

PABLO CASTRO MIOZZO

O PRINCÍPIO DA PROIBIÇÃO DO RETROCESSO SOCIAL E SUA PREVISÃO
CONSTITUCIONAL: uma mudança de paradigma no tocante ao dever estatal de
concretização dos direitos fundamentais no Brasil

PORTO ALEGRE

2005

INTRODUÇÃO

A presente exposição possui como escopo a análise do tema proposto pelo “PRÊMIO AJURIS-DIREITOS HUMANOS”, que como o próprio nome denota, se ocupa da temática relacionada com os direitos humanos. Tendo em vista as múltiplas possibilidades de abordagem que o assunto permite, optou-se por limitar o objeto de estudo à problemática relativa aos direitos humanos no ordenamento jurídico brasileiro. Isto tendo em conta a idéia de que os direitos humanos, uma vez positivados em determinado sistema jurídico, passam a ser denominados direitos fundamentais. O problema fundamental que guia esta investigação, neste sentido, diz respeito sobretudo à questão da falta de concretização da Constituição, especialmente no que toca aos direitos fundamentais sociais, de cunho prestacional. Isto porque se sabe que o acesso a esta “dimensão” de direitos longe está de ser uma realidade para a imensa maioria da população brasileira.

Far-se-á um estudo acerca do papel do Estado neste contexto de crise, sob a ótica do Princípio da dignidade da pessoa humana e principalmente do Princípio da proibição do retrocesso social. Em relação a este último, pretende-se demonstrar que sua compreensão “constitucionalmente adequada” pode proporcionar uma mudança de entendimento em relação ao seu conteúdo, e por conseguinte também no que tange ao dever dos “três poderes” do Estado de concretizar os mandamentos constitucionais, mormente os que guardam consonância com o aspecto dirigente do texto magno. E neste sentido, intenta-se contribuir na busca pela construção de um novo paradigma que proporcione um estreitamento no abismo que separa a Constituição real da Constituição escrita no Brasil.

1 A Constituição brasileira de 1988 e o dirigismo constitucional

Despicienda uma análise profunda do texto constitucional de 1988 para se perceber, diante do seu conteúdo social marcante, bem como da previsão de inúmeros dispositivos determinando o *modus operandi* do Estado, e os fins a serem por ele atingidos, que foi construído com grande influência do pensamento constitucionalista surgido da Europa após a Segunda Guerra Mundial. Trata-se do que se convencionou chamar de constitucionalismo dirigente. Prevê a Constituição da República, em seu art. 1º, a organização do Estado brasileiro em Estado Democrático de Direito, forma de organização esta, que também foi forjada a partir da metade do século passado.

Pois bem, tais ideais de Constituição e Estado podem ser consideradas como uma fusão entre o constitucionalismo liberal e o social (e por consequência das idéias de Estado Liberal e Estado Social), numa tentativa de resgate daquilo que foi proveitoso em uma e outra forma de pensar, mas não só isto. Podem ser vistas como uma busca pela superação das dificuldades que não foram solvidas na vigência de ambas as formas de entender a organização social a partir do Direito. Diz-se isto porque se entende que as Constituições nascidas com base no dirigismo constitucional conservaram aquela idéia de que o Estado deve se abster de ingressar em certas searas, que devem ser determinadas pela autonomia da vontade dos cidadãos. É dizer, manteve acesa a necessidade da adoção de condutas absenteístas por parte do Leviatã no que toca à determinadas relações privadas. Por outro lado, conservou a idéia intrínseca ao pensamento constitucionalista preocupado com as questões ditas “sociais”, no sentido de que prevêm inúmeras formas de intervenção do Estado na sociedade.

Ademais, as Constituições Dirigentes trazem em seu bojo instrumentos capazes de dar vazão ao seu conteúdo interventor e transformador da realidade, o que não foi alcançado na vigência do Estado Social(1), por motivos que não cabe aqui explorar(2). Destarte, o Estado Democrático de Direito exsurge como instrumento de realização de uma Constituição que ao mesmo tempo limita e dirige sua forma de atuar. E esta concretização da Constituição por parte do Estado se concentra em dois pilares primordiais, quais sejam, a consolidação das instituições democráticas e a realização

dos direitos fundamentais(3), de certa forma “esquecidos” durante o período governado pelos regimes totalitários na Europa e também em *terra brasilis*.

Interessa, na presente exposição, fundamentalmente a problemática da concretização dos direitos fundamentais. Renuncia-se, desde já, a uma pretensão de exploração dogmática das mais variadas formas que os direitos assumem, inicialmente pela limitação espacial, bem como por fugir de certa forma da proposta do trabalho. Far-se-á a análise somente a partir das duas grandes categorias propostas por Ingo Sarlet(4), quais sejam os direitos de defesa, que demandam uma conduta negativa do Estado, e os direitos a prestação, que carecem de um agir estatal positivo para serem efetivados. As atenções voltar-se-ão especialmente para esta última modalidade, e mais especificamente para os direitos sociais prestacionais(5) que, em certos casos, demandam uma concretização legislativa infraconstitucional para gerarem efeitos. Ou seja, quando o agir positivo do Estado diz respeito à necessidade do Legislativo ou do Executivo criarem condições normativas infraconstitucionais para que os direitos sejam exercidos. Nas palavras de Sarlet (1998, p. 60-61):

É neste contexto que assume relevo a concepção, consensualmente reconhecida na doutrina de que os direitos fundamentais constituem, para além de sua função limitativa do poder (que, ademais, não é comum a todos os direitos), **critérios de legitimação do poder estatal** e, em decorrência, da própria ordem constitucional, na medida em que ‘o poder se justifica por e pela realização dos direitos do homem e que a idéia de justiça é hoje indissociável de tais direitos’. (Grifo nosso).

A legitimidade do agir estatal está umbilicalmente ligada (e condicionada) à materialidade constitucional, i. é., aos valores positivados em seu corpo. E, em termos de direitos constitucionais, pode-se dizer que o valor norteador fundamental é o Princípio da dignidade da pessoa humana, insculpido no art. 1º, II, da CF. Esta posição é defendida por Flávia Piovesan ao afirmar, por exemplo, que:

É no valor da dignidade da pessoa humana que a ordem jurídica encontra seu próprio sentido, sendo seu ponto de partida e seu ponto de chegada, na tarefa de interpretação normativa. Consagra-se, assim, dignidade da pessoa humana como verdadeiro

superprincípio a orientar o Direito Internacional e o Interno. (Grifo nosso). (8)

E este princípio, dada sua colocação topográfica, inserido entre os Princípios fundamentais, pode ser pensado como possuindo uma função que transcende a dos direitos fundamentais (SARLET, 1998, p. 98), tendo em vista que serve de *topos* hermenêutico à compreensão/interpretação/aplicação de todos estes direitos inseridos no sistema constitucional implícita ou explicitamente. (Idem. p. 99). Caracteriza-se, deste modo, por trazer ínsita à sua existência uma *metafundamentalidade material*. Metafundamentalidade esta que está em sintonia com aquele duplo aspecto (limitador e dirigente), acima referido, decorrente do próprio sentido da Constituição de 1988. É o que se pode depreender da seguinte afirmação de Sarlet:

[...] não restam dúvidas de que toda a atividade estatal e todos os órgãos públicos se encontram vinculados pelo princípio da dignidade da pessoa humana, impondo-lhes, neste sentido, um dever de respeito e proteção, que se exprime tanto na obrigação por parte do Estado de abster-se de ingerências na esfera individual que sejam contrárias à dignidade pessoal, quanto no dever de protegê-la contra agressões por parte de terceiros, seja qual for sua procedência. **Assim, percebe-se, desde logo, que o princípio da dignidade da pessoa humana não apenas impõe um dever de abstenção (respeito), mas também condutas positivas tendentes a efetivar e proteger a dignidade do indivíduo.** (Grifo nosso) (9)

2 A não realização dos direitos fundamentais no Brasil e o aparecer da crise de (in)fetividade da Constituição e do Estado

Sabe-se, contudo, que a realidade brasileira se distancia em muito destes ideais de concretização dos direitos fundamentais. E isto não se limita aos direitos sociais prestacionais. No entanto, é principalmente nesta modalidade que se faz notar a crise pela qual passa o Estado de Direito no Brasil. É consabido que o acesso a determinados direitos, como é o caso da saúde, do trabalho, do lazer, entre outros, de tão grande importância, infelizmente ainda é privilégio de uma camada diminuta da sociedade. Um número imenso de brasileiros tem um padrão de vida inferior àquele considerado como minimamente digno. Vive-se ainda o divórcio entre a Constituição real e a escrita,

denunciado por Lassale(6) já no século XIX, e que permanece palpitante. É dizer, consoante o magistério de Streck, paradoxalmente tem-se no Brasil uma Constituição rica em direitos sociais, mas que na prática longe está de ser realizada.(7) Olvida-se, muitas vezes, que a Constituição possui força normativa, e que o Estado deve funcionar (sempre) tendo como norte os mandamentos constitucionais (que impõem ações e omissões).

Destarte, em que pese a necessidade e a produtividade do estudo da construção de uma dogmática dos direitos fundamentais no Brasil, o que, diga-se, vem sendo realizado com brilhantismo por Sarlet, entre outros, entende-se que é vital buscar-se instrumentos constitucionais, ou mesmo efetivar os já existentes, no sentido de tornar concreta a Lei Fundamental. Sobretudo no que pertine ao seu conteúdo dirigente/compromissário, de modo a estreitar (e quiçá um dia diminuir a níveis insignificantes) o abismo que aparta da realidade social pátria os dispositivos da Carta Magna, notadamente os direitos sociais prestacionais. Numa palavra, é imperioso que se pergunte pelo “como” se colocar em prática a Constituição da República. E um dos pontos de partida para atingir tal desiderato, é fazer-se um redimensionamento da posição do Estado acerca destes direitos, em particular daqueles que carecem de concretização infraconstitucional para gerar efeitos.

3 A proibição do retrocesso social e sua concepção na jurisprudência européia

É interessante notar que quando está em análise o dever positivo do Estado, notadamente do Poder Legislativo (e em menor grau do Executivo), decorrente de um direito social a prestação, existe correlativamente uma imposição de abstenção. Isto porque, na medida em que há uma obrigação de concretizar um direito, por exemplo através da criação de normas infraconstitucionais, exsurge um dever anexo de não tomar medidas retrocessivas que atentem contra as conquistas já atingidas em termos de legislação, no sentido de usurpá-las ou mesmo flexibilizá-las desarrazoadamente, sob pena de deixar-se de cumprir, por via reflexa, o dever concretizador.(10)

Partindo desta constatação, a jurisprudência europeia desenvolveu o que convencionou denominar de “Princípio proibição do retrocesso social”, que, sob este enfoque, pode ser visto como uma “cláusula geral”(12) de proteção dos direitos fundamentais, especializados pela legislação infraconstitucional, e que assume uma função de defesa para o cidadão, contra as ingerências do Leviatã. A também chamada “cláusula de vedação do retrocesso”(11) foi concebida na Europa, mais precisamente na Alemanha e em Portugal, como decorrência Estado Democrático de Direito e sua função de garantidor das conquistas atingidas em termos de direitos fundamentais. Seu conteúdo vem bem delimitado no fragmento deste acórdão da Corte Constitucional Portuguesa:

[...] **a partir do momento em que o Estado cumpre (total ou parcialmente) as tarefas constitucionalmente impostas para realizar um direito social**, o respeito constitucional deste deixa de consistir (ou deixa e consistir apenas) numa obrigação positiva, para se transformar ou passar também a ser uma obrigação negativa. O Estado, que estava obrigado a atuar para dar satisfação ao direito social, passa a estar obrigado a abster-se de atentar contra a realização dada ao direito social’ (Acórdão n. 39/84 do Tribunal Constitucional da República Portuguesa). (Grifo nosso). (14)

Note-se que a formulação da cláusula da vedação do retrocesso pressupõe um Estado Social já realizado. Ou seja, parte da idéia de que o dever positivo de concretizar os direitos fundamentais, imposto pela Constituição já tenha sido cumprido, exurgindo daí uma garantia de preservação das conquistas atingidas. É compreensível que assim o seja, na medida em que em Portugal, e principalmente na Alemanha, o Estado Social é, há muito tempo, uma realidade. É de se perguntar, no entanto, se, quando trazido para o contexto social brasileiro o princípio em tela deve ser compreendido da mesma forma que o é no Velho Continente.

Isto porque foi dito linhas acima que o Estado brasileiro passa por uma crise, onde os direitos fundamentais, mormente os de cunho social prestacional, são acessíveis a uma camada muito diminuta da sociedade. Quer dizer, o Estado brasileiro, salvo importantes exceções, como é o caso da legislação previdenciária já existente no país, dentre outras, não cumpriu o dever positivo de concretização dos direitos

fundamentais.(15) Não existe aqui de fato, em última análise, um Estado Social e Democrático de Direito. Neste sentido, se torna imperiosa uma análise “constitucionalmente adequada”(16) da proibição do retrocesso.

Quer dizer, é necessário que se questione, por exemplo, se o aspecto (meramente) de limite à atividade estatal da proibição do retrocesso social está em total sintonia com o duplo sentido (limitador e dirigente) da Constituição da República, esgotando as possibilidades de compreensão do princípio.(17) Quer-se crer que não. Mesmo porque as conquistas aqui efetivadas no tocante à legislação infraconstitucional concretizadora dos direitos sociais ainda são muito tímidas, ficando aquém do necessário. E é consabido, que, muitas vezes, a inexistência de normas legais concretizadoras, é utilizada como argumento para a não aplicação de um direito constitucional fundamental, o que acaba esvaziando o conteúdo normativo da Constituição.

4 O Princípio da proibição do retrocesso e a Constituição brasileira de 1988

Entre nós, o professor Ingo Sarlet ao realizar uma abordagem contextualizada da proibição do retrocesso, chegou à conclusão de que é possível considerá-la como implícita à Carta de 1988. Segundo o autor, a norma decorre implicitamente não só da noção de Estado Democrático de Direito, sufragada, como já dito, por nossa Constituição(18), mas também do já mencionado Princípio da dignidade da pessoa humana. Outrossim, dos princípios da máxima eficácia e efetividade das normas definidoras de direitos fundamentais, previsto no art. 5º, § 1, da CF; da segurança jurídica; da proteção da confiança, etc. Tal previsão fica adstrita, contudo, tão somente ao sentido limitador acima aventado.

Não obstante as profícuas possibilidades de sentido apresentadas pelo ilustre jurista gaúcho, é possível afirmar-se, a partir do fundamento utilizado no acórdão da Corte portuguesa retro citado, que existe um dispositivo específico da Constituição de 1988 que trata do tema e que, inclusive, permite o desvelamento de um novo sentido da proibição do retrocesso. Aspecto este que, acredita-se, está em maior sintonia com o

viés dirigente da Lei Fundamental e que pode contribuir para a construção de um novo paradigma no que tange ao dever estatal de realizar os direitos fundamentais sociais prestacionais.

Neste sentido, importante voltar-se o olhar para a redação do inciso II do art. 3º da Constituição Federal que assim reza: “Constituem objetivos Fundamentais da República Federativa do Brasil: [...] garantir o *desenvolvimento* nacional;” O dispositivo traz um conceito vago(19), na medida em que múltiplos sentidos podem ser apreendidos de sua dicção. Talvez por isso a falta de importância que lhe é emprestada. Entretanto, para a presente exposição, um sentido em especial se afigura importante. Diz o enunciado, em outras palavras, que o *progresso*, de um modo geral, é um objetivo fundamental que deve guiar o Estado em sua atuação. Não há, contudo, referência a que tipo de progresso o texto faz menção. Sem dúvida poder-se-ia dizer que o *progresso jurídico*, notadamente no que diz respeito à concretização dos direitos fundamentais, e.g., estaria abarcado pelo seu sentido.

Por conseguinte, se se partir desse pressuposto, na medida em que existe um mandamento dirigido ao Estado determinando um dever de ocasionar o progresso, por via reflexa, é perfeitamente cabível dizer-se que também existe um dever de não ocasionar um retrocesso. Trata-se de uma constatação lógica, já que quem causa um retrocesso, por óbvio está a deixar de realizar um progresso sobre o mesmo tema. Logo, a partir do disposto no art. 3º, II, da CF, é perfeitamente viável afirmar-se que o Princípio da Proibição do Retrocesso possui previsão constitucional específica.

Em que pese a análise ainda ter permanecido na esfera do dever de abstenção por parte do Estado, crê-se que a “descoberta” da “positivação” da proibição do retrocesso na Constituição de 1988, é um passo importante em relação aos sentidos que a norma pode denotar, já que, de certa forma, o princípio se distancia do contexto português (ou alemão) e passa a ser visto (necessariamente) como parte da *realidade brasileira*. E a realidade nacional, como já ressaltado, ainda não percorreu o caminho da concretização do Estado Democrático de Direito. Logo, onde não houve concretização legislativa dos direitos fundamentais (e nem ação administrativa no mesmo sentido), e.g., em princípio

não haveria o que se proteger, pois *é preciso que haja um efetivo progresso para que se possa falar em retrocesso*[!].

Sem embargo, a mesma vinculatividade que se pretende para o aspecto negativo da norma – art. 3º, II, da CF - vale para o aspecto positivo dela decorrente, qual seja, a *imposição do progresso* (“dever de garantir o desenvolvimento”). Ou seja, se o Estado está negativamente vinculado a não adotar medidas retrocessivas em virtude do dever de agir positivo proposto pelo dispositivo em comento, está, da mesma forma, positivamente vinculado a agir realizando os direitos fundamentais (através de legislação infra) nas searas em que ainda não o fez. O Princípio da proibição do retrocesso social, possui, portanto, não apenas um sentido de vedar ações retrocessivas, mas também de vedar as omissões estatais que ocasionem retrocesso social, impondo medidas concretizadoras dos direitos fundamentais.(20) Seu aspecto bivetorial simultaneamente limita e dirige a atividade do Estado.

5 A (re)construção da atividade do Estado a partir da bivetorialidade do Princípio da proibição do retrocesso

O texto magno traz em seu Título I a previsão dos Princípios constitucionais fundamentais. O art. 1º contém os fundamentos sobre os quais a sociedade brasileira se organiza juridicamente, se constituindo em Estado Democrático de Direito, ou seja, em última análise, para a presente abordagem, traz os fundamentos da existência do próprio Estado. Em seu art. 2º, fala como este Estado se organiza, através da separação harmoniosa e independente de três poderes, de todos já conhecida. Já no art. 3º, estabelece os objetivos da República, ou seja, os fins aos quais o Estado deve se ater para cumprir seu desiderato. Note-se que a proibição do retrocesso social está inserida entre os Princípios fundamentais da Carta da República.

Os dispositivos contidos no Título I da Constituição, a despeito de não possuírem hierarquia normativa superior às demais normas constitucionais, devem ser vistos como nascente normativa, ponto de partida para a interpretação do restante do ordenamento, donde se depreendem os valores fundamentais que regem a sociedade

brasileira, bem como as estruturas basilares sobre as quais se organiza o Estado. Bases estas que, repise-se, fundamentam sua própria existência (do Estado). Restou ventilado no primeiro “item” da exposição, que a dignidade da pessoa humana - art. 1º, III, da CF – é o valor fundamental que guia a compreensão de todos os direitos fundamentais, tendo-se inclusive utilizado a expressão *metafundamentalidade material* para designar seu conteúdo. Foi dito, igualmente, que a atividade (funcional) do estado busca legitimidade na realização do Princípio da dignidade da pessoa humana.

Pois bem, do mesmo modo que se consignou que o Princípio da dignidade da pessoa humana é o *vetor material* fundamental que guia a ação estatal em termos de direitos e garantias fundamentais, afirma-se que o Princípio da proibição do retrocesso social, que é também um Princípio constitucional fundamental, pode (e deve) ser pensado como o *vetor formal* fundamental que norteia esta mesma atuação. Por conseguinte, a proibição do retrocesso caracteriza-se por funcionar como um superprincípio de proteção e realização (*garantia* ambivalente) dos direitos fundamentais. Ou seja, o sentido bivetorial aqui pretendido da proibição do retrocesso representa (um)a *metafundamentalidade formal* que limita e dirige o modo através do qual o Estado vai realizar o princípio da dignidade da pessoa humana, e conseqüentemente a ampla gama de direitos fundamentais de todas as dimensões, previstos implícita ou explicitamente na Constituição da República. Note-se que esta *bimetafundamentalidade* está expressamente prevista no enunciado do Título II da Constituição que trata dos “direitos e garantias fundamentais”[!]. (21)

Sabe-se, entretanto, que a discussão a respeito do dever do Estado agir no sentido de efetivar a Constituição ou de se omitir de desrespeitá-la não é novidade. Este dever decorre diretamente da própria existência da Constituição, que por ser dirigente se apresenta como garantia do já existente, bem assim como um programa de ação para o futuro. (CANOTILHO, 2001, p. 151). O Estado, repise-se, é por ela constituído para operacionalizar este duplo dever. Logo, não haveria, em princípio, necessidade de se falar na dupla face do Princípio da proibição do retrocesso social, porque a própria Carta Magna se encarrega de determiná-la. No entanto, viu-se acima que não existe uma

aplicação constitucional conforme com sua previsão. Volta-se para aquele paradoxo (aparentemente) insolúvel denunciado por Lassale.

Sem embargo, acredita-se que a análise “constitucionalmente adequada” da proibição do retrocesso aqui empreendida pode contribuir positivamente para a discussão, tendo em vista que o problema deixa de ser exclusivamente teórico, isto é, sai do plano abstrato da teoria da Constituição e passa obrigatoriamente a ser vislumbrado a partir dela (da teoria), como uma questão de ordem prática (aplicação ao contexto brasileiro). A atuação estatal (ou sua omissão) não mais pode ser compreendida, neste sentido, de modo desvinculado do Princípio da proibição do retrocesso social. E quando se fala aqui em Estado, se está fazendo alusão aos seus “três poderes”, previstos no art. 2º, da CF, como acima mencionado. Ou seja, ficam o Legislativo, o Executivo e o Judiciário vinculados, negativa e positivamente, por um dispositivo constitucional específico, a concretizar os direitos fundamentais.

O Legislativo é “atingido” em sua liberdade de conformação quando da criação normativa, tanto no que diz respeito ao conteúdo das normas efetivamente emanadas, que não poderão ir de encontro aos direitos fundamentais, bem como no que toca à possibilidade de deixar de confeccionar normas. Este último aspecto é que interessa fundamentalmente para esta exposição, porque se rompe com aquela noção de que o legislador é livre para concretizar ou não a Constituição através da legislação infraconstitucional, independentemente do fato de esta falta de legislação impedir o exercício de um direito fundamental. O sentido dirigente da proibição do retrocesso veda esta omissão. Logo, a própria idéia de inconstitucionalidade por omissão deve passar por uma revisão.

No mesmo sentido, fica o Executivo duplamente vinculado a respeitar o Princípio da proibição do retrocesso quando estiver exercendo atividade normogênica, bem como quanto à discricionariedade de criar ou não normas regulamentadoras, necessárias à efetivação de direitos fundamentais, em especial dos sociais prestacionais. O Poder discricionário, neste quadro, deixa de existir, ou passa a existir de forma mitigada, no que tange à alternativa de criar ou não normas infraconstitucionais

concretizadoras da Constituição. É possível falar-se, assim, num “Dever discricionário”.(22)

E finalmente, quando o assunto é o Poder Judiciário, que como aventado, também não pode se desvincular da bivetorialidade da proibição do retrocesso, é que a compreensão aqui realizada do princípio em análise se torna mais fecunda. Afirmar-se que o Judiciário está positivamente vinculado a concretizar a Constituição, como de fato se pretende, implica uma série de conseqüências que dizem respeito sobretudo ao seu papel de fiscal da atividade dos demais poderes, suscitando controvérsias desde a legitimidade da Jurisdição no controle de constitucionalidade das omissões estatais, chegando até o tipo controle que esta Jurisdição poderá (ou deverá?) diante da “positivação” do Princípio da proibição do retrocesso social. E mais, a problemática passa inclusive pela necessidade de uma mudança de concepção que o próprio Judiciário tem do seu papel na relação com os poderes “tidos por democráticos”, bem como do entendimento que possui acerca dos instrumentos de averiguação da constitucionalidade das omissões inconstitucionais destes órgãos.

6 A legitimidade do Judiciário na filtragem constitucional(23) das omissões normativas: um necessário redimensionamento

Sempre que se fala em controle de constitucionalidade, há que se ter em mente o Princípio da tripartição funcional dos poderes, insculpido, consoante afirmado linhas acima, no art. 2º da Constituição da República. No entanto, o entendimento acerca do que significa este princípio não pode ser concebido a-historicamente. Muitas vezes quando se utiliza o fundamento da tripartição funcional para justificar a não intervenção do Judiciário na esfera de atuação dos demais poderes, mormente quando o motivo advém de uma omissão inconstitucional, parte-se (descontextualizadamente) da teoria de Montesquieu, que fundamentou a construção deste princípio e sua positivação nas Constituições a partir do Século XVIII. Olvida-se, freqüentemente, que é a Constituição que delimita as fronteiras de atuação de cada órgão. Não existe uma divisão de poderes “em si”. Inclusive a teoria de Montesquieu sofreu uma série de releituras ao longo da história, chegando à nossa época sensivelmente transformada, até mesmo porque o

Estado assim o está. O Estado já não possui apenas um dever absentéista em relação à sociedade como pretendiam os liberais revolucionários.

Durante a vigência do Estado Social, por exemplo, houve um deslocamento de competências para o Executivo, que inicialmente eram depositadas unicamente no Legislativo. Isto porque na formação do Estado de Direito, eminentemente liberal, acreditava-se que a mera criação legislativa era suficiente para manter a ordem, o que se verificou ser uma idéia ingênua. O Executivo no Estado Social passou a ter um espectro de funções alargado, experimentando uma hipertrofia funcional. O próprio Legislativo recebeu competências normativas mais amplas, diante da inserção nas Constituições ditas sociais, como a do México de 1917 e de Weimar em 1919, de normas de caráter aberto e prospetivo. E esta mudança não foi acompanhada do (necessário) aumento da competência fiscalizadora do Poder Judiciário.

Com o advento do Estado Democrático de Direito, esta realidade mudou, e o Princípio da divisão dos poderes foi alvo de um novo olhar. Contactou-se que a única forma de fazer com que o Estado Social, que foi consolidado normativamente para instrumentalizar os ideais plasmados nas Constituições Sociais - e que não o foram - cumprisse seu desiderato, era a construção de mecanismos jurídicos de imposição de atuação dos órgãos representativos. E neste contexto, há uma valorização do Poder Judiciário, no sentido de que estes instrumentos de imposição eram destinados à atuação da Jurisdição Constitucional para o controle das ações e das omissões dos demais poderes. Ou seja, o foco de atenção deslocou-se novamente, agora para o Judiciário.

Mauro Cappelletti assevera que este aumento do espectro de atuação do Judiciário é uma consequência lógica do alargamento das competências dos poderes ditos “democráticos”, ocorrido ao longo da história do Estado de Direito.(24) Isto é, a própria teoria da divisão dos poderes, principalmente no que toca à previsão da necessidade de “freios e contrapesos”, requer um Judiciário gigante, para poder controlar a atuação do Legislativo e do Executivo, também gigantes.(25) É dizer, quando da leitura do art. 2º da CF, em especial no que toca à necessidade de *harmonia*

entre os poderes, é imperioso que se tenha em conta esta evolução teórica e prática relatada acima.

E neste aspecto é que se quer enfatizar o papel do Princípio da proibição do retrocesso social. A partir de sua compreensão como Princípio constitucional fundamental, não há mais que se falar na atuação do Judiciário de uma forma meramente teórica e abstrata. Insta que se considere que o tipo de Judiciário a Constituição de 1988 prevê é de um Poder interventor e transformador da realidade jurídica. Outrossim, necessário que se observe quais os instrumentos de controle de constitucionalidade postos à disposição pelo texto magno para este mesmo poder atuar na filtragem constitucional das ações, e sobretudo das omissões dos outros poderes. E a compreensão que a Jurisdição tem destes mecanismos também deve ser (re)vista a partir da bivetorialidade da proibição do retrocesso. O Judiciário, assim, está vinculado constitucionalmente a dar a maior eficácia possível ao instrumental de controle de constitucionalidade, sob pena de agir ou se omitir inconstitucionalmente.

O Mandado de Injunção, por exemplo, previsto na CF de 1988, inédito no constitucionalismo brasileiro, e que inclusive não possui equivalente em outro ordenamento jurídico, é uma forma importante de controle das omissões estatais inconstitucionais.(26) Caracteriza-se por ser uma ação constitucional e está previsto no art. 5º, LXXI, da CF, que assim versa: *“Conceder-se-á Mandado de Injunção 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;”*.

Seu deferimento está pré-condicionado, portanto, à relação de causa e efeito entre a inexistência de norma regulamentadora que impeça o exercício das faculdades supra citadas.(27) A expressão norma regulamentadora deve ser entendida de forma extensiva, tendo em vista que às garantias constitucionais há de ser dada a interpretação que as empreste mais eficácia.(28) A legitimidade ativa para propositura da ação é deferida a qualquer cidadão. Já a legitimidade passiva “[...] recai sobre o ente cuja atuação é necessária para viabilizar o exercício do direito e não recai, portanto, sobre a

autoridade competente para elaborar a norma regulamentadora faltante.”(29) Oportuno salientar que o objetivo do mandado é assegurar o exercício do direito, ou seja, obter uma regulamentação normativa judicial a fim de poder exercê-lo.

Não obstante a injunção estar prevista no artigo 5º da Constituição e se encontrar abarcada pela dicção do parágrafo primeiro do mesmo dispositivo, que prevê a aplicação imediata das normas definidoras das garantias e dos direitos fundamentais, a ação não vem recebendo na prática a verdadeira importância que deveria. Basta uma consulta rápida na jurisprudência do STF para constatar-se que existe um emaranhado de decisões discrepantes, que acabaram retirando a eficácia do instituto. Na própria doutrina não existe um consenso acerca dos efeitos da sua decisão.

Flávia Piovesan destaca as três principais teses encontráveis na doutrina. Segundo a autora, há quem se posicione pela possibilidade do Judiciário elaborar a norma faltante, suprimindo a omissão; existe quem diga, por outro lado, que o dever da Jurisdição deve se limitar a uma notificação ao órgão competente acerca da inconstitucionalidade de sua omissão, para que sejam tomadas as providências necessárias; e por último, certos autores se posicionam pelo dever-poder do magistrado “[...] tornar viável, no caso concreto, o exercício de direito, liberdade ou prerrogativa constitucional que se encontrar obstado por faltar norma regulamentadora.”(1995. P. 30). A autora se posiciona favoravelmente a esta última postura interpretativa.

A segunda posição apresentada por Piovesan acaba tornando inócuo o *writ*, tendo em vista que a sentença se limita à declaração de inconstitucionalidade e sua notificação, fazendo com que a impossibilidade de exercício do direito fundamental perdure, pois o órgão omissor não é obrigado a criar a norma inexistente. E o principal fundamento que embasa este entendimento é o Princípio da tripartição funcional dos poderes e a idéia de que o Judiciário estaria intervindo em uma seara que não é de sua competência ao criar uma solução normativa no caso concreto, que autorizasse a fruição do direito.

Sem embargo, em sintonia com Piovesan, sufraga-se aqui, o entendimento que concebe a injunção como um verdadeiro mandado, que no seu sentido lexical significa ordem, imposição. Mais ainda se visto, consoante leciona a autora, como garantia processual do “[...] princípio da aplicabilidade imediata das normas definidoras dos direitos fundamentais, previsto no art. 5º, parágrafo 1º., da Constituição de 1988.” (1995, p. 89), bem como sob a luz da referida *bimetafundamentalidade* do Princípio da dignidade da pessoa humana e do Princípio da proibição do retrocesso social.

Entende-se que o sentido emprestado pelo Supremo ao instituto não fica condicionado meramente ao seu talante, mas é constitucionalmente vinculado. E a Constituição impõe - não sugere[!] - uma atuação concretizadora ao Executivo e ao Legislativo, o fazendo também em relação ao Judiciário.(30) Que postura é esta, especificamente em relação ao Mandado de Injunção? A de permitir, no caso concreto, que o indivíduo usufrua o direito fundamental que inicialmente não podia em virtude da falta de norma regulamentadora. Em última instância, é a de aplicar ou dar aplicabilidade aos direitos fundamentais (sociais prestacionais), através da emanção normativa pertinente àquela situação.

Destarte, acredita-se que esta possibilidade apresentada está em (maior) consonância inclusive com a independência e a harmonia dos poderes do Estado, principalmente em relação à harmonia. Isto porque, em termos de omissões (in)constitucionais, não há mais que se embasar posicionamentos a partir de uma teoria da tripartição funcional nos poderes que preze tão somente pela sua separação. Uma Constituição Dirigente como a brasileira, que prevê um Estado Democrático de Direito, demanda uma intervenção conjunta dos três poderes, no sentido de concretizar os direitos fundamentais e as instituições democráticas, intuito pelo qual, em última análise, o próprio Estado existe. Se no Estado Liberal se necessitava de uma desconcentração de poder, o que se precisa em um Estado Democrático (e Social) de Direito é uma sinergia, isto é, uma conjunção de esforços para fazer com que, cada vez mais, a força normativa da Constituição seja uma realidade. Daí a pertinência do duplo sentido aqui proposto do Princípio da proibição do retrocesso social na (re)construção do Estado brasileiro.

CONCLUSÃO

Da análise empreendida, além das conclusões parciais a que se chegou, as quais não se fará menção novamente, até mesmo para não tornar o texto demasiadamente prolixo, uma ilação em especial se apresenta significativa. Trata-se da possibilidade de se pensar o Princípio da proibição do retrocesso social como previsto na Constituição de 1988 e as conseqüências dela advindas. A idéia de que a proibição do retrocesso, uma vez concebida a partir da realidade brasileira, pode assumir um sentido de norma dirigente da atividade do Estado, em adição ao aspecto negativo, se afigurou extremamente fecunda para a presente investigação. Isto porque, primeiramente, está em maior sintonia com o sentido dirigente e limitador que é característica da própria Constituição, que é nitidamente dirigente, bem como da noção de Estado Democrático de Direito.

Tendo como pressuposto a idéia de força normativa da Constituição, que também é uma característica intrínseca do dirigismo constitucional, chegou-se à conclusão de que a bivetorialidade do Princípio da proibição do retrocesso social pode desencadear uma mudança de paradigma no que pertine ao dever estatal de concretização dos direitos fundamentais. Em especial daqueles que carecem de uma intervenção normativa positiva do Estado para gerarem seus plenos efeitos. E diz-se isto, particularmente porque esta atividade do Estado passa a não mais ser vista apenas no âmbito da teoria do Estado ou da Constituição, mas sim pensada com os olhos no próprio texto da Carta Magna.

É dizer, a bivetorialidade referida, parte de um dispositivo constitucional específico, de incomensurável importância, porque um Princípio fundamental, que pode

ser compreendido como representando a *metafundamentalidade* formal que guia a operacionalização por parte dos “três poderes” do Estado, de todas as “dimensões” dos direitos fundamentais. Servindo inclusive de supergarantia do valor basilar que fundamenta a substancialidade destes direitos, qual seja, o Princípio da Dignidade da pessoa humana, que, por seu turno, representa o aspecto material da mencionada *metafundamentalidade*.

A reversão do quadro de inefetividade da Lei Fundamental, no entanto, passa pela necessária mudança de postura do Judiciário em relação aos demais poderes do Estado, mormente em relação à problemática da inconstitucionalidade por omissão e sua controlabilidade. Transformação de conduta esta, que não decorre tão somente da “quase transcendental” teoria da Constituição Dirigente, mas (da imposição) de um preceito determinado – o art. 3º, II da CF – dotado de normatividade e que ocupa lugar de destaque na estrutura hierárquico-axiológica das normas constitucionais.

No que tange à aplicação da proibição do retrocesso, escolheu-se fazer referência somente à influência positiva que a norma pode exercer sobre a compreensão que se tem na jurisprudência brasileira acerca do Mandado de Injunção. Haja vista que o entendimento majoritário (inadequado) que se tem do instituto acaba retirando sua importância e perpetuando situações de injustiça advindas de inconstitucionalidades omissivas, que perfeitamente poderiam ser sanadas se o *writ* fosse utilizado da maneira como deveria. Ou seja, o Princípio da proibição do retrocesso impõe que o Judiciário empreste efetividade no caso concreto ao direito fundamental que não podia ser antes exercido em virtude da inexistência de norma regulamentadora. Esta postura interventora da Jurisdição que aqui se defende pode ser a catalisadora do processo de (re)construção da atividade do Estado e de (r)estabelecimento da efetividade dos direitos fundamentais em *terra brasilis*.

- (1) STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica*. 2004. p. 86. E esta possibilidade de transformação do *status quo* passa pela idéia de “força normativa da Constituição” defendida por Konrad Hesse, dentre outros, onde se pensa todo o conjunto normativo constitucional como possuindo vincularidade. Ou seja, as normas constitucionais, sejam elas impositivas de condutas positivas ou negativas, possuem caráter deontológico e não meramente axiológico. Cf. HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição*. 1991.
- (2) Para tal sugere-se leitura das obras de Lênio Streck e Paulo Bonavides, entre outras, indicadas na bibliografia *in fine*.
- (3) (STRECK, 2004, p. 20).
- (4) Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 1998 e SARLET, Ingo Wolfgang. *Os direitos fundamentais sociais na Constituição de 1988*. 2003.
- (5) Importa enfatizar a concentração da análise nos direitos ditos sociais prestacionais porque Sarlet nas obras retro referidas desmistifica, de certa forma, a separação rígida entre direitos individuais como sendo de defesa e os sociais com característica prestacional. Refere o autor - entendimento que aqui se avaliza - que existem direitos individuais que carecem de um agir positivo do Estado e não uma mera abstenção. Assim como direitos sociais que são assumem a forma de direitos eminentemente de defesa, negativos. Os direitos sociais prestacionais seriam aqueles que de fato carecem de um agir estatal. Cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *A Eficácia...* 1998, em especial p. 153-204.
- (6) LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição*. 2001.
- (7) (2004, p.15). As causas que levam a este dilema não serão aqui analisadas, ainda em virtude da limitação espacial. Sem embargo, remete-se o leitor às obras de Lênio Streck indicadas na bibliografia *in fine*, onde o autor trata especificamente, e com maestria, do processo de minimização dos Estados periféricos, sob uma perspectiva hermenêutica.
- (8) PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988*. 2004. P. 92-93. No mesmo sentido, Sarlet (1998, p. 100-101) assevera que “Com o reconhecimento expresso, no título dos princípios fundamentais, da dignidade da pessoa humana como um dos fundamentos do nosso Estado democrático (e social) de Direito (art. 1º, inc. III, da CF), o nosso Constituinte de 1987/1988, além de ter tomado uma decisão fundamental a respeito do sentido, da finalidade e da justificação do exercício do poder estatal e do próprio Estado, reconheceu expressamente que é o Estado que existe em função da pessoa humana, e não o contrário, já que o homem constitui a finalidade precípua, e não meio da atividade estatal.”
- (9) (Idem. p. 110) Ou seja, além de estar obrigado a não atentar contra a dignidade dos cidadãos, o Estado está vinculado positivamente a concretizá-la quando de sua atividade. Esta bivetorialidade, segundo Canotilho, é corolário do Princípio da constitucionalidade. Para o autor, esta norma comporta dois aspectos: “[...] o princípio da constitucionalidade positiva e o princípio da constitucionalidade negativa da legislação. Isto pressupõe sempre uma fundamentação jurídico-constitucional através de <<limites>> e através de directivas positivas.” (1999. p. 251). Pode ser vista, em última análise, como uma característica geral de toda principiologia.
- (10) Insta ressaltar que este dever reflexo também existe em relação às condutas estatais absenteístas, Haja vista que, certas vezes, o Estado, para proteger da influência de terceiros a fruição de um direito tipicamente negativo, precisará agir positivamente de modo a garanti-lo. Poder-se-ia, assim, falar em uma ambivalência da bivetorialidade que caracteriza o agir do Estado.
- (11) Denominação utilizada, entre nós, por BARROSO, Luiz Roberto Barroso. *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*. 2001, p. 158
- (12) Em que pese a respeitável opinião de Vieira de Andrade que diz que a proibição do retrocesso “[...] não pode ser tida como regra geral, sob pena de se colocar seriamente em risco a indispensável autonomia da função legiferante, já que não se pode considerar o legislador como órgão de mera execução das decisões constitucionais.” (apud SARLET, 2004, p. 151).
- (13) Sobre a construção desenvolvida pela doutrina e pelo Tribunal Constitucional Alemão com base no direito e garantia da propriedade vide SARLET, Ingo Wolfgang. *O Estado Social, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. 2001.
- (14) STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise*. 2001. p. 55. No mesmo sentido se manifesta Canotilho quando aduz que: “[...] as normas constitucionais que reconhecem direitos econômicos, sociais e culturais de caráter positivo têm pelo menos um a função de garantia da satisfação adquirida por esses direitos, implicando uma <<proibição de retrocesso>>., visto que, uma vez dada satisfação ao direito, este <<transforma-se>>, nessa medida, em um <<direito negativo>> ou direito de defesa, isto é, num direito a que o Estado se abstenha de tentar contra ele.” CANOTILHO, J. J. Gomes; MOREIRA, Vital. *Fundamentos da Constituição*. P. 131.

- (15) Não é despidendo ressaltar que a presente análise se limita ao dever positivo de concretizar os direitos fundamentais sociais através de legislação infraconstitucional. É dizer, renunciou-se à discussão relativa às prestações materiais faticamente efetivadas, decorrentes destes direitos. Inclusive aquelas que independem de interposição legislativa para serem exigidas pelo cidadão em relação ao Estado. Para tal remete-se o autor à obra de Ingo Sarlet “*A eficácia dos direitos fundamentais*” onde o autor explora o tema amiúde.
- (16) Esta expressão se tornou “lugar comum”, sendo utilizada por inúmeros doutrinadores que se ocupam do direito constitucional, mas foi, contudo, cunhada por Böckenförde.
- (17) Importante salientar com Streck, que “...a minimização do Estado em países que passaram pela etapa do Estado Providência ou *welfare state* tem conseqüências *absolutamente diversas* da minimização do Estado em países como o Brasil, *onde não houve Estado, Social.*” (Grifos do autor). (2001, p. 24).
- (18) No mesmo sentido (STRECK, 2001, p. 107).
- (19) Sobre a análise dos conceitos indeterminados à luz da hermenêutica filosófica vide Leonel Ohlweiler em sua obra *Direito Administrativo em perspectiva*.
- (20) Tendo em vista que as necessidades humanas são sempre crescentes e, por vezes, demandam uma atuação positiva do Estado, a inércia estatal poderá desencadear não só a não realização de um progresso mais também de um efetivo retrocesso. Neste quadro ganha em importância a idéia de inconstitucionalidade por omissão, bem como os seus mecanismos de controle jurisdicional. Este tema será abordado perfunctoriamente no último item da exposição.
- (21) Seria perfeitamente plausível afirmar-se que a dignidade da pessoa humana figuraria como um meta-direito fundamentando a fundamentalidade de todo o conjunto dos **direitos** fundamentais, e a proibição do retrocesso a meta-**garantia**, protegendo (negativamente e positivamente) esta fundamentalidade. Até porque se sabe que não existe direito sem garantia...
- (22) Sobre isto, interessante exposição de BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2001. p. 13. O autor afirma, ao longo da obra, que a Administração Pública exerce um dever-poder e não um poder-dever, como se costuma dizer. Esta inversão, aparentemente supérflua, contém um sentido importantíssimo, na medida em que ressalta o caráter finalístico do poder exercido pelo Estado, como instrumento de operacionalização da Constituição.
- (23) Esta expressão é utilizada por Paulo Ricardo Schier em seu livro “*Filtragem Constitucional: construindo uma nova dogmática jurídica.*”. Foi, contudo, originariamente cunhada por Clèmerson Martin Clève. Denota uma conseqüência lógica da superioridade normativa da Constituição, onde as demais normas componentes do sistema jurídico devem guardar consonância com seu conteúdo – da Constituição - formal e material. O termo filtragem é aqui pertinente na medida em que representa a necessidade de fazer-se uma constante (re)leitura do ordenamento jurídico a partir da Constituição e de acordo com o contexto social. Não só da legislação que precede temporalmente a Constituição de 1988, mas também todas as ações estatais normativas (comissivas ou omissivas) que lhe forem posteriores.
- (24) CAPPELLETTI, Mauro. Juízes legisladores? 1999. p. 19.
- (25) Idem. p. 46
- (26) Importante seria falar-se sobre a ADIn por omissão, outra forma de filtragem constitucional das omissões estatais. Entretanto, escolheu-se estudar tão somente o Mandado de Injunção, até mesmo devido novamente a limitação espacial do presente artigo.
- (27) PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. 1995. p. 118.
- (28) Id. p. 118.
- (29) Ibid. p. 127
- (30) A idéia de imposição é tomada aqui com base na noção de “imposição constitucional legiferante” desenvolvida por Canotilho (2001), onde O Princípio da proibição do retrocesso pode ser visto como imposição concreta permanente.

BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Tradução de Ernesto Garzón Valdés. Madrid: Centro de estudios políticos y constitucionales, 2002.

ÁVILA, Humberto. *A distinção entre princípios e regras e a redefinição do dever de proporcionalidade*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <http://www.direito publico.com.br>. Acesso em 05 de janeiro de 2004.

_____. *Repensando o “Princípio da Supremacia do Interesse Público sobre o Particular”*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 7, outubro, 2001. Disponível em: <http://www.direito publico.com.br>. Acesso em 23 de novembro de 2003.

_____. *Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 17. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2004.

_____. *Discricionariedade e Controle Judicial*. 2. ed. 5ª tiragem. São Paulo: Malheiros, 2001.

BARROSO, Luís Roberto. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro: Pós-modernidade, teoria crítica e pós-positivismo*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ, Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 6, setembro, 2001. Disponível em: <http://www.direito publico.com.br>. Acesso em 07 de dezembro de 2003.

_____. *O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da Constituição brasileira*. 5. ed. ampl. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador - contributo para uma compreensão das normas constitucionais programáticas*. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2001.

_____. *Direito constitucional*. 6. ed. rev. Coimbra: Almedina, 1995.

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

CANARIS, Claus Wilhelm. *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito*. Tradução de Menezes de Cordeiro. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989.

CAPPELLETTI, Mauro. *Juízes Legisladores?* Tradução de por Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Fabris, 1999.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (Org.). *Canotilho e a Constituição Dirigente*. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.

ESPÍNDOLA, Ruy Samuel. *Conceito de Princípios Constitucionais: elementos teóricos para uma formulação dogmática constitucionalmente adequada*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FREITAS, Juarez. *A Interpretação Sistemática do Direito*. 2. ed. rev. e ampliada. São Paulo. Malheiros, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito*. São Paulo: Malheiros, 2002.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para uma interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Fabris, 2002.

HECK, Luís Afonso. *O Tribunal Constitucional Federal e o desenvolvimento do princípios constitucionais: contributo para uma compreensão da Jurisdição Constitucional Alemã*. Porto Alegre: Fabris, 1995.

_____. *O modelo das regras e o modelo dos princípios na colisão de direitos fundamentais*. Revista Direito e Democracia / Universidade Luterana do Brasil - Centro de Ciências Jurídicas. Canoas, Ulbra, 2000.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Tradução de Gilmar Ferreira Mendes. Porto alegre: Fabris, 1991.

_____. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. Tradução de Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Fabris, 1998.

KELSEN, Hans. *Teoria Pura do direito*. Tradução de João Batista Machado. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 1994.

LASSALE, Ferdinand. *O que é uma Constituição?* Tradução de Hiltomar Martins Oliveira. Belo Horizonte: Líder, 2001.

MORAIS, José Luiz Bolzan de; AGRA, Walber de Moura. *A Jurisprudencialização da Constituição e a densificação da legitimidade da jurisdição constitucional*. In. (Neo)constitucionalismo: Ontem os Códigos, hoje as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2. Porto Alegre: IHJ, 2004. P. 217-242.

MÜLLER, Friedrich. *Direito, Linguagem, Violência, elementos de uma teoria constitucional*. Tradução de Peter Naumam; revisão de Paulo Bonavides e Willis Guerra Santiago Filho. Porto Alegre: Fabris, 1995.

OHLWEILER, Leonel. *Direito Administrativo em perspectiva: os termos indeterminados à luz da hermenêutica*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

PIOVESAN, Flávia. *Proteção judicial contra omissões legislativas: Ação direta de inconstitucionalidade por omissão e mandado de injunção*. São Paulo: Revista dos Tribunais 1995.

_____. *Direitos Humanos, O Princípio da dignidade da pessoa humana e a Constituição de 1988*. In. (Neo)constitucionalismo: Ontem os Códigos, hoje as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2. Porto Alegre: IHJ, 2004. P. 79-100.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1998.

_____. *A problemática dos fundamentais sociais como limites materiais ao poder de reforma da Constituição*. In: Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. p. 333-394

_____. *Algumas considerações em torno do conteúdo, eficácia e efetividade do direito à saúde na constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico, Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, nº. 10, janeiro, 2002. Disponível em: <<http://www.direitopublico.com.br>>. Acesso em: 03 de Agosto de 2005.

_____. *Direitos Fundamentais Sociais e proibição do retrocesso: algumas notas sobre o desafio da sobrevivência dos Direitos Sociais num contexto de crise*. In. (Neo)constitucionalismo: Ontem os Códigos, hoje as Constituições. Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica, n. 2. Porto Alegre: IHJ, 2004. P. 121-168.

_____. *O Estado Social de Direito, a Proibição de Retrocesso e a Garantia Fundamental da Propriedade*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 4, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direito publico. com.br>>. Acesso em 14 de setembro de 2003.

_____. *Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição de 1988*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, CAJ - Centro de Atualização Jurídica, v. I, nº. 1, julho, 2001. Disponível em: <<http://www.direito publico. com.br>>. Acesso em 29 de agosto de 2003.

SCHIER, Paulo Ricardo. *Filtragem Constitucional: Construindo uma nova dogmática jurídica*. Porto Alegre: Fabris, 1999.

SCHULTE, Bernd. *Direitos Fundamentais, Segurança Social e Proibição do Retrocesso*. Tradução de Peter Naumann. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 301-332.

STRECK, Lênio Luiz. *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração da construção do Direito*. 3. ed. rev. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

_____. *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica: Uma Nova Crítica do Direito*. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

_____; MORAIS, José Luiz Bolzan de. *Ciência Política e Teoria Geral do Estado*. 2. ed., rev. e ampliada, Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos de Direito Público*. 3. ed. 2ª. tiragem. São Paulo: Malheiros, 1998.

TORRES, Ricardo Lobo. A Metamorfose dos Direitos Sociais em Mínimo Existencial. In: *Direitos Fundamentais Sociais: Estudos de Direito Constitucional, Internacional e Comparado*. Ingo Wolfgang Sarlet (Org.). Rio de Janeiro: Renovar, 2003. P. 1-46.

Disponível em: www.ajuris.org.br/dhumanos/mhonrosa1.doc

Acesso em: 10 ago. 2009.