

A EFICÁCIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS SOCIAIS

SUMÁRIO

Introdução;

1. Direitos sociais a prestações;
 2. Constitucionalização dos direitos sociais: a situação na Alemanha, em Portugal e no Brasil;
 3. A eficácia normativa da Constituição;
 4. Reserva do possível;
 5. Eficácia mínima e núcleo essencial;
 6. Proibição do retrocesso;
- Conclusão.

Introdução

As relações entre o Estado e o Direito vêm evoluindo em função das concepções filosóficas dominantes em cada período, das teorias políticas, do estágio do desenvolvimento econômico dos povos e dos fatos históricos mais marcantes.

Importa ter em consideração uma situação inicial de antagonismo entre o Estado e a sociedade civil, em que se procurava vislumbrar a simples possibilidade de limitação dos poderes do Estado para resguardar certas esferas especialmente importantes, como a liberdade e a propriedade, tornando-as só passíveis de ingerência mediante consentimento (não propriamente do povo, mas de uma classe privilegiada que, entretanto, não consubstanciava o próprio Estado e que passava a com ele polarizar em face dos seus próprios interesses principalmente econômicos), com o que se tem a origem da noção de reserva legal. Foi sendo paulatinamente trabalhado, então, o princípio da legalidade, resultando no que se passou a denominar de Estado Legal, numa submissão do Estado ao Direito que, entretanto, apresentava uma face predominantemente formal, na medida em que a lei acabava por servir ao próprio poder político, resultando, pois, não raramente, em absolutismo.

Mesmo com o constitucionalismo, durante muito tempo ainda se viu as supostas garantias contra o Estado reduzidas a uma concepção formal de adstrição a documentos que, em verdade, eram passíveis de disposição pelo próprio poder político sem qualquer possibilidade de controle por parte da sociedade. Apenas quando se passou a obter a promulgação de constituições consagrando a separação dos poderes e formulando a enunciação de direitos fundamentais e se pôde afirmar o seu caráter normativo através do controle de constitucionalidade é que se teve o amadurecimento da supremacia do Direito.

Também o conteúdo da relação entre o Estado e o indivíduo/sociedade civil muito se alterou ao longo da história, principalmente no último quarto do segundo milênio. De uma realidade em que o Estado se confundia com a pessoa do soberano e que se colocava em situação de contraposição aos súditos, numa relação de sujeição, passou-se a acreditar que o

poder do soberano só se justificava em favor da sociedade e, mais recentemente, que provinha da própria sociedade e, finalmente, que o poder provém do povo, deve ser exercido pelo povo e para o povo.

As novas concepções acabaram por gerar uma situação bastante diversa em que não se pode mais falar em oposição entre Estado e sociedade civil, na medida em que o Estado é um instrumento da sociedade para a sua auto-organização e desenvolvimento na direção dos valores mais relevantes por ela eleitos. O princípio democrático, assim, acaba por aproximar o Estado da sociedade civil, destacando conceitos como o de participação e o de cidadania.

Este Estado que serve à sociedade passa a ser objeto de demandas que em muito extrapolam a simples garantia da incolumidade da esfera privada dos indivíduos. Em face da elevação de valores como o da igualdade, da solidariedade, da dignidade da pessoa humana, passa-se a atribuir ao Estado o papel de atuar positivamente no sentido da realização de tais ideais através de prestações positivas consistentes, e.g., na promoção da educação, da saúde, da habitação, da previdência.

Sequer há vinculação de tal situação com o comunitarismo; mesmo os liberais igualitaristas passam a dar sustentação a tal atuação estatal entendendo-a indispensável à garantia de igualdade de condições materiais mínimas para um ponto de partida capaz de assegurar a efetiva liberdade que, de outra forma, seria meramente formal.

Assim, seja como direitos novos decorrentes de ideais reforçados por sentimentos de solidariedade ou mesmo como instrumentos para o próprio gozo efetivo de direitos de primeira geração, certo é que se passa a ter o estabelecimento de direitos a prestações positivas perante o Estado.

Não se teria maiores dificuldades jurídicas se a legislação efetivamente dispusesse no sentido da garantia dos direitos sociais, impondo ao Estado as iniciativas necessárias e se houvesse condições para o seu cumprimento. De fato, forte no princípio democrático e contando-se com a aprovação de leis enunciando direitos sociais a serem prestados pelo Estado, leis estas supostamente em consonância com as leis orçamentárias, caberia ao Poder Judiciário, tão-somente, na hipótese de alguém se sentir lesado e demonstrar seu direito, cumprir a função jurisdicional reconhecendo-o e condenando o Estado à prestação devida conforme a lei que, assim, teria sua autoridade afirmada.

Surgem, porém, problemas jurídicos de difícil equacionamento quando a enunciação dos direitos sociais consta de forma genérica diretamente no texto constitucional e não há produção legislativa regulamentando a forma e a extensão da respectiva ação do Estado ou legislação existente é revogada total ou parcialmente.

O questionamento acerca de qual eficácia reconhecer aos dispositivos constitucionais, que depende de como conceber os direitos sociais e de como tratá-los em face do princípio democrático e da separação dos poderes, dentre outros princípios e postulados, resta, ainda, agravado quando se está diante do descumprimento, pelo Estado, das suas obrigações de cunho social, por falta de meios para tanto. Coloca-se, então, também o problema

econômico que constitui o próprio objeto da Economia: recursos escassos X aplicações alternativas.

O presente trabalho visa, justamente, a dar resposta a tais inquietações, atentando para a consagração dos direitos sociais no nosso texto constitucional como direitos fundamentais de eficácia imediata. (1)

1. Direitos sociais a prestações

O foco do presente estudo são os chamados direitos sociais a prestações, como a educação, a saúde, o trabalho e a previdência social.

Conforme já destacado, surgem eles na perspectiva de um Estado Social, ou seja, de uma Estado comprometido não apenas com a preservação das liberdades mas também com a promoção da igualdade, o que pressupõe sua atuação para a garantia das condições mínimas indispensáveis à própria dignidade da pessoa humana. (2)

Veja-se a lição de INGO WOLFGANG SARLET: "... enquanto os direitos de defesa se identificam por sua natureza preponderantemente negativa, tendo por objeto abstenções do Estado, no sentido de proteger o indivíduo contra ingerências na sua autonomia pessoal, os direitos sociais prestacionais têm por objeto conduta positiva do Estado (ou particulares destinatários da norma), consistente numa prestação de natureza fática. Enquanto a função precípua dos direitos de defesa é a de limitar o poder estatal, os direitos sociais (como direitos a prestações) reclamam uma crescente posição ativa do Estado na esfera econômica e social. Diversamente dos direitos de defesa, mediante os quais se cuida de preservar e proteger determinada posição (conservação de uma situação existente), os direitos sociais de natureza positiva (prestacional) pressupõem seja criada ou colocada à disposição a prestação que constitui seu objeto, já que objetivam a realização da igualdade..." (3)

É justamente o fato de os direitos sociais exigirem, via de regra, uma atuação positiva do Estado, de cunho prestacional, o que mais os distingue dos direitos fundamentais de liberdade ou de defesa. Isso porque se faz necessário: a) regulamentar por lei a prestação e o gozo de tais direitos na sua extensão, forma e requisitos, o que pressupõe opções políticas; b) destinar recursos para o custeio da atuação do Estado em tais áreas, o que pressupõe sua viabilidade econômica e financeira; c) contar com a eficiência da Administração na execução dos respectivos programas, o que pressupõe a priorização da área social.

2. Constitucionalização dos direitos sociais: a situação na Alemanha, em Portugal e no Brasil

No século XX, verificou-se a incorporação de direitos sociais nos textos constitucionais. A Constituição alemã de Weimar, de 1919, é apontada como uma das primeiras a estampar os chamados direitos de segunda geração. (4)

Embora se configure como uma tendência a afirmação do caráter social do Estado nas Constituições ocidentais surgidas neste último século e a garantia expressa de direitos dessa ordem, não há uniformidade quanto a tal ponto. Aliás, pode-se, até mesmo, vislumbrar idas e vindas, tal como o retrocesso ocorrido na Alemanha, na medida em que a Constituição de 1949 abdicou do trato da matéria.

Cabe-nos ter em conta as diversas situações e analisar a relevância da posição jurídica conferida aos direitos sociais no Brasil.

O art. 20, 1, da Lei Fundamental alemã, de 1949, proclama que a República Federal da Alemanha é um Estado federal, democrático e social (5). Não traz, contudo, um elenco de direitos sociais; e não o traz deliberadamente.

ANDREAS J. KRELL esclarece a evolução histórica da constitucionalização dos direitos sociais na Alemanha: "*A Lei Fundamental da República Federal da Alemanha (de 1949) não incorporou nenhum ordenamento sistemático dos direitos sociais da segunda geração (dos trabalhadores, educação, saúde, assistência, etc.), fato que se deve às más experiências com a Carta anterior de Weimar. Essa Constituição de 1919 é tida, no mundo inteiro, como uma das primeiras Cartas que incorporaram os direitos sociais a prestações estatais no seu texto. No entanto, para a doutrina constitucional alemã pós-guerra, ela serve como modelo de uma Carta fracassada que, inclusive, contribuiu para a radicalização da política desse país nos anos 20 e a tomada do poder pelos nazistas em 1933. (...) Os modernos artigos da Carta de Weimar sobre direitos sociais foram ridicularizados por parte dos integrantes da extrema-direita e esquerda política, como promessas vazias do Estado burguês e contos de lenda. Como consequência, o legislador fundamental de 1949 renunciou deliberadamente à formulação de normas que conferem direitos subjetivos a prestações positivas por parte do Estado. Os direitos sociais, cuja eficácia sempre depende de vários fatores econômicos e políticos, ficaram de fora. A maioria dos autores alemães se dirige contra direitos fundamentais sociais na constituição, porque estes seriam, na sua maioria, não realizáveis na atualidade por parte do Estado... resultaria na perda da normatividade da Carta e da sua força de estabelecer valores.*" (6)

Também HESSE esclarece a situação dos direitos sociais na Alemanha: "*A Lei Fundamental restringe suas garantias jurídico-fundamentais no essencial aos direitos do homem clássicos, ao lado dos quais se colocam algumas garantias e regulações de princípios especiais... Em comparação com isso, ela renuncia aos direitos fundamentais sociais, como eles estão contidos em várias constituições estaduais. Garantias de tal índole como, por exemplo, o direito ao trabalho, a uma remuneração adequada ou o direito à habitação, são, todavia, de estrutura totalmente diferente como aquela dos direitos*

fundamentais clássicos. Eles não se deixam realizar já por eles serem organizados, respeitados e protegidos, senão pedem ações estatais para a realização do programa social contido neles, que requerem regularmente um tornar-se ativo não só do legislador, mas também da administração. De outra forma como nos direitos fundamentais clássicos, o Estado não tem não sem-mais os pressupostos do cumprimento desse programa nas mãos; a realização de direitos fundamentais sociais pode, além disso, conduzir, muitas vezes, a um prejuízo dos direitos de liberdade de outros. Semelhantes direitos não podem, por conseguinte, como isso é essencial para a concepção dos direitos fundamentais da Lei Fundamental, fundamentar pretensões do cidadão imediatas, que podem ser perseguidas judicialmente." (7)

Distinta é a situação em Portugal, cuja Constituição proclama direitos sociais, embora sem atribuir-lhes expressamente qualquer eficácia especial. Neste sentido, VIEIRA DE ANDRADE: *"Na Constituição portuguesa, as normas que prevêem os direitos (sociais) a prestações, contêm directivas para o legislador ou, talvez melhor, são normas impositivas de legislação, não conferindo aos seus titulares verdadeiros poderes de exigir, porque visam, em primeira linha, indicar ou impor ao Estado que tome medidas para uma maior satisfação ou realização concreta dos bens protegidos. (...) Contrariamente ao que acontece com os direitos, liberdades e garantias, o texto constitucional nada diz sobre a força jurídica dos preceitos relativos aos direitos económicos, sociais e culturais. A questão é, pois, deixada em aberto pela Constituição. (...) ... a Constituição de 1976 lhes não confere, em geral, a qualidade de direito imediatamente aplicável, mas sem excluir essa possibilidade, que deve considerar-se até imposta em certos aspectos, se tal resultar inequivocamente do respectivo modo de positivação." (8)*

No Brasil, tem-se não apenas a incorporação de direitos sociais à Constituição, no Título Dos Direitos e Garantias Fundamentais (e.g., art. 6º, com a redação da EC nº 26/2000: São direitos sociais 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 desamparados, na forma desta Constituição.), como a proclamação expressa de que as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata (Art. 5º, § 1º: As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata.).

KRELL destaca a importância de tais dispositivos: *"... os Direitos Fundamentais Sociais da Carta de 1988 exercem um importante papel, cumprindo, ao lado de sua função jurídico-normativa, uma função sugestiva, apelativa, educativa, acima de tudo, conscientizadora. Em muitos dispositivos parece haver uma exacerbação intencional do preceito normativo além do limite da sua exequibilidade racional possível a curto ou médio prazo. (...) ... a constituição deixa de servir somente como ordem jurídica de procedimento para o poder estatal, mas assume também a função de um documento para a integração da comunidade na formação de consciência política." (9)*

É absolutamente relevante o destaque conferido aos direitos sociais no diploma máximo do ordenamento jurídico brasileiro.

3. A eficácia normativa da Constituição

A constitucionalização dos direitos sociais assume relevância ímpar diante da afirmação do caráter normativo da Constituição, que faz com que esta condicione a validade da produção legislativa e pautar a interpretação e aplicação do ordenamento jurídico, podendo, inclusive, gerar pretensões individuais diretas e imediatas, em situações específicas, conforme adiante se verá.

Em 1788 e 1789, surgiram, nos Estados Unidos da América e em França, dois textos que contribuíram sobremaneira para a afirmação do caráter normativo da Constituição.

Refiro-me, inicialmente, ao Federalist Paper nº XXVIII, redigido por HAMILTON, em que defendeu: *"There is no position which depends on clearer principles than that every act of a delegated authority, contrary to the tenor of the commission under which it is exercised, is void. No legislative act, therefore, contrary to the Constitution, can be valid. To deny this would be to affirm that the deputy is greater than his principal; that the servant is above his master; that the representatives of the people are superior to the people themselves; that men acting by virtue of powers may do not only what their powers do not (sic) authorize, but what they forbid. (...) A constitution is, in fact, and must be regarded by the judges as, a fundamental law. It therefore belongs to them to ascertain its meaning as well as the meaning of any particular act proceeding from the legislative body. If there should happen to be an irreconcilable variance between the two, that which has the superior obligation and validity ought, of course, to be preferred; or, in other words, the Constitution ought to be preferred to the statute, the intention of the people to the intention of their agents."* (10)

Já no opúsculo intitulado "Qu' est-ce que le Tiers État?" - O que é o Terceiro Estado -, EMMANUEL JOSEPH SIEYÈS contribuiu para o embasamento teórico da Revolução Francesa estabelecendo a distinção entre poder constituinte e poder constituído, este de caráter limitado e subordinado: *"Em cada parte, a Constituição não é obra do poder constituído, mas do poder constituinte. Nenhuma espécie de poder delegado pode mudar nada nas condições de sua delegação. É neste sentido que as leis constitucionais são fundamentais."* (11)

Mas a quase totalidade das Constituições, durante muito tempo, foram consideradas como documentos de cunho meramente político, questões de poder e não de Direito e tal posição também encontrava sustentação teórica na literatura política.

Bastante significativa, neste sentido, foi a conferência proferida por FERDINAND LASSALE em Berlim, em 1863, quando distinguiu a Constituição escrita da constituição real, pronunciando-se pela relevância desta: *"Os problemas constitucionais não são problemas de direito, mas do poder; a verdadeira Constituição de um país somente tem por base os fatores reais e efetivos do poder que naquele país vigem e as constituições escritas não tem valor nem são duráveis a não ser que exprimam fielmente os fatores do poder que imperam na realidade social: eis aí os critérios fundamentais que devemos sempre lembrar."* (12)

KONRAD HESSE, quase um século depois, em 1959, ao proferir palestra na Universidade de Freiburg, e já à luz de uma nova consciência em torno das possibilidades e da função do

texto constitucional, combateu fortemente o pensamento de FERDINAND LASSALE. Rejeitou o trato da Constituição escrita como mero pedaço de papel (*ein Stück Papier*) incapaz de influir nas questões de poder e tão-somente a elas submetida, como entendia LASSALE. Ao contrário, HESSE defendeu a possibilidade de se afirmar, preservar e fortalecer a força normativa da Constituição, desde que presente, na consciência geral, um pressuposto fundamental: a vontade de Constituição. Eis a lição de HESSE: "... a Constituição converter-se-á em força ativa se fizerem-se presentes, na consciência geral particularmente, na consciência dos principais responsáveis pela ordem constitucional, não só a vontade de poder (*Wille zur Macht*), mas também a vontade de Constituição (*Wille zur Verfassung*). (...) Todos os interesses momentâneos ainda quando realizados não logram compensar o incalculável ganho resultante do comprovado respeito à Constituição, sobretudo naquelas situações em que a sua observância revela-se incômoda. Como anotado por Walter Burckhardt, aquilo que é identificado como vontade da Constituição `deve ser honestamente preservado, mesmo que, para isso, tenhamos de renunciar a alguns benefícios, ou até a algumas vantagens justas. Quem se mostra disposto a sacrificar um interesse em favor da preservação de um princípio constitucional, fortalece o respeito à Constituição e garante um bem da vida indispensável à essência do Estado, mormente ao Estado democrático'. Aquele, que, ao contrário, não se dispõe a esse sacrifício, `malbarata, pouco a pouco, um capital que significa muito mais do que todas as vantagens angariadas, e que, desperdiçado, não mais será recuperado.'" (13)

A par do embate teórico, cabe referir que o marco realmente fundamental na afirmação da força normativa da Constituição foi a introdução, pela Suprema Corte Americana, ainda em 1803, conduzida pelo Chief Justice MARSHALL, do *judicial review*, ou seja, da possibilidade do reconhecimento da inconstitucionalidades das leis com a força de retirá-lhes o suporte de validade.

Tal ocorreu quando do julgamento do caso *Marbury v. Madison*. Nele, restou afirmado o caráter normativo da Constituição, obrigando a todos, incluindo o próprio legislador e os juizes, sendo que estes, sob o juramento de fazer cumprir a Constituição, tem de aplicá-la, em detrimento da lei, quando entre seus textos houver conflito. (14)

Na Europa continental, embora tenha perdurado, durante muito tempo, a consideração da Constituição como Carta Política, com normas predominantemente programáticas, sem a possibilidade de controle de constitucionalidade das leis que não o prévio, pelo próprio Parlamento, também acabou se firmando o controle de constitucionalidade a partir do primeiro pós-guerra, sendo realizado, via de regra, pelos Tribunais Constitucionais, que não compõem o Judiciário. ENTERRIA sublinha esta tardia adesão da Europa continental ao controle de Constitucionalidade: "*Es sorprendente que esta concepción (que el juez MARSHALL declaró en su sentencia que era el principio que debía suponerse esencial en todas las Constituciones escritas, que una Ley que repugna a la Constitución es nula: 'the principle supposed to be essencial to all written constitutions, that a law repugnant to the constitution is void')* no penetrase en Europa, donde tanto influyó da Revolución americana. La explicación es sencilla. La idea de Constitución que manejan los revolucionarios franceses no es muy distinta de la que manejan los constituyentes norteamericanos, y así luce, por ejemplo, en el texto básico de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Pero esa doctrina de la Constitución como

fundamental law, como Derecho que puede exigir justificaciones a la legislación ordinaria y en cuanto superior a ésta hacer nula la que le sea contraria, va a perecer en Europa a raíz de la Restauración que subsigue a la aventura napoleónica, por los ataques concentrados de la derecha y de la izquierda. (...) La recepción en Europa de la doctrina americana del control judicial de las Leyes va a ser, por tanto, muy tardía, concretamente en la primera posguerra de este siglo, en 1919-1920, y va a ser la obra personal, como antes advertí, de un jurista genial, Hans Kelsen. Estructuralmente el sistema Kelseniano introduce un cambio básico, que es concretar la jurisdicción de control de constitucionalidad de las leyes en un solo Tribunal y no, como es el sistema americano genuino, en todos los Tribunales, si bien esta pluralidad de fuentes de decisión sobre la constitucionalidad de las leyes se ordene sobre el principio stare decisis, que vincula todos los Tribunales a la jurisprudencia de la Corte Suprema. La fórmula Kelseniana consagra así lo que se ha llamado un sistema de jurisdicción concentrada frente al sistema de jurisdicción difusa, propio del constitucionalismo americano." (15)

A afirmação da autoridade da Constituição pressupõe, realmente, a possibilidade de reconhecimento da inconstitucionalidade das leis que lhe são contrárias. Tal, atualmente, é corrente no mundo ocidental, variando apenas as formas de controle de constitucionalidade, se difuso, concentrado, ambos ou mesmo variações. Mas, embora importante tal aspecto, a chamada jurisdição constitucional nele não se esgota.

Tem-se afirmado que nenhum dispositivo constitucional, por mais genérico, indeterminado, abstrato, carente de regulamentação, deixa de ter um mínimo de eficácia, senão positiva, ao menos negativa. De fato, os dispositivos constitucionais a todos vinculam, seja ao legislador, ao administrador, ao juiz ou ao particular.

Assim, a jurisdição constitucional acaba por abranger a aplicação da Constituição de modo a dar-lhe a maior eficácia possível, muitas vezes mediante aplicação direta dos seus dispositivos como geradores de posições jurídicas individuais a amparar pretensões específicas.

Não mais se admite o entendimento de que determinadas normas, por serem consideradas meramente programáticas, figurem como simples manifestação de intenções. A eficácia normativa que se reconhece aos dispositivos constitucionais impõe a todos que se portem conforme determinado pela Constituição Federal e, de outro lado, impede qualquer ação ou omissão em desacordo com o estabelecido, sob pena de inconstitucionalidade.

4. Reserva do possível e determinação de objetivos estatais

Há de se considerar, contudo, em se tratando de direitos a prestações positivas do Estado, que a efetividade dos direitos sociais, independentemente da eficácia jurídica que se atribua aos dispositivos constitucionais, encontra obstáculos, por vezes intransponíveis, na carência de recursos financeiros para a sua implementação.

A escassez de recursos exige dos poderes constituídos que façam opções entre as destinações possíveis e, quem sabe, opções entre determinadas medidas para a garantia de direitos sociais em detrimento de outras que também teriam o sentido de realizá-los, sendo

que, com isso, podem mostrar-se, na prática, pelo menos em algum grau, excludentes.

Tem-se, por isso, destacado que a efetividade dos direitos sociais está sob a "reserva do possível". De nada adianta, concretamente, o texto constitucional estender-se na proclamação de numerosos direitos de cunho social se inexistem meios para a sua realização.

Não é por outra razão que KONRAD HESSE identifica a enunciação de direitos sociais com a "determinação de objetivos estatais". Senão vejamos: *"Ao fim e ao cabo, direitos fundamentais sociais mal se diferenciam, por isso, de determinações de objetivos estatais, isto é normas constitucionais que determinam obrigatoriamente tarefas e direção da atuação estatal, presente e futura. Os estabelecimentos de objetivos fixados juridico-constitucionalmente obtêm, com isso, primazia sobre estabelecimentos de objetivos políticos; nisso, a liberdade conformadora do legislador é restringida. Por si só, determinações de objetivos estatais não são capazes de produzir nada; elas dependem disto, ser acolhidas pelo legislador e, segundo os problemas e possibilidades da época, transformadas em direito vigente diretamente e realizadas. Nos âmbitos de tarefas da administração e da jurisdição elas podem tornar-se decisivas para a interpretação do direito, particularmente para a interpretação de conceitos indeterminados e discricionários, assim como para a ponderação de interesses opostos. Tudo isso pressupõe, entretanto, que o Estado esteja em condições para a realização dos objetivos estatais normalizados.... Mas também lá onde o Estado é competente, a realização de objetivos estatais pode ultrapassar sua capacidade, porque ele mesmo, muitas vezes, não dispõe dos meios de realização. Ele promete, então, na Constituição, uma coisa que ele não pode cumprir e, assim, podem esperanças, que se referem a determinações de objetivos estatais da Constituição, ser facilmente frustradas; o efeito integrador da Constituição pode transformar-se em seu contrário."* (16)

Aliás, cabe lembrar, conforme já explicitado, que, se a Constituição alemã de 1949 abdicou de consagrar em seu texto direitos sociais, foi justamente em função do consenso que lá se formou, em face da experiência com a Constituição de 1919, no sentido de que estão eles sob a reserva do possível e que a sua positivação, por isso, é insuficiente para garanti-los, acabando, sim, por fragilizar a confiança na eficácia normativa do texto constitucional.

Por tais razões, entendemos censurável e temerária a crítica que KRELL faz a GUSTAVO AMARAL, assim formulada: *"Para não precisar negar por completo a efetividade dos direitos sociais sob o argumento da 'reserva do possível', Amaral recomenda a exigência de que 'o Estado demonstre, judicialmente, que tem motivos fáticos razoáveis para deixar de cumprir, concretamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas'; 'demonstrada a ponderabilidade dessas razões, não poderia o Judiciário se substituir ao Administrador'. Nesse contexto, não parece ser bem escolhido o exemplo trazido pelo autor, que deveria ficar ao critério do Executivo a escolha se tratará com os recursos disponíveis 'milhares de doentes vítimas de doenças comuns à pobreza ou um pequeno número de doentes terminais de doenças raras ou de cura improvável'. A resposta coerente na base da principiologia da Carta de 1988 seria: tratar todos! E se os recursos não são suficientes, deve-se retirá-los de outras áreas (transporte, fomento econômico, serviço de dívida) onde sua aplicação não está tão intimamente ligada aos direitos mais essenciais do*

homem: sua vida, integridade física e saúde. Um relativismo nessa área pode levar a 'ponderações' perigosas e anti-humanistas do tipo 'por que gastar dinheiro com doentes incuráveis ou terminais?', etc." (17)

Não são raras as ações judiciais através das quais os autores buscam, e.g., a condenação do Poder Público a lhes custear tratamento médico de altíssimo custo no exterior. Nestas hipóteses, entretanto, não podemos considerar como "ponderações 'perigosas' e anti-humanistas" as que trazem à tona o já referido "problema econômico": recursos escassos implicam aplicações alternativas; determinar que o Poder Público dispenda, e.g., R\$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) com uma única pessoa resulta, necessariamente, em se subtrair tal montante das possíveis aplicações alternativas que, possivelmente, redundariam na preservação da vida de inúmeras outras pessoas anônimas. Não se pode abstrair que o Estado deve a prestação de serviços de saúde a todos e que só pode fazê-lo na medida dos seus recursos orçamentários. Qualquer decisão atinente a tal direito social, pois, tem amplos reflexos e não se pode atribuir ao Judiciário a função de planejamento da atividade pública nem entender como adequado que substitua o juízo do Administrador – quanto à aplicação que seja mais eficiente no sentido da oportunização do gozo de direitos sociais conforme a importância e abrangência das medidas – pelo seu, ou seja, pela apreciação discricionária do Magistrado.

De outro lado, a afirmação de que, se necessário, se deve retirar recursos de outras áreas para prestar mesmo a assistência mais sofisticada e dispendiosa revela, sim, o risco da absolutização dos direitos sociais. Ora, ao lado da garantia dos direitos sociais não há como olvidar que é indispensável que o Estado atue, sim, nas áreas de transporte e de fomento econômico, de modo a garantir o crescimento capaz de fazer com que aumente a renda do brasileiro, ensejando, cada vez mais, que as pessoas tenham condições próprias de satisfazer suas despesas com a saúde e que o Estado possa ter seu orçamento incrementado em função de tal crescimento, para que tenha condições de atuar de modo mais consistente e satisfatório na área social em benefício dos mais carentes. Da mesma forma, pregar a interrupção do pagamento da dívida pública como meio para a satisfação dos direitos sociais, seja à saúde, ao ensino ou, e.g., ao trabalho, sem a consideração das consequências de tais medidas, inclusive no que diz com a possibilidade de comprometimento das relações internacionais, com reflexo quiçá nefasto para as relações comerciais e para o controle da moeda, não condiz com uma análise mais ampla da garantia constitucional dos direitos sociais, que não se restringe, por certo, a prestações imediatas na área social, envolvendo, sim, a viabilização da atuação do Estado não apenas a curto prazo, mas também a médio e longo prazos. Além disso, a consagração constitucional de direitos sociais não pode implicar anulação dos demais dispositivos constitucionais a serem cumpridos, atinentes a outras áreas, até porque a eficácia normativa da Constituição é inerente a todos eles. Aliás, a absolutização dos direitos sociais, sem a consideração e em detrimento das demais funções, igualmente essenciais, que a Constituição comete ao Poder Público, configuraria o vício interpretativo a que LAWRENCE TRIBE denomina de *Dis-Integranction*, segundo ele, uma das formas como não se deve ler a Constituição. (18)

A "reserva do possível", pois, evidencia a relação estreita e inafastável que há entre o crescimento econômico do País e do orçamento público com o grau possível de realização dos direitos sociais, ainda que fundamentais e constitucionalizados.

Mas a abordagem acerca da efetivação dos direitos sociais não é pautada exclusivamente por tal locução. O reconhecimento de que a concretização de direitos a prestações exige meios que não os estritamente jurídicos, não significa que se deva considerá-los completamente sujeitos aos alvedrio do Legislativo e do Executivo.

O próprio CANOTILHO assevera: "*Não obstante se falar aqui da efetivação dentro de uma reserva possível, para significar a dependência dos direitos económicos, sociais e culturais dos recursos económicos, a efetivação dos direitos económicos, sociais e culturais não se reduz a um simples apelo ao legislador. Existe uma verdadeira imposição constitucional, legitimadora entre outras coisas, de transformações económicas e sociais na medida em que estas forem necessárias para a efetivação desses direitos (cfr. artigos 2º, 9º/d, 80º, 81º).*" (19)

De fato, reconhecendo-se eficácia normativa a todo e qualquer dispositivo constitucional, não há como desconsiderar a presença dos direitos sociais no corpo permanente da Carta - e em local de destaque -, impondo-se, sim, que se extraia as respectivas conseqüências jurídicas.

5. Eficácia mínima e núcleo essencial

Se, de um lado, a vontade de resolver os problemas sociais e a constitucionalização de direitos desta natureza não são capazes de garantir, por si só, que as respectivas prestações sejam oferecidas com a amplitude e qualidade que seria de se desejar, não se podendo subtrair do Legislativo sua legitimidade para dispor acerca das destinações alternativas dos recursos orçamentários, não há como olvidar, de outro, que a opção do Constituinte de incorporar os direitos sociais ao texto permanente, enquanto direitos fundamentais auto-aplicáveis, acaba por lhes atribuir, no Direito brasileiro, uma eficácia mínima imediata que a todos vincula. (20) (21)

Tal eficácia mínima revela-se na necessária garantia do chamado "núcleo essencial" de cada um dos direitos sociais, cuja eventual não-observância pelo Legislativo e pelo Executivo, viabiliza, inclusive, que o Judiciário o proteja, mediante provocação, com suporte direto na Constituição, determinando as medidas indispensáveis à sua preservação.

Não há que se dizer que tal prerrogativa do Judiciário, em casos excepcionais, viole o princípio democrático, pois o núcleo essencial dos direitos sociais está acima da própria vontade da maioria.

CANOTILHO refere-se ao núcleo essencial dos direitos sociais à luz da Constituição Portuguesa: "*Das várias normas sociais, económicas e culturais é possível deduzir-se um princípio jurídico estruturante de toda a ordem económico-social portuguesa: todos (princípio da universalidade) têm um direito fundamental a um núcleo básico de direitos sociais (Minimum core of economic and social rights), na ausência do qual o estado português se deve considerar infractor das obrigações jurídico-sociais constitucional e internacionalmente impostas. Nesta perspectiva, o rendimento mínimo garantido, as prestações de assistência social básica, o subsídio de desemprego são verdadeiros direitos*

sociais originariamente derivados da constituição sempre que eles constituam o standard mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito.." (22)

VIEIRA DE ANDRADE, nesta mesma linha, reconhece categoricamente: "*... em casos excepcionais, pode pensar-se em retirar directamente da constituição um direito a determinada prestação social: julgamos que isso será admissível quando esteja em causa o conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, nomeadamente em situações de necessidade ou injustiça extremas... (...) ... pelo menos no que respeito ao conteúdo mínimo dos preceitos constitucionais, tem de admitir-se uma vinculação estrita do legislador às normas constitucionais, que pode mesmo, em determinadas circunstâncias, permitir a afirmação judicial de direitos originários a prestações.*" (23)

Podemos exemplificar, por exemplo, com a hipótese de um Município que, por qualquer razão que seja, deixe de oferecer escola básica para as crianças que, assim, fiquem à margem do processo de educação formal. Tal situação é inadmissível diante da consagração constitucional do direito à educação e da proteção devida à criança e ao adolescente, devendo-se notar que a Constituição reforça a sua importância em vários dispositivos. Só se poderia considerar submetido à reserva do possível, e.g., o estabelecimento de estruturas mais sofisticadas e dispendiosas como a de laboratório, informática etc. Mas a garantia de que haja uma escola para receber as crianças, com condições de salubridade e higiene e com professor habilitado para desenvolver suas funções constitui decorrência do núcleo mínimo do direito à educação, que independe de outros questionamentos e que pode e deve ser assegurado pelo Judiciário no caso de restar violado.

A eficácia mínima dos direitos sociais revela-se, ainda, no impedimento de medidas legislativas que os afrontem. Suponhamos que houvesse alteração na legislação ordinária, de modo a dispensar os pais da obrigação de fazer com que seus filhos frequentem a escola após a alfabetização. Isso poderia fazer com que a uma criança de dez anos de idade, pudesse ser negado o direito à conclusão do ensino básico e ao ensino médio e que, portanto, tivesse seus estudos interrompidos precocemente, com certeza, com sérios e irrecuperáveis reflexos na sua formação pessoal e profissional. Independentemente da incompatibilidade de tal inovação legislativa com outros dispositivos constitucionais, por certo seria incompatível com o direito social fundamental à educação, revelando-se, por isso, inconstitucional e, conseqüentemente, inválida.

Inconstitucionalidade por disposição contrária ao direito social ter-se-ia, igualmente, caso a legislação passasse a impedir o trabalho de pessoas acima de 70 anos de idade. Independentemente da motivação de tal medida, que até poderia visar, em tese, a garantir um maior mercado de trabalho para que os mais jovens, de modo algum poderia ser admitida. A eficácia mínima do direito ao trabalho impede que o legislador disponha dificultando ou, como na hipótese, impedindo tal atividade indispensável à própria dignidade do ser humano, sendo que não é dado a ninguém, senão à própria pessoa, decidir o momento de encerrar sua vida profissional, conforme suas condições físicas, psicológicas, econômicas.

VIEIRA DE ANDRADE destaca, também, uma reflexo tributário dos direitos sociais e que se pode, na ausência de outro enquadramento específico, vincular ao próprio direito ao

trabalho, na medida em que este implica, por óbvio, o direito aos frutos do trabalho. Diz ele: "*Neste contexto, parece-nos que se poderá afirmar, pelo menos, o direito à não tributação do rendimento necessário ao mínimo de existência não apenas porque se trata de uma prestação jurídica que se traduz numa prestação de facto negativa (embora envolva um custo económico), mas também porque representa, logicamente, o mínimo dos mínimos: se o Estado não é obrigado a assegurar positivamente o mínimo de existência a cada cidadão, ao menos que não lhe retire aquilo que ele adquiriu e é indispensável à sua sobrevivência com o mínimo de dignidade.*" (24) Para os tributaristas, a conclusão de ANDRADE estaria baseada no "princípio da capacidade contributiva", cuja formulação prescreve que as pessoas sejam chamadas a contribuir para as despesas públicas conforme as suas condições económicas e financeiras para tanto, identificando-se, por força disso, um extremo imune à tributação, que é o denominado "mínimo vital". A preservação do mínimo vital, pois, pode-se afirmar, constitui tanto uma decorrência necessária do princípio da capacidade contributiva como da eficácia negativa do direito ao trabalho, a impedir que o legislador o impeça ou comprometa seu resultado no que diz respeito à sua função mínima de ensejar a subsistência do trabalhador e de sua família.

Cabe ainda, sem que se queira esgotar as possibilidades decorrentes da eficácia mínima dos direitos sociais, chamar atenção para a sua relevância na interpretação de toda a legislação existente. Valemo-nos, para tanto, da lição de CANOTILHO: "*As normas constitucionais consagradoras dos direitos sociais, económicos e culturais implicam, além disso, uma interpretação das normas legais conforme com a constituição económica e cultural (por ex., no caso de dúvida sobre o âmbito de segurança social deve seguir-se a interpretação mais conforme com a efectiva realização deste direito).*" (25)

Posta a eficácia mínima dos direitos sociais, com a necessidade inafastável de proteção dos seus núcleos essenciais, resta saber se mais não se pode extrair da sua constitucionalização, se há ou não um mandado de otimização relativamente à atuação do Estado nas respectivas áreas que implique uma "proibição do retrocesso".

6. Proibição do retrocesso

Enquanto a eficácia dos direitos sociais, na ausência de regulamentação, fica restrita ao seu núcleo essencial, a regulamentação da matéria pelo Legislador conforme as possibilidades económicas e financeiras do Poder Público, por detalhar e dar maior concretude à atuação do Estado, inclusive gerando típicos direitos subjetivos a determinadas prestações, enseja uma proteção mais consistente e eficaz.

A chamada "proibição do retrocesso" constituiria um impedimento à revogação da legislação asseguradora dos direitos sociais, partindo do pressuposto de que, atingido determinado patamar, qualquer retorno a um estado de menor proteção implicaria violação a um suposto mandamento constitucional de maximização de tais direitos.

A questão, porém, não é tão simples. O texto constitucional expressamente determina ao Poder Público que promova a seguridade social (saúde, previdência e assistência), o trabalho, a educação, a moradia, dentre outros direitos sociais, mas não especifica como e em que medida deva o Estado atuar em tais áreas. A par disso, não há como olvidar o

princípio democrático, fazendo-se mister preservar a função legislativa no que diz com a tomada de decisões acerca do que é melhor para a sociedade em cada momento, ressalvado, como já destacado, o inegociável núcleo essencial dos direitos sociais, decorrente da eficácia mínima dos dispositivos constitucionais.

Vale invocar a lição de VIEIRA DE ANDRADE: "*Parece-nos evidente que os preceitos constitucionais relativos aos direitos económicos, 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 concretizações legais devam ser consideradas materialmente constitucionais. (...) A proibição do retrocesso não pode constituir um princípio jurídico geral nesta matéria, sob pena de se destruir a autonomia da função legislativa, degradando-a a mera função executiva da Constituição. (...) Aquilo que se admite é algo de bem diferente: é que certas normas, apesar de positivadas em preceitos de direito ordinário, prevaleçam sobre outras normas ordinárias, quando o seu conteúdo possa (deva) ser considerado materialmente constitucional.*" (26)

A proibição do retrocesso, pois, só encontrará sustentação relativamente à revogação de dispositivo legal que nada mais fazia senão garantir a realização do núcleo essencial de um direito social, garantindo as prestações mínimas que, mesmo diante da inexistência de previsão legal, ainda assim seriam passíveis de proteção pelo próprio Judiciário, com suporte direto no texto constitucional.

Nesses casos específicos, a revogação da norma legal, em face do seu conteúdo simplesmente revelador do próprio núcleo essencial do direito social, implicaria, em verdade, violação direta ao próprio texto constitucional do qual decorreria, eis que mera explicitação da sua eficácia mínima necessária.

Impende ter em conta, assim, que VIEIRA DE ANDRADE, ao defender que a lei ordinária teria conteúdo materialmente constitucional e, por isso, prevaleceria sobre lei ordinária superveniente e a ela contrária, chega a uma solução correta mediante uma fundamentação equivocada, eis que não teremos, propriamente, um conflito de leis ordinárias no tempo; de fato, a lei revogadora, por carente de validade em face da sua inconstitucionalidade, sequer terá chegado a integrar validamente o ordenamento jurídico. Não se trata, pois, de uma lei ordinária prevalecer sobre outra lei ordinária, mas de persistir vigendo a única lei ordinária constitucional. (27)

Tem-se, assim, que a proibição do retrocesso está limitada à eficácia mínima dos direitos sociais, alcançando, pois, apenas as normas legais que se direcionem à realização do seu núcleo essencial.

Negamos, pois, que a constitucionalização dos direitos sociais implique um mandamento superior de maximização da atuação em tais áreas. Fosse assim, teríamos que reconhecer a impossibilidade de se restringir direitos sociais, salvo comprovada incapacidade financeira.

Mas não é isso. A Constituição exige a garantia de um mínimo relativamente às prestações de cunho social, sem que haja uma norma de maximização que impeça o Legislador de dispor sobre a matéria conforme venha a ser considerado como mais adequado em cada época.

Cabe, aliás, destacar que a própria noção de Estado Social ainda está em franco processo de construção no que diz respeito, e.g., aos seus nuances, à abrangência e limites da responsabilidade do Estado, à sua viabilidade e à sua compatibilidade com outras noções como a de cidadão responsável e com outros direitos que possam entrar em rota de colisão com a necessidade crescente do Estado de buscar recursos para a área social, bem como no que diz respeito com as implicações decorrentes do princípio democrático. E a constitucionalização dos direitos sociais não afasta tais discussões; torna, sim, fora de questão a importância dos direitos sociais enquanto direitos fundamentais, mas não enrijece a questão de modo a impedir novas conformações atinentes à sua extensão e forma de concretização.

MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO ressalta que foi "*... a obrigação de atender a esses direitos que ditou a expansão dos serviços públicos, dos anos vinte para a frente*" e que "*isto gera pesados encargos diretamente para o Estado e indiretamente para os contribuintes, o que contemporaneamente suscita um repensar a propósito desses direitos*", impondo-se a pergunta: "*até que ponto o Estado deve dar o atendimento a esses direitos, até que ponto deve apenas amparar a busca do indivíduo pelo atendimento desses direitos?*" (28)

Também KONRAD HESSE adverte para o risco de se absolutizar a concepção de Estado Social: "*... o princípio do estado social encontra nos mandamentos da estatalidade jurídica material também seus limites: uma assistência social estatal ampla que queira transmutar a coletividade em um Estado-beneficência ou Estado-provisão e abole liberdade auto-responsável, não mais corresponde ao princípio do estado social. Esse limite, naturalmente, não se deixa traçar nitidamente. Ele deixa, além disso, amplo espaço para configurações distintas. A fórmula do estado de direito social contém, por conseguinte, sem dúvida, para o legislador que concretiza, um encargo obrigatório, mas não diretrizes obrigatórias para o cumprimento desse encargo. A inclinação de pôr dentro dela todo o desejável e, desse modo, fazer passá-la por mandamento constitucional, não compreende o significado da fórmula, exatamente também no contexto da ordem democrática da Lei Fundamental. Antes, o princípio abre às forças sociais e políticas diferentes a possibilidade de, por meio da participação constitucional na formação da vontade política, fazer valer seus critérios de valorização para a configuração da ordem estatal-social.*" (29)

A proibição do retrocesso, assim, não pode desbordar do núcleo mínimo dos direitos fundamentais sociais, sob pena de implicar violação ao próprio princípio democrático.

Conclusão

Os direitos sociais foram consagrados como instrumento para a busca de ideais de igualdade e de dignidade da pessoa humana, estando fundados no dever de solidariedade que anima a sociedade.

Por implicarem, via de regra, direitos a prestações, exigindo uma atuação positiva do Estado, a sua efetivação depende da disponibilidade, por parte do Estado, de recursos financeiros para fazer frente aos respectivos encargos. Diz-se, por isso – e com acerto –, que os direitos sociais a prestações estão sob a “reserva do possível”.

A constitucionalização dos direitos sociais, entretanto, mormente quando colocados na posição de direitos fundamentais auto-aplicáveis, como na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, impõe ao Legislativo e ao Executivo que atuem no sentido da sua realização. É o reconhecimento da eficácia normativa da constituição que garante a proteção do núcleo essencial de cada um dos direitos sociais, podendo o Judiciário, inclusive, provocado em razão da omissão dos demais poderes, tutelar a eficácia mínima de tais direitos com suporte direto no texto constitucional.

O Legislador, forte no princípio democrático, só está vinculado à garantia do núcleo essencial dos direitos sociais, não se podendo extrair do texto constitucional normas atinentes à forma e ao grau da sua atuação nas respectivas áreas. A sociedade pode redefinir, através de seus representantes, como o Estado deve atuar para a realização dos direitos sociais. Apenas o núcleo essencial de cada um dos direitos sociais, por estar acima da vontade da maioria e ter a sua realização garantida como decorrência da eficácia mínima da sua constitucionalização, é alcançado pela chamada “proibição do retrocesso”.

NOTAS

1. "Em relação aos direitos sociais, o dispositivo da aplicação imediata ganha uma outra função, visto que estes devem ser tratados de maneira diferente dos direitos clássicos na defesa contra o poder estatal. Nesse contexto, o art. 5º, § 1º, impõe aos órgãos estatais a tarefa de maximizar a eficácia dos Direitos Fundamentais Sociais e criar as condições materiais para sua realização." (KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha; Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 38)
2. O Professor PAULO BONAVIDES destaca a origem dos direitos sociais: "*Os direitos da*

segunda geração merecem um exame mais amplo. Dominam o século XX do mesmo modo como os direitos da primeira geração dominaram o século passado. São os direitos sociais, culturais e econômicos... introduzidos no constitucionalismo das distintas formas de Estado social, depois que germinara por obra da ideologia e da reflexão antiliberal deste século. Nasceram abraçados ao princípio da igualdade, do qual não se podem separar, pois fazê-lo equivaleria a desmembrá-los da razão de ser que os ampara e estimula." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 518)

3. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia dos Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Porto Alegre: Do Advogado, 2001, p. 261

4. MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, porém, destaca como principal documento da evolução dos direitos econômicos e sociais já a Constituição francesa de 1848, dizendo nela terem sido explicitados os direitos ao trabalho e à educação: "*Não faz dúvida, entretanto, que o principal documento da evolução dos direitos fundamentais para a consagração dos direitos econômicos e sociais foi a Constituição francesa de 1848. Esse 1848 foi na Europa um ano de graves conflitos, de revoluções, uma das quais foi a que derrubou na França a monarquia orleanista. Ora, um elemento importante nesses movimentos, e particularmente no que ocorreu em Paris, foi a atuação dos trabalhadores e dos desempregados. A conotação social da revolução que levou à segunda república é nítida. A constituição então elaborada, promulgada em 4 de novembro, é precedida de um preâmbulo e contém um capítulo no qual se enunciam os direitos por ela garantidos.*" (FERREIRA FILHO, MANOEL GONÇALVES. *Direitos Humanos Fundamentais*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 45/46)

5. "Artikel 20 (1). Die bundesrepublik Deutschland ist ein demokratischer und sozialer bundesstaat." Eis a tradução para o espanhol: "Art. 20. 1) La República Federal de Alemania es un Estado federal, democrático y social".

6. KRELL, Andreas Joachim. *Direitos Sociais e Controle Judicial no Brasil e na Alemanha; Os (Des)caminhos de um Direito Constitucional "Comparado"*. Porto Alegre: Fabris, 2002, p. 45/46.

7. HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998, p. 170.

8. ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 2ª edição. Coimbra: Almedina, p. 373, 377 e 395.

9. KRELL, Andreas Joachim. Ob. cit., p. 28/29.

10. MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. *The Federalist Papers*. London: Penguin Books, 1987, p. 438/439.

11. SIEYÈS, Emmanuel Joseph. *A Constituinte Burguesa; Qu'est-ce que le Tiers État?*. Tradução de Norma Azeredo. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1986, p. 117.

12. LASSALE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*. Rio de Janeiro: Liber Juris, 1988, p. 49.

13. HESSE, Konrad. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991, p. 21/22.

14. Vejamos excerto da decisão da Suprema Corte Americana no caso *Marbury v. Madison*, reproduzido na obra *The Supreme Court and the Constitution/Readings in American Constitutional History*, Third Edition, 1984, edited by Stanley I. Kutler, W. W Norton & Company, Inc, p. 25ss: "*It is, emphatically, the province and duty of the judicial department, to say what the law is. Those who apply the rule to particular cases, must of necessity expound and interpret that rule. If two laws conflict with each other, the courts must decide on the operation of each. So, if a law be in opposition to the constitution; if both the law and the constitution apply to a particular case, so that the court must either decide that case, conformable to the law, dirregardigng the constitution; or conformable to the constitution, disregarding the law; the court must determine which of these conflicting rules governs the case: this is of the very essence of judicial duty. If then, the courts are to regard the constitution, and the constitution is superior to any ordinary act of the legislature, the constitution, and not such ordinary act, must govern the case to which they both apply.*"

15. ENTERRIA, Eduardo Garcia. *La Constitución como Norma y El Tribunal Constitucional*.

Madrid: Civitas, 1994, p. 131.

16. HESSE, Konrad. *Elementos...*, p. 170/171.

17. KRELL, Andreas Joachim. Ob. cit., p. 52/53.

18. *"When we say reading by dis-integration, we mean approaching the Constitution in ways that ignore the salient fact that its parts are linked into a whole that it is a Constitution, and not merely an unconnected buch of separete clauses and provisions with separate histories, that must be interpreted. When we say reading by hyper-integrantion, we mean approaching the Constitution in ways that ignore the no less important fact that the whole contains distinct parts parts that were, in some instances, added at widely separated points in American history; parts that were favored and opposed by greatly disparate groups; parts that reflect quite distinct, and often radically incompatible, premises." (p. 20) "Consider another example. It has been urged by some, including Mark Tushnet of Georgetown, that we ought to read the Constitution as requiring socialism as obliterating the institution of private property. How else, he asks, can we make sense of the ideal of equality that uderlies the constitutional mandate of the equal protection of the laws?. If all the Constitution contained were an equal protection clause, perhaps something might be said for that view. But the view becomes untenable if we also remember that, in various of ist parts, the Constitution expressly affirms, sanctifies, and protects the institution of private property. It says that neither the state nor the federal government may deprive anyone of property without dua process of law, and that private property (shall not) be taken for public use without just compensation. (...) It is a dis-integrated reading of the Constitution to lift one provision out, hold it up to the light, and give it its broadest possible interpretation, while ignoring the fact that it is immersed in a larges whole." (TRIBE, Lawrence; DORF, Michael C. *On Reading the Constitution*. USA: Harvard University Press, 1991, p. 22)*

19. CANOTILHO. J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 436.

20. PAULO BONAVIDES noticia o ganho de eficácia dos direitos sociais: "... passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais nem sempre resgatáveis por exigüidade, carência ou limitação essencial de meios e recursos. De juridicidade questionada nesta fase, foram eles remetidos à chamada esfera programática, em virtude de não conterem para sua concretização aquelas garantias habitualmente ministradas pelos instrumentos processuais de proteção aos direitos da liberdade. Atravessaram, a seguir, uma crise de observância e execução, cujo fim parece estar perto, desde que recentes Constituições, inclusive a do Brasil, formulara o preceito da aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais. De tal sorte que os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira; pelo menos esta é a regra que já não poderá ser descumprida ou ter sua eficácia recusada com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma." (BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 5ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 518)

21. O fato de a Constituição brasileira não apenas dizer que a República Federativa do Brasil é um Estado Social, tal como faz a Constituição alemã, mas, além disso, prever expressamente inúmeros direitos sociais, dizendo-os, como direitos fundamentais que são, auto-aplicáveis, cria um diferencial importante ao nível jurídico. De fato, no Brasil, não temos tanta dificuldade para retirar uma eficácia direta do texto constitucional como a que se tem na Alemanha, e de que nos dá conta HECK, noticiando a jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal: "*O Tribunal Constitucional Federal sempre acentuou que a realização e o aperfeiçoamento do Princípio do Estado Social cabem ao legislador. Ocorre que o Princípio do Estado Social da Lei Fundamental não contém regularmente, em conseqüência da sua amplitude e indeterminação, instruções de ação imediatas, que poderiam, pelos tribunais, sem base legal, ser convertidas em simples direito. Nisso, é menos acessível à determinação judicial do conteúdo do que os direitos fundamentais.*" (HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o Desenvolvimento dos Princípios Constitucionais*;

Contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Federal Alemã. Porto Alegre: Fabris, 1995, p. 237)

22. CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Coimbra: Almedina, 2000, p. 470.

23. ANDRADE, Vieira. Ob cit., p. 384/385

24. ANDRADE, Vieira. Ob cit., p. 388.

25. CANOTILHO, J.J. Gomes. Ob cit., p. 436

26. ANDRADE, Vieira. Ob cit., p. 391, 392 e 393.

27. Tal esclarecimento evita que se admita o estabelecimento de hierarquia entre leis ordinárias e bem explicita que a análise da validade de um determinado dispositivo legal não se faz mediante seu cotejo com os dispositivos legais que já tratavam da matéria, mas, sim, através da sua recondução à norma fundamental pressuposta, que, no Estado Constitucional, é a de que a Constituição deve ser cumprida.

28. FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Ob. cit., p. 51.

29. HESSE, Konrad. *Elementos...*, p. 177.