de coisas anterior, sem que alguma medida legislativa substitutiva seja posta em lugar da anterior.

A partir de tais indagações Sarlet chega à conclusão, com base no direito constitucional brasileiro e de quase totalidade da doutrina pátria, que a proibição de retrocesso é um princípio implícito, baseado no sistema constitucional, e que, para além dos institutos a que se vincula, também se fundamenta nos princípios da dignidade humana; do Estado Democrático e Social de Direito; da segurança jurídica; da proteção da confiança, razão pela qual não admite a fórmula do “tudo ou nada”, sustentada por Dworkin, mas do “mais ou menos”, devendo ser protegido ao menos o núcleo essencial legislativo dos direitos fundamentais sociais, para a hipótese de medidas estatais restritivas dos mesmos, de tal sorte que, ainda que o legislador disponha de uma indispensável autonomia legislativa, contudo, fica

¹¹⁰ Id., p. 442.

¹¹¹ Ibid., p. 445.

interdito a vedação legislativa absoluta, aniquilatória, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão¹¹².

Um outro constitucionalista, Luís Roberto Barroso ao tratar da aplicabilidade das normas constitucionais, mais especificamente do alcance das situações jurídicas instituídas pela Constituição, e geradoras de pretensões jurídicas dedutíveis perante o Judiciário, como órgão apto a interpretar e tornar eficaz e concreta a norma constitucional, inclusive ante a omissão dos demais poderes, observa, com propriedade, que os direitos sociais, ainda que estejam agrupados com as normas programáticas, estabelecedoras de princípios, programas, metas sociais e econômicas a serem seguidas pelos Poderes Públicos, todavia, parece ser de todo produtora a intervenção do Poder Judiciário para fazer valer a vontade constitucional, ainda que seja dentro dos limites da razoabilidade¹¹³.

Assim, registra o ilustre constitucionalista fluminense, que aquele que defende a não intervenção do Judiciário nas questões constitucionais, essencialmente políticas e econômicas, deveria defender, como consequência, a supressão dos dispositivos constitucionais que qualificam esse Poder a intervir na defesa da própria Constituição, o que inclui a progressiva aplicação das suas normas definidoras de direitos prestacionais sociais, razão do surgimento na doutrina constitucional brasileira, do princípio implícito da “vedação do retrocesso”:

“Merece registro, ainda, neste capítulo dedicado à garantia dos direitos, uma ideia que começa a ganhar curso na doutrina constitucional brasileira: a *vedação do retrocesso*. Por este princípio, que não é expresso, mas decorre do sistema jurídico-constitucional, entende-se que se uma lei, ao regulamentar um mandamento constitucional, instituir determinado direito, ele se incorpora ao patrimônio jurídico da cidadania e não pode ser arbitrariamente suprimido.

Nessa ordem de ideias, uma lei posterior não pode extinguir um direito ou uma garantia, especialmente os de cunho social, sob pena de promover um retrocesso, abolindo um direito fundado na Constituição. O que se veda é o ataque à efetividade da norma que foi alcançada a partir da sua regulamentação. Assim, por exemplo, se o legislador infraconstitucional deu concretude a uma norma programática ou tornou viável o exercício de um direito que dependia de sua intermediação, não poderá simplesmente revogar o ato legislativo, fazendo a situação voltar ao estado de omissão legislativa anterior.”¹¹⁴

¹¹² SARLET. Op. Cit. p. 462.

¹¹³ BARROSO, Luís Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª ed., Rio de Janeiro. Renovar, 2006. p. 152.

¹¹⁴ Id., p. 150.

Por sua vez, José Vicente dos Santos Mendonça tem entendimento um pouco diferente do defendido por Sarlet, pelo fato do primeiro restringir a proibição de retrocesso à seara exclusiva dos direitos sociais. Portanto, para Mendonça, uma vez editada uma norma infraconstitucional necessária a dar efetividade a um direito social fundamental, para complementar e precisar o seu conteúdo, a legislação ordinária não pode ser simplesmente suprimida, mas, sim, substituída por outra, posto que o contrário resulta numa retrocessão social¹¹⁵.

Portanto, para José Vicente dos Santos Mendonça, a proibição de retrocesso fundamenta-se no princípio da efetividade das normas constitucionais, segundo o qual, tornado eficaz e efetivo um dispositivo da Constituição, através de uma lei ordinária, fica interdito ao legislador a revogação pura e simples dessa legislação, pois se a Constituição é um dever-ser, que adquire força normativa a partir do momento em que logra realizar progressivamente a sua vontade expressa no pacto constituinte, nada mais natural do que obstar a ab-rogação da lei concretizadora, evitando-se, assim, a destruição ou aniquilação de certas instituições ou serviços sociais.

De forma bastante eloquente, Felipe Derbli, através de um alentado e refletido trabalho sobre essa temática, procurou construir uma sistematização própria e adequada à realidade brasileira. Começa, igualmente, por adotar a ideia de um princípio implícito, com “caráter retrospectivo.” Demais disso, e inspirado no constitucionalismo alemão, italiano e português, bem como na tese do dirigismo constitucional imprimido por Canotilho, e no próprio texto compromissário da Constituição pátria, procurou sustentar a proibição de retrocesso na esfera dos direitos sociais e das garantias institucionais, para concluir com a ideia de que uma norma constitucional definidora de direito social, ao atingir certo grau de concretização pela ação do legislador infraconstitucional, e um patamar de consenso básico, suficiente para radicar na consciência jurídica geral, passa a integrar o próprio conteúdo da norma constitucional, ficando insusceptível de supressão ou modificação arbitrária, irrazoável ou desproporcional pelo legislador ordinário¹¹⁶.

¹¹⁵ MENDONÇA, Op. Cit., p. 218.

¹¹⁶ DERBLI, Felipe. *O princípio da proibição de retrocesso social na constituição de 1988*. Rio de Janeiro: Renovar, 2007. pp. 199-257.

Ainda na doutrina nacional, agora num outro pólo, fazendo objeção ao reconhecimento de uma proibição de retrocesso, em relação aos direitos sociais, o eminente Professor Roger Stiefelmann Leal, docente da Universidade de São Paulo e do UNICEUB, em Brasília, após sustentar o excessivo aumento de novos direitos fundamentais inscritos na Constituição, e questionar a adequação de tais direitos ao qualificativo “fundamental”, considera que a implementação dos direitos fundamentais sociais deva ser feita por uma opção governamental, não sendo, a princípio, “justificáveis”, mas apenas depois de estabelecidas as diretrizes em lei, bem que a melhor interpretação do momento adequado para dar aplicação da norma constitucional não auto-aplicável parece ter ficado à discricionariedade do legislador infraconstitucional¹¹⁷.

No que tange ao mandado de injunção e a ação de inconstitucionalidade por omissão para a viabilização dos direitos sociais, Roger Stiefelmann Leal admite a impossibilidade técnica e política do Supremo Tribunal Federal para determinar aos Poderes, Legislativo e Executivo a efetivação das normas definidoras de direitos sociais, pela falta de medida sancionadora para a hipótese de descumprimento da ciência para a adoção das providências necessárias, e pelo fato de tais instrumentos, ao invés de serem uma determinação tratar-se, na verdade, de “mero convite” para que o legislador e o órgão administrativo concretizem as normas constitucionais.

Ressalte-se, na mesma diretriz, a grande contribuição de Suzana de Toledo Barros, para quem a admissão do princípio do não retrocesso social conflita com a liberdade de conformação do legislador, uma vez que considera que os direitos sociais exigem prestações fáticas, por meio de medidas legislativas para concretização da norma constitucional, estando submetidos à chamada “reserva do possível”, razão pela qual, autores rejeitam-no, “*com o argumento de que não se pode converter o grau de realização legislativa de um direito social em direito constitucional material, contra a vontade do legislador*”¹¹⁸.

¹¹⁷ LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em; < <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm> >, Acesso em 07.07.2009.

¹¹⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Editora Brasília Jurídica, 2003. p. 165.

De qualquer sorte, há de se reconhecer a existência de fortes e consistentes razões apresentadas, tanto pelos que defendem, quanto por aqueles que se opõem a proibição do retrocesso social. Contudo, ao menos no âmbito do direito constitucional brasileiro, o princípio da proibição do retrocesso social, ainda que não expresso, decorre, como já assinalado, do sistema constitucional, em particular, do princípio da imediata aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, contemplado no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal, que impõe a efetiva proteção desses direitos, incluindo-se os direitos sociais, econômicos e culturais; também deriva do princípio da confiança na ordem jurídica; do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º da Constituição; da proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, contido no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição.

Entretanto, se é correto afirmar, no contexto da Constituição pátria e de considerável parcela da doutrina e jurisprudência domésticas, que haja uma acolhida, ainda que implícita, à proibição de retrocesso social, também é correto se afirmar que tal amparo deva assumir um caráter relativo, pois a se considerar que tal instituto possa assumir um caráter absoluto em relação aos direitos sociais, isso poderia representar uma maior eficácia em relação aos direitos de defesa, já que também estes podem sofrer restrição do legislador aos limites do denominado “núcleo essencial”.

Dessa forma, propõe-se, nesta quadra, uma terceira via, para que seja adotada uma proibição de retrocesso social mitigada, no sentido de uma atuação legislativa limitada, para observar, ao menos, o núcleo essencial do direito legislado. Tal posição se estriba no fato de os direitos sociais prestacionais carecerem de recursos públicos para concretização, aliado a um incremento cada vez maior dos níveis de seguridade social, em decorrência das reivindicações provenientes da mobilização da sociedade civil organizada, que exerce pressão constante junto aos membros dos Poderes Legislativo e do Executivo, sem considerar, ainda, os instrumentos de tutela judicial postos à disposição da sociedade para fazer valer seus direitos.

Portanto, se é possível admitir que a vedação absoluta de retrocesso possa representar a impossibilidade de atendimento das demandas sociais, econômicos e

culturais, por carecerem de recursos públicos cada vez mais limitados, bem como que tal medida possa resultar numa transmutação das normas ordinárias em constitucionais, também é possível se afirmar que a supressão pura e simples da norma concretizadora do direito fundamental social pode representar a própria extinção do direito, em flagrante descumprimento da Constituição.

Recorde-se, ainda, que a se considerar a tese do princípio implícito da proibição de retrocesso, como decorrência lógica do sistema jurídico-constitucional, significa dizer, segundo observou-se na primeira parte deste estudo, não se enquadrar na espécie de regra, mas na categoria de princípio, que por isso mesmo não admite a fórmula de um *“tudo ou nada”*, ou um *“all or nothing”*, para utilizar a expressão de Dworkin, mas um *“mais ou menos”*, sujeito à lógica da ponderação. Em razão disso, deve se realizar na maior medida possível, ainda que seja dentro das possibilidades fáticas e jurídicas, embora também possa sofrer restrição ou modificação, desde que fique preservado o nível de concretização legislativa já alcançado.

Agora, sob o prisma do direito positivo brasileiro, o Legislador Constituinte de 1988, como já afirmado em outras passagens, deu a entender que tenha adotado implicitamente esse princípio, a começar pelo seu Preâmbulo, que de forma clara e objetiva esclarece a intenção do povo brasileiro instituir um Estado Democrático e Social de Direito destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais, e da segurança, aqui tomada num sentido lato para abranger a segurança social e jurídica, como valores supremos da sociedade brasileira.

Também, a Constituição de 1988, logo no início do Título I, reservado aos Princípios Fundamentais, lança os fundamentos da República Federativa do Brasil, como verdadeiras vigas-mestras do sistema constitucional, a saber: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político, deixando patente a preocupação com as desigualdades, a injustiça social, com a questão da educação, da saúde, do desemprego, da fome, da habitação, da má distribuição de renda e outras mazelas que afligem boa parcela da população brasileira.

Além disso, a Constituição da República estabeleceu, no seu artigo 3º, uma série de Objetivos Fundamentais, como uma espécie de diretivas aos poderes

constituídos, seja na edição de leis ordinárias, pelo Poder Legislativo, seja na aplicação e interpretação dessas leis e da própria Constituição pelo Poder Judiciário, seja, enfim, como vetor na execução das políticas sociais e econômicas pelo Poder Executivo.

Assim, a Constituição se propõe advertir os poderes do Estado e demais órgãos constituídos para a necessidade de terem sempre em mente, na execução das políticas públicas, diretivas como: a construção de uma sociedade livre, justa e solidária; a garantia do desenvolvimento nacional e a erradicação da pobreza e da marginalização e redução das desigualdades sociais e regionais; a promoção do bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação, como forma de o Estado brasileiro resgatar injustiças sociais históricas e implementar a progressiva cidadania.

Como bem salienta Alexandre de Moraes, em seus comentários à Constituição do Brasil, a relação de objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, do art. 3º, da Constituição, não é restritivo, uma vez que são metas, diretrizes a serem perseguidas pelo Estado brasileiro, devendo os poderes públicos constituídos buscar outros meios ou instrumentos para promoção da igualdade real, efetiva, material, *“adotando normas especiais tendentes a corrigir os efeitos díspares ocasionados pelo tratamento igual dos desiguais, buscando a concretização da igualdade social”*¹¹⁹.

Com efeito, a nossa Constituição introduziu um Estado Democrático e Social de Direito, voltado para um projeto de progressiva igualdade material e não simplesmente formal, mediante o estabelecimento de diretrizes para o legislador ordinário, com a finalidade de criar leis progressivas e não retrocessivas, para a garantia de um nível de densidade normativa satisfatória, com vistas à realização do projeto de modernização e de promoção da justiça social.

Assim é que, ficou reservado, no Capítulo II, do Título II, da Constituição, todo um catálogo de direitos sociais, o que denota a clara intenção do legislador constituinte, de demonstrar objetivamente uma “eficácia irradiante” dos direitos fundamentais sociais, no sentido de impulsionar, direcionar a aplicação e a

¹¹⁹ MORAES, Alexandre. *Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional*. São Paulo, Editora Atlas, 5ª ed., 2005. p.146.

interpretação do direito infraconstitucional, em conformidade com os direitos fundamentais, como também uma “eficácia dirigente”, na forma de uma incumbência dirigida ao Estado, através dos seus poderes, para concretizarem, realizarem tais direitos. Também reconhece um “dever de proteção” do Estado, no sentido de zelar pelos direitos fundamentais, não só frente ao próprio Estado, como também dos particulares.

Nesta quadra, também se faz oportuna a menção sobre o princípio da justiciabilidade, uma vez que, diante da nossa realidade constitucional, o Poder Judiciário, moderno e atuante, como sustenta-se quando da abordagem da tese substancialista, é depositário das esperanças de realização dos direitos sociais, como forma de resgate das promessas de modernidade não cumpridas pelo Estado de Bem-Estar Social.

Assim é que, nesse contexto, surge o princípio da reserva judicial, sempre que houver lesão ou ameaça a um direito ou interesse legítimo, C.F., art. 5º, XXXV, quando deve ser chamado o Poder Judiciário para intervir, no sentido de dar uma resposta para sanar tais violações, pois a indeclinabilidade da prestação jurisdicional é princípio assente do Estado de Direito, diante da ofensa a direito, caso em que deve corresponder a uma correção do Estado-juiz.

Portanto, no que concerne especificamente aos direitos fundamentais sociais, o Poder Judiciário, particularmente em nosso país, tem destacada importância para intervir positivamente e justificadamente, ainda que em caráter excepcional, sempre que ocorra omissão governamental, ou ação legislativa, tendente a extinguir ou abrevogar tais direitos consagrados na Constituição e concretizados em leis, e aptas a frustrarem as expectativas nele depositadas pela coletividade.

Enfim, todos os direitos fundamentais sociais, quer sejam reconhecidos como direitos subjetivos originários, quer sejam derivados a prestações sociais, exigindo intervenção legislativa, sempre possuem algum grau de eficácia, podendo provocar algum efeito jurídico. Por conta disso, mais especialmente num país como o Brasil, onde os direitos fundamentais têm aplicação imediata, a teor do artigo 5º, § 1º, da Constituição, mais, em razão do princípio da inafastabilidade da jurisdição, artigo 5º, XXXV, parece coerente, pelo menos razoável afirmar-se, que o Poder Judiciário possa exercer, ainda que excepcionalmente, uma interferência limitada até o ponto

necessário para suprir o incumprimento do impostergável dever estatal, tudo em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, que fundamenta todos os direitos fundamentais.

Depreende-se, pois, daquilo que foi exposto, que no âmbito do direito positivo brasileiro, o princípio da proibição de retrocesso social, como já assinalado linhas atrás, deriva do princípio da imediata aplicação das normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais, contemplado no artigo 5º, § 1º da Constituição Federal; do princípio da segurança na ordem jurídica, artigo 1º, “caput”; do princípio da dignidade da pessoa humana, expresso no artigo 1º, inciso III, da Constituição; da proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada, contido no artigo 5º, inciso XXXVI da Constituição; enfim, do princípio da reserva judicial, consagrado no artigo 5º, XXXV, C.F.

2.3 Fundamentação do Princípio do Não Retrocesso Social

Dentro da dogmática jurídica, com o aval da doutrina, se evidencia uma estreita relação estabelecida entre o princípio do não retrocesso social e outros princípios assentados na ordem jurídica. Desse modo, Gomes Canotilho considera que a proibição da “evolução reacionária” vincula-se aos princípios da democracia econômica e social; da proteção dos direitos adquiridos; da proteção da confiança e da segurança do cidadão no âmbito econômico, social e cultural; da dignidade humana, em favor da continuação de serviços públicos como a saúde, a educação, e contra medidas legislativas que possam implicar na violação do núcleo essencial dos direitos sociais¹²⁰. No mesmo sentido, Ingo Wolfgang Sarlet argumenta que a proteção de retrocesso guarda fortes ligações com os princípios do Estado Democrático e Social de Direito; da dignidade humana; da máxima eficácia e efetividade das normas constitucionais; da proteção dos direitos adquiridos, do ato jurídico perfeito e da coisa julgada; da proteção da confiança e da segurança jurídica¹²¹. Daí porque justifica uma ocupação mais detida de cada um desses

¹²⁰ CANOTILHO, Op. Cit., p. 339.

¹²¹ SARLET, Op. Cit. pp. 457-460.

institutos, como forma de se sustentar a relação dos mesmos com o princípio do não retrocesso social.

2.4 Estado Democrático de Direito

Observa-se, por primeiro, que ainda que o Estado Social de Direito buscasse preencher o abstencionismo do Estado Liberal, com a substituição de uma igualdade meramente formal, por uma igualdade material, substancial, que pudesse ensejar uma elevação do nível social, econômico e cultural, ainda assim, carecia do engajamento, da interação da sociedade nos negócios do Estado, de uma efetiva participação popular nas decisões políticas.

Além disso, os avanços experimentados no Estado Constitucional tornaram-se insuficientes diante dos progressos experimentados pela humanidade, cujas sociedades complexas, plurais, passaram a agregar um componente revolucionário de transformação política e social, de mudança do “*status quo*” manifestada na necessidade das pessoas serem os autores de seus próprios destinos, de imporem a si mesmas as normas indispensáveis ao seu próprio contexto vital.

Importa consignar, também, que o Estado Social passou a representar uma transformação superestrutural do antigo Estado liberal, uma vez que, procurou intervir na sociedade para dar prossecução a uma igualdade econômica e social. Também, que, em razão da riqueza de seus matizes, tenha compadecido de regimes políticos antidemocráticos, como a Alemanha nazista, a Itália fascista, a Espanha franquista, o Brasil de Vargas, Portugal de Salazar, portanto regimes fascistas e socialistas, antagônicos ao regime democrático, que muito embora defendessem a bandeira do social, de um lado, ao passo que suprimiam liberdades, de outro, excluindo o povo das decisões políticas. Isso passou a requerer um modelo de Estado que não só conservasse uma relativa liberdade e igualdade (civil), mas que se conjugasse com o Princípio Democrático ou da Soberania Popular¹²².

¹²² BONAVIDES, Paulo. *Do estado liberal ao estado social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980. p. 184.

E esse novo modelo de Estado se fez presente com a eclosão da Segunda Grande Guerra, mais precisamente no pós-guerra, quando adveio o Estado Democrático de Direito, não somente para prover as mudanças do Estado Social de Direito, como também garantir e ampliar o leque dos direitos fundamentais, sustentando-se na participação efetiva e operante do povo na condução dos negócios públicos. Daí afirmar Bobbio, que esse modelo de Estado resulta da conjugação das diretrizes do Estado de Direito com as do Estado Democrático, nos termos seguintes:

“Estado Liberal e Estado Democrático são interdependentes em dois modos: na direção que vai do liberalismo à democracia, no sentido de que são necessárias certas liberdades para o exercício correto do poder democrático, e na direção oposta que vai da democracia ao liberalismo, no sentido de que é necessário o poder democrático para garantir a existência e a persistência das liberdades fundamentais. Em outras palavras: é pouco provável que um estado não liberal possa assegurar um correto funcionamento da democracia, e de outra parte é pouco provável que um estado não democrático seja capaz de garantias, liberdades fundamentais”
123

Dessa forma, assim como o Estado de Direito foi o fio condutor do Estado legalista, sendo o responsável pela liberdade e surgimento do poder democrático, da mesma forma a democracia, com o poder de supremacia popular, se fez necessária para garantir os direitos e liberdades fundamentais.

Cumprir ainda realçar, que em razão do Estado Democrático de Direito aglutinar os ingredientes democráticos com o Estado de Direito, acabou por privilegiar valores como a cidadania, a dignidade da pessoa humana e o pluralismo político, realizando direitos fundamentais. Isso implica em dizer que tal concepção de Estado passou a consagrar uma imposição constitucional dirigida aos poderes públicos para desenvolverem políticas voltadas para a manutenção e incremento das atividades econômicas, sociais e culturais.

Nesse entendimento, o Estado Democrático de Direito assume duas posturas. Uma negativa, no sentido de o próprio Estado se abster de atentar contra a efetiva realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, e uma positiva, de ter o legislador ordinário que cumprir as tarefas impostas pela Constituição, quais sejam, a de concretizar, implementar, realizar tais direitos, segundo a vontade

¹²³ BOBBIO, Norberto. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Tradução de Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed., Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986. p. 20.

manifestada pelos constituintes, em Assembléia Constituinte Originária eleita para essa finalidade.

Outro aspecto de relevo, no contexto do Estado Democrático de Direito diz respeito à legitimidade do direito; da feitura da lei segundo a vontade do povo manifestada em assembléia popular, que sob a ótica habermasiana deve se apresentar despojada, à maneira positivista, de toda e qualquer determinação de racionalidade própria, independente da moral, sendo que o mínimo ético restante passa da forma semântica da lei para a forma democrática de legislação.¹²⁴

Nesse aspecto, a legitimidade para Habermas, considerando um Estado de Direito pluralista, democrático e participativo, há de ser entendida num sentido procedimentalista, como sendo a resultante de um consenso social, que assegure a autonomia privada e a autonomia cidadã de seus membros; vinculada a formas de comunicação, nas quais essa autonomia se manifeste e se comprove.¹²⁵ Diferente, pois, de uma concepção simplificada e restrita, racional, legal, típica do Estado Moderno, que estabelece os dispositivos normativos em códigos rígidos, distante da realidade social, apenas voltado para o corpo jurídico, sem uma pré-compreensão da problemática jurídico-social.

Como se vê, a concepção de legitimidade para Habermas contraria o conceito positivista esboçado por Weber, que percebe na legitimidade uma amplitude racional-instrumental; apenas a legalidade puramente formal, sem atentar para os valores materiais, descurando-se da problemática ético-moral, e cujas normas independem do conteúdo, da situação concreta. Habermas busca legitimar o direito por meio de um discurso filosófico racional da modernidade, pelo entrelaçamento dos fatores jurídicos, morais e políticos dentro de um espaço democrático-participativo, em que o direito seja aceito e validado racionalmente por todos os membros da comunidade jurídica, num processo legislativo, discursivo de formação da opinião e pela deliberação da vontade popular.

Têm-se, pois, que a tese defendida por Habermas é a de que não se pode supor que a fé na legalidade de um procedimento legitime-se por si mesma. O

¹²⁴ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v. II. p.208.

¹²⁵ Id., p. 147.

simples fato daqueles que exercem o poder de legislar seja o suficiente para dizer que a legislação seja legítima como aceita Weber, mas que a legitimidade de uma norma esteja ligada a aspectos democráticos, a efetiva participação popular na elaboração e discussão da lei.

Também para Habermas, o direito do mundo moderno deixa de ser uma mera argumentação moral, baseado numa fundamentação metafísica, para se estabelecer numa ordem pós-metafísica, deixando o direito de ser submetido simplesmente à moral, subordinado da moral para se transformar numa relação de complementariedade, em que tanto o direito quanto a moral passam a ser vistos como normas de ação, e em cuja relação um supra o outro, sem dissonância, sem subordinação.

A tese da legitimidade sustentada por Habermas se torna possível pela simetria entre a autonomia privada, garantida pelos direitos humanos e a autonomia pública, garantida pela soberania popular. Para tanto, os cidadãos devem se reconhecer como autores e destinatários do direito, ou seja, deve haver uma conexão entre os direitos humanos, que garantam a possibilidade de cada indivíduo atuar como sujeito autônomo, livre e igual no processo de formação da lei, e o princípio a autonomia pública dos cidadãos. E essa conexão resulta de um processo democrático de formação política da opinião e da vontade de modo racional.

Oportuno ainda se faz agregar o importante papel reservado ao Poder Jurisdicional junto ao Estado Democrático de Direito, pois, conforme já apregoamos, no Estado Liberal, o objetivo era delimitar o poder estatal, tendo o Legislativo um papel sobranceiro; no Estado Social de Direito, dado o seu caráter intervencionista, e em razão das conquistas dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, a tensão passou para o Poder Executivo. Já no Estado Democrático de Direito, em vista da sua expressão democrática; do seu caráter compromissário, as atenções se voltam para o Poder Judiciário, que passa a desempenhar um papel de “ativismo judicial”, um papel relevante no processo de afirmação da cidadania, desvinculando-se das atribuições clássicas reservada aos Poderes, não no sentido de se imiscuir nas tarefas reservadas tipicamente aos demais, mas num sentido excepcional de suprir as inércias do Poder Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo nas suas tarefas impostas pela Constituição. Essa peculiaridade do

Estado Democrático de Direito não passou despercebido da percuciente observação de Willis Santiago Guerra Filho, que averba:

“o papel do Judiciário em um Estado que se quer democrático é *distinto* daquele que se lhe atribui na formulação clássica sobre suas relações com os demais poderes estatais. Do Judiciário hoje, não é de se esperar uma posição subalterna frente a esses outros poderes, a quem caberia a produção normativa. O juiz não há de se limitar a ser apenas, como disse Montesquieu, *la bouche de la loi*, mas sim *la bouche du droit*, isto é, a boca não só da lei, mas do próprio Direito. Sobre esse ponto, aliás, explicitou a jurisprudência constitucional alemã, que a Lei Fundamental, quando estabelece, em seu art. 97, que o juiz está vinculado apenas à lei, essa vinculação deve ser entendida como ao Direito (Hesse)”¹²⁶

Registre-se, a esse respeito, que o poder constituinte originário de 1988 colocou à disposição da sociedade, um rol de instrumentos adequados para suprir a inércia administrativa e a falta de atuação legislativa, tais como o mandado de injunção e a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. No primeiro caso, o remédio constitucional é exercitado “*sempre que a falta de norma regulamentadora torne inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania*” (Art. 5, LXXI, C.F.). Já na Inconstitucionalidade por omissão ocorre no sentido de o legislador ordinário não acatar as injunções constitucionais, mantendo-se inerte na tarefa legiferante de tornar efetiva a norma constitucional (art. 103, § 2º, C.F.).

Assim é que nossa Constituição prevê no seu Preâmbulo e artigo 1º, caput, o Estado Democrático de Direito, tendo como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político. Portanto, adota um modelo de Estado onde triunfam o império da lei e da democracia, e onde a vontade soberana do povo se exprime por seus representantes, que, em contrapartida ao voto recebido, devem corresponder às promessas de campanha e aos programas partidários, de forma a realizar, concretizar, a vontade do constituinte.

No tocante a relação do Estado Democrático de Direito com o princípio do não retrocesso social, decorre de um comprometimento da Constituição, como guia condutor da sociedade e do Estado, em assegurar, pelos Poderes constituídos, não só os direitos fundamentais de defesa, como os econômicos, sociais e culturais; em

¹²⁶ Apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 23.

fornecer diretivas aos Poderes públicos para o atendimento da vontade soberana do povo, expressa no seu texto, ora ao Legislativo para conformar a legislação infraconstitucional com as normas constitucionais; ora ao Executivo para a execução material dos programas, das metas estabelecidas pela própria Constituição e pelas normas concretizadoras do seu texto; ora ao Judiciário para que assuma uma posição ativa, de co-responsabilidade, para fazer cumprir as normas-programa da Lei Maior, suprimindo a inércia ou a ação retrocedente, ou insuficiente e de forma desarrazoada, do legislador e do administrador.

Conclui-se daí, que o Estado Democrático de Direito por se basear na soberania popular, no pluralismo político e no respeito e garantia de efetivação dos direitos e liberdades fundamentais, há de ser um Estado que, em nome da democracia econômica e social, favoreça a participação das minorias, propicie a inclusão social, a prática dos direitos sociais, que a própria Constituição inscreve e oferece os instrumentos para possibilitar a concretização da justiça social, impondo ao Estado a observância do dever de proteção prospectiva e não retrocedente dos direitos fundamentais, de modo a que satisfaça as exigências mínimas na sua eficiência, sem descer abaixo do mínimo de proteção jurídico-constitucionalmente exigido.

2.5 Da Dignidade da Pessoa Humana

Um segundo argumento em favor da aceitação do Princípio da Proibição de Retrocesso Social diz respeito a sua estreita relação com a noção de dignidade humana, consagrada expressamente na Constituição, em seu artigo 1º, inciso III. Afinal de contas, ter dignidade é poder ter acesso às prestações de educação, saúde, trabalho, moradia. Significa ter direito a não passar fome, ficar desprotegido das intempéries, poder contar com um atendimento médico digno, do que resulta em dizer, ter minimamente a garantia das condições existenciais para poder desfrutar de uma vida saudável, necessárias para o livre desenvolvimento da personalidade, para

a formação do caráter, para afirmação da cidadania, para a busca dos seus próprios projetos de vida.

Nessa linha de entendimento, importa não olvidar a sempre abalizada lição de José Carlos Vieira de Andrade para quem o Princípio da Dignidade assume uma “unidade de sentido no conjunto dos direitos fundamentais”, constituindo fundamento de todo o sistema desses direitos. É dizer que a dignidade humana está na base dos direitos fundamentais, uns constituindo explicitações de primeiro grau, como o direito à vida, à integridade pessoal, à liberdade física. Outros, de segundo grau, decorrentes dos primeiros, derivados das circunstâncias sociais, econômicas, políticas e ideológicas, sendo o caso dos direitos da liberdade de imprensa, direitos à saúde, educação, habitação, que dependem de opções políticas estruturais e de estratégias conjunturais.¹²⁷

Dito de outra forma, a dignidade da pessoa humana representa a fonte, a base não só dos direitos, liberdades e garantias pessoais, como também dos direitos econômicos, sociais e culturais, além de outros não constantes desse rol, como é o caso, por exemplo, dos direitos decorrentes do regime constitucional, dos princípios adotados constitucionalmente, ou dos tratados internacionais (art. 5º, § 2º, C.F.B.). Justamente pelo fato de a dignidade estar ínsito na condição humana, de o ser humano ser titular de direitos, que por isso mesmo devem ser respeitados, reconhecidos, acatados não só por seus semelhantes, mas pelo próprio Estado.

E justamente por ser tarefa imposta ao Estado, de defender, respeitar, acatar a dignidade da pessoa humana, tal fato reclama que o Estado atue sob duas dimensões: defensiva e prestacional. Na dimensão defensiva, reconhecendo, respeitando, tendo em consideração a dignidade humana, o que significa, por extensão, também ter uma conduta negativa em relação aos direitos fundamentais, uma vez que se radicam, se fundamentam na dignidade da pessoa.

Mas, para além dessa tarefa defensiva, cabe ao Estado ter uma conduta positiva em relação à dignidade da pessoa humana, o que significa alcançar também os direitos fundamentais, praticando ações no sentido de densificar, dar concretude, com prestações normativas e materiais, às normas de direitos sociais, econômicos e culturais, para preservação e defesa da dignidade, dando possibilidade de “pleno

¹²⁷ ANDRADE, Op. Cit., p. 97 e ss.

exercício e fruição”¹²⁸. Portanto, considerando que os direitos fundamentais se embasam na dignidade da pessoa humana, transparece a sua dupla feição: defensiva (direitos de defesa), de cunho negativo, e prestacional (prestações fáticas e normativas), de cunho positivo.

Nessa linha de pensamento, assume relevo a lição de Pérez Lunõ, referido por Ingo Wolfgang Sarlet, que sustenta ser a dignidade da pessoa humana não somente uma garantia de caráter negativo, ao impedir o Estado e a comunidade de violá-la, de a pessoa não ser humilhada, ofendida, ultrajada na sua integridade física e moral; na sua liberdade de consciência e de religião; na sua reserva da intimidade da vida privada; na sua capacidade civil; no seu direito de defesa; na sua garantia pessoal contra torturas.

Mas implica, além do caráter negativo, um sentido positivo, do Estado propiciar a cada pessoa o pleno desenvolvimento da personalidade, mediante o acesso de todos às fontes da cultura nacional, aos programas habitacionais, ao ensino obrigatório e gratuito de qualidade, em escolas dignas, que ofereçam as mínimas condições de higiene e conforto; ter acesso universal a hospitais e postos de saúde, com equipamentos indispensáveis ao tratamento da saúde humana; de poder a criança e o adolescente desfrutar de uma alimentação saudável para que possa assimilar o aprendizado da escola¹²⁹.

Com base em tais considerações, pode-se ainda afirmar, utilizando-se os ensinamentos de Vieira de Andrade, que o Princípio da Dignidade se “constitui no núcleo essencial de todas as reivindicações e conquistas”¹³⁰. Explica-se, agora na esteira da concepção kantiana, pelo fato de os seres humanos serem dotados de razão e consciência, por isso mesmo com autonomia, autodeterminação, e existirem como fim em si mesmos, não simplesmente como meio, razão pela qual esse atributo deve ser respeitado, reconhecido, promovido pela comunidade e pelo Estado.

¹²⁸ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p.47.

¹²⁹ Idem, p. 124

¹³⁰ ANDRADE, Op. Cit., p. 101.

Com efeito, para Kant a pessoa humana representa o fundamento da sociedade e do Estado, consoante se observa da seguinte passagem da obra do filósofo alemão, citado por Jorge Miranda, nos seguintes termos:

‘Age de tal maneira que uses a humanidade, tanto na tua pessoa como na pessoa de qualquer outra, sempre e simultaneamente como fim e nunca simplesmente como meio.

No reino dos fins, tudo tem um preço e uma dignidade. Quando uma coisa tem um preço, pode-se pôr em vez dele qualquer outro como equivalente; mas quando uma coisa está acima de todo o preço e, portanto, não permite equivalente, então tem ela dignidade’¹³¹

E justamente em decorrência da concepção que faz da pessoa humana o fim da sociedade e do Estado, é que a nossa Constituição, a exemplo de outras Constituições: República Federal da Alemanha (art. 1º); Constituição Portuguesa de 1976 (art. 1º); Espanha (art. 10, nº 1), que expressamente consagram a dignidade da pessoa humana. Também a nossa Lei Maior, no seu art. 1º, que trata dos fundamentos da República Federativa do Brasil, que segundo os ensinamentos de José Joaquim Gomes Canotilho, tem um sentido de uma República baseada num *princípio antrópico*, ou seja, relativo ao homem, baseado na ação humana, que admite a idéia “pré-moderna e moderna da *dignitas-hominis* (Pico della Mirandola), ou seja, do indivíduo conformador de si próprio e da sua vida segundo o seu próprio projecto espiritual (*plates et fctor*)”¹³².

Como se pode intuir das lições do mestre de Coimbra, o Princípio da Dignidade Humana representa o reconhecimento da pessoa humana como sendo o fundamento, a base, a razão de tudo, da criação do Estado, o que leva a uma perspectiva intersubjetiva, de uma obrigação geral de respeito, onde cada pessoa, cada brasileiro, cada estrangeiro, qualquer que seja a raça, credo, religião, ideologia seja tratado com dignidade, respeito, honorabilidade, senso de justiça.

Assim é que, para Canotilho, a dignidade da pessoa humana exprime a idéia de uma “comunidade constitucional inclusiva, pautada no multiculturalismo mundividencial, religioso ou filosófico”, o que significa dizer que a dignidade não se liga a “fixismos”, em “verdades”, mas numa visão do mundo, na elevação e valorização de meios formativos étnicos diferentes, sem se identificar,

¹³¹ MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional: direitos fundamentais*. vol. IV, 3. ed., Coimbra, Editora Coimbra, 2000. p. 188.

¹³² CANOTILHO. Op. Cit., p. 225.

especificamente, com uma doutrina religiosa, filosófica ou moral, mas tendo um sentido de neutralidade, de um constitucionalismo do tipo republicano, onde o interesse público prevaleça, onde o poder público com toda a sua estrutura político-organizatória garanta as liberdades políticas e civis independentemente da crença religiosa e da convicção filosófica ou política¹³³.

Nessa quadra, conforme assinalamos a pouco, a nossa Constituição, ao instaurar o seu Título I, reservado aos Princípios Fundamentais, inspirada no constitucionalismo lusitano e hispânico, consagrou, de forma clara e inequívoca, que a República Federativa do Brasil constitui-se num Estado Democrático de Direito, fundado na dignidade da pessoa humana, portanto, alçando-o, à categoria de princípio fundamental (artigo 1º, III, C.F.)¹³⁴.

Isso importa em afirmar que a dignidade da pessoa humana ganhou um “status” jurídico–normativo-constitucional, seja numa dimensão formal-objetiva, apontando para a obrigação de o legislador ordinário atuar positivamente, criando as condições materiais e normativas para o exercício da dignidade, e por que não dizer, dos direitos fundamentais, porquanto, muitas vezes já dito, tais direitos encontram seu fundamento na dignidade humana; seja também numa dimensão material-subjetiva, como autêntico direito subjetivo, razão pela qual, nem o Estado, nem o particular, podem agredir posições jurídicas no âmbito da dignidade, dos direitos fundamentais.

A postura do legislador constituinte de eleger a dignidade da pessoa humana como norma-princípio de valor fundamental da ordem jurídico-constitucional do Brasil fez do Estado brasileiro um serviçal do homem, não este daquele, pois o Estado existe para servir o homem, não o homem para servir o Estado, embora a realidade pátria, em nossos dias, infelizmente, ainda demonstre que nem sempre as coisas acontecem segundo os desígnios da Constituição, seja pela atuação demorada do Judiciário, que ainda utiliza uma interpretação lógico-dedutiva, que nem sempre é suficiente para lidar com as questões que envolvem princípios constitucionais, de textura aberta, por isso mesmo insuficiente para a solução dos denominados casos difíceis ou “hard case” para usar a denominação de Dworkin;

¹³³ Id., p. 226.

¹³⁴ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004. p. 67.

seja pela omissão do administrador público em implementar políticas públicas voltadas para minorar o sofrimento da população, realizando a Constituição; seja pela omissão do legislador derivado de densificar a norma constitucional, complementando-a, concretizando-a.

Também é sabido, que boa parcela da população ainda convive na absoluta pobreza, órfã da presença do Estado, sem saneamento básico, sem teto, sem escolas, sem hospitais, com mísero salário mínimo, com milhares de desempregados perambulando pelas ruas, sem perspectiva de vida, vivendo sem dignidade, sem teto, muitos totalmente dependentes das drogas e dos traficantes, outros à custa da comiseração humana.

Contudo, apesar de toda essa degradação humana, em boa medida causada pela ideologia individualista neoliberal, que abraça a diversidade, que adota um constitucionalismo global e descompromissado com a causa social; regido por um poder supranacional, onde conforme a arguta observação de Vital Moreira as “instâncias comunitárias reivindicam para os tratados constitutivos e para as normas comunitárias uma supremacia geral sobre os Direitos nacionais, inclusive sobre as respectivas Constituições”¹³⁵. Apesar de tudo isso, ainda resta uma esperança, dos dirigentes volverem os olhos para o constitucionalismo pátrio, de cunho nitidamente social e intervencionista, preocupado em erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais (artigo 3º, III, C.F.), e cujo modelo de Estado adotado se assenta em dois pilares: Estado de Direito e Democracia, tendo como fundamento, dentre outros, a dignidade da pessoa humana (artigo 1º, *caput* e *inciso* III).

Há outro aspecto que não pode ser descurado. Trata-se da nossa realidade sócio-econômica e política, que difere substancialmente de países centrais como a Alemanha, Itália, Espanha, Reino Unido, assim como tantos outros que, de fato, suplantaram os graves problemas sociais, como as questões de moradia, de emprego, de saúde, de educação, visto que implantaram, efetivamente, o Estado Providência, ou “Welfare State,” ou Estado de Bem-Estar Social, nas primeiras

¹³⁵ MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 330.

décadas do Século XX, diversamente do Brasil onde, segundo Bonavides, não houve o Estado Social. São suas as palavras seguintes:

‘sendo o Estado social a expressão política por excelência da sociedade industrial e do mesmo passo a configuração da sobrevivência democrática na crise entre o Estado e a antecedente forma de sociedade (a do liberalismo), observa-se que nas sociedades em desenvolvimento, porfiando ainda por implantá-lo, *sua moldura jurídica fica exposta a toda ordem de contestações, pela dificuldade em harmonizá-la com as correntes copiosas de interesses sociais antagônicos, arvorados por grupos e classes, em busca de afirmação e eficácia.* Interesses ordinariamente rebeldes, transbordam eles do leito da Constituição, até fazer inevitável o conflito e a tensão entre o estado social e o Estado de Direito, entre a Constituição dos textos e a Constituição da realidade, entre a forma jurídica e o seu conteúdo material. *Disso nasce não raro a desintegração da Constituição, com o sacrifício das normas a uma dinâmica de relações políticas instáveis e cambiantes*’.¹³⁶

Assim, conforme se pode retirar das lições do insigne constitucionalista, aliando-se a realidade normativa com a realidade fática, verifica-se que no Brasil temos uma modernidade tardia. A bem da verdade, o denominado Estado de Bem-Estar Social não passou de um “simulacro de modernidade”, pois os problemas estão aí à mostra. Basta se ligar a televisão, ou ler os jornais do dia-a-dia para ver que os problemas sociais estão à nossa porta, na vizinhança, em todo o lugar do país, gerando a violência, o atraso, o acentuado desnível de renda e riqueza.

Outro dado importante, é que passados mais de vinte anos da promulgação da Constituição, grande parte dos dispositivos constitucionais continuam “inefetivos” pela falta de atuação legislativa ordinária, pela ausência de um ativismo judicial mais expressivo. Ainda não foram efetivados, concretizados, boa parte dos direitos nela previstos, o que leva as teses reducionistas, acerca do papel do Direito, a reforçarem os setores da doutrina, que entendem que o texto constitucional é por demais analítico e utópico, fertilizando o terreno para reformas constitucionais com conteúdo desregulamentador, minando o núcleo político da Constituição¹³⁷.

Também, a globalização excludente, pautada na filosofia liberal, busca a todo custo reduzir despesas públicas, minimizar o Estado em troca da privatização, abrir o mercado interno ao comércio exterior. Tudo isso gera uma espécie de subserviência dos governos nacionais a um governo supranacional, mais preocupado em servir os países ricos, detentores de capital industrial e tecnológico,

¹³⁶ Apud STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição Constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004. p. 61.

¹³⁷ Apud STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., p. 132.

o que acaba por agravar ainda mais as desigualdades sociais, aprofundando a exclusão socioeconômica dos países periféricos.

Direitos sociais como a educação, a saúde e a previdência passam a ser comercializados como mercadorias, objeto de contratos privados. Daí porque, nesse panorama, emerge o desafio da eficácia e efetividade das normas constitucionais pátria, devendo os Poderes do Estado assumir uma posição de co-responsabilidade para a concretização, densificação da Constituição, por imperativo democrático, ético e de justiça social.

Finalmente, o Poder Judiciário no Brasil, ao contrário do que muitos afirmam, não vem suficientemente atuando no sentido de despertar, de preservar, de dar normatividade à Constituição. Daí porque, para Paulo Bonavides, citado por Lenio Luiz Streck, trata-se de uma 'crise constituinte', e talvez a única saída para a superação das desigualdades sociais, para fazer frente a esse quadro global, neoliberal, seria a possibilidade do Poder Judiciário se modernizar, passando a adotar uma postura de intérprete e aplicador do direito que atenda aos reclamos do seu tempo¹³⁸.

Diga-se, por acréscimo, dos verdadeiros fatores reais de poder, representados por movimentos político-sociais, por meio da mobilização da sociedade civil organizada, especialmente das centrais sindicais, da classe intelectual, das associações de bairro, dos movimentos estudantis, da OAB, da ABI, e demais federações e confederações de classe fazerem pressão junto à classe política, no sentido de viabilizar, de dar força normativa à Constituição, de fazer a vontade dela.

Afinal, não custa lembrar que a nossa Constituição é dirigente e compromissária, que o núcleo essencial, representado por um mínimo de conquistas próprias do Estado Democrático e Social de Direito, implantado pela Constituinte de 1988, ainda não foi cumprido, contendo apenas um conjunto de promessas de modernidade. Como mencionado por Konrad Hesse "A Constituição adquire força normativa na medida em que logra realizar essa pretensão de eficácia"¹³⁹. "E essa

¹³⁸ *Apud* STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., p. 142.

¹³⁹ HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991. p. 16.

pretensão de eficácia (Geltungsanspruch) não pode ser separada das condições históricas de sua realização...”¹⁴⁰. Bem como, “que a força vital e a eficácia da Constituição assentam-se na sua vinculação às forças espontâneas e às tendências dominantes do seu tempo, o que possibilita o seu desenvolvimento e a sua ordenação objetiva”.¹⁴¹.

Daí porque a dignidade da pessoa humana irmana-se ao Princípio da Igualdade, no sentido de que todas as pessoas, homens, mulheres, nacionais, estrangeiros, brancos, negros, índios, sejam igualmente assistidas pelo poder público, em igual consideração e respeito, sem nenhum tipo de preconceito; que sejam tratadas à luz da lei de forma igualitária, sem privilégios, nem favorecimentos.

Observa-se, finalmente, que a dignidade da pessoa humana também se liga ao Princípio da Cidadania, posto que, sendo a dignidade um atributo pessoal, isso faz a pessoa humana ser merecedora de respeito da comunidade e do Estado, implicando, assim, num catálogo de direitos e deveres fundamentais. Como se sabe, a cidadania representa uma garantia da autonomia privada, de direitos e de deveres recíprocos, perante o Poder Público e o próprio particular, que por via transversa representa a própria dignidade humana.

2.6 Princípio da Eficácia das Normas Constitucionais

Uma terceira razão em defesa do princípio do não retrocesso social situa-se na questão da eficácia das normas constitucionais, o que, por primeiro, exige se precisar o termo “eficácia”, em razão de uma confusão terminológica envolvendo os vocábulos “eficácia”, “efetividade” e “vigência”, pois enquanto alguns têm como sinônimos, como é o caso de Carlos Cossio; outros como Afonso da Silva, Luiz Roberto Barroso, Eros Roberto Grau e Maria Helena Diniz acentuam que tais termos

¹⁴⁰ Id., p. 14.

¹⁴¹ Ibid., p. 18

têm conotações próprias e, portanto, não se confundem por não terem a mesma significação¹⁴².

Ao refletir sobre essas significações, José Afonso da Silva, seguindo os ensinamentos de Kelsen afirma que “vigência significa a existência específica da norma; eficácia é o fato da norma ser efetivamente aplicada e seguida”¹⁴³. Sob essa perspectiva, a norma tem vigência quando tem aplicação impositiva “hic et nunc”, ou seja, aqui e agora, imediatamente aos indivíduos ou grupos sociais. Já a eficácia representa um algo a mais, significa que a norma vigente é efetivamente aplicada e respeitada, melhor dizendo, que a norma tem a capacidade de alcançar os objetivos nela traduzidos, de realizar os efeitos jurídicos objetivados pelo legislador.

O termo “eficácia” pode apresentar dois sentidos: eficácia social e eficácia jurídica. Para Afonso da Silva a “eficácia social designa uma efetiva conduta acorde com a prevista pela norma”. Nesse sentido, uma norma jusfundamental social adquire eficácia quando alcança os objetivos fixados pelo legislador constituinte originário. A eficácia jurídica, no entender do mesmo autor, “designa a qualidade de produzir, em maior ou menor grau, efeitos jurídicos, ao regular, desde logo, as situações, relações e comportamentos de que cogita”. Significa que a norma tem força imperativa e não meramente moral para reger as relações sociais¹⁴⁴.

Por outro lado, a efetividade para Kelsen significa “o fato real de ela (norma constitucional) ser efetivamente aplicada e observada, da circunstância de uma conduta humana conforme a norma se verificar na ordem dos fatos”¹⁴⁵. Com base em tais ensinamentos, Luis Roberto Barroso extrai o conceito de efetividade como sendo “...a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social.”¹⁴⁶.

Para José Afonso da Silva existe uma íntima vinculação entre a noção de efetividade e eficácia social, uma vez que a primeira constitui o alcance, a extensão

¹⁴² *Apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 63.

¹⁴³ *Apud* SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*, p. 64.

¹⁴⁴ SILVA, José Afonso da. *Op. Cit.*, pp. 65-66.

¹⁴⁵ *Apud* BARROSO, Luís Roberto. *Op. Cit.*, p. 82.

¹⁴⁶ *Id.*, p. 82-83.

dos objetivos da norma, consubstanciada no controle social que ela pretende atingir, enquanto a eficácia social é apenas a possibilidade desse controle social ocorrer. Portanto, uma norma pode ter eficácia jurídica ou potencialidade para gerar efeitos jurídicos sem ter eficácia social ou efetividade para gerar efeitos sociais; ter eficácia no plano jurídico sem ter efetividade, materialização, realizabilidade no plano social¹⁴⁷.

Na mesma diretriz, manifesta-se Eros Roberto Grau, no sentido da expressão “efetividade material” ter, perante a doutrina mais recente, a mesma conotação de “eficácia social”, posto que ambas as expressões denotam a realização efetiva dos fins ou resultados buscados pela norma. Portanto, a efetividade material ou fática e a eficácia social devem guardar conformidade com a situação jurídica imposta ao sujeito mercê da efetividade jurídica ou formal ou da aplicação da norma¹⁴⁸.

Em face da nossa constituição, cumpre observar, a partir da análise preliminar dos vocábulos ou expressões “eficácia”, “efetividade” e “vigência”, especialmente em face da diferenciação entre a eficácia jurídica e a eficácia social, que as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais têm eficácia plena e aplicação imediata a teor do disposto no artigo 5º, § 1º, C.F., tendo tal dispositivo abrangência material para compreender todos os direitos fundamentais, tanto os de defesa: direitos, liberdades e garantias, quanto os direitos sociais, econômicos e culturais. Tal posição se sustenta em razão do sentido teleológico do Título II, “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”, além da própria norma pontificar que, “as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”; e de uma interpretação sistemática, uma vez que os preceitos que tratam dos “Direitos e Deveres Individuais e Coletivos” (Capítulo I) e os “Direitos Sociais” (Capítulo II) convivem dentro do universo dos “Direitos e Garantias Fundamentais” (Título II).

Assim, cumpre reconhecer que a melhor exegese para o artigo 5º, § 1º, C.F. é que as normas sobre as diversas categorias de direitos fundamentais têm eficácia plena e aplicação imediata, devendo os órgãos estatais conceder a máxima eficácia jurídica e social, em face melhor doutrina, da inexistência de norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade, pois, mesmo as normas de cunho

¹⁴⁷ SILVA, Op. Cit., p. 66.

¹⁴⁸ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. pp. 317 e ss.

programático, de menor densidade normativa, estão aptas a gerar um mínimo de efeitos jurídicos, independentemente de interposição legislativa.

Essa posição é defendida por Eros Roberto Grau, para quem o preceito enunciado no artigo 5º, § 1º da Constituição aplica-se imediatamente, por ser auto-suficiente, não reclamando qualquer ato legislativo ou administrativo para a sua plena realização. Assim, a “norma que defina direito ou garantia fundamental, à qual refere o § 1º do art. 5º do texto constitucional, é, evidentemente, dotada de vigência e de eficácia jurídica (...) esta norma é de ser aplicada imediatamente...”¹⁴⁹. E caso o Poder Legislativo ou Executivo se negarem a aplicá-la, cabe ao Poder Judiciário como aplicador maior da Constituição fazê-lo. Eis, pois, a conclusão a que chegou o eminente jurista Roberto Grau sobre este último tópico *in verbis*:

“O Poder Judiciário é o aplicador último do direito. Isso significa que, se a Administração Pública ou um particular – ou mesmo o Legislativo – de quem se reclama a correta aplicação do direito, nega-se a fazê-lo, o Poder Judiciário poderá ser acionado para o fim de aplicá-lo.

Preceito imediatamente aplicável vincula, em última instância, o Poder Judiciário. Negada pela Administração Pública, pelo Legislativo ou pelos particulares a sua aplicação, cumpre ao Judiciário decidir pela imposição de sua pronta efetivação.”¹⁵⁰

Ainda seguindo no âmbito da eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais, assume relevo a classificação proposta por Luis Roberto Barroso, a exemplo do que fizeram Jose Afonso da Silva e Maria Helena Diniz. Assim é que, para o ilustre constitucionalista, as normas constitucionais quanto a sua tipologia podem ser classificadas em: normas constitucionais de organização; normas constitucionais definidoras de direito; e normas constitucionais programáticas, ficando os direitos sociais no rol da segunda categoria, das normas definidoras de direito, e das quais “resultam, portanto, para os seus beneficiários – os titulares do direito - situações jurídicas imediatamente desfrutáveis, a serem materializadas em prestações positivas ou negativas (...) e, se não forem entregues espontaneamente (...) conferem ao titular do direito (...) uma ação judicial.”¹⁵¹.

Ao abordar especificamente o direito social à educação, Luis Roberto Barroso verificou que esse “direito de todos” e seu correspondente “dever do Estado” (artigo

¹⁴⁹ GRAU, Op. Cit., p. 319.

¹⁵⁰ GRAU, Op. Cit., p. 314.

¹⁵¹ BARROSO, Op. Cit., pp. 100-101.

205, *caput*), efetivado por meio de “ensino fundamental obrigatório e gratuito” (artigo 208, I), por se tratar de um “direito público subjetivo” (artigo 208, § 1º) corresponde a uma obrigação de fazer por parte do Estado, podendo o seu titular exigir a tutela judicial para obrigar o Estado a prestar a educação com qualidade, sob pena de ser cominada uma pena pecuniária para o caso de descumprimento da sentença. Têm, pois, tais normas, aplicabilidade direta e imediata, devendo, inclusive, o Estado custear os estudos do aluno de ensino fundamental em escola privada para o caso de se mostrarem inviabilizadas outras alternativas para o cumprimento da norma constitucional¹⁵².

No estudo da eficácia das normas constitucionais não se pode ignorar que a dogmática moderna encara a Constituição como um sistema aberto, composto, segundo a sua estrutura e aplicabilidade, em duas grandes categorias: regras e princípios. Fica superado, dessa forma, a aplicação do sistema único, objetivo, indiferente a valores éticos, apoiado na ideia de positivismo legalista, meramente formal, cujo fato determinado (premissa menor) se subsume a uma regra (premissa maior), portanto, com incidência restrita às situações específicas.

Pela sistemática pós-positivista, ganha curso o sentido também dos princípios compõem as normas constitucionais, permeável nas ideias de justiça e de realização dos direitos fundamentais. E essa mudança de paradigma deve especial tributo às concepções de Ronald Dworkin e Robert Alexy, sendo que para este último os princípios são normas que estabelecem deveres de otimização, que algo seja realizado na maior medida possível, na maior eficácia possível, a todas as normas de direitos e garantias fundamentais constantes do Catálogo, artigos. 5º a 17 da Constituição, incluindo-se as normas programáticas, pois, de acordo com a melhor doutrina não existe norma constitucional destituída de eficácia e aplicabilidade.

Nesse contexto, sustenta-se que a norma contida no artigo 5º, § 1º, da Constituição vincula os órgãos estatais no sentido de maximizar a eficácia dos direitos fundamentais sociais. Daí porque se leva a crer que a melhor exegese para esse dispositivo é a que parte da premissa de que se cuida de norma de natureza principiológica, que em razão disso pode ser considerada uma espécie de mandado

¹⁵² BARROSO, Op. Cit., pp. 138 e ss.

de otimização aos órgãos estatais para darem a maior eficácia possível a todas as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Mais ainda, quando se observa que os princípios são normas jurídicas dotadas de caráter prospectivo e não retrospectivo, na medida em que se propõem a promover um estado de coisas: dar dignidade às pessoas, garantir a redução das desigualdades sociais, sustentar a máxima eficácia e efetividade dos direitos sociais, como também evitar a erosão pura e simples, pelo legislador, do grau de concretização normativa dos direitos e garantias constitucionais.

Dessa forma, cremos ser possível atribuir ao preceito constitucional, artigo 5º, § 1º, plena eficácia, jurídica e social, e uma imediata aplicabilidade das normas definidoras de direitos e garantias fundamentais. Admite-se, assim, a tese da realização progressiva dos direitos sociais, e para a hipótese de argumentos como a limitação orçamentária, que ao menos seja assegurado, mediante um juízo de ponderação, um mínimo essencial, de forma a garantir uma existência digna, em atendimento ao princípio da dignidade da pessoa humana.

E esse padrão mínimo deve ser encarado como a função de atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público, principalmente em países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento, como é o caso do Brasil, com um déficit social ainda grande. Em razão disso, o não oferecimento ao menos desse padrão mínimo, como a retrocessão desses direitos, importa em responsabilidade da autoridade competente, a ser ordenada pelo Poder Judiciário, pois os preceitos constitucionais não deixam dúvidas da vontade soberana do Poder Constituinte Originário, qual seja, de dar dignidade a todos, de erradicar a pobreza e a marginalidade, e de reduzir as desigualdades sociais. Direitos esses que, repita-se, deixam de ser cumpridos por argumentos fracos como a falta de recursos públicos e da falta de competência judicial.

Mas, além da limitação dos recursos públicos, e da falta de competência política do Judiciário, como justificativa para a não concretização dos direitos sociais, há uma meia verdade que não pode ser ignorada para a objeção da judicialização das políticas sociais governamentais: o despreparo da estrutura do Poder Judiciário para lidar com questões constitucionais, para realizar as exigências de um direito material, ancorado em valores morais, éticos, políticos, e cujas normas por vezes

possuem natureza principiológica, com conceitos vagos, abstratos, de textura aberta. Daí, porque há necessidade de uma nova hermenêutica constitucional, para que o jurista possa fazer uma interpretação material-valorativa e ao final chegar ao conteúdo da norma, produzir a norma. Diferentemente do direito clássico, positivo, cuja interpretação jurídica se apoia num sistema lógico-formal, sistemático e dedutivo, com perfil liberal-individualista-normativista.

Neste ponto convém fazer, ainda que em apertada síntese, uma abordagem da teoria estruturante do direito, idealizada pelo alemão Friedrich Müller, a partir da teoria jurídica alemã e da análise da Jurisprudência do Tribunal Constitucional alemão, no início dos anos sessenta, quando constatou problemas insolúveis levantados pela dogmática jurídica sobre questões metodológicas, decorrentes da teoria da norma jurídica¹⁵³.

Assim, a metódica estruturante parece adequada para a interpretação e aplicação das normas constitucionais, podendo ser bastante útil para preencher o fosso entre o nosso sistema jurídico vigente e as condições reais da sociedade brasileira, pois, como bem afirma Müller, texto e realidade estão em constante inter-relação, e essa relação eventualmente discrepante é que vai constituir a norma jurídica¹⁵⁴.

A concepção estruturante, segundo as palavras de seu idealizador, Friedrich Müller foi recebida na Itália no sentido de que além da sua 'dimensão teórica precisa' também se orientou num sentido político e eticamente determinado, ou seja, em prol de um Estado Social de Direito¹⁵⁵. No Brasil foi introduzida logo depois da publicação da 1ª edição da teoria, pelo Professor Paulo Bonavides que manifestou ser 'um enorme esforço de reflexão unificadora que prende de maneira indissociável a dogmática, a metódica e a teoria da norma jurídica, com amplitude e profundidade jamais ousada por qualquer outra teoria contemporânea sobre os fundamentos do direito'¹⁵⁶.

¹⁵³ MÜLLER, Friedrich. O Novo Paradigma do Direito. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, p. 272.

¹⁵⁴ Apud ADEODATO, João Maurício. *Ética e retórica*. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 241.

¹⁵⁵ MÜLLER, Friedrich. Op. Cit., p.13

¹⁵⁶ Id., p. 13.

A teoria estruturante se pauta, em linhas gerais, na ideia de que a norma jurídica não está encerrada num código de leis, numa constituição, pois tal codificação compreende apenas textos das normas. A produção da norma propriamente dita, o conteúdo da norma, é resultado da interpretação da norma, de um processo concretizante complexo, que vai muito além daquilo que está no seu texto, realizada pelos operadores do direito: juizes, desembargadores, ministros dos tribunais.

Nesse sentido, a norma não é um “dever ser” como tradicionalmente vem sendo difundida, mas um fenômeno composto pelo programa da norma e âmbito da norma. Sendo que o programa da norma compreende as fases: histórica da norma e a parte genética, seus elementos e processos sociais, e onde se realiza a interpretação de dados lingüísticos; já no âmbito da norma realiza-se os dados reais trazidos ao processo. Portanto, a atividade concretizadora da norma não significa mais, à maneira do positivismo antigo, tão-somente interpretar, numa perspectiva subsuntiva ou silogística, aplicar, mas construí-la, produzi-la. Portanto, a norma não se constitui apenas do texto lingüístico, mas de um modelo de ordem caracterizado materialmente.

Explicitando com maior clarividência e objetividade, Friedrich Müller sintetiza a sua metódica estruturante do direito ao assinalar, de forma categórica, “*verbis*”:

“O jurista, que precisa solucionar um caso do direito constitucional, parte, bem como em outras áreas do direito, das circunstâncias de fato, i.e., do tipo legal, que ele formula profissionalmente. Com esses traços distintivos ele constrói a partir do conjunto de textos da constituição hipóteses sobre o texto da norma, que ele pode considerar ‘provavelmente pertinentes’ segundo o seu conhecimento especializado. Dessas hipóteses ele chega aos fatos genéricos, o *âmbito material (Sachbereich)*, ele reduz, via de regra, de trabalho ao *âmbito do caso (Fallbereich)*, por razões de economia. Com ajuda de todos os elementos de trabalho que são num primeiro momento, de natureza lingüística, i.e., com ajuda dos dados lingüísticos, ele elabora o programa da norma. Na medida em que os dados reais do âmbito material ou do âmbito do caso (ainda) são relevantes diante do programa da norma e compatíveis com ele, eles constituem o *âmbito da norma (Normbereich)*. O jurista interliga então o programa e o âmbito da norma jurídica formulada genericamente (‘em um caso como este [...] – expressa nas frases que formulam os argumentos determinantes (Leitsätze) nos considerandos da sentença. Essa norma jurídica ele individualiza num último passo na direção da norma decisória (a parte dispositiva da sentença, a teor; por exemplo ‘A lei é inconstitucional’; A medida não viola o direito fundamental ‘x’; ‘O prazo previsto pela constituição não foi observado’)”¹⁵⁷.

¹⁵⁷ MÜLLER, Op. Cit., p.150.

Em Portugal, o ilustre Professor de Direito Constitucional da Universidade de Coimbra, José Joaquim Gomes Canotilho, faz uma apreciação valiosa sobre a teoria de Müller, ao considerar os trabalhos de “aplicação-concretização” das normas constitucionais, da atividade do prático do direito, no sentido de se ater como se “estruturam as normas”, a partir da consideração da Constituição ser um sistema normativo aberto de regras e princípios. Significa, em última análise, que os operadores do direito realizam um estudo sobre a “teoria da norma constitucional”¹⁵⁸.

Também implica, segundo Canotilho, em se ater à análise sobre a “teoria da constituição”, considerada como o enunciado da norma, do seu texto normativo, partindo da premissa de que texto da norma e norma são realidades distintas, sendo a norma constitucional geral e abstrata, havendo necessidade de se entender o que seja norma e texto normativo¹⁵⁹.

Nessa quadra, há necessidade de se fazer uma diferenciação entre norma e texto. Para Hans Kelsen, citado por Alexy, entende-se como norma ‘o sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta’¹⁶⁰. Já Niklas Luhmann, citado pelo mesmo autor, compreende norma como sendo uma ‘expectativa de comportamento contrafaticamente estabilizada’¹⁶¹. Também John Austin, mencionado por Alexy, percebe a norma como sendo um ‘imperativo’ a ser observado, respeitado. Já o texto normativo seria na simples e objetiva exposição de Alexy o seu enunciado normativo, e exemplifica: ‘Nenhum alemão poder ser extraditado’ (art. 16, § 2º, I, da Constituição alemã)¹⁶². Trata-se de uma expressão lingüística, que veicula a norma, nada mais que isso¹⁶³.

Para melhor entender a teoria do método estruturante, necessário se dizer que a aplicação das normas constitucionais envolve uma análise da dogmática jurídica, ou seja, uma atividade “interpretativa-aplicativa” da norma¹⁶⁴. Sob o aspecto

¹⁵⁸ CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 1117 ss.

¹⁵⁹ Idem, p. 1118.

¹⁶⁰ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.52.

¹⁶¹ Idem, p. 52

¹⁶² ALEXY, Op. Cit., pp. 53 ss.

¹⁶³ FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. p. 22

¹⁶⁴ CANOTILHO. Op. Cit., p.1118.

interpretativo significa que o operador do direito deve procurar obter uma decisão constitucional baseada na compreensão do conteúdo semântico da norma constitucional. Já, concretizar a norma constitucional se traduz no processo técnico-jurídico de densificação da norma constitucional (regras e princípios), ou seja, em dar preenchimento, complementação, precisar o espaço normativo do preceito fundamental.

Com efeito, em solo pátrio, para se relacionar melhor o sistema jurídico constitucional com a sua realidade fática se faz de todo necessário que os operadores do direito passem a adotar uma metódica de interpretação constitucional material-valorativa, deixando de lado a cultura defasada do método exclusivamente lógico-formal, subjacente ao arcaico positivismo, incapaz de atender, em nossos dias, questões que envolvam princípios constitucionais; do direito material, ancorado em normas éticas e políticas, como são os casos, em sua maioria, das normas definidoras de direitos fundamentais, econômicos, sociais e culturais.

2.7 Princípio da Segurança Jurídica e da Proteção da Confiança do Cidadão

Dois últimos argumentos em proveito da aceitação do princípio da proibição de retrocesso são os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança do cidadão, que impõem ao Estado o respeito pela confiança depositada pelas pessoas em relação à estabilidade na ordem jurídica, como forma de impedir que o retrocesso social possa representar a frustração da efetividade constitucional, notadamente, no mundo contemporâneo marcado pelas incertezas; pela insegurança social, causada, sobretudo, pelo fenômeno da globalização, de índole liberal, que adota um modelo de Estado-mínimo, descompromissado com as políticas sócio-econômicas e culturais, e onde as grandes empresas supranacionais tentam se infiltrar na máquina estatal, naquilo que alguns denominam de mercantilismo estatal, para influenciarem, aberta ou veladamente, nas decisões do poder público, especialmente no legislativo e executivo, em favor de seus interesses privados, em detrimento da progressiva melhoria dos níveis de seguridade social.

Justificam-se, mais, tais princípios, como fundamentação jurídica ao princípio do não retrocesso, na medida em que se nota que o mundo globalizado vem acarretando o primado da ordem jurídica comunitária sobre o direito nacional, fazendo com que o poder supranacional, por meio de um “jus cogens”, vincule diretamente o constitucionalismo nacional, independentemente da sua adesão ou consentimento¹⁶⁵.

Nesse contexto, o até então constitucionalismo nacional, absoluto, supremo, colocado no vértice do sistema jurídico nacional tende a se transformar num constitucionalismo limitado, vinculado a um espaço político que transcende o conceito de nação. Isso requer dos governantes um comprometimento com a justiça social, principalmente nos países periféricos, em não apenas assegurar a continuidade da ordem jurídica nacional, como também buscar conformar esta ordem com as diretrizes do Estado Democrático e Social de Direito, de modo a garantir a efetiva estabilidade, normativa e material dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, como condição “sine qua non” para a promoção da dignidade humana.

Assim é que, para garantir a efetiva aplicabilidade dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais a nossa Constituição, de forma compromissária e dirigente, buscou, expressamente, deixar patente, a começar pelo seu Preâmbulo, a sua preocupação com a “segurança”, tomada ali num sentido genérico, englobando a segurança jurídica, como valor supremo de uma sociedade fraterna, para garantir a estabilidade jurídica, conformadora com o modelo de Estado de Direito. Portanto, no contexto do direito constitucional brasileiro, a segurança jurídica constitui princípio e direito fundamental, artigo 5º, “caput”, em sentido formal e material, vinculando tanto o poder público quanto os particulares.¹⁶⁶ Neste ponto, assaz importante se faz transcrever-se o Preâmbulo da nossa Carta Magna, que proclama:

“Nós representantes do povo brasileiro, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para instituir um Estado democrático, destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a *segurança* (sem itálico no original), o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem

¹⁶⁵ MOREIRA, Vital. O futuro da constituição. In: GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003. p. 328.

¹⁶⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 8ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007. pp. 388-389.

preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida, na ordem interna e internacional, com a solução pacífica das controvérsias, proclamamos, sob a proteção de Deus, a seguinte Constituição da República Federativa do Brasil”

Nesse sentido, ainda que o Preâmbulo da Constituição não tenha força normativa, consoante já ficou assentada pela Excelsa Corte de Justiça,¹⁶⁷ contudo, demonstra o legislador constituinte, o firme propósito de afirmar um Estado esteado em princípios que se projetem sobre todo o ordenamento jurídico pátrio, dando a todos entender as diretrizes políticas, filosóficas, ideológicas, as suas reais finalidades, como a de assegurar justiça social; proporcionar a igualdade, seja formal ou material; a segurança jurídica, a segurança social, a segurança pública, a segurança religiosa, a segurança política, a segurança privada, de forma a que todos, indistintamente, nacionais, estrangeiros, ricos e pobres, brancos, índios, negros, pardos, enfim, todos, possam viver em harmonia e ter paz social.

Da mesma forma que o Preâmbulo da Constituição, o seu artigo 5º, “caput”, inclui a segurança ao lado do direito à vida, à liberdade, à igualdade e à propriedade. Também o artigo 5º, XXXVI, trata da segurança jurídica, no sentido da proteção dos direitos subjetivos, sob o enunciado de que a lei não prejudicará o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Além disso, a Constituição tratou do princípio da legalidade, das garantias do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, e tantos outros institutos ligados à segurança jurídica, dando mostras de ter assumido um lugar de destaque na ordem jurídico-constitucional brasileira.

Nessa perspectiva, considerando que o Estado Democrático de Direito se compõe do Estado Democrático com o Estado de Direito, significa dizer, num certo sentido, que se trata de um autêntico Estado de Segurança Jurídica, de tal sorte que a doutrina contemporânea, com destaque para J. J. Gomes Canotilho, vem considerando como elementos constitutivos do Estado de Direito, além, obviamente, do princípio da legalidade, os princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança dos cidadãos¹⁶⁸.

E sob o prisma dos direitos fundamentais sociais frente ao princípio (implícito) do não retrocesso social, o princípio da segurança jurídica é tomado num sentido

¹⁶⁷ (STF – Pleno – Adin nº 2.076/AC – Rel. Min. Carlos Veloso, decisão de 15.08.2002, Informativo STF, nº 277).

¹⁶⁸ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 256 ss.

objetivo de garantia, de estabilidade jurídica, da continuidade de um padrão mínimo da ordem jurídica contra uma eventual erosão por parte do legislador, a quem incumbe, em princípio, a concretização dos direitos fundamentais sociais.

Também é importante salientar, que a segurança jurídica, como estabilidade da ordem jurídica, diferencia-se da imutabilidade jurídica, na medida em que esta última representa algo de imutável, perpétuo, ao passo que a estabilidade representa algo que possa ser alterável, mas desde que atenda as regras, princípios e formas procedimentais do sistema jurídico. Portanto, a segurança jurídica como corolário da estabilidade abrange a realização firme e sólida do direito objetivo, no sentido da plena realização da norma jusfundamental social, contra as medidas arbitrárias, desrazoáveis, despropositadas do Poder Público.

Destarte, num sentido genérico de segurança, como espécie de cláusula geral, o direito à segurança assume um sentido de proteção das prestações normativas e materiais, não só contra o Poder Público, mas até mesmo contra o particular para o caso de violação de direitos. É que se pode retirar, tanto da redação do Artigo 5º, caput, da Constituição pátria, quanto do reconhecimento do dever geral de proteção: pessoal, social, jurídica, pública, resultante da dimensão jurídico-objetiva dos direitos fundamentais.

Por conseguinte, considerando que a segurança jurídica promove a justiça social, econômica, política, integrante do Estado de Direito, significa dizer, que, também, se vincula com a noção de dignidade da pessoa humana, na medida em que sendo esta a fonte, o princípio matriz e unificador dos direitos, liberdades e garantias, resulta em se afirmar que ter dignidade é o mesmo que ter segurança jurídica e social. É dizer, num sentido negativo, que não ter dignidade é o mesmo que ter instabilidade jurídica, social, econômica e política, não poder confiar nas instituições, na estabilidade da ordem jurídica, na eficácia das instituições sociais, políticas, econômicas, em suma, não ter tranquilidade, estabilidade e bem-estar.

Em outras palavras, ter segurança jurídica significa ter a garantia, a proteção dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, como concretização do princípio da dignidade humana, e cujo elemento nuclear parece residir no direito que as pessoas têm de poderem contar com prestações materiais indispensáveis para uma vida com dignidade, que atenda a padrões qualitativos mínimos para uma

existência condigna. Também, com a salvaguarda da autonomia, no sentido de autodeterminação da pessoa humana; na exigência inarredável do exercício efetivo da garantia da igualdade de oportunidades. Como se pode vê, a proteção dos direitos fundamentais apenas será possível onde estiver assegurado um mínimo de segurança jurídica e social.

Agora, trazendo o princípio da segurança jurídica para os nossos propósitos, dos direitos sociais contra medidas retrocessivas pelo poder público, enquanto proteção dos direitos subjetivos, verifica-se que, considerando que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais, abrigados que estão na Constituição, no Capítulo II, do Título II. Mais ainda, no Título VIII – Da Ordem Social, que compreende direitos à saúde, à educação, à cultura, à previdência social, por conta de tais dispositivos, significa dizer que tais direitos têm a proteção fundamental, pública e subjetiva, de cunho formal e material.

E por conta desse “status” de direito fundamental, tem o Estado o dever prestacional de garantir o acesso universal e igualitário às ações e serviços de saúde (artigo 196), assegurado por tratados e convenções internacionais, assinados pelo Brasil, além de leis infraconstitucionais, e pela própria Constituição. Também à educação, garantido como um direito público subjetivo. Também por se constituir um dever do Estado (Artigo 205, “caput”, da C.F.), ministrado com base em princípios como a “igualdade de condições para o acesso e permanência na escola” (Artigo 206, I), “gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais” (Artigo 206, IV), “gestão democrática do ensino” (Artigo 206, VI), e “garantia de padrão de qualidade” (Artigo 206, VII).

Alem disso, atento à redação do artigo 5º, § 1º, da C.F., o legislador constituinte, além de elevar os direitos sociais à condição de direitos fundamentais, ainda criou ao titular desses direitos, posições jurídicas subjetivas, no sentido de garantir a prestação, pelo Estado, de uma ação positiva (*status positivus ou civitatis* de Jellinek), tanto de natureza fática, material, como a criação de hospitais e postos de saúde; pagamento de um salário mínimo digno; favorecimento de postos de trabalho; criação de políticas habitacionais voltadas, sobretudo, para as classes mais pobres; construção de escolas; instalação de linhas de ônibus para atender crianças das áreas urbana e rural; compra de merenda escolar. Também de natureza

normativa, com o dever positivo de legislar, que se transforma num dever negativo de não eliminar ou revogar as leis editadas, sem a criação de outras normas alternativas ou compensatórias, como forma de assegurar o conteúdo mínimo desses direitos, inerente ao respeito pela dignidade humana.

Com efeito, além da Constituição ter assegurado ao titular do direito social, uma posição jurídica positiva, na relação indivíduo-Estado, também estabeleceu uma postura negativa (*status libertatis*) de Jellinek, no sentido de o próprio Estado se abster de atentar contra a realização dos direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, tanto materialmente, no sentido de o administrador público ficar interdito de suprimir, no todo, uma política social, sem caráter substitutivo, assim como o legislador tentar praticar um ato legislativo, tendente a extinguir um direito fundamental social, no que entraria em cena o Princípio do Não Retrocesso, para impedir que a revogação de tais atos possam representar um retorno a uma posição inicial da concretização, a um “status quo ante”, a uma situação já superada, com graves consequências para as conquistas sociais, econômicas e culturais.

Finalmente, tomado num sentido amplo, o princípio geral da segurança abrange a proteção da confiança do cidadão, podendo ser formulado como o direito do indivíduo em poder confiar efetivamente e eficazmente nos atos administrativos e legislativos, incidentes sobre os seus direitos. Reportando-se ao presente estudo, do princípio do não retrocesso de medidas sociais, econômicas e culturais, relaciona-se ao princípio da segurança, no sentido de evitar que direitos sociais, econômicos e culturais, iniludivelmente enraizados ou sedimentados no seio da sociedade, possam ser, pura e simplesmente, abolidos ou suprimidos, pela edição de leis retrocessivas ou supressivas desses direitos, portanto sem caráter alternativo ou compensativo.

De resto, para ser mais enfático, o princípio da proteção da confiança dos cidadãos, como bem esclarece Canotilho, relaciona-se ao princípio da proibição de retrocesso, em razão dos elementos subjetivos da segurança, como a “calculabilidade”, a “previsibilidade” dos indivíduos em relação aos efeitos jurídicos dos atos dos poderes públicos.¹⁶⁹ Isso implica dizer que as conquistas sociais uma vez implementadas, concretizadas, passam a constituir uma garantia constitucional,

¹⁶⁹ CANOTILHO, Op. Cit., p. 257.

um patrimônio da coletividade, não podendo o poder público, muito menos o particular, obstar a fruição de tais direitos.

2.8 O Princípio da Proibição de Retrocesso Social - Construção de um Modelo Teórico Adequado ao Estado Brasileiro

Com o advento do Estado Democrático e Social de Direito, em que o Estado se compromete em intervir para assegurar direitos sociais, econômicos e culturais, tendentes à prossecução do princípio da igualdade, surgem teorias como a da Força Normativa da Constituição e da Teoria da Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, esta última da autoria de José Joaquim Gomes Canotilho, como resultado da sua tese de doutoramento pela Universidade de Coimbra, Portugal, tendo por finalidade defender uma atuação expressiva do Poder Judiciário, para requerer do legislador a se orientar segundo os ditames da Constituição, editando as leis necessárias para a concretização das suas normas, sob pena de, diante de uma omissão legislativa, de um não fazer aquilo a que estava obrigado, de forma concreta e explícita, perante a Lei Maior, incorrer em inconstitucionalidade por omissão.

Em linhas gerais a Teoria da Constituição Dirigente sustenta a tese da vinculação do legislador infraconstitucional, seja com o encargo de regular as normas programáticas sobre os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, de forma a concretizá-los permanentemente, mediante a edição de legislação ordinária, seja, ainda, pela atuação do administrador, com a realização material dos programas, das metas criadas por leis, ou dirigidas aos poderes estatais pela própria Constituição.

O constitucionalismo dirigente, entendido como a tese da imposição das normas constitucionais programáticas sobre o legislador ordinário, e não de um simples apelo, ou de uma simples declaração, ou até mesmo de uma simples fórmula de oportunidade política, foi revisada por Canotilho, com a 2ª edição da sua obra, “Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador”, quando deu a entender que a “Constituição Dirigente” havia morrido, pois no Prefácio deste trabalho (2001-XXIX-XXX) ressaltou: “Em jeito de conclusão, dir-se-ia que a Constituição dirigente

está morta se o dirigismo constitucional for entendido como normativismo constitucional revolucionário capaz de, só por si, operar transformações emancipatórias”¹⁷⁰.

Acresce-se, a essas afirmações feitas pelo próprio Canotilho uma outra passagem, quando esse autor faz menção de passar a adotar um constitucionalismo moralmente reflexivo, “*verbis*”:

“Por um lado, erguer o Estado a ‘homem de direção’ implica o desconhecimento do *alto grau de diferenciação* da estabilidade pluralisticamente organizada. Por outro lado, confiar ao direito o encargo de regular – e de regular autoritária e intervencionisticamente – equivale a desconhecer outras formas de direção política que vão desde os modelos regulativos típicos da *subsidiariedade*, isto é, modelos de autodireção social estatalmente garantida até aos *modelos neocorporativos* passando pelas formas de delegação conducente a regulações descentradas e descentralizadas. (...) Um dos desafios com que se defronta este constitucionalismo moralmente reflexivo consiste na substituição de um direito autoritariamente dirigente, mas ineficaz através de outras fórmulas que permitam completar o projeto de modernidade – onde ele não se realizou – nas condições complexas de pós-modernidade. Nessa perspectiva, certas formas já apontadas de ‘eficácia reflexiva’ ou de ‘direção indireta’ – subsidiariedade, neocorporativismo, delegação – podem apontar para o desenvolvimento de instrumentos *corporativos* que reforçando a eficácia, recuperem as dimensões justas do *princípio da responsabilidade* apoiando e encorajando a dinâmica da sociedade civil”¹⁷¹.

Com a chegada no Brasil da 2ª edição da Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, a preocupação nos meios acadêmicos foi evidente, particularmente de Direito Constitucional, dada a importância da obra para o constitucionalismo brasileiro. Em face disso, iniciou-se uma longa conversação com alunos brasileiros da Universidade de Coimbra, assim como professores dessa conceituada Universidade, no sentido de articularem um encontro, sob forma de “*workshop*”, com o Professor Canotilho.

O contato de publicistas brasileiros junto a Universidade de Coimbra resultou, ao final, numa videoconferência, entre o mestre português e uma plêiade de juristas, brasileiros e portugueses, evento esse intitulado “Jornadas sobre a Constituição Dirigente em Canotilho”, realizado na Pousada Cainã, próximo a Curitiba, Paraná, em fevereiro de 2002, quando Canotilho, entre outros esclarecimentos, respondeu à

¹⁷⁰ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição dirigente e vinculação do legislador*. Coimbra: Editora Coimbra, 2ª ed., 2001, p. 37.

¹⁷¹ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. *Revista dos Tribunais, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional*. Ano 4, n. 15, abr.-jun. 1996, pp. 9 e 16.

pergunta feita pelo jurista Jacinto Nelson de Miranda Coutinho, Organizador do Seminário, que ponderou pela necessidade de um dirigismo constitucional em países periféricos, que ainda convivem em condições sub-humanas, semelhantes a da Idade Média, tendo recebido a real posição do professor coimbreense, “*verbis*”

“Portanto, quando se coloca essas questões da ‘morte da constituição dirigente’, o importante é averiguar por que é que se ataca o dirigismo constitucional. Uma coisa é dizer que estes princípios não valem e outra é dizer que, afinal de contas, a Constituição já não serve para nada, já não limita nada. O que se pretende é uma coisa completamente diferente da problematização que vimos efetuando: é escancarar as portas dessas políticas sociais e econômicas a outros esquemas que, muitas vezes, não são transparentes, não são controláveis. Então eu digo que a constituição dirigente não morreu”¹⁷².

Um pouco mais a frente, ao responder à pergunta do constitucionalista Luís Roberto Barroso, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, sobre a diversidade entre os países centrais, que já galgaram um grau de desenvolvimento sócio-econômico desejável, onde os esquemas neoliberais parecem dispensar uma positividade constitucional compromissória, e os países periféricos, que ainda lidam com a pobreza, com acentuadas disparidades regionais, como é o caso do Brasil, com grande déficit social e grande diversidade de renda, necessitando, por isso mesmo, combater a desigualdade social, o desemprego, a falta de educação em boa parte da população, a falta de saneamento básico, o que implica dizer, a necessidade de uma positividade do poder, pelo Estado, assim se expressou o ilustre e abalizado professor coimbreense:

“Compreendo perfeitamente que, quando estamos a falar em direito mitigado, em direito reflexivo, em direito pós-moderno, em direito mite, em direito desregulado, verdadeiramente estamos a passar por uma outra fase que ainda não é possível obter no Brasil. No fundo, estamos a imaginar uma teoria da constituição já pós-moderna, em que não existe centro, em que o Estado é um herói local, em que o Estado é um herói humilde, em que nós somos já uma parcela de um outro esquema organizativo. Estamos a esquecer que no Brasil a centralidade é ainda do estado de direito democrático e social, que a centralidade é ainda do texto constitucional, que é carta de identidade do próprio país, que são estes direitos, apesar de pouco realizados, que servem como uma espécie de palavra ordem para a própria luta política”¹⁷³.

Ainda com relação à necessidade de esclarecimentos sobre a real posição de Canotilho, suscitado no seminário promovido pela Universidade Federal do Paraná, para que demonstrasse se a tese original de doutoramento, cunhada num

¹⁷² COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro, Renovar, 2005. p. 31.

¹⁷³ COUTINHO, Op. Cit., p. 35.

normativismo constitucional revolucionário, nos moldes do que ocorreu com a Constituição portuguesa, que previa uma transformação ao socialismo, que guardava semelhança com o dirigismo constitucional, empreendido pelo constituinte brasileiro de 1988, Canotilho deixou assentado que:

“Em primeiro lugar, é preciso esclarecer a seguinte questão: a Constituição dirigente era um projeto de modernidade, um projeto de transformação, um projeto com sujeitos históricos (até em termos hegelianos), sujeitos que, no caso da Constituição portuguesa, eram trabalhadores, as classes trabalhadoras, o Movimento das Forças Armadas (...) Tomemos então a Constituição dirigente como um projeto cristalizado, positivado, de uma *revolução* (sem itálico no original) que se fez, que tinha de se fazer. Isso significava também que tinha os seus sujeitos históricos identificados no texto constitucional. Nesse sentido, a Constituição dirigente é um produto acabado de um projeto da modernidade, quer em termos de sujeito histórico, quer em termos de homem triunfante na sua capacidade de transformação. (...) em termos jurídico-programáticos, uma Constituição dirigente – já explicitiei isso várias vezes – representa um projeto histórico pragmático de limitação dos poderes de questionar do legislador, da liberdade de conformação do legislador, de vinculação deste aos fins que integram o programa constitucional. Nesta medida, penso que continuamos a ter algumas dimensões de programaticidade: o legislador não tem absoluta liberdade de conformação, antes tem de mover-se dentro do enquadramento constitucional. (...) Em suma: as constituições dirigentes existirão enquanto forem historicamente necessárias.”¹⁷⁴

Em face de tais esclarecimentos, pelo menos em termos da realidade brasileira, fica claro como luz solar de meio-dia, que o constitucionalismo dirigente não morreu, pelo menos para o caso do constitucionalismo pátrio, merecendo, pois, ser contextualizado com a nossa realidade, onde as promessas de modernidade explicitadas no texto da nossa Constituição ainda estão longe de serem implementadas, pois muitas crianças, adolescentes e até mesma expressiva faixa de adultos ainda continuam sem salário e moradia condignas, sem escolas; grande parte dos hospitais, nas grandes metrópoles como o Rio, São Paulo, Porto Alegre, Brasília, só para citar alguns, ainda convivem sem um número de leitos suficientes para o atendimento da demanda, sem a presença de médicos suficientes para o grande número de pacientes, sem falar da falta de medicamentos e do grande descompasso entre o valor dos medicamentos e a renda da população.

Cabe ressaltar, ainda, o contexto histórico em que se deu a elaboração da tese da Constituição Dirigente em confronto com a elaboração da Constituição brasileira de 1988. Ali a inspiração de Canotilho se pautou num clima revolucionário, da revolução portuguesa de caráter socialista, e cuja Constituição foi editada com

¹⁷⁴ COUTINHO, Op. Cit., pp. 14-15, 40.

um conteúdo fortemente programático, com um viés teórico-ideológico, que incorporava grandes conquistas e valores democráticos, construída com um discurso capaz de conferir-lhe uma força normativa, uma força diretiva, e onde as normas programáticas não eram vistas como meros programas, simples exortações morais, declarações ou sentenças meramente políticas, mas possuíam valor jurídico semelhante aos demais preceitos constitucionais.

A Constituição portuguesa de 1976 é fruto de um momento revolucionário, que destituiu o Presidente da República, que dissolveu a Assembléia Nacional e o Conselho de Estado, que criou o Conselho da Revolução com poderes conjuntos da Junta de Salvação Nacional, do Conselho de Estado e do Conselho dos Chefes de Estado-Maior das Forças Armadas, tendo, também, competência legislativa para pôr em execução as reformas econômicas, políticas e sociais do Estado português.

Portanto, além do ingrediente revolucionário, a Constituição portuguesa de 1976 é uma constituição programática porque contém numerosas “*normas-tarefa* e *normas-fim*”, que definem programas de ação a serem seguidas pelo Estado; não se trata de um texto limitado, de um simples instrumento de ação governamental, mas de um programa associado a uma marca de orientação, de condução do Estado, de como este deve agir, se conduzir, se direccionar¹⁷⁵.

Justamente por ser a Constituição portuguesa de 1976 o estatuto que define os princípios fundamentais do Estado português, que cria o ordenamento jurídico, o documento básico do Estado, definidor das competências dos Poderes do Estado, das funções dos governantes, que estabelece as formas de Estado e de governo, enfim, que norteia as relações entre o Estado e o povo português. E sendo este último constituído de uma sociedade plural e complexa haveria de ter uma constituição compromissória com os seus problemas sociais, econômicos e culturais, um documento comprometido com os direitos dos trabalhadores, articulado a um sistema de fiscalização judicial, empenhado com a liberdade e a igualdade dos cidadãos.

Já a Constituição brasileira de 1988, embora similar à Constituição portuguesa de 1976, no aspecto da redemocratização, da superação de regimes autoritários, de forte carga compromissória e programática, contudo, o Constituinte

¹⁷⁵ CANOTILHO, Op. Cit., p.217

brasileiro não teve o mesmo caráter normativo-revolucionário português. Preocupou-se, substancialmente, em resgatar um tardio Estado Social e Democrático de Direito, voltado para a promoção da cidadania, da dignidade da pessoa humana, da construção de uma sociedade justa e solidária, da redução das desigualdades sociais. Sempre é bom lembrar que a fase desse modelo de Estado, experimentado pelo Brasil, não passou de um simulacro, muito ao contrário de Portugal e dos países centrais, que realmente impuseram bases normativas e materiais, necessárias para a realização de conquistas sociais, econômicas e culturais.

De igual maneira, com a adesão de Portugal na Comunidade Econômica Européia, em 1985, ocorreu uma mudança sensível na estrutura da sua Constituição, resultando na terceira revisão constitucional de 1992, quando o país lusitano acolheu o princípio da subsidiariedade para se adaptar ao Tratado da União Européia, mais conhecido como Tratado de Maastricht, de 1992, o que afetou, em boa medida, os seus aspectos econômicos e comerciais.

Nesse sentido, nos ensina Marcelo D. Varella, que a criação da União Européia, formada por três Comunidades anteriores: Comunidade Européia do Carvão e do Aço (CECA), Comunidade Econômica Européia (CEE) e Comunidade Européia de Energia Atômica (Euratom), proporcionou o aparecimento de estruturas supranacionais, de caráter federativo, com a outorga de certas atribuições à União pelos Estados-membros, quando os objetivos não podem ser alcançados de forma satisfatória por estes últimos¹⁷⁶.

A inserção de Portugal no Bloco Europeu fez com que tivesse de adaptar a sua Constituição ao Tratado da União Européia, que constitui uma fonte escrita do Direito Comunitário, e no qual se encontra estabelecido, de forma explícita, no seu Artigo 3B, o Princípio da Subsidiariedade. Assim, o país ibérico procurou adequar a sua Constituição à União Européia, ao inserir em instrumento de competência concorrente, do exercício comum dos poderes normativos, estatal e supra-estatal.

Nessa perspectiva, a imperatividade, a programaticidade da Constituição nacional sofreu um deslocamento para esquemas supranacionais, “desbancando algumas normas, alguns princípios da própria Constituição.”¹⁷⁷ Muito embora, o

¹⁷⁶ VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009. pp. 352-353.

¹⁷⁷ JACINTO, Op. Cit., p. 15.

próprio Canotilho busque mitigar essa intervenção ao esclarecer que, “*isto não pode significar que não sobrevivam algumas dimensões importantes da programaticidade constitucional e do dirigismo constitucional*”¹⁷⁸

Diferentemente da União Européia, e da situação de Portugal, que teve o seu ordenamento jurídico afetado por uma estrutura supranacional de caráter federativo, a inserção do Brasil no Mercosul em praticamente nada afetou a estrutura da sua Constituição, uma vez que, como bem sintetiza Marcelo D. Varella, “*verbis*”:

“ao contrario da União Européia, como veremos a seguir, no Mercosul não houve a criação de uma estrutura supranacional permanente, com capacidade de agir independentemente das políticas temporárias dos Estados, a exemplo da Comissão Européia ou do Parlamento Europeu. Não há uma estrutura com recursos para projetos de construção de espaços de integração supranacionais”¹⁷⁹.

Por essa razão, o Estado brasileiro ainda detém a condição de ator principal na gestão legislativa e material, necessárias para a promoção dos direitos econômicos, sociais e culturais, justamente porque o Mercosul, diferentemente da União Européia, está voltado, pelo menos por ora, para o estabelecimento da política comercial, para a livre circulação de bens e serviços, para a eliminação de direitos aduaneiros. Portanto, ainda não alcançou um nível de Direito Comunitário, nos moldes da União Européia, o que nos leva a afirmar, sem pestanejar, que enquanto durar a ausência explícita desse ordenamento supra-estatal, enquanto o Mercosul se mantiver sem uma estrutura supranacional, prevalecerá a soberania da legislação nacional, da Constituição nacional, que continuará sendo mais que um instrumento de governo, um repositório de promessas de modernidade do Estado Democrático e Social de Direito, que, infelizmente, ainda não chegou a se concretizar, com eficácia e efetividade, em solo pátrio.

2.9 Atribuição do Poder Judiciário no Estado Democrático de Direito para a Efetivação dos Direitos Fundamentais: substancialismo versus procedimentalismo

Impende salientar que a discussão envolvendo a aceitação ou rejeição do dirigismo constitucional traz consigo o embate em torno do papel da Justiça Constitucional no Estado Democrático de Direito e, conseqüentemente, a

¹⁷⁸ JACINTO, Op. Cit., p.14.

¹⁷⁹ VARELLA, Op. Cit., p.348.

polarização, no plano da teoria do Direito, entre as doutrinas do substancialismo e do procedimentalismo.

Em linhas gerais, a corrente procedimentalista, que tem como os mais ilustres representantes, Jürgen Habermas e Niklas Luhmann, tece severas críticas à atuação dos juízes e tribunais, no controle dos atos administrativos e legislativos, alegando, dentre outras questões, o déficit democrático ou a falta de legitimidade democrática dos membros do Poder Judiciário; a falta de preparo técnico para lidar com questões administrativas e políticas, além da invasão de um Poder na esfera de atuação dos outros, com sérias conseqüências para a integridade da clássica teoria tripartite de poder.

Ao sustentar a posição procedimentalista, Habermas, num primeiro momento, demonstra ser favorável a que o Estado crie mecanismos para a defesa dos direitos sociais, ao reconhecer que a passagem para o modelo de Estado Social se impôs porque os direitos subjetivos poderiam ser lesados, não apenas por intervenções ilegais, mas também pela omissão da administração¹⁸⁰. Também, que os direitos reconhecidos pela justiça são racionais pelo fato de os jurisdicionados serem membros de uma comunidade de homens livres e iguais, o que equivale dizer igualdade perante a lei e na aplicação do direito.¹⁸¹ Bem como, que a distribuição desigual de bens vitais diminui a qualificação dos cidadãos¹⁸².

Contudo, ao traçar sua opinião sobre a crise do Estado de Direito alude que o ponto central da tensão ocorre pelo fato do Estado se encontrar sobrecarregado com tarefas cada vez maiores em qualidade e quantidade, aliado a um enfraquecimento impositivo da lei, situação essa que faz com que o princípio da separação dos poderes corra risco.¹⁸³ Mais ainda, pelo fato dos juízes se transformarem em legislação implícita, o que coloca em perigo a racionalidade do exercício do direito, sobrecarregando a base de legitimação do Poder Judiciário¹⁸⁴.

Nesse sentido, Habermas faz severas críticas à atuação do Estado-juiz, pela falta de legitimidade democrática, pela ausência de capital político, aliada à ausência

¹⁸⁰ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.II, p. 170.

¹⁸¹ Id., p. 153.

¹⁸² Ibid., p. 158.

¹⁸³ Ibid., p. 173.

¹⁸⁴ Ibid., p. 175.

de aparelhamento técnico para discernir qual a política mais necessária e urgente, justamente pelo distanciamento do juiz com a comunidade, situação que dificulta uma análise mais acurada das necessidades reais e vitais da população:

“A lógica da divisão dos poderes não pode ser ferida pela prática de um tribunal que não possui os meios de coerção para impor suas decisões contra uma recusa do parlamento e do governo. A concorrência do tribunal constitucional com o legislador legitimado democraticamente pode agravar-se no âmbito do controle abstrato de normas¹⁸⁵ .

Ainda respeitante à atuação dos tribunais constitucionais, Habermas observa que ao deixar se conduzir por um envolvimento em questões de valores materiais, o Poder Judiciário acaba não só por invadir a esfera de atuação dos demais Poderes, como também sobre o agir comunicativo, ao retirar a autonomia da sociedade de reivindicar seus direitos, prejudicando a construção de uma razão intersubjetiva, o que em outras palavras significa dizer, provocar o desestímulo do agir cívico do cidadão, de livremente decidir sobre o seu próprio destino¹⁸⁶ .

Concluindo, Habermas sugere que o Tribunal Constitucional fique limitado a sua tarefa estritamente jurisdicional, de compreensão procedimental da Constituição, limitado a defesa do Estado Democrático de Direito, zelando pela garantia da cidadania, na medida em que esta disponha de meios para estabelecer um entendimento sobre a natureza dos seus problemas e a forma de suas soluções¹⁸⁷ .

Por sua vez, Niklas Luhmann chama a atenção para a função do juiz, que não pode romper com a tradição do Direito, segundo a qual só é válido para o juiz aquilo que está estabelecido nos códigos jurídicos autônomos e, portanto, juridicamente como Direito. Em virtude dessa autonomia, o sistema jurídico consegue seu fechamento operativo, através da diferença entre Direito e não Direito, sem nenhuma terceira opção ou meio-termo¹⁸⁸ .

Assim, depreende-se que a visão procedimentalista busca manter o Poder Judiciário na sua formação clássica de dizer o direito, subsumindo o fato segundo os ditames da norma, ou de integrador da norma, como forma de criar as condições

¹⁸⁵ HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.I, p. 300.

¹⁸⁶ Id., p. 297 e ss.

¹⁸⁷ Apud STRECK, Lenio Luiz. Op. Cit., p. 160.

¹⁸⁸ Apud HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003. v.II. pp. 224 e ss.

necessárias para o pleno exercício da democracia e da cidadania. Também, trabalha com a idéia de que as normas constitucionais, sob as formas de regras e princípios, são necessárias para manter o adequado funcionamento da causa democrática.

Em contraposição a doutrina procedimentalista, a concepção substancialista, defendida, segundo noticia Lenio Luiz Streck, pelos portugueses: Jorge Miranda e J. J. Gomes Canotilho; pelos espanhóis: Miguel Angel Garcia Herrera, Perfecto Ibáñez, Miguel Angel Aparício Pérez; pelos norte-americanos Laurence Tribe, Michael Perry e Bruce Ackerman; pelo italiano Mauro Capelletti, e autores nacionais como Paulo Bonavides, Ingo Sarlet, Fabio Comparato, Dalmo Dallari, Celso Antonio Bandeira de Mello, Eros Roberto Grau, Gilberto Bercovici, Souto Maior Borges, Clémerson Clève, José Luis Bolzan de Moraes, Andréas Joachim Krell, Fernando F. Scaff, além do próprio Lenio Luiz Streck, prega um constitucionalismo dirigente, focado num agir estatal, onde os tribunais constitucionais devem adotar uma postura de assegurar, concretizar, dar normatividade à Constituição, procurando pôr em prática o verdadeiro sentido de Estado Democrático Social de Direito¹⁸⁹.

Nessas condições, Lênio Luiz Streck, ao traçar um contraponto à tese habermasiana, pondera que Habermas deixa de reconhecer o modelo de Estado Democrático de Direito, correndo o risco de objetificar a Constituição, ao tentar subestimar o verdadeiro sentido do Direito, naquilo que é o seu *plus* normativo, caracterizado no constitucionalismo do pós-guerra, de superação da fórmula instituída pelo modelo de Estado Liberal.¹⁹⁰

No mesmo sentido, Elias Diaz, citado por Streck, argumenta que o qualificativo 'democrático', vai muito além da noção de Estado Social de Direito, já que o Estado Democrático de Direito foi criado verdadeiramente para assumir a tarefa de transformação da estrutura econômica e social e uma mudança no sistema de produção e distribuição de bens, além de se sustentar em um modelo de Estado "em que a resultante social que se estabelece a partir da noção de cidadania advém de uma intersubjetividade, em que a relação sujeito-sujeito supera a serôdia relação

¹⁸⁹ STRECK, Op. Cit., pp. 182-183.

¹⁹⁰ Id., pp. 163 ss.

sujeito-objeto, ultrapassando o monadismo típico do paradigma da autoconsciência”¹⁹¹

Assinala Streck que é necessário ter em vista, que o Estado Social cogita da ideia de um intervencionismo desgarrado de escolhas motivadas por um querer genético da sociedade, de interesses de grupos dominadores, de extratos sociais no poder. E tal situação bem retrata a evolução do Estado brasileiro, que historicamente foi dominado por segmentos sociais, por elites econômicas, tais como os barões do café, os senhores dos engenhos, os extrativistas que se serviram e ainda hoje se servem da situação econômica para ascender no poder, para servir aos seus próprios negócios e interesses, produzindo um crescimento econômico excludente e concentrador.

Outro aspecto que merece ser repisado é sobre o verdadeiro papel da Constituição, que ao adotar um modelo de Estado Social e Democrático de Direito procura não apenas explicitar o contrato social, mas, mais do que isso, com a sua força normativa, se esforça para que o Estado assuma um papel mais ativo, em favor das causas sociais, econômicas e culturais, do bem-estar de todos, da felicidade geral, onde o contrato social possa assumir um viés hermenêutico intersubjetivo, uma relação sujeito-sujeito, firmado num caráter discursivo, enquanto produto de um processo constituinte. Em outras palavras, significa entender o texto constitucional num sentido de linguagem, de ação, da descrição da situação social, com a finalidade de uma orientação futura, com um intercâmbio de mensagens mais imperativas do que meramente informativas para o ordenamento do convívio futuro de membros do grupo social.

Nesse processo, a Constituição não pode ser vista como um mero documento que estabelece formalmente direitos; um simples conjunto de intenções, porém, mais do que isso, deve ser encarada, verdadeiramente, como um contrato do povo brasileiro reunido numa Assembléia Constituinte, uma Lei Fundamental editada para constituir um Estado Democrático e Social de Direito, com a finalidade de assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a igualdade, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, que deseja solucionar as mazelas da sociedade.

¹⁹¹ STRECK, Op. Cit., p. 165.

Não se olvide que a nossa Constituição se fundamenta na soberania, na cidadania e na dignidade da pessoa humana, nos valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, e no pluralismo político (artigo 1º, *incisos* I, II, III, IV e V); compromissada em construir uma sociedade livre, justa e solidária; em garantir o desenvolvimento nacional; em erradicar a pobreza e a marginalização, bem como reduzir as desigualdades sociais e regionais; e promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação (artigo 3º, I, II, III e IV, C.F.).

Assim, conforme pode se notar nas passagens da nossa Constituição, a noção de Estado Social e Democrático de Direito está indissociavelmente ligada à valorização do jurídico, à realização dos direitos fundamentais; ao reconhecimento da força normativa da Constituição; da transferência de tensão verificada no pós Segunda Grande Guerra, do Poder Legislativo para o Poder Judiciário. A essa noção se ajunta um sentido material de Constituição, que aponta para uma mudança do “status quo” da sociedade¹⁹². Todo esse estado de coisas provoca um redimensionamento no papel dos poderes, principalmente no seio do Judiciário, com a criação dos tribunais constitucionais, que primeiro ocorreu na Alemanha, irradiando-se pelo mundo afora, superando o velho modelo de Constituição, como alternativa para o resgate das promessas da modernidade.

Dessa forma, para Streck, a Constituição não pode ser entendida como um “ente” solto no ‘mundo’. Tampouco como um “topos” subsuntivo da atividade de interpretação, mas que seja calcada numa teoria constitucional, cuja função consista em elaborar, formular normas, distribuir direitos, com transparência, racionalidade. De forma mais simples, “é preciso ter claro que o sentido do ser, de um ente, não pode ser constitutivo do ser de outros entes”. Assim, o modelo procedimentalista, ao contrário da tese substancialista, entende a Constituição considerando o ser de um ente, como se pudesse existir o ente ‘Constituição’, ‘apto’ a dar sentido a outros entes¹⁹³.

Das observações de Streck citadas acima, em confronto com a nossa realidade constitucional, pode-se concluir que o procedimentalismo habermasiano,

¹⁹² STRECK, Op. Cit., p. 148.

¹⁹³ Id., p. 172.

entendido como uma doutrina que combate a politização do Judiciário, que não aceita que a Constituição compartilhe valores, mas apenas procedimentalize a formação democrática das opiniões, esquece que muitos países, como é o caso do Brasil, ainda não ganharam, suficientemente, desenvoltura sócioeconômica e cultural, necessárias para abandonarem a tese de um constitucionalismo dirigente e compromissário, e passem a acreditar na plausibilidade de um procedimentalismo constituinte.

É necessário, pois, conceber a realidade brasileira distinta dos países centrais, que adotaram, no verdadeiro sentido, um Estado de Bem-Estar Social, como foi o caso da Alemanha de Habermas, que de há muito superou os graves problemas sociais e econômicos. Já o Brasil, diversamente da própria Alemanha, Itália, Suécia e outros, de primeiro mundo, ainda sonha em realizar as promessas constitucionais, ainda aspira concretizar as diretrizes do “Welfare State”, que proporcione o bem-estar de seus cidadãos. Conseqüência disso é que boa parcela da população sequer sabe ler e escrever, não tendo, pois, base, maturidade, democrática e cidadã, suficientes para discutir, reclamar, exigir da classe política seus direitos básicos, vitais, indispensáveis para uma vida digna e justa.

Fazendo coro a Streck, é razoável sustentar que o procedimentalismo habermasiano parece olvidar que os cidadãos de países periféricos ainda não galgaram um estágio de plena autonomia para o exercício da cidadania e da democracia; que lhes possibilitem compreender as principais linhas do debate político, escolhendo, com clareza, com discernimento, os seus representantes, sem necessidade de tutela judicial, da habilitação de juízes para ditar um “ piso democrático”, um mínimo de dignidade.

Por isso, o papel da justiça constitucional deve ser contextualizada, precisa levar em conta as especificidades próprias dos países periféricos, que ainda precisam vencer as agruras do analfabetismo, da falta de saneamento básico, da problemática dos sem-teto e sem-terras, da mortandade infantil, da má distribuição de renda, da falta de uma reforma agrária justa, que possibilite fixar o homem no campo, sem precisar migrar para os grandes centros urbanos, onde certamente lhe espera a indiferença humana, a prostituição, a mendicância, a tentação para o crime.

Justamente pela falta do pleno exercício da cidadania, pela imaturidade política dos cidadãos dos países periféricos, dentre estes se insere o Brasil, derivada da falta de direitos fundamentais básicos, dentre os quais destacamos: a saúde, a moradia, o trabalho, o lazer, a segurança, a previdência social, a maternidade, a infância, a assistência aos desamparados; a educação (artigo 6º, *caput*, C.F.), como veículos para o pleno desenvolvimento da personalidade, para formação do raciocínio, do intelecto, da moral, do conhecimento humano. Em razão de tudo isso, tais países não tiveram cumpridas as promessas de modernidade pelas autoridades públicas, pela inércia do Poder Executivo e pela falta de atuação do Legislativo.

Também se pode debitar a esse modernismo tardio, a ausência de um Judiciário ativo e vigilante ao primado da Constituição, e a um Direito que seja visto como instrumento de transformação social, característica que exsurge do *plus* normativo do Estado Democrático de Direito. Some-se a isso, o fato de sermos um país de herança escravista e do fosso social. Daí porque, parece não restar dúvidas quanto à necessidade de ser acatado o conteúdo material da Constituição, pondo em prática o modelo de jurisdição constitucional intervencionista para satisfazer as necessidades do próprio povo no que concerne à igualdade de direitos humanos e à possibilidade de todos poderem ter uma vida digna e humana.

Nessa linha de entendimento, países de modernidade tardia, como é o caso do Brasil, ao atenderem as exigências constitucionais, ainda que sejam mínimas, com a adoção do modelo de judicialização do político estarão suprimindo o absentismo estatal e ao mesmo tempo se tornando Estados, estruturalmente e conjunturalmente, fortes para se inserirem na seara da transnacionalização e da globalização. Afinal de contas, não se deve olvidar que o mundo globalizado excludente exige, paradoxalmente, cada vez mais, autonomia dos cidadãos, conhecimento de ordem geral e preparo intelectual. Por acréscimo, não se deve olvidar, também, que cada Constituição, antes de qualquer coisa, liga-se à sua identidade nacional, além de ser uma moldura dos anseios, das necessidades, da história, das especificidades de cada povo.

Nessa quadra, não é difícil perceber que o paradigma neoliberal seja absolutamente antitético às diretrizes traçadas pelo Constituinte do Brasil, de 1988, que aponta para um modelo de Estado Democrático e Social de Direito, de índole

intervencionista, preocupado em concretizar políticas públicas distributivas, conforme se observa da clara dicção do Artigo 3º da Constituição da República, de forte carácter dirigente e compromissória, em assegurar, ao menos, o núcleo de modernidade tardia não cumprida.

Portanto, comungando com a corrente substancialista, entende-se que o Legislador Constituinte pátrio ao adotar um modelo de Estado Democrático e Social de Direito, o que traz consigo a ideia de um dirigismo constitucional, de estabelecimento de uma justiça constitucional e da inexorável função transformadora do Direito. Não quis se desvincular da contemporaneidade, tampouco pregar um isolacionismo de cunho “monádico-autárquico” ou, utilizando a expressão cunhada por Canotilho, um “autismo nacionalista e patriótico”¹⁹⁴.

Desse modo, o modelo substancialista remete à ideia de judicialização da política, trazendo à lume a ideia de dignidade humana, para garantir direitos fundamentais vitais ao ser humano; para propiciar a inclusão de minorias isoladas e sem voz, excluídas do processo político; rechaçar a ideia de segregação de negros, índios, mulheres e brancos desprovidos de recursos públicos. Por isso, a corrente substancialista põe em evidência a vontade geral. Trabalha com a ideia de que a Constituição estabelece o agir político-estatal, a partir da ideia de contrato social, tomada aqui no sentido de Constituinte.

Como bem aduz Paulo Bonavides, ao abordar a questão da democracia representativa no contexto de uma Constituição aberta, o papel da judicialização da política na América Latina, o que naturalmente envolve o Brasil, cria uma espécie de zona de proteção dos Direitos Fundamentais. Também proporciona, verdadeiramente, a legitimidade dos titulares do Poder Constituinte; serve de afirmação da cidadania, e assegura bem-estar e justiça social, conforme se infere da transcrição abaixo:

‘A Constituição aberta levanta, entre outras, a questão medular da validade da democracia representativa clássica e tradicional ao modelo vigente na América Latina, de natureza presidencialista. (...) Sem meios de produzir legitimidade capaz de manter os titulares do poder no exercício de uma autoridade efetivamente identificada com os interesses da cidadania, o bem-estar, a justiça e a prosperidade social, a *velha democracia representativa já se nos afigura em grande parte perempta*, bem como desfalcada da possibilidade de fazer da Constituição o instrumento da legítima vontade

¹⁹⁴ STRECK, Op. Cit., p. 140.

nacional popular. A Constituição aberta, que põe termo a uma ordem constitucional assentada sobre formalismos rígidos e estiolantes, somente se institucionalizará, a nosso ver, em sociedade por inteiro franqueada à supremacia popular. *De tal sorte que a politização da juridicidade constitucional dos três Poderes possa fazer assim legítimo o sistema de exercício da autoridade, com o funcionamento dos mecanismos de governo transferidos ao arbítrio do povo.*¹⁹⁵

Em estreita conexão com a tese substancialista, salienta Clèmerson Merlin Cléve, que a justiça constitucional deve assumir uma postura intervencionista, no sentido de pôr em prática a vontade do povo externada na Constituinte, seja normatizando, potencializando, materializando a letra da Constituição, de modo a fazer dela uma Constituição normativa, e não simplesmente nominal, das classes oprimidas, excluídas, principalmente na parte que toca aos direitos fundamentais sociais. Assevera, pois, Cléve:

‘os dados normativos da Constituição, aliás, não de qualquer Constituição (a do Zaire, por exemplo), mas de uma Constituição como a brasileira de 1988, devem ser potencializados por uma dogmática constitucional democrática. Se a Constituição condensa normativamente valores indispensáveis ao exercício da cidadania, nada mais importante do que a busca (política, sim, mas também) jurídica de sua afirmação (realização, aplicação). O como elaborar isso juridicamente, esta é obra para a nova dogmática constitucional, cujo desafio é tornar a Constituição uma Lei Fundamental integral. Não se pode correr o risco de fazer dela uma Constituição normativa na parte que toca os interesses das classes hegemônicas e uma Constituição nominal na parte que toca os interesses das classes que buscam emancipação’¹⁹⁶

No mesmo sentido, Andréas J. Krell, ao analisar a possível intervenção de competência do Poder Judiciário na esfera de atuação dos demais Poderes do Estado, observa a necessária revisão da teoria tripartite de poderes, em razão do papel do Direito no Estado Social. Também, pelo fato do contexto atual ser diverso da tradição montesquiniense, cujos Poderes tinham uma atuação estanque, demarcada, e cuja atividade judicial era puramente cognoscitiva. Ademais, naquela época a sociedade não era tão plural e complexa como a de hoje; o mundo ainda não havia atingido um estágio de desenvolvimento científico e tecnológico que exigisse do judiciário uma postura mais ativa, mais dinâmica, mais criativa, diante de ações difusas, coletivas, causadas por problemas ambientais, por acidentes nucleares, típicos da civilização moderna, onde imperam os conglomerados transnacionais, as questões princípíológicas. Diz pois, o autor:

¹⁹⁵ Apud STRECK, Op. Cit., pp. 183-184.

¹⁹⁶ Apud STRECK, Op. Cit. p. 184.

“Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.

No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado Social, visto que os Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais.”
197

Por sua vez, Mauro Cappelletti afirma que se interpretar significa alguém tentar dar o verdadeiro sentido, o real pensamento de alguma coisa, de uma realização humana: música, obra de arte, texto literário, significa dizer, que a interpretação jurídica resulta numa compreensão valorativa, num juízo de valor. Portanto, quando o Estado-juiz busca dar o verdadeiro sentido da lei, da Constituição, na verdade está tentando “penetrar no pensamento do legislador”, reproduzir, aplicar e realizar a vontade legislativa, frente a um fato determinado, e no contexto de um determinado tempo e lugar.¹⁹⁸

Dessa forma, demonstra o autor florentino, por mais que o juiz se esforce para dar o verdadeiro e fiel sentido da lei, ainda assim, ele está forçado a ser livre, a ter certo grau de liberdade, de discricionariedade, para preencher lacunas, para precisar nuances, para esclarecer ambigüidades, e para fazer isso precisa fazer escolhas, ser criativo, pois a criatividade é inerente à interpretação, dizendo de outra forma, na interpretação judicial está ínsita certa criação dos juízes.

Desse modo, analisa Cappelletti, a interpretação não se contrapõe à criação do direito, mas se inter-relacionam, embora fique claro, que o sentido criativo do juiz não deva ser confundido com arbitrariedade, com “total liberdade do intérprete”. Além disso, mais importante que a criação ou não criação do direito, é o “*grau* de criatividade e os *modos, limites e legitimidade* da criatividade judicial”. Também, que a equidade tem mais espaço de liberdade que a escolha baseada em precedentes judiciais, conquanto seja verdade que esses métodos de integração da norma não

¹⁹⁷ KREL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no brasil e na alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional “comparado”*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002. p. 22.

¹⁹⁸ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993. pp. 20-23.

possam vincular totalmente o intérprete. De qualquer modo, e em qualquer situação, deva o juiz motivar, sustentar sua decisão no “*direito judiciário ou legislativo*”¹⁹⁹

Com efeito, constitui uma característica do nosso tempo a atuação criativa do Poder Jurisdicional e não mera declaração de dizer o direito, utilizando apenas os instrumentos da lógica dedutiva, típica do positivismo clássico, que tem como atividade o elemento puramente cognoscitivo e mecanicista, sem envolver, na decisão judicial, elementos da moral, da ética, da política, da sociologia, da psicologia, da economia. Portanto, na criatividade judiciária é exigida muito mais que argumentos da lógica abstrata, mas uma responsabilidade pessoal, moral e política do juiz²⁰⁰.

Sustenta ainda Cappelletti que a atividade criadora do juiz não difere da atividade legislativa, no que concerne a sua natureza, ao aspecto substancial, pois a diferença entre jurisdição e legislação é de frequência ou quantidade, ou seja, de grau, como também de procedimento, pela maneira, por ser uma política e a outra jurídica.²⁰¹

Informa, ainda, Cappelletti, que as causas da intensificação da atividade jurisdicional criativa decorreram, antes de tudo, de fatores, tais como: a revolta contra o formalismo da interpretação jurídica, fruto do jus-positivismo, onde os operadores do direito são neutros politicamente e não questionam o conteúdo material da norma. Uma outra causa foi o papel preponderantemente desempenhado pelo Poder Legislativo, no período posterior a Segunda Guerra Mundial, embora nem sempre satisfatório, na edição de leis pertinentes ao trabalho, saúde, seguridade social, quando se fez necessária a intervenção do Judiciário para dar cumprimento a tais direitos previstos legislativamente, embora não concretamente satisfeitos pelo Estado.

Uma terceira causa para o surgimento do Poder Jurídico-político do Estado foi o advento do Estado científico e tecnologicamente desenvolvido, que trouxe consigo os males da sociedade moderna, como a poluição dos mares, dos rios, das vias urbanas, os congestionamentos, os acidentes nucleares, fazendo surgir a

¹⁹⁹ Id., pp. 23-25.

²⁰⁰ CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Op. Cit., pp. 31-33.

²⁰¹ Id., pp. 27, 74.

necessidade de o Estado intervir para controlar tais mazelas, em particular, pela transformação do Poder Judiciário para solucionar demandas coletivas e difusas decorrentes das mudanças dos novos tempos.

Uma quarta causa da intensificação da criatividade jurisdicional foram as conquistas sociais e econômicas cada vez maiores da sociedade, oriundas do Estado de Bem-Estar Social, aliada à complexidade do mundo plural, quando surgiu a necessidade do Poder Legislativo, até então agigantado, transferir parcela de sua atividade regulamentar para o Poder Executivo, que por sua vez demonstrou ser ineficiente, incapaz, para lidar de pronto com as demandas da sociedade, o que fez gerar nos cidadãos um sentimento de abandono e impotência, tendo que recorrer ao Judiciário para reconhecer seus direitos e determinar uma ação ou omissão administrativa.

Some-se a essas causas, a edição de leis que se tornaram, com o progresso experimentado pela sociedade moderna, ineficazes, obsoletas, obscuras, muitas até criadas para atender interesses, categorias, grupos, corporações, em detrimento da sociedade, o que acabou por gerar um declínio de confiança das pessoas no Parlamento, acarretando, conseqüentemente, um sempre crescente número de demandas contra o Estado²⁰².

De outro lado, o distanciamento entre o cidadão e seus representantes no Parlamento, cada vez mais ligados a interesses econômicos de grandes empresas, sem se aterem ao fio condutor do voto com os compromissos assumidos em campanha, bem como dos programas partidários, fazendo gerar no eleitor um sentimento de desamparo e traição.

Convém, finalmente, salientar, que os países, sobretudo do mundo ocidental, que estabeleceram em suas constituições um catálogo de direitos fundamentais, em particular, o Brasil, fazem na necessidade de tais direitos serem garantidos, protegidos pelo Poder Judiciário, na condição de guardião dos valores substantivos constitucionalizados, por meio de juizes ativos, dinâmicos. Alie-se ao fato de tais direitos, em especial, os direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais, serem formulados em termos de direitos progressivos, prestacionais, abertos, de

²⁰² CAPPELLETTI, Op. Cit., pp. 31 ss.

conceitos vagos, como a “dignidade”, “justiça”, o que implica uma atuação dos juízes em dar conteúdo e extensão a tais enigmáticos preceitos.

Portanto, para fazer frente a esse legislativo “mastodonte” e o administrador burocrático, lento e vacilante, surge no mundo ocidental do pós-guerra, a justiça constitucional, com a missão de não mais controlar simplesmente a atividade privada, como também os interesses públicos, os poderes políticos, normatizando, concretizando, dando corpo à vontade do cidadão, ínsita na Constituição, para resolver as grandes demandas sociais, econômicas e culturais.

Desse modo, há uma exigência, dos novos tempos, para que o Judiciário seja mais ativo, democrático, diversificado, fragmentado, se aproxime mais do povo, para conter o gigantismo estatal, para suprir a omissão do Poder Executivo e a falta de atuação do Poder Legislativo. Para dar uma resposta aos reclamos da sociedade, para fazer cumprir as promessas de uma Constituição dirigente e compromissória, fazendo-a mais atuante, mais normativa, mais presente na vida das pessoas.

A criação dos tribunais constitucionais, ao lado da justiça ordinária, ainda que receba severas críticas da falta de legitimidade democrática e do perigo de inefetividade, por ter que se envolver com questões de alta complexidade técnica, ainda assim, representa uma jurisdição de vital importância para a sobrevivência da democracia, da liberdade, da cidadania, na medida em que socorre a parte hipossuficiente, os mais oprimidos, os esquecidos e carentes da presença do Estado.

É manifesto que um sistema equilibrado de controles recíprocos possa resultar em poderes fortalecidos, sem que um possa ser gigante e forte ao lado de outro pequeno e débil, mas que todos possam coexistir reciprocamente fortes e equilibrados. E o instrumento mais adequado para eliminar a concentração de poder é o sistema de “*checks and balances*”, que deixa de lado o sistema da rígida separação de poderes para se conformar com o sistema de controles recíprocos.

É, pois, de toda evidência, que o Poder Judiciário, por meio de seus juízes, ao acolher direitos fundamentais sociais consagrados na Constituição, suprimindo a omissão material do Executivo e a falta de atuação legislativa não se torna

legislador, mas fica constrangido a ser operativo, criador do direito, conforme muito bem escreveu Mauro Cappelletti:

“os argumentos desenvolvidos nos parágrafos precedentes e os resultados aí obtidos evidenciam que os juizes estão constrangidos a ser *criadores do direito*, “*law-makers*”. Efetivamente, eles são chamados a interpretar e, por isso, inevitavelmente a esclarecer, integrar, plasmar e transformar, e não raro a criar *ex novo* o direito. Isto não significa, porém, que sejam legisladores.”²⁰³

Releva, mais ainda, verificar, que a não realização dos direitos sociais no Brasil, na sugestiva lição de Andréas Krell não se deve a falta de leis ordinárias, muito menos de mandamento constitucional, mas antes de uma vontade política, de uma determinação estatal, no sentido de tomar os direitos sociais, econômicos e culturais a sério. Veja-se, pois, a advertência de Krell:

“A eficácia social reduzida dos Direitos Fundamentais Sociais não se deve à falta de leis ordinárias; o problema maior é a não-prestação real dos serviços sociais básicos pelo Poder Público. A grande maioria das normas para o exercício dos direitos sociais já existe. O problema certamente está na formulação, implementação e manutenção das respectivas *políticas públicas* e na composição dos gastos nos orçamentos da União, dos estados e dos municípios (...). Onde já foi implantado o serviço público necessário para a satisfação de um Direito Fundamental, a sua não-prestação em descumprimento da lei ordinária pode ser atacada com o mandado de segurança (...). A situação se torna mais complicada onde o Poder Público mantém-se inerte, não instalou os serviços necessários ou onde os mesmos funcionam precariamente (omissão parcial ou total – exemplo: hospitais públicos).”²⁰⁴

Outra verdade que tem de ser desvelada, é que a realidade sócio-econômica e cultural do Brasil não pode, insista-se, ser comparada aos dos países centrais, do denominado primeiro mundo; a realidade aqui é outra. Por conta disso, a tese habermasiana, que se configura num modelo de participação política, da associação humana para fazer algo em prol de todos, que se fundamenta em procedimentos que assegurem a forma de democracia da opinião e da vontade da sociedade, a qual culmine em resoluções sobre leis e políticas, e onde o juiz aplica o direito a partir de um agir comunicativo da comunidade, lamentavelmente, ainda não pode ser adotada no Brasil, justamente porque milhares de brasileiros ainda estão preocupados com as necessidades mais elementares da vida cotidiana, vivendo a largos passos das questões como o exercício pleno da cidadania e da democracia, naquilo que é mais essencial - a participação popular efetiva nas decisões de

²⁰³ CAPPELLETTI, Op. Cit., p. 37.

²⁰⁴ KRELL, Op. Cit., p. 31-33.

governo, e essa omissão decorre da falta de informação, da saúde, da alimentação, de educação, e de uma cultura que os façam vigilantes, atuantes, argumentativos para influenciarem nas decisões do Poder Público.

Por conta disso, a teoria do “mínimo existencial”, que tem como meta a adoção de condições essenciais para uma existência digna e saudável da pessoa humana, própria do Estado Social, ainda não foi seguramente e seriamente tratada pelos doutrinadores e aplicadores do direito no Brasil, muito menos adotada pelos governantes, que sempre a relegaram a plano secundário, ainda que, enfatize-se, o Estado Social seja preconizado pela nossa Constituição.

Certamente, é mais do que necessário, torna-se indispensável, que o Judiciário assuma uma postura mais ativa, no sentido de determinar a implementação de medidas materiais e institucionais adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais, deixando de ter uma postura neutra, de distanciamento da realidade social, para assumir uma postura ativa, dinâmica, de co-responsabilidade prospectiva das políticas sociais públicas; que abandone os instrumentos da lógica formal-dedutiva para assumir uma posição de interprete criativo da norma, utilizando os argumentos da economia, da sociologia, da moral, da ética e da história.

Nesse diapasão, doutrina Andréas J.Krell, ao enfatizar a importância da judicialização da política para a concretização da Constituição, averbando que:

“Em outras palavras: não se atribui ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão-só de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucionais ou ordinárias. As sentenças obtidas podem constituir importantes veículos para canalizar em direção aos poderes políticos as necessidades da agenda pública através de uma semântica dos direitos sociais, e não meramente através das atividades de *lobby* ou demandas político-partidárias.

Sistemas jurídicos em países centrais como a Alemanha, onde há um alto padrão nos índices de desenvolvimento humano e um nível elevado de satisfação da população em relação aos serviços sociais básicos, recusam, com bons argumentos, a idéia do Poder Judiciário como ‘arquiteto da ordem social’, acima de tudo pela falta de legitimidade democrática e de aptidão funcional para efetuar uma distribuição dos recursos públicos disponíveis.”
205

²⁰⁵ KRELL, Op. Cit., pp. 94-97

2.10. Educação como Direito Fundamental e Proibição de Retrocesso Social

O direito à educação tem ocupado espaço nas constituições escritas, podendo aqui ser destacada a Constituição italiana, cujo Título II, ao tratar das “*Relações Ético-Sociais*”, assegura, em seu artigo 34, o direito à escola aberta a todos, devendo a instrução primária, obrigatória e gratuita, ser ministrada pelo menos durante oito anos, cabendo ao poder público garantir esse direito por meio de bolsas de estudo, cheques às famílias para tornar efetivo esse direito²⁰⁶.

De igual maneira, a Constituição de Portugal, nos seus artigos 73 a 75, do Capítulo III, do Título III, da Parte I, que trata dos “*Direitos e Deveres Fundamentais*”, estabelece o direito de todos à educação, em igualdade de oportunidades, incumbindo ao Estado promover a sua democratização, através da política de ensino básico universal, obrigatório e gratuito, por meio de escola e de outros meios formativos que contribuam para o desenvolvimento da personalidade, para o progresso social, como forma de superar as desigualdades econômicas, sociais e culturais²⁰⁷.

²⁰⁶ “Artigo 34. A escola é aberta a todos.

A instrução primária, ministrada durante pelo menos oito anos, é obrigatória e gratuita.

Os bem-dotados, mesmo carentes de meios, têm direito de atingir os graus mais altos dos estudos.

A República torna efetivo esse direito, mediante bolsas de estudo, cheques às famílias e outras providências, que devem ser adjudicadas por concurso”.

²⁰⁷ “Artigo 73 (Educação, Cultura e Ciência)

1. Todos têm direito à educação e à cultura.

2. O Estado promove a democratização da educação e as demais condições para que a educação, realizada através da escola e de outros meios formativos, contribua para o desenvolvimento da personalidade, para o progresso social e para a participação democrática na vida coletiva.

3.

4.

Artigo 74 (Ensino)

1. Todos têm o direito ao ensino com garantia do direito à igualdade de oportunidades de acesso e êxito escolar.

2. O ensino deve ser modificado de modo a superar qualquer função conservadora de desigualdades econômicas, sociais e culturais.

3. Na realização da política de ensino incumbe ao Estado:

a) Assegurar o ensino básico universal, obrigatório e gratuito;

b) Criar um sistema público de educação pré-escolar;

c) Garantir a educação permanente e eliminar o analfabetismo;

d) Garantir a todos os cidadãos, segundo as suas capacidades, o acesso aos graus mais elevados do ensino, da investigação científica e da criação artística;

e) Estabelecer progressivamente a gratuidade de todos os graus de ensino;

Destaque-se, ainda, a Constituição da República Federal da Alemanha, que após garantir aos indivíduos, nos artigos 1º e 2º, respectivamente, o direito à proteção da dignidade humana e ao livre desenvolvimento da personalidade, assegura, no seu artigo 7º, o ensino como um direito fundamental, cabendo ao Estado proteger e promover as escolas privadas, devendo as mesmas terem um mesmo nível de programa, instalação e de formação do corpo docente oferecido pela escola pública²⁰⁸

Também a Constituição espanhola, no seu artigo 27, da Seção primeira, reservada aos “*Dereitos Fundamentales e das Libertades Públicas*”, abrigada no Capítulo Segundo, do Título I, que trata “*Dos Derechos e Deveres Fundamentales*”, estabelece o direito de todos à educação, devendo o ensino básico ser obrigatório, gratuito e garantido pelos poderes públicos, com a participação efetiva de toda a sociedade, como forma de tornar certo o pleno desenvolvimento da personalidade humana e o respeito aos princípios democráticos de convivência e aos direitos e liberdades fundamentais.²⁰⁹

f) Inserir as escolas nas comunidades que servem e estabelecer a interligação do ensino e das atividades econômicas; sociais e culturais;

g) Promover e apoiar o ensino especial para deficientes;

h) Assegurar aos filhos dos emigrantes o ensino da língua portuguesa e o acesso à cultura portuguesa.

Artigo 75 (Ensino Público, Particular e Cooperativo)

1. O Estado criará uma rede de estabelecimentos públicos de ensino que cubra as necessidades de toda a população.

2. O Estado fiscaliza o ensino particular e cooperativo.

²⁰⁸ Artigo 7 (Ensino)

(1). Todo ensino é colocado sob fiscalização do Estado.

(2). Os encarregados da educação têm o direito de decidir sobre a participação do menor no ensino religioso.

(3). O ensino religioso é matéria ordinária nas escolas públicas, com exceção das escolas laicas. Sem prejuízo do direito de vigilância do Estado, o ensino religioso será ministrado de acordo com os princípios fundamentais das comunidades religiosas. Nenhum professor pode ser obrigado, contra a sua vontade a dar aulas de religião.

(4). É garantido o direito de abrir escolas particulares. Escolas particulares destinadas a substituir escolas públicas dependem da autorização do Estado e estão submetidas à legislação estadual. A autorização terá de ser concedida, se as escolas particulares não tiverem um nível inferior às escolas públicas, quanto aos seus programas de ensino e às instalações, assim como quanto à formação científica do seu corpo docente, e se não se fomentar uma discriminação dos alunos segundo a situação econômica dos pais. A autorização terá de ser negada, se não estiver suficientemente garantida a situação econômica e jurídica do corpo docente.

(5) Uma escola particular de ensino primário só será autorizada se a entidade administrativa competente reconhecer um interesse pedagógico especial ou, por requerimento dos encarregados da educação dos menores, se se tratar de uma escola interconfessional, confessional ou universal, e não existir na localidade uma escola pública de ensino primário deste tipo.

(6) Ficam abolidas as escolas pré-primárias.

²⁰⁹ Artículo 27

No Brasil, todas as Constituições positivaram o direito à educação, a começar pela Constituição Imperial de 1824, cujo artigo 179, inciso XXXII, assegurou a todos os cidadãos a instrução primária e gratuita. A Constituição seguinte, de 1891, artigo 35, estabeleceu incumbir ao Congresso Nacional, ainda que não privativamente, a competência para criar instituições de ensino superior e secundário nos estados, bem como de prover a instrução secundária no Distrito Federal. Também pelo seu artigo 72, § 6º, ficou assegurado aos cidadãos brasileiros e estrangeiros, residentes no País, o ensino leigo ministrado nos estabelecimentos públicos.

Seguindo a ordem das constituições, a Carta Magna de 1934, tratou da educação no seu Título V, Capítulo II, “*Da Educação e da Cultura*”, artigo 149, “*caput.*”²¹⁰ Também, no artigo 150, *alíneas*, ficou estabelecido competir à União fixar, por lei federal, o plano nacional de educação, que deveria obedecer diretrizes como o ensino primário integral, gratuito e obrigatório, inclusive aos adultos, e sendo a gratuidade extensiva ao ensino médio.

Por sua vez, a Constituição de 1937 tratava da questão da educação e da cultura, nos artigos 128 a 134, cabendo aqui ser destacado, pela importância, os artigos 128 e 130²¹¹

1. Todos tienen al derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que este de acuerdo com sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.
7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.
8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.
9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.
10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

²¹⁰ “Art. 149 – A educação é direito de todos e deve ser ministrada, pela família e pelos Poderes Públicos, cumprindo a estes proporcioná-la a brasileiros e a estrangeiros domiciliados no País, de modo que possibilite eficientes fatores da vida moral e econômica da Nação, e desenvolva no espírito brasileiro a consciência da solidariedade humana.”

²¹¹ “Art. 128. A arte, a ciência e o ensino são livres à iniciativa individual e a de associações ou pessoas coletivas públicas e particulares. É dever do Estado contribuir, direta e indiretamente, para o

Já a Constituição de 1946, estabeleceu o direito fundamental à educação em seu Título VI, Capítulo II, “*Da Educação e da Cultura*”, artigo 166, “*caput*”²¹² Portanto, mais democrática que a Constituição de 1937, uma vez que esta última era de cunho ditatorial.

A Constituição de 1967, em seu artigo 168, “*caput*” e § 3º, II, do Título IV, dedicado aos direitos sociais, “*Da Família, da Educação e da Cultura*”, praticamente repetia a mesma redação da Constituição de 1946, apenas com um pequeno acréscimo²¹³.

A Emenda Constitucional nº 1, de 1969, no seu artigo 176, “*caput*”, e seu § 3º, do Título IV, que tratava “*Da Família, da Educação e da Cultura*”, da mesma forma que as Constituições anteriores, consagrava o direito à educação²¹⁴.

A Constituição de 1988 reserva maior atenção ao direito à educação, em relação às constituições anteriores, uma vez que dedica toda a Seção I, do Título VIII, destinada à Ordem Social, compreendendo os artigos 205 ao 214. Destes dispositivos pode-se destacar o artigo 205, que estabelece a educação como sendo um “*direito de todos e dever do Estado e da família*”. Também pelo artigo 206 fica garantida a prestação do ensino, mediante os princípios ali enumerados, dentre os quais destacamos: a “*igualdade de condições para o acesso e permanência na escola*”, a “*gestão democrática do ensino público, na forma da lei*”, e a “*gratuidade*

estímulo e desenvolvimento de umas e de outro, favorecendo ou fundando instituições artísticas, científicas e de ensino”.

“Art. 130. O ensino primário é obrigatório e gratuito. A gratuidade, porém, não exclui o dever de solidariedade dos menos para com os mais necessitados; assim, por ocasião da matrícula, será exigida aos que não alegarem, ou notoriamente não puderem alegar escassez de recursos, uma contribuição módica e mensal para a caixa escolar.”

²¹² “Art. 166. A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola. Deve inspirar-se nos princípios de liberdade e nos ideais de solidariedade humana.”

²¹³ “Art. 168 – A educação é direito de todos e será dada no lar e na escola; assegurada a igualdade de oportunidade, deve inspirar-se no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e de solidariedade humana.

§ 3º - A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

II – o ensino dos sete aos quatorze anos é obrigatório para todos e gratuito nos estabelecimentos primários oficiais.”

²¹⁴ “Art. 176. A educação, inspirada no princípio da unidade nacional e nos ideais de liberdade e solidariedade humana, é direito de todos e dever do Estado, e será dada no lar e na escola.

§ 3º A legislação do ensino adotará os seguintes princípios e normas:

II – o ensino primário é obrigatório para todos, dos sete aos quatorze anos, e gratuito nos estabelecimentos oficiais;

III – o ensino público será igualmente gratuito para quantos, no nível médio e no superior, demonstrarem efetivo aproveitamento e provarem falta ou insuficiência de recursos.”

do ensino público em estabelecimentos oficiais". Também, o artigo 208, que determina ser dever do Estado garantir o ensino fundamental obrigatório e gratuito, em contraposição ao direito público subjetivo da coletividade.

O princípio da "*igualdade de condições*" na redação do artigo 206, I, C.F., parece significar não uma igualdade meramente formal, mas, mais do que isso, uma igualdade no sentido material para abranger uma igualdade de oportunidades ao acesso e permanência na escola, com igual consideração e respeito. Trata-se, portanto, não apenas de uma igualdade perante a lei, mas de uma igualdade através da lei, como instrumento de libertação, de justiça social, inerente à dignidade da pessoa humana.

O princípio da "*gestão democrática do ensino*", artigo 206, VI, C. F. e artigo 3º, inciso VIII, da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional) denota não apenas um sentido de democracia política, numa acepção estrita, para compreender uma expressão mais ampla, de democracia social, numa compreensão ativa, segundo a doutrina de Jellinek, da participação do cidadão na vontade do Estado. Revela-se, pois, um princípio programático-participativo, envolvendo o Estado e a família, com a promoção, o incentivo e a colaboração democrática da sociedade, objetivando o desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o mercado de trabalho, consoante o disposto na Constituição, no seu artigo 205, "*caput*".

O princípio da "*garantia de padrão de qualidade do ensino*", artigo 206, VII, da C.F., e artigo 3º, IX, da Lei 9.394/96 (L.D.B.), pressupõe uma educação onde a qualidade, o rendimento dos estabelecimentos são constantemente avaliados e fiscalizados pelo Estado, e onde as falhas, as deficiências são sanadas, superadas em busca de um melhor desempenho. Importa, de igual maneira, na adoção de prestações suplementares, como a oferta de material didático, transporte escolar de qualidade, alimentação, assistência médica ao educando do ensino fundamental e tudo o mais necessários à concretização do direito fundamental à educação, podendo, segundo os ensinamentos de Maria Cristina de Brito Lima, embasar

pedido de Mandado de Segurança para o caso de descumprimento desse princípio.²¹⁵

Ainda pertinente ao texto da Constituição, o seu artigo 212 procurou garantir a manutenção, o desenvolvimento e a garantia de padrão de qualidade do ensino, mediante a aplicação de recursos financeiros, resultantes de impostos das unidades federadas, devendo ser respeitada as disposições constantes dos artigos 213 e 60, do ADCT, sob pena de crime de responsabilidade da autoridade competente, notadamente para o caso de não cumprimento do disposto nos incisos V e VII deste último artigo.

Nessa trilha, haverá retrocesso social, qualquer política que importe na supressão de programa suplementar, de modo a afetar o seu mínimo existencial, pois sem o material escolar, o aluno obviamente não pode estudar. O mesmo ocorre na retirada de transporte, principalmente em área de difícil acesso, pois sem a condução o aluno não pode se deslocar para o colégio; também com a falta de alimentação, por ser um ingrediente indispensável para o educando manter uma vida saudável e possa apreender os ensinamentos, assimilar, concatenar as idéias, pois, considerando que as normas de direitos sociais são preceptivas, constitucionalmente, tendo o Poder Público a obrigação de progressivamente e permanentemente concretizá-los, haverá inconstitucionalidade por omissão, toda medida legislativa infraconstitucional retrocedente, que afete o núcleo essencial, representado pela concretização legislativamente já alcançada no domínio do direito à educação.

Um outro princípio de extrema importância ao direito da educação, em agregação ao princípio do não retrocesso é o da “*gratuidade do ensino público em estabelecimentos oficiais*”, artigos 206, IV e 208, I, todos da C.F., c/c o artigo 3º, VI da Lei nº 9.394/96 (L.D.B.), pela sua aplicabilidade na solução de problemas sociais, para os problemas envolvendo a criminalidade, o desemprego, e porque beneficia a comunidade como um todo, e em todos os níveis de ensino: fundamental, médio e superior (estabelecimentos oficiais), propiciando a efetiva igualdade de oportunidades.

²¹⁵ LIMA, Maria Cristina de Brito. A educação como direito fundamental. Rio de Janeiro: Revista da EMERJ, v.4, n. 13, 2001, p. 230.

Com respeito ao princípio da gratuidade, cumpre ainda esclarecer, que a gratuidade universal é garantida apenas no ensino fundamental como direito público subjetivo, a teor do § 1º do artigo 208 da Constituição, incluindo os programas suplementares, de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (artigo 208, VII, C.F.), uma vez que no ensino médio o Estado deve promover a gratuidade de forma universal e progressiva (artigo 208, II, C.F.). Já no nível superior a garantia da gratuidade deve ocorrer nas instituições oficiais, segundo a capacidade intelectual de cada um (artigo 208, V, C.F.).

Nesta quadra cumpre tecer algumas considerações sobre o Parágrafo primeiro do artigo 208 da Lei Maior, que tem a seguinte redação: “O acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo”, e cujo teor foi repetido pelo artigo 5º da Lei 9.394/96 (Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional). Por tais dispositivos, fica conferido o direito de seu titular exigir dos poderes públicos a prestação educacional, em contraposição a um dever jurídico estatal de criar, material e legislativamente, as condições necessárias à fruição desse direito fundamental.

Nesse sentido, a compreensão do direito fundamental à educação vista numa perspectiva subjetiva (*facultas agendi*), significa que a pessoa, natural ou jurídica, pode exigir do Estado o cumprimento de uma ou mais prestações valorativas, impostas pela norma (*norma agendi*), constitucional e/ou infraconstitucional, consistente no direito de acesso e permanência ao ensino obrigatório e gratuito, sob pena de importar responsabilidade da autoridade competente (artigo 208, § 2º, C.F.).

E como decorrência lógica da consagração, pelo legislador constituinte, de proporcionar à pessoa o poder de gozar do direito à educação, e aos poderes públicos o dever prestacional de conferir tal direito, de forma efetiva e eficaz, uma vez desatendido esse direito, de forma omissiva ou comissiva, isto é, deixando os poderes públicos de atenderem a vontade da Lei Maior, seja pela omissão legiferante para a concretização da norma constitucional, seja pela criação de leis infraconstitucionais tendentes a suprimirem direitos já assegurados, fazendo retroceder a um estágio inicial legislativo, poderá o titular prejudicado, por força do artigo 208, “caput” e seu Parágrafo primeiro, em combinação com o artigo 5º, *incisos* XXXV (reserva judicial) e XXXVI (direito adquirido), deduzir sua pretensão em juízo.

Assim, considerando que os direitos fundamentais sociais têm como decorrência lógica a dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Mais ainda, pelo fato desses direitos, por interpretação sistemática, participarem do rol dos limites materiais ao poder de reforma da Constituição, artigo 60, § 4º, C.F., bem como pela presença do Estado democrático e social de Direito, por todos os argumentos acima, cabe ao titular dos direitos sociais ter assegurado um patamar mínimo existencial, até mesmo contra eventual Emenda Constitucional, mais ainda, da ação erosiva do legislador infraconstitucional, pois o contrário resultaria na retirada da eficácia jurídica das normas constitucionais sociais, com o retorno da concretização ou do retrocesso social, fazendo incidir a ação de inconstitucionalidade por omissão.

Ao lado da questão do direito público subjetivo à educação exsurge outra, não menos importante, da aplicabilidade das normas pertinentes à educação. Assim, dispõe o Parágrafo primeiro do artigo 5º, da Constituição Federal: “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Neste ponto, importa fazer-se uma apreciação mais demorada a respeito da eficácia das normas constitucionais, temática que no direito pátrio foi muito bem desenvolvida por Maria Helena Diniz e José Afonso da Silva.

Para Maria Helena Diniz, as normas constitucionais, quanto à sua eficácia, podem ser classificadas em: normas constitucionais com eficácia absoluta; normas com eficácia plena; com eficácia redutível ou relativa restringível; e normas com eficácia relativa complementáveis ou dependentes de complementação legislativa, sendo que estas últimas se subdividem em normas de princípios institutivos e normas programáticas.²¹⁶

Para a Professora da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo as normas com eficácia absoluta são as normas intangíveis ou inatacáveis até mesmo por emenda constitucional, excepcionando a mudança apenas para o caso de uma revolução, quando há uma transformação radical e violenta, por ruptura da ordem jurídica vigente. Já as normas com eficácia plena são aquelas com incidência

²¹⁶ DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*, 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2006. p. 112.

imediate e sem a necessidade de legislação que complemente o seu sentido, embora sejam passíveis de emenda constitucional.

Já as normas com eficácia relativa restringível correspondem às normas com eficácia contida, segundo a classificação de José Afonso da Silva, ou seja, as normas com aplicabilidade plena e imediata, não requerendo normatização posterior, embora sua eficácia possa ser restringível por atividade legislativa, nos casos e na forma que a lei estabelecer. Finalmente, as normas com eficácia relativa ou dependentes de complementação, que são aquelas que não recebem do constituinte normatividade suficiente para a aplicação imediata, sendo, portanto, normas de eficácia relativa ou limitada por dependerem de normatividade futura para integrá-lhes a eficácia.

Já pelo magistério de José Afonso da Silva, as normas constitucionais podem ser classificadas, segundo a eficácia, em normas de eficácia plena; normas de eficácia contida; e normas de eficácia limitada declaratória de princípios institutivos e declaratória de princípios programáticos. As normas de eficácia plena têm aplicação imediata e integral, sem a necessidade de complementação de normas infraconstitucionais para a sua efetivação.

Por sua vez, as normas de eficácia contida têm aplicação direta, imediata, mas não integral, ou seja, têm eficácia reprimida, controlada por ação legislativa. Com relação às normas com eficácia limitada são aquelas que dependem de legislação complementar para adquirir eficácia. Esta terceira espécie de normas compreende as de cunho programático, e se limitam a traçar princípios, programas de ação do Estado, sendo dirigidas aos órgãos estatais, numa espécie de diretriz, de objetivos a serem seguidos pelo Estado, através dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por essa classificação, José Afonso da Silva, embora insira, regra geral, os direitos fundamentais sociais no rol das normas programáticas, contudo, no que se refere ao direito à educação, expressamente o exclui:

“Não incluímos aqui (normas programáticas) nem o direito à saúde (art. 196), nem o direito à educação (art. 205), porque em ambos os casos a norma institui um dever correlato de um sujeito determinado: o Estado – que, por isso, tem a obrigação de satisfazer aquele direito. Se esta não é

satisfeita, não se trata de programaticidade, mas de desrespeito ao direito, de descumprimento da norma.”²¹⁷

Dessa forma, José Afonso dá a entender que as normas sobre a educação se enquadram na categoria das normas constitucionais de eficácia contida, como sendo aquelas normas que o legislador constituinte originário regulou suficientemente, com normatividade capaz de reger os interesses estabelecidos. Portanto de aplicabilidade imediata e plena, embora tivesse deixado certa margem de atuação restritiva do legislador infraconstitucional, para reduzir ou restringir a sua eficácia, ou produção de seus efeitos, segundo os termos que a lei estabelecer.

Também, Regina Maria Fonseca Muniz, apreciadora do tema sobre a educação, ao analisar a posição de autores sobre a eficácia das normas sobre os direitos fundamentais sociais, e estritamente sobre a educação, como J. J. Gomes Canotilho, José Afonso da Silva, Marcos Augusto Maliska, Eros Roberto Grau, Flávia Piovesan, Pinto Ferreira, dentre outros, coloca-se como defensora da eficácia plena e aplicação imediata das normas constitucionais educacionais, conforme se infere da transcrição abaixo:

“Estamos convencidos, com apoio nos arts. 1º, III, 5º, *caput*, seu § 1º e 2º, que, se as normas consagradoras da educação classificadas por parte da doutrina como programáticas, mas que, a despeito de assim entendidas, são dotadas até de plena eficácia, consoante lição aqui trazida de CANOTILHO, que, inclusive, abomina a terminologia, secundado, entre nós, por EROS GRAU, FLÁVIA PIOVESAN e OUTROS, a *fortiori*; inserida a educação no direito à vida, as normas constitucionais que a regulam não de ser tidas como dotadas de eficácia plena e acionabilidade.”²¹⁸

Um outro autor que tem se ocupado do estudo sobre a educação, Marcos Augusto Maliska, da mesma forma, ao analisar a norma do Parágrafo primeiro, do artigo 5º da Constituição, e depois de apresentar um panorama da doutrina nacional e lusitana sobre a eficácia das normas de direito fundamental, além disso, se utilizando dos métodos de hermenêutica, observa que o direito à educação, por se inserir no rol dos direitos fundamentais, deve merecer igual consideração destes direitos para ter eficácia plena e aplicabilidade imediata, pelo que vale a pena fazer uma transcrição um pouco mais longa:

²¹⁷ SILVA, José Afonso da. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008. pp. 150.

²¹⁸ MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, pp. 115 e 122.

“A questão aqui discutida exige considerar o significado e o alcance da norma constante do art. 5º § 1º da Constituição Federal. Quanto à questão de que o dispositivo estaria reduzido às normas do art. 5º, tal entendimento pode ser afastado pela simples interpretação literal da norma, que se refere a ‘direitos e garantias fundamentais’. Desta forma, a localização tópica da norma, não serve como critério para justificar tal entendimento restritivo.

Uma interpretação sistemática e teleológica conduzirá aos mesmos resultados, uma vez que ao utilizar a expressão ‘direitos e garantias fundamentais’, o constituinte buscou atingir a totalidade das normas do Título II, o que inclui também os direitos políticos, de nacionalidade e os direitos sociais e não apenas os direitos e garantias individuais e coletivos. Nesta parte, importa observar a clara diferença entre o sistema Constitucional brasileiro e o sistema lusitano, que possui, em Títulos distintos, os chamados direitos liberdades e garantias e os direitos econômicos, sociais e culturais. Mesmo com tal diferenciação e com o prestígio que possuem os primeiros, a doutrina portuguesa advoga o entendimento de que, além dos direitos econômicos, sociais e culturais, expressamente excluídos do regime, todos os direitos, liberdades e garantias de natureza análoga, ainda que localizados fora do texto da Constituição, constituem normas diretamente aplicáveis.”²¹⁹

De todo o exposto, importa consignar, no entrelaçamento entre o direito fundamental à educação e o princípio do não retrocesso social, a obrigação imposta pela Constituição aos poderes públicos no sentido destes concretizarem positivamente, material e normativamente, o direito à educação, de forma gratuita e igualitária, para propiciar a todas as pessoas a oportunidade de acesso e permanência na escola, com padrão de qualidade, incluindo os programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde.

Mas importa, igualmente, vincular os poderes públicos numa perspectiva negativa (status negativo de Jellinek), impondo ao Estado o dever de se abster de editar atos legislativos e administrativos, que importe na supressão total do direito concretamente legislado, atingindo, portanto, o conteúdo mínimo do direito fundamental social consolidado na sociedade. Em nosso caso, no sentido de o administrador e o legislador infraconstitucional ficarem interditos de abolirem ou tentarem abolir, material ou legislativamente, as normas concretizadoras do direito fundamental à educação, no sentido de levarem ao aniquilamento, puro e simples, sem qualquer compensação, das políticas públicas relacionadas ao direito fundamental à educação, em manifesta contradição com os objetivos da norma constitucional.

²¹⁹ MALISKA, Augusto Marcos. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001. pp. 106-107.

Finalmente, toma-se partido pelos autores que defendem a tese de que as normas de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais devam se enquadrar no rol das normas com eficácia relativa restringível, ou das normas com eficácia contida, ou seja, das normas com aplicabilidade plena e imediata, sem a necessidade de legislação infraconstitucional posterior, embora sua eficácia possa ser restringível por atividade legislativa, nos casos e na forma que a lei estabelecer. Mas que fique claro, que a restrição se limite ao núcleo essencial do direito fundamental legislativamente concretizado.

Para arrematar, de modo enfático, haverá retrocesso social, tomando como exemplo o direito fundamental à educação, toda política legislativa, inclusive ao nível das emendas constitucionais que, sem criar mecanismos alternativos ou compensatórios, se traduzam, na prática, numa aniquilação do núcleo essencial legislativo, pois, se caracterizando os direitos sociais como sendo progressivos, na direção do Estado Democrático de Direito, significa dizer, que cada passo radica como elemento adquirido, como patrimônio da cidadania, de modo que qualquer retrocesso nesse caminho representa uma violação direta não só ao Princípio do Estado Social como também do próprio Princípio do Estado Democrático de Direito.

2.11 Saúde como Direito Fundamental e Proibição de Retrocesso Social

Com o advento da Constituição Federal de 1988, a saúde foi alçada à categoria de direito fundamental social, reconhecimento esse explicitado nos seus artigos 6º e 196. O primeiro elenca os direitos sociais, dentre os quais o direito à saúde. Já o artigo 196 dispõe: *“A saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doenças e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para a sua promoção, proteção e recuperação”*.

O sentido da expressão *“acesso universal”* (artigo 196, *caput*) deve ser entendida de forma proporcional e solidária, no sentido de que todas as pessoas possam acessar o sistema público de saúde, embora se afigure razoável que tais

serviços se destinem especialmente às pessoas carentes de recursos, e que por isso mesmo não podem pagar um plano de saúde privado.

Importa, também, consignar, que o acesso “*igualitário*” (artigo 196, *caput*) diz respeito a que todos os cidadãos, nacionais, estrangeiros, ricos, pobres, negros, brancos, pardos, dispõem, indistintamente, no mesmo peso e na mesma medida, do direito às ações e serviços de saúde.

A locução “*atendimento integral*” (artigo 198, II) deve ser entendida como um “*mandamento de otimização*”, segundo a fórmula utilizada por Robert Alexy, devendo a assistência médico-hospitalar, ser maximizada para compreender outros direitos congêneres, como o fornecimento de medicamentos, realização de exames e cirurgias, que se fizerem necessárias para a preservação da vida e da saúde do usuário, de modo a realizar plenamente a norma de direito fundamental social. Portanto, a integralidade deve ser entendida no sentido da maior medida possível, muito embora tal cumprimento esteja vinculado às possibilidades fáticas, reais, como também jurídicas, mas, em qualquer caso, que seja assegurado, pelo Poder Público, ao menos, um mínimo existencial, em razão dos princípios da proporcionalidade e da dignidade humana.

Já as expressões “*rede regionalizada e hierarquizada*” (artigo 198, *caput*) e “*descentralização*” (artigo 198, I) exprimem as formas de organização administrativa dos serviços de saúde, respectivamente, por desconcentração e descentralização, de modo a que não só os entes federativos, como por transferência do Estado ao particular, executem as ações e serviços de saúde, seja com vínculo hierárquico, através de escalões sucessivos, como ocorre na desconcentração, seja sem vínculo subordinativo entre a administração central e a pessoa estatal descentralizada, para o caso da descentralização.

A saúde, como direito fundamental social se estabelece em dois prismas: formal e material. Materialmente, no reconhecimento, na proteção de certos valores básicos, essenciais à pessoa humana. Desse modo, no ordenamento constitucional pátrio, essa valoração pode ser apreendida através do próprio texto da Constituição, em especial, de sua conexão direta com o princípio da dignidade humana, que serve de referência para todos os direitos fundamentais, sendo um dos princípios basilares do Estado Social e Democrático de Direito.

Ainda sob o prisma material, a fundamentalidade da saúde pode ser evidenciada pela posição espacial do artigo 6º, no Capítulo II, “*Dos Direitos Sociais*”, que por seu turno se encontra albergado no Título II, “*Dos Direitos Fundamentais*”. Além disso, com base no artigo 196, que instaura a Seção II, “*Da Saúde*”, que tem correspondência com o Capítulo II, “*Da Seguridade Social*”, que a seu turno integra o Título VIII, “*Da Ordem Social*”.

Já a fundamentalidade formal concerne a uma interpretação sistemática dada ao artigo 5º, § 1º, da Constituição, para abranger todas as normas de direitos fundamentais, constantes do catálogo (arts. 5º a 17), de modo a que todas tenham “*aplicabilidade direta e imediata*”, bem como pelo fato de os direitos sociais se encontrarem inseridos no regime reforçado de reforma constitucional, art. 60, da Constituição.

Vale registrar, que além da inclusão expressa da saúde no rol dos direitos fundamentais (artigos 6º, *caput* e 196, C.F.), também se verifica sua íntima e indissociável vinculação com os princípios da igual liberdade, uma vez que os homens nascem livres e iguais em direitos; pelo fato da liberdade pressupor a garantia de direitos fundamentais, e em razão da igual liberdade pressupor uma igualdade real ou substancial entre as pessoas.

Da mesma forma, o direito à saúde tem estreita relação com o princípio da democracia econômica e social, pelo simples fato da democracia se construir por um processo de inclusão social, com a justa distribuição às pessoas, dos serviços de saúde, educação, moradia, emprego e outros direitos sociais. Daí porque a própria Constituição, artigo 198, III estabelece, entre outras diretrizes, para as ações e serviços de saúde, a participação da comunidade, que poderá utilizar-se dos meios processuais cabíveis, como o direito de petição (artigo 5º, XXXIV, alínea “a”, C.F.), o mandado de segurança individual (artigo 5º, LXIX, C.F.), a ação civil pública (Lei 7.347/85), bem como representar ao Ministério Público (artigo 129, III, C.F.) para promover a ação civil pública em defesa de interesses difusos e coletivos.

Cabe ainda mencionar que, em face da nossa Lei Maior, em seu artigo 5º, § 2º, os direitos expressos na Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados. Também, que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos são equivalentes às emendas constitucionais

(artigo 5º, §3º). Nesse sentido, lembra Flávia Piovesan que o nosso país é signatário dos mais importantes tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, destacando-se, no âmbito dos direitos sociais e econômicos e culturais, a ratificação do Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1992, e do Protocolo de San Salvador, de 1996²²⁰.

Portanto, em face do sistema constitucional, o direito à saúde passou a se qualificar como direito fundamental de cunho originário a prestações, devendo ser garantido, pelo Estado, o acesso universal, descentralizado, integral e igualitário, das pessoas, às ações e serviços de saúde, independentemente da cor, raça, sexo, credo, nacionalidade, situação social ou econômica.

Essa garantia dos serviços de saúde, pelo Estado, ocorre por meio de um federalismo cooperativo, de modo que a competência de um ente não exclui a dos outros (artigo 23, inciso II da C.F.). Essa competência constitucional também ficou estabelecida, a nível infraconstitucional, nos artigos 2º, § 2º; 4º; 9º e 15 da Lei 8.080/90, criadora do SUS, e que dispõe sobre as condições para a promoção, proteção e recuperação da saúde.

Como já assinalado, com o reconhecimento, pela Constituição, da saúde como direito fundamental, a exemplo de outros direitos sociais, como educação, moradia, tal previsão possibilita se afirmar a existência de um verdadeiro direito subjetivo do indivíduo-credor, oponível ao Estado-devedor, independentemente de intervenção legislativa ordinária, e segundo os instrumentos judiciais adequados, para a hipótese de uma injustificável inércia estatal ou de um abusivo comportamento governamental²²¹.

Portanto, como o direito à saúde é um direito fundamental, também tem aplicabilidade direta e imediata, à luz do artigo 5º, § 1º, C.F.²²², dispensando, segundo o entendimento de Maria Cristina Slaibi, a “*interpositio legislatoris*”, pois o

²²⁰ PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. *Revista de Direito do Estado (RDE)*. Ano 1, n. 2, abr.-jun. 2006, pp. 58-59.

²²¹ OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário*. *Revista de Direito Sanitário*, v. 2, n. 3, nov. 2001, pp. 46 e 48.

²²² Artigo 5º, § 1º: “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.”

que está em jogo é o direito à vida, à sobrevivência do ser humano.²²³. Nesse mesmo sentido é o que pensa Germano Schwartz, ao assinalar: “Com o reconhecimento normativo, doutrinário e jurisprudencial de que a saúde é *direito fundamental do homem*, temos que as normas constitucionais referentes à saúde são normas de *aplicabilidade imediata e de eficácia plena...*”²²⁴.

Como bem assinala José Afonso da Silva, os direitos, liberdades e prerrogativas, caracterizados como direitos fundamentais, só cumprem sua finalidade se as normas que as expressem tiverem efetividade. Também, que as normas definidoras desses direitos têm eficácia e aplicabilidade imediata. Além disso, que, “*Não é, pois, só a garantia dos direitos políticos, mas de todos os direitos fundamentais: individuais, coletivos, sociais, de nacionalidade e políticos*”²²⁵.

Nesse mesmo propósito, Ingo Wolfgang Sarlet, em artigo de revista, intitulado os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988, ao abordar os direitos sociais de cunho prestacional, ressalta que, “*mais uma vez, que mesmo estas normas (por mais programáticas que sejam), são dotadas de eficácia e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa*”²²⁶.

Sustenta, a esse respeito, José Joaquim Gomes Canotilho, que todas as normas constitucionais se revestem de eficácia jurídica, ou seja, força imperativa, capaz de produzir efeitos jurídicos:

“Precisamente por isso, e marcando uma decidida ruptura em relação à doutrina clássica, pode e deve falar-se da ‘morte’ das **normas constitucionais programáticas** (...) em virtude da eficácia reconhecida às ‘normas programáticas’ deve considerar-se ultrapassada a oposição estabelecida por alguma doutrina entre ‘norma jurídica actual’ e ‘norma programática’ (*aktuelle Rechtsnorm-Programmsatz*): todas as normas são *actuais*, isto é, têm uma força normativa, independentemente do acto de transformação legislativa”²²⁷

²²³ SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. *Direito fundamental à saúde. tutela de urgência*. Revista Forense, vol. 373, maio-jun. 2004, p. 421.

²²⁴ SCHWARTZ, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 63.

²²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22ª ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 465.

²²⁶ SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, abr.-jun.1999, p. 117.

²²⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003. pp. 1176-1177.

Portanto, diante da Carta da República, da Lei nº 8.080/90, com o apoio de consideráveis e respeitáveis doutrinadores, que consideram o direito à saúde um direito fundamental público subjetivo, auto-aplicável, cabe ao Poder Judiciário, dar proteção constitucional ao direito à saúde, como uma prerrogativa constitucional inalienável, indisponível e impostergável, dada a sua absoluta relevância e indissociabilidade com o direito à vida.

Ocorre, que, embora a tendência majoritária, doutrinária e jurisprudencial, seja no sentido da norma constitucional atingir os seus objetivos, tendo eficácia e efetividade (eficácia social), respaldados na clareza do regramento constitucional: artigos 5º, inciso XXXV; 5º, §§ 1º e 2º; 6º, *caput* e 196, todos da C.F., contudo, o Poder Público vem apresentando vários entraves burocráticos para negar, principalmente, o tratamento médico-hospitalar e o fornecimento de medicamentos às pessoas carentes de recursos.

Tais obstáculos têm como argumento: que o artigo 196 da Constituição Federal não tem o alcance e a dimensão que lhe vem sendo dada pelo Poder Judiciário, uma vez que não se trata de norma de aplicação direta, imediata e integral, mas de eficácia contida ou limitada, cabendo ao legislador ordinário limitar seus efeitos substanciais; que o fornecimento de medicamento tem que observar a política nacional de saúde, que estabelece protocolos clínicos e diretrizes terapêuticas para cada doença; que as políticas sociais públicas têm que observar a previsibilidade e as limitações orçamentárias, principalmente a Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, intitulada Lei de Responsabilidade Fiscal; finalmente, que o Poder Judiciário não dispõe do poder político, de conveniência e oportunidade, para decidir sobre alocação e destinação dos recursos públicos.

A oposição estadual, da reserva do possível, ou do financeiramente possível, não se sustenta, pois, como bem sustentou o Ministro Celso de Mello, cabe ao Estado otimizar os seus recursos, dando a melhor destinação. Saber gerir as verbas públicas, com eficiência e capacidade governamental, dentro de uma visão política, que atenda o enorme significado social.²²⁸

²²⁸ (Cf Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, RS., Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça da União, de 24/11/2000).

E nem se alegue a falta de conveniência e oportunidade judiciais para lidar com o assunto da saúde. Tais alegações estatais não satisfazem, pois o que está em jogo é a vida, a integridade física da pessoa humana, ou seja, bens jurídicos da maior relevância, que por isso mesmo devem ser preservados e sobrepostos a quaisquer outros, em nome da dignidade humana e do Estado Social e Democrático de Direito. Além disso, quando o Judiciário atende os reclamos da população, pela omissa prestação estatal, o faz em acatamento às determinações constitucionais.

Também não procede a alegada falta de previsão orçamentária, posto que, diante do artigo 165, § 5º, III, C.F., a lei orçamentária anual deve compreender o orçamento para atender a seguridade social. Além disso, pelo artigo 198, as ações e serviços de saúde integram uma rede regionalizada, portanto, um sistema, financiado pelas esferas de governo: União, Estados, Distrito Federal, Municípios, “além de outras fontes” (§ 1º do artigo 198). Como já foi dito, o valor da vida se sobrepõe a qualquer outro, mais ainda, quando se trata de obstáculos meramente burocráticos.

A esse respeito, da eficácia das normas constitucionais sociais, vale lembrar a posição do Supremo Tribunal Federal, que vem caracterizando a saúde como sendo um direito fundamental público subjetivo, representando direito indisponível de todos, cabendo ao Poder Público formular e implementar políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir aos cidadãos o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médica hospitalar.²²⁹

Ainda no Supremo Tribunal Federal ficou assentado o entendimento, através do julgamento do AGRG, no RE nº 271.286-8, DJ 24.11.2000, 2ª Turma, Rel. Celso de Mello, envolvendo paciente com HIV/AIDS, que, “*o direito subjetivo à saúde representa prerrogativa jurídica assegurada à generalidade dos cidadãos*”, além de representar consequência constitucional indissociável do direito à vida, à integridade física, razão pela qual esse direito fundamental deve prevalecer sobre problemas orçamentários. É o que se depreende do texto a seguir:

“PACIENTE COM HIV/AIDS – PESSOA DESTITUIDA DE RECURSOS FINANCEIROS – DIREITO À VIDA E À SAÚDE – FORNECIMENTO GRATUITO DE MEDICAMENTOS – DEVER CONSTITUCIONAL DO

²²⁹ (Cf Agravo Regimental no Recurso Extraordinário nº 271.286-8, RS., Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça da União, de 24/11/2000).

PODER PÚBLICO (CF ARTIGOS 5º, *CAPUT*, E 196) – PRECEDENTES (STF) – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO.

O DIREITO À SAÚDE REPRESENTA CONSEQUÊNCIA CONSTITUCIONAL INDISSOCIÁVEL DO DIREITO À VIDA.

- O *direito público subjetivo à saúde* representa prerrogativa jurídica indisponível assegurada à generalidade das pessoas pela própria Constituição da República (artigo 196). Traduz bem jurídico constitucionalmente tutelado, por cuja integridade deve velar, de maneira responsável, o poder público, a quem incumbe formular – e implementar – políticas sociais e econômicas idôneas que visem a garantir, aos cidadãos, inclusive aqueles portadores do vírus HIV, o acesso universal e igualitário à assistência farmacêutica e médico-hospitalar.

- O direito à saúde – além de qualificar-se como direito fundamental que assiste a todas as pessoas – representa consequência constitucional indissociável do direito à vida. O Poder Público qualquer que seja a esfera institucional de sua atuação no plano da organização federativa brasileira, não pode mostrar-se indiferente ao problema da saúde da população, sob pena de incidir, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

A INTERPRETAÇÃO DA NORMA PROGRAMÁTICA NÃO PODE TRANSFORMÁ-LA EM PROMESSA CONSTITUCIONAL INCONSEQUENTE.

O caráter programático da regra inscrita no artigo 196 da Carta Política – que tem por destinatários todos os entes políticos que compõem, no plano institucional, a organização federativa do Estado brasileiro – não pode converter-se em promessa constitucional inconsequente, sob pena de o poder público, fraudando justas expectativas nele depositadas pela coletividade, substituir, de maneira ilegítima o cumprimento de seu impostergável dever, por um gesto irresponsável de infidelidade governamental ao que determina a própria Lei Fundamental do Estado.

DISTRIBUIÇÃO GRATUITA DE MEDICAMENTOS A PESSOAS CARENTES.

O reconhecimento judicial da validade jurídica dos programas de distribuição gratuita de medicamentos a pessoas carentes, inclusive àquelas portadoras do vírus HIV/AIDS, dá efetividade a preceitos fundamentais da Constituição da República (arts. 5º, *caput*, e 196) e representa, na concreção do seu alcance, um gesto reverente e solidário de apreço à vida e à saúde das pessoas, especialmente daquelas que nada têm e na possuem, a não ser a consciência de sua própria humanidade e de sua essencial dignidade. Precedentes do STF.”

Ainda no Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, Rel. Celso de Mello, foi fixado o mesmo entendimento no AGRG, no RE nº 271.286-8, ementado acima, por ocasião do julgamento do AG. REG. no RE nº 393.175-0 Rio Grande do Sul, desta feita envolvendo paciente com esquizofrenia paranóide e doença maníaco-depressiva crônica, quando o referido tribunal negou provimento ao recurso de agravo regimental, interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, por considerá-lo manifestamente infundado, especialmente em face do art. 196 da Constituição da República, que considera a saúde um direito de todos e dever do Estado, que por

isso mesmo deve propiciar o acesso universal e igualitário de todos aos serviços de saúde, por qualificar-se como direito fundamental, além de um imperativo de solidariedade social.

O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Recurso Extraordinário em Mandado de Segurança, Processo nº 11183/PR, através do voto da lavra do seu Relator, o Ministro José Delgado, preconizou que o direito à saúde é um direito fundamental, uma vez que está consagrado na Constituição da República, não cabendo nenhuma regra hermenêutica se sobrepor ao princípio maior estabelecido na Constituição de 1988, de que “*a saúde é um direito de todos e dever do Estado*” (art. 196), e haja vista que o art. 5º, § 2º e 6º da Lei Maior, insere a saúde no rol dos direitos fundamentais²³⁰.

Para concluir, no que pertine ao liame do direito fundamental à saúde com o princípio implícito de não retrocesso social, importa firmar o entendimento da ordem precisa e concreta da Constituição, para o legislador ordinário tornar eficaz e efetiva as suas normas, como é o caso do direito fundamental à saúde, de tal sorte que seja possível determinar, com segurança, quais as ações judiciais são necessárias para conferir exeqüibilidade, o impede de retroceder legislativamente, sem caráter substitutivo ou compensatório, de forma a afetar o núcleo essencial já realizado, efetivado por medidas legislativas, como foi o caso da tentativa da aniquilação da “lei do serviço de saúde”, apreciado pelo Tribunal Constitucional português, através do Acórdão nº 39/84.

Com efeito, Gomes Canotilho, ao tratar do significado jurídico-constitucional do princípio da democracia econômica e social e da problemática dos direitos a prestações, que têm estreita ligação com o princípio do não retrocesso social, ensina:

“O princípio da democracia econômica e social contém uma *imposição* obrigatória dirigida aos órgãos de direcção política (legislativo, executivo) no sentido de desenvolverem uma actividade econômica e social conformadora das estruturas socioeconômicas, de forma a evoluir-se para uma sociedade democrática (...) é um *mandato constitucional juridicamente vinculativo que limita a discricionariedade legislativa* (...) as normas constitucionais consagradoras de direitos econômicos, sociais e culturais implicam a inconstitucionalidade das normas legais que não desenvolvam a realização

²³⁰ (Cf. STJ/RMS 11183/PR, Rel Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 22.08.2000, DJ 04.09.2000, p. 121).

do direito fundamental ou a realizam diminuindo a efectivação legal anteriormente atingida”²³¹

Assim, de acordo com o entendimento que vem sendo desenvolvido ao longo deste trabalho, a política social advinda da Constituição e legislativamente implementada, para dar eficácia e efetividade à norma de direito fundamental, como é o caso do direito à saúde, deve ser mantida de forma gradual e progressiva, jamais destruída ou inutilizada, como forma de afetar o núcleo essencial desse direito, pois ao legislador ordinário cabe a tarefa de levar à cabo o desiderato da Constituição, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão.

De resto, que fique assentado, que a imposição constitucional ao Estado, para concretizar legislativamente o direito fundamental à saúde, deve ocorrer de forma constante, gradual e progressiva, e se tal legislação ordinária ou constitucional for substituída, que o seja por nova concretização, uma vez que a partir do momento em que o Estado cumpre, por imposição, total ou parcialmente, as tarefas constitucionais, para realizar as ações e serviços de saúde, tais normativas passam a integrar o patrimônio da coletividade, gerando um verdadeiro direito adquirido, deixando de produzir uma obrigação positiva para também ser uma obrigação negativa, ou um “*status negativus*”, pela concepção de George Gellinek.

2.12 Moradia como Direito Fundamental e Proibição de Retrocesso Social

Da mesma forma que os direitos sociais à educação e à saúde, também o direito à moradia foi inserido no rol dos direitos fundamentais sociais, por força da Emenda Constitucional nº 26, de 2000, que introduziu o artigo 6º no texto da Constituição, passando a integrar o elenco dos limites materiais à reforma constitucional, resgatando, assim, o compromisso assumido na condição de signatário da Declaração Universal dos Direitos do Homem, firmada na Assembléia da ONU, em 10 de dezembro de 1948²³².

²³¹ CANOTILHO, Op. Cit., pp. 338 e 478.

²³² Artigo XXV – “Todos têm direito ao repouso e ao lazer, bem como a um padrão de vida capaz de assegurar a si e a sua família saúde e bem estar, inclusive alimentação, vestuário, habitação, cuidados médicos, e serviços sociais indispensáveis, o direito à segurança em caso de desemprego, doença, invalidez, viuvez, velhice, ou outros casos de perda dos meios de subsistência em circunstâncias fora de seu controle”.

Além da previsão expressa no aludido artigo 6º da Constituição, o reconhecimento do direito à moradia, como direito fundamental, encontra seu fundamento direto no princípio da dignidade humana, que como já afirmado em outras passagens deste trabalho, “*está na base e constitui a referência valorativa de todos os direitos fundamentais*”²³³, na medida em que a moradia constitui o espaço que a pessoa pode desfrutar do repouso, bem-estar, da liberdade, da inviolabilidade, da intimidade, bem como se proteger das variações atmosféricas.

Outra razão para considerar o direito à moradia como direito fundamental, decorre dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, a teor do disposto no artigo 5º, §§ 2º da Constituição Federal. Nesse sentido, pode-se citar, no plano internacional, alguns dos principais documentos que reconhecem, expressamente, o direito à moradia, e dentre os quais o Brasil é país signatário: a Declaração Universal dos Direitos Humanos da ONU, de 1948, artigo XXV; o Pacto Internacional dos Direitos Sociais, Econômicos e Culturais, de 1966, artigo 11; a Declaração de Vancouver sobre Assentamentos Humanos – Habitat I, de 1976 e a Declaração de Istambul – Habitat II, de 1996.

Outrossim, em razão do regime e dos princípios expressa e implicitamente adotados pela Constituição, artigo 5º, §§ 2º, o direito à moradia passou à condição de direito fundamental social, como são os casos, além do princípio da dignidade humana, que é um dos pilares do Estado Social e Democrático de Direito, adotado pela nossa Constituição, também o da “*cidadania*” (art. 1º, II, C.F.), que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil. Como se não bastasse, há uma estreita vinculação do direito à moradia com os denominados “objetivos da República”: a construção “*de uma sociedade livre, justa e solidária*” (art. 3º, I, C.F.); a erradicação “*da pobreza e da marginalização*” (art. 3º, III, C.F.); e a promoção “*do bem de todos sem preconceito de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação*” (art. 3º, IV, C.F.).

Dessa forma, além de uma concepção estritamente formal o direito à moradia passou a integrar o elenco dos direitos materialmente fundamentais, e, dessa forma, dos limites materiais à reforma constitucional (artigo 60, § 4º, IV), ficando esse direito

²³³ ANDRADE, Op. Cit., p. 97.

protegido contra qualquer sorte de ingerências arbitrárias e indevidas da liberdade de conformação do legislador constitucional.

Além disso, com a admissão do direito à moradia como direito fundamental, a melhor doutrina passou a adotar o entendimento de que esse direito, antes já inscrito em tratados internacionais subscritos pelo Brasil, na condição de direito fundamental implícito, e agora alçado à dignidade de direito fundamental social, de segunda geração, deve ficar compreendido no âmbito da norma disposta no § 1º do art. 5º da Constituição, segundo a qual “*As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata*”. Assim, em razão desse dispositivo, passam a ter aplicação direta e imediata não apenas os direitos fundamentais arrolados no art. 5º da Constituição, como também os demais direitos fundamentais: educação, saúde, trabalho, moradia, dentre outros descritos no art. 6º, *caput*²³⁴.

Desse modo, com a constitucionalização do direito à moradia, como direito fundamental social, o Estado passou a assumir uma dupla dimensão: negativa e positiva. Pela dimensão negativa, o direito à moradia encontra-se protegido contra interferências desmedidas do Estado e do particular, de tal sorte que toda e qualquer medida arbitrária, ilegal, que viole o direito fundamental à moradia deve ser, em princípio, coibida pela via judicial.

Com efeito, cabe ao particular e mais especialmente ao Estado, não violar medidas materiais e normativas já consolidadas, em prol da progressiva concretização do direito fundamental à moradia, sob pena de fraudar justas expectativas nele depositadas pela população, e, dessa forma, incidindo, ainda que por censurável omissão, em grave comportamento inconstitucional.

Pela dimensão positiva, cumpre ao Estado fazer a vontade da Constituição, procurando dar a máxima eficácia e efetividade à norma constitucional, ou quando não possa alcançar o máximo, ao menos com a garantia do mínimo existencial, em nome da dignidade humana, da segurança jurídica e social, mediante a implementação de políticas públicas, normativamente e/ou materialmente, com o fito de desincumbir-se de sua missão constitucional, qual seja, a de propiciar a todos, em especial às classes menos favorecidas, habitação digna.

²³⁴ VIANA, Rui Geraldo Camargo. O direito à moradia. In *Revista de Direito Privado*, ano 1, n. 2, abr.-jun.2000, p. 11.

Sob o prisma normativo, e por se tratar de um direito social à prestação, cabe ao Estado-legislador a edição de normas jurídicas para plena eficácia da Constituição, de forma a concretizar o acesso de todos à moradia digna, com a mínima possibilidade de conforto e bem-estar. Nesse contexto o legislador ordinário, em sintonia com o regramento constitucional, editou as Leis 10.188/2001, 10.257/2001 e 8.009/1990. Pelo primeiro diploma legal foi criado o Programa de Arrendamento Residencial, com opção de compra de imóvel habitacional. Já o segundo tratou de regulamentar os artigos 182 e 183 da Constituição, ao passo que estabeleceu as diretrizes gerais da política urbana. A última norma legal trata da impenhorabilidade do bem de família, como forma de proteger o local de residência da entidade familiar contra dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária, ou de qualquer outra natureza.

Materialmente, cabe ao Estado, na visão de Sérgio Sérulo da Cunha, promover a satisfação do direito à moradia, mediante atuação judiciária e administrativa, sob a forma de confisco de glebas de terras onde se localizem culturais ilegais para serem destinadas ao assentamento de colonos (artigo 243 da C.F.). Também, pela distribuição de terras públicas para atender interesses sociais; pela desapropriação; por meio de financiamentos, e demais políticas e programas habitacionais²³⁵.

O certo é que, seja sob o prisma formal ou material, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, corroborando a condição de direito fundamental, por maioria de votos, ainda que, na ocasião, chancelasse a penhora de bem de família, contudo, destacou a importância do direito à moradia, qualificando-o como “*direito subjetivo público*”, enquanto espaço existencial da pessoa humana, e concluindo, ao final, por um autêntico direito fundamental para a promoção da dignidade humana.²³⁶

Assim, constituindo-se a moradia um direito fundamental público subjetivo, e considerando-se a auto-aplicabilidade dos regramentos protetivos, ditados pela Constituição, aliado um comando advindo das normas infraconstitucionais, cabe ao Estado, por intermédio do Poder Judiciário, intervir para garantir a eficácia e efetividade da Constituição, como forma de o Poder Público desincumbir-se de sua

²³⁵ CUNHA, Sérgio Sérulo da. *Direito à moradia*. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n. 127, jul.-set.1995, p. 52.

²³⁶ RE 407.688-8/SP, Rel. Ministro César Peluso, decisão proferida em 08 de fevereiro de 2006.

missão constitucional, qual seja, a de propiciar a todos, especialmente às classes mais desfavorecidas de recursos, políticas sociais voltadas para a aquisição da moradia (*status positivus socialis*), assim como proteger o direito à moradia negativamente, contra a interferência despropositada e desrazoada do Estado, no sentido de evitar o esvaziamento do conteúdo existencial desse direito (*status negativus socialis*).

Ainda no âmbito da denominada dimensão negativa, pode ser aplicado os ensinamentos de Robert Alexy, para quem os direitos dos cidadãos, contra as ações estaduais, abrange três grupos: o primeiro consiste em “*direitos a que o Estado não impeça ou não dificulte determinadas ações do titular do direito*”. Seria o caso, no presente estudo, de qualquer medida aplicada pelo Estado que resultasse em impossibilitar ou deter o acesso do cidadão ao direito à moradia, caso em que caberia intervenção judicial, pelas vias mandamental ou ordinária, para impedir o embaraço estatal, ao passo que garantir, pelo menos, o mínimo existencial desse direito²³⁷.

O segundo grupo de direitos a ações negativas, segundo o entendimento de Alexy, é constituído pelos direitos a que o Estado “*não afete determinadas características e situações do titular do direito*”, ou seja, que o Estado não afete determinados bens jurídicos. Tal é o exemplo apresentado pelo próprio autor, da “*inviolabilidade do domicílio*”. Um terceiro e último grupo é constituído pela “*não eliminação de posições jurídicas*”. A eliminação ocorre, segundo Alexy, quando o Estado edita norma de forma a suprimir, abolir um determinado direito do cidadão. Assim, essa forma de proteção negativa (*status negativus*) objetiva a que o “*Estado não derogue determinadas normas*”²³⁸.

Evidente que o terceiro grupo tem equivalência, ainda que não expressamente declarado pelo próprio Alexy, com o princípio da proibição de retrocesso social, posto que, a partir do momento em que o Estado cumpre, positivamente, as tarefas normativas e materiais, para concretizar a norma constitucional, no sentido de garantir o acesso de todos à moradia digna, tal realização passa a constituir uma garantia institucional, um direito subjetivo,

²³⁷ ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos Fundamentais*. Traduzido por Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008. p.196.

²³⁸ Idem, pp. 199 e 201.

limitando a reversibilidade desse direito, como forma de proteger o cidadão de um mínimo vital, indispensável para uma existência digna, ficando, dessa forma, o cidadão, com o direito subjetivo à não-eliminação, pelo Estado, dessas posições jurídicas.

Com efeito, a partir da emanção de uma lei requerida pela Constituição, como são os casos das Leis 10.188/2001 e 10.257/2001, para realizar o direito fundamental à moradia, fica interdito ao legislador ordinário e/ou constitucional revogar essas leis, repondo o estado legislativo inicial, ou seja, sem aporte legislativo regulamentar do direito constitucional à moradia, posto que a instituição, serviço ou ação, relativos ao direito à moradia, por ela criados, passa a ter a sua existência constitucionalmente garantida.

Além dos dois casos acima, das leis que guardam relação com o direito à moradia, Eliane Maria Barreiros Aina lembra que a revogação de um ato normativo concretizador de um direito fundamental constitui-se em ato materialmente inconstitucional, uma vez que desvia os caminhos traçados pela Constituição. Desse modo, se o legislador ordinário revogar, pura e simplesmente a norma que trata da impenhorabilidade do bem de família, Lei 8.009/90, “*sem atender ao princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, ou seja, contrariando os ditames de justiça social, haveria de ser materialmente inconstitucional, e, portanto, inválida.*”²³⁹

Portanto, ao ser criado, pelo legislador ordinário, um programa habitacional, advindo diretamente da Constituição, em cumprimento a uma tarefa constitucionalmente exigida ao Estado, portanto necessária para realizar o direito fundamental à moradia, nenhuma norma pode abolir tal política, sem que outra a substitua ou mantenha tal programa, posto que este passou a ser um dado adquirido no patrimônio do direito à moradia.

²³⁹ AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002, p. 122.

2.13 Proteção de Retrocesso e o duplo viés do Princípio da Proporcionalidade

Preliminarmente, a origem do princípio da proporcionalidade, segundo o magistério de Suzana de Toledo Barros “foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração.”²⁴⁰ Com esse ensinamento podemos extrair que a gênese desse princípio está ligada aos direitos fundamentais de primeira geração, ou seja, da necessidade do homem buscar a sua liberdade natural frente ao Estado absolutista.

Dessarte, o princípio da proporcionalidade deita raízes no jusnaturalismo, na lei natural, congruente com o bem e contra o mal. Liga-se umbilicalmente ao Estado de Direito, no sentido de pôr freio, limitar o poder de polícia autoritário, desmedido, ilimitado dos soberanos para um Estado com poderes limitados de seus governantes. Mais tarde adquiriu um sentido das pessoas individualmente fazerem frente ao direito da coletividade. É um princípio calcado sob o signo da soberania popular, da legalidade, da ordem, do compartilhamento coletivo.

Portanto, em sua aplicação clássica e tradicional, no domínio do direito público, inicia-se no campo do direito administrativo para fazer frente ao Poder de Polícia imposto às liberdades industrial e comercial. Atualmente vem sendo aplicado, para controlar a atuação do legislador, na defesa dos direitos fundamentais, como forma de dar-se proteção ao núcleo essencial dos direitos fundamentais.²⁴¹

Do princípio da proporcionalidade a doutrina aponta a existência de três subprincípios: a) da pertinência ou aptidão ou adequação; b) da necessidade; e c) da proporcionalidade *stricto sensu*.

O subprincípio da pertinência, ou aptidão, ou adequação, ou da idoneidade, ou da correspondência de meios a fins, significa que a providência, o meio, a medida legiferante deve se revelar a mais adequada, a mais apropriada possível para o atingimento do resultado pretendido.

²⁴⁰ BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed. Brasília: Brasília Jurídica. p.37.

²⁴¹ Idem, pp. 49 e 56.

Pelo subprincípio da necessidade, a medida restritiva empregada há de se limitar ao grau indispensável, mínimo existencial, ao menos nocivo, ao mais suave para a consecução do fim almejado, ou seja, de dois males, o menor possível.

Pelo terceiro subprincípio, da proporcionalidade em sentido estrito, ou da racionalidade, o meio ou meios restritivos empregados devem considerar os interesses em jogo, nem mais, nem menos. Daí porque, se a medida se revelar excessiva, não se moldando a uma proporção harmônica, simétrica, será, pois, inconstitucional. Da mesma forma, se mostrar por demais restritiva, a ponto de atingir o seu núcleo essencial, e com isso abolir o próprio direito, também incidirá em inconstitucionalidade por omissão.

Portanto, a proporcionalidade em sentido estrito busca analisar as possibilidades jurídicas, considerando os resultados advindos de sua utilização²⁴². Procura resolver a questão de forma equânime na distribuição dos ônus sobre os direitos em questão, mediante a ponderação entre os valores disputados. Para aclarar o subprincípio da proporcionalidade estrito, convém fazer registro do relato de uma decisão proferida pelo Tribunal Constitucional Alemão, muito bem ilustrada por Suzana de Toledo Barros²⁴³:

Entretanto, a estrutura do princípio da proporcionalidade não deve apontar apenas para um garantismo negativo, no seu sentido clássico, de concepção liberal, de proteção da liberdade, contra os excessos do Estado, mas, também, para um garantismo positivo, no sentido de proteção dos direitos fundamentais, no qual, se

²⁴² BARROS, Suzana Toledo. Op. Cit., pp. 85-86.

²⁴³ BARROS, Suzana Toledo. Op. Cit., pp. 86-87: "A questão levada ao Tribunal estava relacionada com o prazo para interrupção da gravidez. Segundo o dispositivo legal examinado, esta interrupção não seria punível, em determinadas situações elencadas, 'durante as 12 primeiras semanas seguintes à concepção'. A Corte Constitucional declarou a incompatibilidade desta disposição com o art. 2º, 2, primeira parte, da Lei Fundamental, que garante o direito à vida e à integridade física, entendendo que a norma de direito fundamental também se destina à proteção da vida da mãe. A decisão ocorreu em três etapas. Na primeira, foi reconhecida 'uma situação de tensão entre a proteção da vida do nascituro e a liberdade da mãe'. Depois de haver comprovado a colisão entre direitos de igual hierarquia (D1 e D2), o Tribunal, sopesando vários argumentos, estabeleceu uma *precedência genética* de D1 sobre D2, no sentido de que a vida do feto, em princípio, desfruta da prevalência sobre a liberdade da mulher de dispor sobre si mesma e que o Estado também tem obrigação de proteger a vida em formação frente ao direito da mãe. Essa precedência genética, foi, entretanto, ponderada em uma derradeira etapa, na qual se concluiu que, em face de circunstâncias especiais, principalmente quando existe perigo de vida para a mulher ou quando a gravidez resulta de crime, não se poderia exigir da afetada suportar esta gravidez, independentemente do estágio de desenvolvimento do feto. Em homenagem ao princípio da proporcionalidade entre meios e fins, o tribunal julgou o prazo de 120 dias atentatório à esfera de direitos da mãe"

estará em face do que a doutrina alemã passou a denominar de “proibição de proteção deficiente” (*untermassverbot*)²⁴⁴.

Acolhe-se, assim, o princípio da proporcionalidade sob o seu duplo viés, de proteção negativa ou da proteção de excesso (*übermassverbot*), bem como a da proteção positiva ou proteção deficiente (*untermassverbot*). Assim, o subprincípio da proteção de deficiente envolve um fazer que se consubstancia numa demanda positiva, seja de natureza normativa, seja de natureza material, tendente a uma realização adequada e eficaz dos direitos fundamentais insertos na Constituição. Mas envolve também um não fazer, no sentido de abstenção do Estado em atentar contra a realização dos direitos fundamentais sociais, seja por atos materiais, seja por atos legislativos.

Para entender melhor a ideia da proibição da proteção deficiente busca-se acolher os ensinamentos de Canotilho e Vital Moreira, extraídos da obra de Mário De Conto sobre o Princípio da Proibição de Retrocesso Social, que busca construir uma teoria de constituição adequada ao modelo brasileiro, “*verbis*”

“a maior parte dos chamados direitos sociais possui, além da sua característica completamente positiva, também uma componente negativa, que se traduz num direito à abstenção do Estado (ou de terceiros). Assim, por exemplo, o direito ao trabalho não consiste apenas na obrigação do Estado de criar ou de contribuir para criar postos de trabalho, antes implica também a obrigação de o Estado se abster de impedir ou limitar o acesso dos cidadãos ao trabalho (liberdade de acesso ao trabalho); o direito à saúde não impõe ao Estado apenas o dever de actuar para constituir o Serviço Nacional de Saúde e realizar as prestações de saúde, antes impõe igualmente que se abstenha de actuar de modo a prejudicar a saúde dos cidadãos. Os exemplos poderiam multiplicar-se. Ora, é só na componente positiva – que, aliás, é a mais característica e aquela que ressalta do enunciado constitucional – que os direitos sociais têm natureza e regime distintos dos ‘direitos, liberdades e garantias.’”²⁴⁵

Com efeito, a tarefa conferida aos agentes do Estado acerca da proteção conferida aos direitos sociais prestacionais, como a saúde, o direito ao trabalho, à educação fundamental, dentre outros, é tarefa dos administradores e de forma precípua dos legisladores. Entretanto, como bem ficou assentado pelo *Bundesverfassungsgericht* na discussão do acórdão BVerfGE 88, 203, é também

²⁴⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004. p. 254.

²⁴⁵ *Apud* CONTO, Mario De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. pp. 84-85.

verdade que o legislador deverá observar a proibição de proteção deficiente, sendo que, sob tais circunstâncias, estará ele sujeito ao controle judicial de constitucionalidade, uma vez que 'as prescrições que o legislador expede devem ser suficientes a uma adequada e efetiva proteção, devendo estar fundamentadas em cuidadosas investigações e em avaliações plausíveis'²⁴⁶

Desse modo, importa ao Estado promover políticas sociais, de modo a otimizar a norma constitucional, segundo as possibilidades jurídicas, para que sejam supridas as demandas materiais e normativas tendentes à plena realização dos direitos fundamentais sociais, sobretudo nos países periféricos, ou em países de modernidade tardia, ainda com grande índice de absenteísmo de políticas sociais, como é o caso de nosso país, cuja Constituição é compromissória e dirigente com a modernidade, com a dignidade humana, com a cidadania, com a erradicação da pobreza e da marginalização.

Além disso, importa consignar, que o nosso país, está constituído em Estado Democrático de Direito, o que exige a ampliação do sentido do princípio da proporcionalidade para abranger o garantismo não somente no sentido negativo, quando o Estado deve se abster de impedir ou limitar o acesso das pessoas aos direitos sociais, a ponto de atingir o núcleo essencial dos mesmos, mas, também, como garantismo positivo, por meio do Estado, de modo a assegurar a todas as pessoas a máxima efetividade dos direitos prestacionais sociais.

Portanto, a vinculação do princípio da proibição de retrocesso social, com o princípio da proporcionalidade mostra-se mais claramente na necessidade de proteção, contra a liberdade do legislador, do núcleo essencial dos direitos fundamentais sociais, por inspiração no artigo 18 da Lei Fundamental de Bonn, embora esta trate da proteção dos direitos, liberdades e garantias, e não dos direitos sociais, econômicos e culturais, mas que pode ser adaptado para o nosso sistema, em razão da clara e insofismável redação dos dispositivos que tratam dos direitos fundamentais em nossa Lei Maior, que não faz nenhuma diferenciação entre esses direitos.

²⁴⁶ STRECK, Op. Cit., p. 269.

Capítulo 3 A Proibição de Retrocesso Social nos Tribunais Brasileiros

3.1 No Supremo Tribunal Federal

Na jurisprudência nacional o princípio do não retrocesso ainda se apresenta de forma acanhada, talvez por ser relativamente recente no cenário jurídico e não exprimir uma inclinação neoliberal, apropriada para um mercado global, que sofre influência da “lex mercatoria”, com predominância nos países centrais, principalmente de origem anglo-saxão, onde os direitos sociais prestacionais são conquistados mais pela vertente procedimentalista, e recebem um tratamento secundário daquele conferido aos chamados direitos de defesa.

De qualquer forma, no Supremo Tribunal Federal o princípio do não retrocesso já foi suscitado, através do Recurso de Agravo Regimental, interposto contra a decisão que deu provimento ao Recurso Extraordinário nº 410.715-5-SP, sendo Relator o Ministro Celso de Mello, em que a parte agravante sustentou, dentre outras razões recursais; que a oferta de creche e pré-escola para criança de até seis anos de idade não poderia ser tributada somente à municipalidade; que a limitação de recursos públicos, frente a enorme demanda de crianças carentes, vem se tornando um obstáculo para a ampliação do atendimento em educação infantil; e que os deferimentos de medidas liminares, obrigando as matrículas de crianças em instituições de ensino configuram uma indevida ingerência do Poder Judiciário nos poderes discricionários da Administração Pública, diga-se Poder Executivo, com violação ao artigo 2º da Lei Fundamental, que trata da independência e harmonia entre os Poderes da República.

Em decisão unânime, os Ministros da Suprema Corte de Justiça, nos termos do voto do Relator, negaram provimento ao Recurso de Agravo Regimental, sob o argumento de que o direito à educação representa uma prerrogativa constitucional deferida a todos, notadamente às crianças, sendo um direito social qualificado como um dos mais expressivos, cabendo ao Estado se desincumbir da sua obrigação constitucional, com a criação de condições objetivas, de modo a propiciar aos seus titulares o acesso ao sistema educacional.

Assinalou, na oportunidade, o eminente Ministro-Relator, Celso de Mello, o fato de a Lei Maior ter conferido um nítido programa a ser implementado, por meio de políticas sociais públicas, em particular, para o atendimento de crianças em creche e na pré-escola, artigo 208, IV, C.F., o que encerra a necessidade de ser conferida efetiva concretização a esse direito fundamental, e cuja não-realização qualifica-se como uma censurável situação de inconstitucionalidade por omissão.

Salientou, de outro modo, Celso de Mello, que considerando a dimensão política da jurisdição outorgada pela Constituição ao Supremo Tribunal, tal Corte não poderia demitir-se do encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais, e que, do contrário, restariam comprometidas a integridade e a eficácia da própria Constituição, por violação negativa, motivada pela inércia governamental no adimplemento de prestações positivas impostas pela Lei Maior ao Poder Público.

Advertiu, outrossim, o Relator, não caber primariamente ao Judiciário, a formulação e a implementação de políticas públicas, posto que tais encargos competem aos Poderes Legislativo e Executivo, embora excepcionalmente possa se atribuir tal mister ao Poder Judiciário “se” e “quando” os órgãos estatais competentes se descumprirem dos seus encargos político-jurídicos, vindo a comprometer, com tal desídia, a eficácia e a integridade dos direitos individuais, como sucede no caso dos direitos sociais, em especial com o direito à educação infantil.

Não ignorou, no entanto, o significativo relevo ao tema pertinente à ‘reserva do possível’, posto que a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais dependem, em grande medida, de um vínculo financeiro, mas que tal obstáculo não poderia ser motivo suficiente para o Poder Público impedir, mais que isso, fraudar, inviabilizar o estabelecimento e a preservação, em favor das crianças, das condições materiais mínimas, necessárias ao cumprimento das suas obrigações constitucionais.

Enfatizou, finalmente, Celso de Mello, que tratando-se a educação infantil de um típico direito de prestação positiva, tendo por fundamento regra fundamental, sua densidade normativa não permite que em torno da sua efetiva realização o Poder Público disponha de um amplo poder de discricionariedade que enseje maior liberdade de conformação e, por conseqüência, na nulificação dessa prerrogativa fundamental.

Desse modo, arrematou o ilustre Relator, dado o caráter de fundamentalidade de que se acha impregnado o direito à educação, tal fato autoriza o Poder Judiciário a dar provimentos jurisdicionais para viabilizar a concreção da norma constitucional, a adotar medidas que se destinem a tornar efetiva essa Lei Fundamental, posto que a ineficiência, a incapacidade governamental de gerir recursos públicos, aliada à falta de visão política na percepção do enorme significado social de que se revestem os direitos básicos do cidadão, notadamente sobre o tema de educação infantil, não pode e nem deve representar um obstáculo ao adimplemento da vontade da norma inscrita no artigo 208, em especial, seu inciso IV, da Constituição da República, sob pena de representar grave vulneração a um direito fundamental da cidadania, e por que não dizer, do princípio da dignidade da pessoa humana, que decorre do princípio do Estado de Direito.

Num outro julgado proferido pelo Supremo Tribunal Federal, desta feita na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 2.065-0-DF, proposta pelos Partidos PDT e PT, foi requerida a impugnação do artigo 17 da Medida Provisória nº 1.911-9/99 (reeditada pela última vez sob o nº 1.999-15, de 12.02.2000), que revogava os artigos 6º, 7º, 77 e 84 da Lei 8.212/91 e os artigos 7º e 8º da Lei nº 8.213/91, culminando na extinção do Conselho Superior da Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais da Previdência Social.

Sustentavam os requerentes, que a Medida Provisória estaria violando o princípio da proibição de retrocesso social, na medida em, com a revogação de dispositivos de normas concretizadoras do artigo 194, Parágrafo único, inciso VII da Constituição, demarcador do caráter democrático e descentralizado da administração da seguridade social, estaria simplesmente coarctando um mandamento constitucional, na medida em que estaria sendo retirado do ordenamento jurídico dispositivo infraconstitucional garantidor da descentralização administrativa da seguridade social. Também arguíram a violação ao artigo 62 da Lei Maior, porque ausentes os pressupostos de relevância e urgência para a adoção de medidas provisórias.

Em decisão apertada, por maioria de votos, o Supremo Tribunal Federal, vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence (Relator), Marco Aurélio, Néri da Silveira e o Presidente Ministro Carlos Velloso, muito embora não tenha conhecido da ação

direta, contudo, alguns de seus pares, teceram elogios às observações do Ministro Sepúlveda Pertence, notadamente na parte introdutória de seu voto, que tratava da teoria do não retrocesso social, ainda que o Tribunal tenha entendido que o caso em si não comportava a aplicação dessa teoria, justamente por não guardar correspondência ao fato, posto que o ato de extinção de tais órgãos era de natureza concreta e secundária, que não regulava diretamente dispositivos constitucionais, retirando a possibilidade de ação direta de inconstitucionalidade.

O certo é que, dada a importância para o nosso estudo, cabe reproduzir parte do voto do Relator, Sepúlveda Pertence, que ao tratar do princípio da proibição de retrocesso, consignou a admissibilidade da ação de inconstitucionalidade de lei simplesmente derogatória de lei anterior necessária à eficácia plena de norma constitucional, aduzindo que:

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

Vale enfatizar a esclarecer o ponto.

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

Explica-se. A tese sustentada por Sepúlveda Pertence pode ser entendida da seguinte maneira: que a revogação, pura e simples, pelo artigo 17, da M.P. nº 1.911-9/99, dos artigos 6º, 7º, 77 e 84 da Lei 8.212/91 e os artigos 7º e 8º da Lei nº 8.213/91, culminando na extinção do Conselho Nacional da Seguridade Social e dos Conselhos Estaduais e Municipais da Previdência Social, representava a revogação da legislação anterior necessária para tornar plenamente eficaz a norma constitucional, levando, por consequência, ao retorno de um vazio normativo.

Noutro interessante caso, o S.T.F. tratou de apreciar a Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.540-MC, Relator Ministro Celso de Mello, ajuizada pelo

Procurador-Geral da República, que objetivava o reconhecimento da inconstitucionalidade do artigo 1º da Medida Provisória nº 2.166-67, na parte que alterava o art. 4º, *caput* e §§ 1º a 7º, da Lei 4.771/65 (Código Florestal).

O Chefe do Ministério Público da União, ao deduzir a pretensão de inconstitucionalidade, sustentava que a referida Medida Provisória teria ofendido a norma inscrita no art. 225, da Constituição Federal, que protege o meio ambiente ecologicamente equilibrado, causando, dessa forma, um retrocesso legislativo ambiental.

Concluiu o relator, em seu voto, para a existência de uma tensão entre valores constitucionais relevantes: de um lado, a preservação do meio ambiente, implicando valores básicos da pessoa humana e as sucessivas gerações, art. 170, VI, c/c o art. 225, todos da C.F., e, num outro pólo, o imperativo do desenvolvimento nacional, art. 3º, II, C.F., tornando essencial reconhecer a superação desse antagonismo, mediante a ponderação concreta, em cada caso concorrente, dos interesses e direitos postos em situação de conflito.

Muito embora, o caso em apreço tivesse envolvido direito que habitualmente se enquadra de terceira dimensão, direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, e o S.T.F., por maioria, não tenha referendado a decisão que deferira o pedido de medida cautelar, restaurando, em plenitude, a eficácia e a aplicabilidade da medida provisória, contudo, não se pode negar a correlação desse julgado com a temática do presente trabalho, uma vez que estava sob a análise, pela Suprema Corte, a revogação de parte significativa da Lei 4.771/65, Código Florestal, que regulamenta o artigo 225 da Constituição, pela Medida Provisória nº 2.166-67, o que poderia representar um verdadeiro retrocesso ambiental, afrontando diretamente dispositivo da Constituição, da mesma forma como ocorre com os direitos fundamentais sociais, ou de segunda geração.

Ainda no Supremo Tribunal Federal, o princípio da proibição de retrocesso voltou a ser mencionado, por ocasião do julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.105-8/DF, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público (CONAMP), que, dentre outros argumentos, questionou a validade jurídico-constitucional do artigo 4º da E.C. nº 41/2003, no

ponto em que estabeleceu a incidência da contribuição previdenciária sobre os servidores inativos e pensionistas.

As principais razões consubstanciadoras da pretensão de inconstitucionalidade, sustentada pela parte requerente (CONAMP), foi no sentido de que o servidor público aposentado ou que já reúna os requisitos para tal, tem direito adquirido de ter a sua aposentadoria regida pelas regras vigentes à época em ocorreu a aposentadoria.

Outro argumento do CONAM pautou-se no fato de que, ao desprestigiar direito adquirido incorporado no patrimônio jurídico dos servidores públicos inativos e dos que eventualmente poderiam se aposentar, o artigo 4º da E.C. nº 41, de 2003, desprestigiou a garantia individual do direito adquirido, e, conseqüentemente, afrontou a cláusula pétrea, inscrita no inciso IV, do § 4º, do artigo 60 da Constituição, incidindo em inconstitucionalidade.

Já o Relator do acórdão, o Ministro César Peluso, em seu voto que foi determinante para o Supremo decidir pela constitucionalidade da contribuição de inativos e pensionistas, sustentou, entre outras questões que:

“Instituiu-se aí contribuição previdenciária, pertencente à classe das contribuições para a seguridade social, que, seria bom insistir, têm *natureza tributária* incontroversa, não obstante submissas a particular regime jurídico-constitucional. (...) Como tributos, que são, não há como nem por onde opor-lhes, no caso, a garantia constitucional outorgada ao '*direito adquirido*' (art. 5º, XXXVI), para fundar pretensão de se eximir ao pagamento devido por incidência da norma sobre fatos posteriores ao início de sua vigência”.

Já o Ministro Carlos Britto, apresentou fundamento diverso do Ministro Cezar Peluso, ao defender a inconstitucionalidade do artigo 4º da Emenda Constitucional 41/2003, quando propugnou pela aplicação do instituto do direito adquirido, uma vez que os aposentados e os que reuniam condições de se aposentar até 19 de dezembro de 2003, data da referida emenda à Constituição, tinham direito já incorporado aos seus patrimônios jurídicos, de não pagarem contribuição previdenciária. Também invocou o princípio da solidariedade, no sentido da seguridade social resultar de uma ação conjunta da sociedade e do Estado, em benefício dos aposentados e pensionistas. Para concluir, sintetizou o seguinte:

“De tudo quanto foi exposto, é de se concluir que os proventos da aposentadoria e eventuais pensões, se constituem em direito subjetivo do servidor público ou seu dependente, quando for o caso, desde que

preenchidos os requisitos constitucionais. Noutros termos, a partir do momento que o servidor público passa a preencher as condições de gozo do benefício, na não poderá, por efeito de nenhum ato da ordem legislativa (art. 59), ser compelido a contribuir para o sistema previdenciário: nem por determinação legal, nem por imposição de Emenda Constitucional”.

Por sua vez, o Ministro Celso de Mello, que votou pela inconstitucionalidade da referida Emenda Constitucional, acompanhado pelos Ministros Carlos Britto, Marco Aurélio e Ellen Gracie, combateu o poder de reforma constitucional, por parte do poder constituinte de segundo grau, limitado e subordinado, ou ainda meramente derivado. Portanto, sujeito a condicionamentos normativos traçados pelo legislador constituinte originário, como são os casos da intangibilidade do direito adquirido, e pela limitação imposta pelo artigo 60, § 4º, IV, da Carta Política, que lhe restringe de maneira significativa o seu exercício, não só quanto ao seu alcance, mais ainda concernente ao conteúdo e forma de manifestação.

Para além dessas considerações, também o Ministro Celso de Mello, ao expor a questão do parâmetro de controle constitucional, apto a justificar a decretação de inconstitucionalidade, invocou o princípio da proibição de retrocesso, ao argumento de que, uma vez alcançado determinado nível de concretização de um determinado direito, no caso o direito adquirido dos inativos e pensionistas, de não serem taxados com a contribuição previdenciária, impede que sejam desconstituídas as conquistas já alcançadas pelo cidadão.

Em síntese, salientou o Ministro Celso de Mello, acerca do envolvimento da questão com o princípio da proibição de retrocesso social:

“Na realidade, a cláusula que proíbe o retrocesso em matéria social traduz, no processo de sua concretização, verdadeira dimensão negativa pertinente aos direitos sociais de natureza prestacional, impedindo, em conseqüência, que os níveis de concretização dessas prerrogativas, uma vez atingidos, venham a ser reduzidos ou suprimidos, exceto nas hipóteses – de todo incorrente na espécie – em que políticas compensatórias venham a ser implementadas pelas instâncias governamentais”

Para concluir, verificou-se, por esse julgado, que apesar da Corte Maior de Justiça ter atribuído uma natureza tributária à contribuição previdenciária dos aposentados e pensionistas, contudo, a decisão, como vista, não foi unânime. Na verdade tratava-se de questão bastante controversa, em razão dos interesses do Estado em manter o equilíbrio das contas públicas, aliada à questão da saúde financeira da previdência social, que se encontra bastante precária, e, na via oposta, os interesses dos aposentados e pensionistas, que tentavam manter o direito

adquirido ao não pagamento da referida contribuição, arrimados em fortes princípios, como da segurança jurídica, da proteção da confiança e da proibição de retrocesso social.

3.2 No Tribunal Regional Federal da 2ª Região

No âmbito da Justiça Federal, desta feita no Tribunal Regional Federal, da Segunda Região, o princípio da proibição de retrocesso foi mencionado, quando da apreciação da Apelação Cível 2001.51.01.025096-9, interposta contra sentença proferida na ação de procedimento ordinário, que tinha por objeto, em síntese, a declaração de inconstitucionalidade da Lei 9732/98, de forma a eximir a parte autora (sociedade civil sem fins lucrativos) do recolhimento da Contribuição Previdenciária, mantendo-se a “isenção” prevista no art. 195, §7º, da Constituição Federal, cuja redação é a seguinte: “*Art. 195, §7º: São isentas de contribuição para a seguridade social as entidades beneficentes de assistência social que atendam as exigências estabelecidas em lei.*”

A sentença de primeira instância julgou o pedido procedente, em parte, para o réu se abster de exigir, no exame dos requisitos para o reconhecimento da imunidade constitucional da parte autora, o atendimento ao disposto no art. 1º, da Lei 9732/98, notadamente na parte em que estabelece a exigência de prestação de assistência gratuita, e em caráter exclusivo, a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência.

A parte apelante, Instituto Nacional do Seguro Social interpôs apelação, aduzindo, em síntese, que a norma impugnada não tocava materialmente a imunidade insculpida nos artigos 150, VI e 195, § 7º, da Constituição Federal, que apenas disciplinava a forma de atuação das entidades beneficentes, impondo-lhes deveres relativos ao seu funcionamento e constituição, a exemplo da disciplina estabelecida pelos dispositivos que a antecederam.

Entendeu mais o TRF, que a questão vertente cingia-se na possibilidade de uma lei ordinária revogar ou restringir uma não incidência constitucionalmente

qualificada, uma vez que o constituinte originário limitou o poder de tributar dos entes federativos por meio da não-incidência de contribuições sociais sobre determinados fatos geradores, criando direitos subjetivos aos destinatários do mencionado comando constitucional.

Também salientou, que a previsão contida no art. 195, §7º, da Constituição Federal, configura hipótese de norma de eficácia contida, que tem a normatividade necessária a sua imediata aplicação, podendo, contudo, ser condicionada por lei, qual seja, a Lei 9732/98, que pelo seu artigo 55, inciso III determinou o seguinte: *“III-promova, gratuitamente e em caráter exclusivo, a assistência social beneficente a pessoas carentes, em especial a crianças, adolescentes, idosos e portadores de deficiência.”*

Também a Lei 9732/98, que estabelece, no seu artigo. 4º, que as entidades sem fins lucrativos educacionais que não atendam, de forma exclusiva e gratuita, à pessoas carentes, gozariam da referida imunidade na proporção do valor das vagas cedidas, integral e genuinamente, para hipossuficientes.

Ocorre que, para o TRF, as limitações constitucionais ao poder de tributar, por força do art. 146, II, da Constituição Federal, devem ser regulamentadas por lei complementar, e não por lei ordinária. Ademais, ainda que a Lei 9732/98 tivesse natureza jurídica de lei complementar, padeceria de vício de inconstitucionalidade material, já que restringia imunidade conferida pelo constituinte originário.

Ainda fundamentou o Tribunal, que em razão do princípio da proibição do retrocesso, somente cabe ser lícito ao legislador regulamentar o art. 195, § 7º, da Constituição Federal, para estabelecer condições que venham a conferir uma maior efetividade à imunidade em questão, e não para esvaziar seu conteúdo normativo.

Também entendeu o Tribunal, que a absoluta gratuidade das atividades das entidades filantrópicas não era, e nem poderia ser, requisito essencial à fruição do benefício em tela, a uma porque não está contido na Constituição, e a duas porque a lei complementar (art. 14, do Código Tributário Nacional) a ele não alude.

Além disso, esclareceu o TRF que as alterações perpetradas pela Lei 9732/98 no art. 55, da Lei 8212/91 tiveram sua eficácia suspensa em liminar concedida pelo STF, na ADIn 2208-5, referendada pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

Pelo exposto, o TRF decidiu serem ilegítimas as restrições previstas na Lei 9732/98, tendo a parte autora direito a continuar imune ao pagamento da contribuição para a seguridade social, enquanto ostentar a qualidade de entidade beneficente de assistência social, nos termos da redação anterior do art. 55, da Lei 8212/91, que limita-se a repetir o previsto no art. 14, do Código Tributário Nacional, norma com eficácia passiva de lei complementar, e, assim, negando provimento ao recurso do Instituto Nacional do Seguro Social.

3.3 No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo

Na esfera estadual, desta feita, no Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação Cível nº 097.863.0/2-00, proposta pelo Ministério Público contra o Município de Presidente Prudente-S.P., visando o oferecimento de transporte escolar gratuito para estudantes carentes, consoante a seguinte ementa, “in verbis”:

“Ação Civil Pública visando o oferecimento de transporte escolar gratuito a alunos cadastrados no Centro de Controle Operacional – Serviço previsto na CF, em lei federal e na LOM que vinha sendo executado regularmente, mas que foi restringido por Decretos – Possibilidade jurídica do pedido – Exame do mérito fundado no art. 515, § 3º, do CPC – Reconhecimento da obrigação e do direito adquirido coletivo e da aplicação do princípio do não retrocesso social – Apelo provido para julgar-se a ação procedente, rejeitada a preliminar.”

Por esse julgado, entendeu o tribunal paulista caber ao poder público municipal propiciar transporte aos estudantes, em conformidade com o Estatuto da Criança e do Adolescente e com a própria Lei Orgânica Municipal (LOM), do Município de Presidente Prudente-SP, cumprindo ao Poder Judiciário conceder a tutela útil e efetiva para impor as determinações legais, de modo a possibilitar o afastamento dos obstáculos criados à garantia dos direitos subjetivos elencados na Lei Fundamental, sem que isso pudesse representar ingerência no poder discricionário da municipalidade.

Ressaltou, ainda, o Tribunal de São Paulo, que o agente público pode definir a maneira como deve ser cumprido o direito social expresso na Constituição, mas não pode se furtar de fazê-lo, a pretexto de se tratar de norma de caráter programático, não passível de exigibilidade junto ao Poder Judiciário, muito mais

quando a obrigação imposta pela Lei Maior já vinha sendo cumprida, no caso a execução regular do transporte, se caracterizando, assim, por um direito adquirido coletivo, cabendo, no caso de ab-rogação da legislação cumpridora do preceito fundamental, a aplicação do princípio de não retrocesso social para que a comunidade de estudantes possam continuar a usufruir do direito social à educação na sua plenitude, na sua completude, de maneira efetiva e eficaz.

Consoante se pode verificar no presente julgado, a obrigação imposta ao Estado, pela Constituição, para possibilitar à comunidade estudantil o direito à educação, também inclui programas suplementares como o transporte escolar. Nesse caso, a administração municipal não poderia suprimir por legislação municipal, o meio de transporte existente, uma vez que tal ato poderia representar a supressão do direito do aluno acessar a escola, inviabilizando o próprio direito à educação, e assim, infringindo preceito constitucional.

3.4 No Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul

Ainda na esfera da jurisprudência estadual, o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul tratou de apreciar a Apelação Cível nº 70004480182-2002, interposta pela Fundação Universidade de Passo Fundo-Rio Grande do Sul, contra decisão que julgou procedente a ação ordinária movida por particular, para que a justiça determinasse o desconto da mensalidade, na referida Universidade, com base no artigo 24, do Decreto-Lei 3.200/41, que concedia o benefício para as famílias de prole numerosa, para o caso, de um segundo filho.

A sustentação do apelante foi no sentido de que o Decreto-Lei 3.200/41 não alcançava o ensino superior; que o artigo 24 da norma supra não mais se encontrava vigente, por ser incompatível com os princípios consagrados pela Lei Fundamental de 1988, devendo, pois, ser declarado inconstitucional. Portanto, a discussão rondava em torno da constitucionalidade ou não do artigo 24, que estabelece, “*verbis*:

“Art. 24. As taxas de matrícula, de exame e quaisquer outras relativas ao ensino, nos estabelecimentos de educação secundária, normal e

profissional, oficiais ou fiscalizados, e bem assim quaisquer impostos federais que recaiam em atos da vida escolar discente, nesses estabelecimentos, serão cobrados com as seguintes reduções, para as famílias com mais de um filho: para o segundo filho, redução de vinte por cento; para o terceiro, de quarenta por cento; para o quarto o seguintes, de sessenta por cento”.

A Quinta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul ao proceder análise do pleito, manteve a sentença de primeiro grau, trazendo à colação o acórdão proferido no julgamento da Apelação Cível nº 598193845, que restou assim ementado:

“CÍVEL E CONSTITUCIONAL. ENSINO PARTICULAR. DESCONTO DA MENSALIDADE. SEGUNDO FILHO. APLICAÇÃO AO ENSINO UNIVERSITÁRIO.

1. O art. 24 do DL 3.200/41 foi concebido para beneficiar famílias de prole numerosa, garantindo o acesso de todos ao ensino. Repasse do custo às mensalidades (art. 205 da C.F.). Aplicação do texto ao ensino universitário (arts. 208, V, e 209, I, da C.F.).

2. O dispositivo em questão nada mais é do que uma conquista social da época e que não foi revogado ou derogado pela legislação ou Constituições supervenientes, pois nenhuma destas normas mostra-se incompatível ou regula inteiramente a matéria que tratava a lei anterior (art. 2º da LICC). Manteve-se íntegro no tempo, obediente ao princípio da proibição de retrocesso social defendido por J. J. Canotilho.

Apelo improvido.”

Dessa forma, o Relator na Apelação Cível nº 70004480182, em análise, Desembargador Marco Aurélio dos Santos Caminha, adotou, na íntegra, pela semelhança dos julgamentos, o mesmo entendimento proferido na Apelação Cível 598193845, cujo Relator foi o eminente Desembargador Carlos Alberto Bencke, ao argumento de que o sistema educacional, dada a sua importância para a cidadania e para o desenvolvimento da nação, deve ser amparado pelo Estado e incentivado pela família, com a colaboração da sociedade, no que significa inserir, nesse contexto, a iniciativa privada, no caso, a Fundação Universidade de Passo Fundo, em perfeita sintonia com o artigo 205 da atual Constituição.

Além do mais, asseverou o ilustrado Relator, que o artigo 24 do Decreto-Lei 3.200/41 denotava abrangência na sua concepção, para permitir o acesso a outros níveis de ensino, inclusive o universitário, bem assim, que tal dispositivo nada mais significava que uma conquista social, que por isso mesmo não foi revogado, no todo ou em parte, pelos Decretos-Leis 4.244/42, 6.141/43 e 8.530/46 e pelas Leis 8.170/91 e 9.394/96 ou Constituições que vieram posteriormente a sucedê-los, pois

nenhuma dessas normas mostravam-se incompatível ao regramento constitucional, ou regulava inteiramente a matéria que tratava a lei anterior, mantendo-se obediente ao princípio da proibição de não retrocesso social.

Conclusão

No presente trabalho, procurou-se contribuir para o estudo dos direitos fundamentais sociais, quando se fez uma conexão com a teoria do não retrocesso social, sem, contudo, ter a pretensão de esgotar o assunto, em virtude do qual se procurou demonstrar o paradoxo entre a nossa realidade sócio-econômica e cultural frente ao modelo de Estado Democrático e Social de Direito, adotado pelo legislador constituinte brasileiro, que reserva todo um catálogo para os direitos sociais, artigos 6º ao 11º, além de uma variada gama de direitos a prestações, fora do catálogo dos direitos fundamentais, a exemplo do direito à educação, artigos 205 e seguintes, e do direito à saúde, artigos 196 e seguintes.

Em razão disso, se afirmou que a Constituição estabeleceu um sistema formal e materialmente aberto de direitos fundamentais, não obstante o grande déficit social, requerendo por parte dos poderes constituídos, a concretização desses direitos, como forma de agregar a vontade soberana do povo com a vontade normativa da Constituição. Nessa linha, se pode compendiar as principais proposições que sintetizam a concepção sobre a temática:

1. Que os direitos fundamentais adotam uma perspectiva objetiva, no sentido do Poder Público atuar positivamente para a coletividade, criando as condições materiais e institucionais, para a plena realização desses direitos. Portanto, no sentido de concretizar a norma constitucional, seja com a edição de atos legislativos, seja com a edição de atos administrativos, para a realização da vontade da Constituição.

2. Também restou consignado que os direitos sociais se qualificam como direitos subjetivos, importando recordar a posição jurídica conferida ao indivíduo frente ao Estado, no sentido do seu titular poder exigir desse ente uma ação prestacional positiva, ou "*facere*", quer seja de ordem normativa, quer seja de ordem material para a eficácia e efetividade dos direitos fundamentais sociais; mas também na determinação ao Estado, de se abster de atentar contra a realização das normas

de direitos constitucionais sociais, como forma de evitar a abolição de tais direitos, fazendo a situação social retorne a um “*status quo ante*”.

3. De outro modo, ficou registrado a fundamentalidade formal e material dos direitos sociais, econômicos e culturais, pelo fato dos mesmos estarem agasalhados no Capítulo II, do Título II, da Constituição, considerando também aqueles dispersos no texto constitucional, como é o caso do direito à saúde e à educação, moradia, portanto fora do catálogo dos arts. 6º ao 11º, a teor do § 2º do artigo 5º da Constituição, bem como pelo fato de tais direitos terem aplicabilidade direta e imediata, segundo o disposto no artigo 5º, § 1º da Constituição.

4. Por outro lado, também se verificou a importância da teoria da justiça de Rawls, para a questão do antagonismo entre a igualdade e a liberdade, como também pelo seu envolvimento nas questões atinentes às desigualdades sociais no seio do capitalismo tardio, principalmente nos países periféricos. Nesse sentido, procurou-se demonstrar a importância dada por Rawls para a educação das crianças, como instrumento da cidadania, para a formação do caráter, e pelo fato de prepará-las para serem membros plenamente cooperativos da sociedade e permitir que provejam seu próprio sustento; enfim, pelo fato de estimular as virtudes políticas para poderem honrar os termos equitativos da cooperação social.

5. Também, ficou patente, em virtude de seu caráter principiológico, que as normas de direitos fundamentais sociais não são absolutas, nem ilimitadas, podendo sofrer limitações externas, desde que atendam os princípios expressos na própria Constituição, e seja observado o parâmetro da proporcionalidade, de modo a ser respeitado o núcleo essencial dos direitos fundamentais econômicos, sociais e culturais.

6. Com respeito à temática da proibição de retrocesso, sustentou-se a tese de um princípio implícito, decorrente do princípio da democracia econômica e social, no sentido de vincular positivamente o administrador e o legislador, para adoção das medidas necessárias para a efetiva realização progressiva dos preceitos constitucionais, bem como para impedir a supressão, pura e simples, sem medida substitutiva, das normas necessárias à concretização dos direitos fundamentais sociais; encontra-se também ligado a um quadro de insegurança social pós-moderna, gerado, sobretudo, pelo advento da globalização e pelo Direito

Comunitário, que dá prevalência a um direito supranacional, em detrimento do ordenamento jurídico nacional.

7. Também se averbou que a sua existência parece ser ainda incipiente no Direito Brasileiro, embora a sua discussão no direito comparado já se encontre bastante difundida, pois países de larga tradição no direito, como são os casos da Alemanha, Portugal e Itália, têm voltado suas atenções para o tema, ainda que de forma incongruente.

8. Nesse prisma se enfocou que em solo alemão, muito embora a Lei Fundamental não contemple expressamente uma proibição de retrocesso, contudo, tanto a doutrina quanto a jurisprudência do Tribunal Constitucional Alemão chancelam a proteção de institutos como o direito adquirido e das expectativas de direitos, que afinal refletem uma compreensão ampla da proibição de retrocesso. Da mesma forma que têm utilizados o direito social da propriedade para alcançar também a proteção de posições jurídico-subjetivas, no âmbito da seguridade social.

9. No âmbito do constitucionalismo português foi salientado que o surgimento do princípio do não retrocesso deveu-se em grande medida a contribuição de José Joaquim Gomes Canotilho, prócere do Direito Constitucional daquele país, que procurou demonstrar que os direitos sociais e econômicos, uma vez obtido um determinado grau de realização, passam a constituir, simultaneamente, uma garantia institucional e um direito subjetivo, ficando interdito ao legislador infraconstitucional revogar tais direitos, sob pena de incidir em inconstitucionalidade por omissão.

10. Esse entendimento doutrinário encontrou guarida no seio do Tribunal Constitucional de Portugal, através do Acórdão nº 39/84, Processo nº 6/83, tendo o seu Relator, Conselheiro Vital Moreira, concluído que após ter emanado uma lei requerida pela Constituição, para realizar um direito fundamental, não pode o legislador ordinário revogar essa lei repondo o estado de coisas anterior.

11. Pertinente ao Brasil se avaliou que parcela da doutrina entende, a partir do próprio direito constitucional brasileiro, que a proibição de retrocesso se vincula aos princípios da dignidade humana; do Estado Democrático e Social de Direito; da segurança jurídica; da proteção da confiança do cidadão, e da eficácia das normas de direitos fundamentais.

12. No que tange ao princípio da eficácia das normas de direitos fundamentais, foi dito que os direitos sociais são autênticos direitos fundamentais e não simplesmente normas programáticas. Portanto, com eficácia plena e aplicação imediata, a teor do disposto no artigo 5º, § 1º, C.F., cabendo aos órgãos estatais darem a máxima eficácia a tais direitos, e uma vez tornada eficaz e efetiva tais normas, por meio de legislação infraconstitucional, fica interdito ao legislador revogar pura e simplesmente as mesmas, sem política substitutiva, em face da proibição de medidas de caráter retrocessivo.

13. Ficou ainda evidenciada a possibilidade da adequação da tese do dirigismo constitucional, imprimido por Canotilho, com uma sistematização própria e adequada à realidade brasileira, no sentido de vincular o legislador infraconstitucional para dar concretização às normas de direitos fundamentais sociais, econômicos e culturais. Seja com a edição de normas, pelo Legislativo, seja ainda pela atuação do Poder Executivo, para a realização material dos programas, das metas criadas por leis ou pela própria Constituição, ficando tais normativas insusceptíveis de supressão ou modificação arbitrária ou desproporcional, sob pena de incorrer em inconstitucionalidade por omissão.

14. Mostrou-se, por outro lado, que a discussão envolvendo a aceitação ou rejeição do Poder Judiciário, no controle dos atos administrativos e legislativos, traz consigo o embate, no plano da teoria do Direito, entre as doutrinas do substancialismo e do procedimentalismo. Esta última combate a politização do Judiciário; não aceita que a Constituição compartilhe valores, mas apenas procedimentalize a formação democrática das opiniões. Já o substancialismo prega um constitucionalismo dirigente, focado num agir estatal, que os tribunais constitucionais adotem uma postura de assegurar, concretizar, dar normatividade à Constituição, procurando pôr em prática o verdadeiro sentido de Estado Democrático Social de Direito.

15. O modelo substancialista remete à ideia de judicialização da política, trazendo a lume a ideia de dignidade humana, para garantir direitos fundamentais vitais ao ser humano; para propiciar a inclusão de minorias isoladas e sem voz, excluídas do processo político. Por isso, a corrente substancialista põe em evidência a vontade geral. Trabalha com a ideia de que a Constituição estabelece o agir

político-estatal, a partir da ideia de contrato-social, tomada aqui no sentido de Constituinte.

16. Tomou-se posição por uma postura mais ativa do Judiciário, no sentido de determinar a implementação de medidas adequadas para garantir a efetividade dos direitos sociais, econômicos e culturais; que deixe de ter uma postura neutra, de distanciamento da realidade social, para assumir uma postura dinâmica, de co-responsabilidade prospectiva das políticas sociais públicas; que, enfim, seja reinventado para que abandone os instrumentos da lógica formal-dedutiva para assumir uma posição de interprete criativo da norma, utilizando os argumentos da economia, da sociologia, da moral, da ética e da história, e sem que a intervenção, na órbita dos demais poderes, os tornem legisladores.

17. Também se buscou analisar, mais profundamente, os direitos sociais da educação, saúde e moradia, quando ficou patente que, pelo fato dos mesmos serem autênticos direitos fundamentais, geram para todas as pessoas direitos subjetivos públicos, e, por conta disso, são justicializáveis, de modo a que todos possam auferir, pelo menos, um mínimo vital, em nome da dignidade humana.

18. Nessa trilha, ficou assentado haver retrocesso social, qualquer política legislativa que importe na abolição, pura e simples, da legislação concretizadora de direito fundamental social, imposta ao Estado, pela Constituição, de modo a afetar o seu mínimo essencial, pois, considerando que as normas de direitos sociais são preceptivas, o Poder Público tem a obrigação de progressivamente e permanentemente concretizá-las. Portanto, acarreta a inconstitucionalidade por omissão, toda medida legislativa infraconstitucional tendente a retroceder na concretização normativa e material da Constituição.

19. Ficou ainda consignado, no entrelaçamento entre os direitos fundamentais da educação, saúde e moradia, com o princípio do não retrocesso social, a obrigação imposta pela Constituição aos Poderes públicos, no sentido destes concretizarem positivamente, material e normativamente, tais direitos, para propiciarem a todas as pessoas a oportunidade de acesso e permanência na escola, aos serviços de saúde, bem como às políticas habitacionais, para que todos possam auferir educação, saúde e moradia com um mínimo de dignidade.

20. Restou, igualmente, esclarecida, a vinculação dos poderes públicos numa perspectiva negativa, impondo ao Estado o dever de se abster de editar atos legislativos e administrativos contrários às normas de direitos fundamentais, de modo a que possam abolir, materialmente ou legislativamente, sem qualquer compensação, as normas concretizadoras de direito fundamental social.

21. Finalmente, se acentuou que um dos instrumentos postos à disposição do Poder Judiciário para a defesa das normas de direito fundamental social é o princípio da proporcionalidade, que pode se apresentar sob o seu duplo viés, de proteção negativa ou da proteção de excesso (*übermassverbot*), bem como a da proteção positiva ou proteção deficiente (*untermassverbot*)., importando para nosso estudo o seu viés deficiente, porquanto objetiva proteger que a medida estatal possa afetar o núcleo vital do direito fundamental social, de modo a tornar impossível a sua realização. Assim, a proporcionalidade deficiente age da mesma forma que a proibição de retrocesso, na defesa do conteúdo da norma de direito social fundamental.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Luiz Eduardo de Lacerda. *Qual o sentido de rawls para nós?* *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, v. 43, n. 172, out./dez. 2006.

AGUIAR, Roberto A. R. de. *Os filhos da flecha do tempo: pertinência e rupturas*. Brasília: Letraviva, 2000.

AINA, Eliane Maria Barreiros. *O fiador e o direito à moradia*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2002.

ALEXY, Robert. *Colisão de direitos fundamentais e realização de direitos fundamentais no estado de direito democrático*. Trad. Luís Afonso Heck. In *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, n.217, jul./set.1999.

_____. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. Trad. Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 3ª ed. Coimbra: Edições Almedina, 2004.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios*. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008.

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

BARROS, Suzana Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. 3ª ed., Brasília, Brasília Jurídica.

BARROSO, Luis Roberto. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 8ª Ed. Rio de Janeiro, Renovar, 2006.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

_____. *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo*. Trad. Marco Aurélio Nogueira. 2ª ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1986.

BOÉTIE, Étienne De La. *Discurso sobre a servidão voluntária*. Trad. J. Cretella Jr e Agnes Cretella. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2003.

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

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 2001.

BORNHOLDT, Rodrigo Meyer. *Métodos para resolução do conflito entre direitos fundamentais*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Do estado liberal ao estado social*. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

BRASIL. Ministério da Educação. *Manual do analfabetismo*. Disponível em: <http://www.inep.gov.br>. Acesso em: 17 mai. 2009.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra, Almedina, 2003.

_____. *Rever ou romper com a constituição dirigente? defesa de um constitucionalismo moralmente reflexivo*. Revista dos Tribunais, Instituto Brasileiro de Direito Constitucional, Ano 4, n. 15, abr.-jun., 1996.

_____. *Estudos sobre direitos fundamentais*. 1ª ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes legisladores?*. Trad. Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1993.

CONTO, Mario De. *O princípio da proibição do retrocesso social: uma análise a partir dos pressupostos da hermenêutica filosófica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

COULANGES, Fustel de. *A cidade antiga*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, Livro Terceiro, XVIII. 2003

COUTINHO, Jacinto Nelson Miranda (Org.). *Canotilho e a constituição dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2005.

CUNHA, Sérgio Sérvulo da. *Direito à moradia*. In *Revista de Informação Legislativa*, ano 32, n. 127, jul.-set.1995.

CURY, Ieda Tatiana. *Direito fundamental à saúde*. Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005.

DÁVILA, Jerry. *Diploma de brancura*. Trad. Cláudia Sant'Ana Martins. São Paulo: Fundação Editora da UNESP, 2006.

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

DIMOULIS, Dimitri; Martins, Leonardo. *Teoria geral dos direitos fundamentais*. São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2007.

DINIZ, Maria Helena. *Norma constitucional e seus efeitos*. 7ª. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O império do direito*. Trad. Jefferson Luiz Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. *Direitos humanos fundamentais*. São Paulo: Saraiva, 2006.

FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. *Direito fundamental à saúde*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

FREITAS, Luiz Fernando Calil de. *Direitos fundamentais: limites e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

_____. *Curso de direito constitucional*. 26. ed., São Paulo: Saraiva, 1999.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na constituição de 1988*. São Paulo, Malheiros, 1997.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. I, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

_____. *Direito e democracia: entre facticidade e validade*. v. II, Trad. Flávio Beno Siebeneichler, Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HAMILTON (Alexander), MADISON (James), JAY (John). Trad. Hiltomar Martins Oliveira. *O federalista*. Belo Horizonte: Editora Líder, 2003.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. *Princípios da filosofia do direito*. Trad. Norberto de Paula Lima, adaptação e notas Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 1997.

HESSE, Konrad. *A força normativa da constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1991.

HOBBS, Thomas. *Leviatã*. Trad. Alex Martins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.

KANT, Immanuel. *Doutrina do direito*. Trad. Edson Bini, 3ª ed., São Paulo: Ícone, 1993.

_____. *Crítica da razão pura*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Editora Martin Claret, 2006.

KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. Trad. João Baptista Machado. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Teoria geral do direito e do estado*. Trad. Luís Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

KREL, Andréas J. *Direitos sociais e controle judicial no Brasil e na Alemanha: os (des)caminhos de um direito constitucional "comparado"*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

LEAL, Roger Stiefelmann. *Direitos sociais e a vulgarização da noção de direitos fundamentais*. Disponível em: <http://www.ufrgs.br/ppgd/doutrina/leal2.htm>. Acesso em: 29 mar. 2009.

LEITE, Flamarion Tavares. *Manual de filosofia geral e jurídica: das origens a kant*. Rio de Janeiro, Editora Forense, 2006.

LIMA, Maria Cristina de Brito. *A educação como direito fundamental*. Rio de Janeiro, Editora Lúmen Júris, 2003.

LOCKE, John. *Segundo tratado sobre o governo*. Trad. Alex Marins. São Paulo: Martin Claret, 2005.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Poder constituinte reformador: limites e possibilidades da revisão constitucional brasileira*. São Paulo: RT, 1993.

MALISKA, Augusto Marcos. *O direito à educação e a constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2001.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Os direitos individuais e suas limitações: breves reflexões*. In: MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; GONET BRANCO, Paulo Gustavo. *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasília: Brasília Jurídica, 2003.

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

MILANEZ, Daniela. *O direito à saúde: uma análise comparativa da intervenção judicial*. *Revista de Direito Administrativo*, v. 237, jul.-set. 2004.

MIRANDA, Jorge. *Manual de direito constitucional*. vol. IV, 3ª ed., Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MONTESQUIEU. *Do espírito das leis*. Trad. Jean Melville. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

MOREIRA, Vital. *O futuro da constituição*. In: GRAU, Eros Roberto e FILHO, Willis Santiago Guerra (Orgs.). *Direito constitucional: estudos em homenagem a Paulo Bonavides*. São Paulo: Malheiros, 2003.

MÜLLER, Friedrich. *O novo paradigma do direito*. Trad. Dimitri Dimoulis, Gilberto Bercovici, Peter Naumann, Rodrigo Mito dos Santos, Rossana Ingrid Jansen dos Santos, Tito Livio Cruz Romão, Vivianne Geraldine Ferreira. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Teoria estruturante do direito*. Trad. Peter Naumann, Eurides Avance de Souza. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

MUNIZ, Regina Maria Fonseca. *O direito à educação*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

NEVES, A. Castanheira. *Metodologia jurídica: problemas fundamentais*. Coimbra: Editora Coimbra, 1993.

OLIVEIRA, Euclides Benedito de. *Direito à saúde: garantia e proteção pelo poder judiciário*. Revista de Direito Sanitário, v. 2, n. 3, nov. 2001.

OLSEN, Ana Carolina Lopes. *Direitos fundamentais sociais*. Curitiba: Juruá Editora, 2008.

PIAGET, Jean. *Para onde vai a educação?* Trad. Ivette Braga, 18ª ed., Rio de Janeiro: José Olympio Editora, 2007.

PIOVESAN, Flávia. *Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos no Brasil: desafios e perspectivas*. Revista de Direito do Estado (RDE). Ano 1, n. 2, abr.-jun. 2006.

QUEIROZ, Cristina. *O princípio da não reversibilidade dos direitos fundamentais sociais*. Coimbra: Editora Coimbra, 2006.

RAWLS, John. *Justiça como equidade: uma reformulação*. Trad. Claudia Berliner. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

_____. *Uma teoria da justiça*. Trad. Almiro Pissetta, Lenita Maria Rimoli Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *Justiça e democracia*. Trad. Irene A. Paternot. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

_____. *O liberalismo político*. Trad. Dinah de Abreu Azevedo. São Paulo: Editora Ática, 2000.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. *Do contrato social*. Trad. Pietro Nasseti. São Paulo: Editora Martin Claret, 2004.

SANTOS, Boaventura de Souza. *Introdução a uma ciência pós moderna*. 4ª ed., Rio de Janeiro: Graal, 1989.

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

_____. *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais na constituição federal de 1988*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

_____. *O estado social de direito, a proibição de retrocesso e a garantia fundamental da propriedade*. In *Revista Diálogo Jurídico*. Salvador, Ano I, n.4, jul.2001.

_____. *Os direitos fundamentais sociais na constituição de 1988*. In *Revista de Direito do Consumidor*, n. 30, abr.-jun.1999.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. Trad. Laura Teixeira Motta. São Paulo: Companhia das Letras, 2000.

SCHWARTS, Germano. *Direito à saúde: efetivação em uma perspectiva sistêmica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SERPA, José Hermílio Ribeiro. *A política, o estado, a constituição e os direitos fundamentais*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 2002.

SILVA, Gustavo Just da Costa e. *Os limites da Reforma Constitucional*. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 22^a ed., São Paulo, Malheiros, 2003.

_____. *Aplicabilidade das normas constitucionais*. São Paulo: Malheiros, 2008.

SLAIBI, Maria Cristina Barros Gutiérrez. *Direito fundamental à saúde. tutela de urgência*. *Revista Forense*, vol. 373, maio-jun. 2004.

SMITH, Adam. *A riqueza das nações*. vol. 1, livro 1, Trad. Alexandre Amaral Rodrigues, Eunice Ostrensky. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 21 e vol. 2, livro 5, São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 990-995.

STRECK, Lenio Luiz. *Da proibição de excesso à proibição de proteção deficiente: de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais*. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, v. 1, n. 2, Porto Alegre, 2004.

_____. *Jurisdição constitucional e hermenêutica: uma nova crítica do direito*. 2^a ed., Rio de Janeiro: Forense, 2004.

TOCQUEVILLE, Alexis de. *A democracia na América*. Belo Horizonte: Editora Itatiaia, 1998.

VARELLA, Marcelo D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

VIANA, Rui Geraldo Camargo. *O direito à moradia*. In *Revista de Direito Privado*, ano 1, n. 2, abr.-jun.2000.

VIEHWEG, Theodor. *Tópica e jurisprudência*. Trad. Prof. Kelly Susane Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008.